

CONTRATO ESTATAL – Administración pública – Dirección y control de la celebración

En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades. En efecto el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece: «Art. 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: «1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.»

El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio.

CONTRATO ESTATAL – Cláusulas exorbitantes – Noción

Ahora bien, las cláusulas exorbitantes son -de acuerdo con la Ley 80 de 1993-: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales.

En este orden de ideas, las cláusulas exorbitantes le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo. Ahora bien, con la Ley 80 de 1993, su existencia opera tanto ex lege como ex contractu, dependiendo del acuerdo que se trate. En efecto, el artículo 14 de la norma en cita establece: «Art. 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: [...] «2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. «Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios». «En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignent expresamente.»

Que estos poderes operan ex lege significa que se integran a los contratos aun cuando no se pacten, porque la norma los incorpora directamente en algunos negocios, concretamente los que tienen por objeto: el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra. En estos casos la norma es impositiva, al advertir que para el efectivo cumplimiento de los fines de la contratación las entidades «pactarán» estos poderes; no obstante, si no se estipulan, el inciso tercero del mismo numeral señala que se entienden pactadas aunque no se consignent expresamente.

Sin embargo, estas cláusulas también pueden ser ex contractu, es decir, que sólo harán parte del negocio por voluntad expresa de las partes, aunque la ley sólo establece tal posibilidad en dos tipos de contratos: suministro y prestación de servicios profesionales.

CONTRATO ESTATAL – Caducidad

En este sentido, es decir, en relación con la competencia temporal para ejercer el poder exorbitante de declaración de la caducidad, el Consejo de Estado ha discurrido con suficiencia sobre este aspecto, pero sólo desde la óptica del límite temporal definitivo para su ejercicio, o sea, desde cuándo y hasta cuándo la administración puede hacer uso de ella.

Luego de infinidad de debates, recientemente la Sala Plena de la Sección Tercera profirió una sentencia de unificación jurisprudencial, que sostiene que sólo durante el plazo del contrato se puede declarar la caducidad, de manera que tan pronto vence, aunque siga en ejecución, no es posible hacerlo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)

Actor: DISLICORES COMERCIALIZADOR INTERNACIONAL Y OTRO

Demandado: DEPARTAMENTO DE CORDOBA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia proferida el 23 de enero de 2003 por el Tribunal Administrativo de Córdoba -fls. 753 a 764, cdno. ppal.-, que concedió las pretensiones del actor, en los siguientes términos:

“1 - Declárase la nulidad de la Resolución No. 0000149 de febrero 14 de 2000, proferida por el gobernador de Córdoba, mediante la cual declaró la caducidad del contrato de introducción y distribución de licores de la Licorera de Caldas en el departamento de Córdoba, suscrito por éste con el Consorcio Dislicores Comercializador Internacional Ltda. Y Señales Ltda. el tres (3) de abril de 1998. Igualmente declárase la nulidad de la Resolución No. 0000894 de 3 de abril del 2000, proferida por el gobernador de Córdoba, que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior por el Consorcio demandante.

“3 (sic) - En consecuencia, declárase que el departamento de Córdoba, al declarar la caducidad administrativa del referido contrato, suscrito el tres (3) de abril de 1998 con el Consorcio citado demandante, incumplió el referido contrato.

“4 - Como consecuencia del incumplimiento del departamento de Córdoba a sus obligaciones contractuales, declare terminado el

contrato celebrado el 3 de abril de 1998 con el Consorcio demandante, desde la fecha en que quedó ejecutoriada la Resolución No. 000149 del 14 de febrero del 2000 que declaró la caducidad del mismo contrato.

“5 - Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenase al departamento de Córdoba a pagar a las Sociedades Integrantes del Consorcio, dentro del Término prescrito en el art. 176 del C.C.A., por concepto de daño emergente la suma de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$10'848.00.00) (sic) con el ajuste de valor según el I.P.C. certificado por el D.A.N.E. Y por concepto de lucro cesante, la suma de MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO SESENTA Y OCHO PESOS (\$1.179'384.168,00), con el ajuste de valor según el I.P.C. certificado por el D.A.N.E..

“6 - Las sumas reconocidas a favor del Consorcio como indemnización por lo conceptos de daño emergente y lucro cesante se pagaran (sic) con el ajuste de valor según I.P.C. certificado por el D.A.N.E. desde el mes de abril de 2001 hasta la ejecutoria de la sentencia definitiva, y devengarán intereses de mora de conformidad con lo prescrito por los arts. 177 inciso 5º y 178 del C.C.A.”.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Las sociedades Dislicores Comercializador Internacional Ltda y Señales Ltda. (integrantes del Consorcio Señales Ltda.-Dislicores Comercializador Internacional Ltda.), en adelante el contratista, los demandantes o la parte actora, en ejercicio de la acción contractual, presentaron demanda -fls. 1 a 32, cdno. 1- contra el Departamento de Córdoba –en adelante el contratante, el demandado o el Departamento- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones -fls. 1 a 4, cdno. 1-:

“PRIMERA.- Que se declare que la nulidad de la Resolución No. 0000149 del 14 de febrero del año 2.000, proferida por el Señor Gobernador del Departamento de Córdoba, mediante la cual declaró la caducidad administrativa del contrato de distribución de licores que el mismo Departamento celebró con el ‘Consorcio Dislicores Comercializador Internacional Ltda - Señales Ltda’.

“SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0000894 del 3 de abril del año 2.000, proferida por el Señor Gobernador del Departamento de Córdoba, que resolvió

negativamente el recurso de reposición interpuesto por el 'Consortio Dislicores Comercializador Internacional Ltda - Señales Ltda'.

“TERCERA.- Que se declare que el Departamento de Córdoba, como consecuencia de los actos que ilegalmente declararon la caducidad administrativa del contrato que celebró el 3 de abril de 1.998 con el consorcio integrado por las sociedades 'Dislicores Comercializador Internacional Ltda' y 'Señales Ltda', incumplió el mismo contrato.

“CUARTA.- Que, como consecuencia del incumplimiento del Departamento de Córdoba a sus obligaciones contractuales, declare terminado el contrato que celebró el 3 de abril de 1.998 con el Consorcio Integrado por las sociedades 'Dislicores Comercializador Internacional Ltda' y 'Señales Ltda', desde la fecha en que quedó ejecutoriada la Resolución No. 0000149 del 14 de febrero del año 2.000, que declaró la caducidad del mismo contrato.

“QUINTA.- Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene al Departamento de Córdoba a pagar a las sociedades demandantes, integrantes del Consorcio 'Dislicores Comercializador Internacional Ltda - Señales Ltda', dentro del término prescrito por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, consistentes en el daño emergente, por el monto de \$120.000.000^{oo} o la suma que resulte probada en el proceso, y el lucro cesante, por el monto de \$1080.000.000.^{oo} o la suma que se demuestre en el proceso, con intereses comerciales desde la fecha en que quedó ejecutoriada la primera de las resoluciones acusadas hasta la ejecutoria de la sentencia.

“SEXTA.- Que se disponga que las sumas que se reconozcan a favor de las sociedades demandantes, por concepto de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, se deben actualizar con base en el índice de precios al consumidor (I.P.C.) y que devengarán intereses, de conformidad con lo prescrito por los artículos 177, inciso 5°, y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Afirmaron que entre los Departamentos de Córdoba y Caldas se suscribió un convenio, el 7 de noviembre de 1995, para introducir, distribuir y vender licores de la Industria Licorera de Caldas –en adelante ILC-, en el territorio de Córdoba. Por esa razón, la ILC abrió una convocatoria para vincular al comercializador de sus productos, contrato que fue adjudicado al demandante, y suscrito el 7 de diciembre de 1998.

En este contrato -cláusula segunda- se estableció que el distribuidor escogido debía contar con el visto bueno o aceptación de la Administración Departamental de Córdoba, razón por la que se suscribió con dicha entidad el denominado

“convenio de concesión” para la introducción, distribución y venta dentro de su territorio los productos de la ILC.

Durante la ejecución del contrato, el Gobernador de Córdoba declaró su caducidad, mediante los actos administrativos demandados -Resoluciones Nos. 000149 del 14 de febrero de 2000, y 000849 del 3 de abril de 2000, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera, y la confirmó-, porque consideró que fue extemporáneo el pago de las siguientes tornaguías: 0100333, 001345, 001246, 001347, 001348, 17000081 y 17000662 –fl. 6, cdno. 1- toda vez que el concesionario debió efectuarlo en los términos previstos en el párrafo primero de la cláusula novena del convenio de concesión; y además según la cláusula décima cuarta del mismo se demostró que el incumplimiento por parte del consorcio fue superior al término de diez (10) días y que constituía reiteración de otro anterior.

Los demandantes manifestaron que cuando se declaró la caducidad se encontraban al día en el pago de las “tornaguías”, y que la demora que hubo fue transitoria, luego purgada con asentimiento del Departamento, así que no existía motivo para imponer la sanción, y por las razones expuestas afirmó que las resoluciones demandadas violaron los artículos 18, 28 y 41 de la Ley 80 de 1993, y el art. 324 del Decreto–Ley 1222 de 1986, entre otras normas que no sustentó. En este sentido, justificó los siguientes cargos:

i) Violación al artículo 18 de la Ley 80 de 1993: Los actos acusados violaron el artículo 18 porque cuando se declaró la caducidad -14 de febrero de 2000- no había incumplimiento del consorcio, porque los retrasos que tuvo el contratista se subsanaron con el asentimiento del Departamento, razón por la cual no se afectó de manera “grave y directa la ejecución del contrato”, ni se evidenció que pudiera paralizarse.

Además, las facultades discrecionales de las entidades administrativas que contempla el artículo 18 de la Ley 80 atribuyen la carga de “hacer que comprueben el hecho del incumplimiento de las obligaciones contractuales y verifiquen, como dispone, si afecta o no ‘de manera grave y directa’ la ejecución del contrato y si evidencia o no que ‘puede conducir a su paralización’ para declarar o no, en consecuencia, la caducidad del contrato” –fl. 15, cdno. 1-; y

añadió que “la doctrina es unánime en considerar que el incumplimiento o la demora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales se puede remediar mediante su ejecución, con mayor razón si ello sucede, como en este caso, con el asentimiento de la otra parte contratante” –fl. 16, cdno. 1-.

ii) *Prevalencia de normas de orden público sobre los acuerdos de voluntades*: Las resoluciones demandadas hicieron prevalecer el art. 40 del estatuto contractual¹, aun cuando la caducidad en los contratos estatales no puede regirse por acuerdos entre las partes, sobre todo cuando contrarían ese precepto, que es de orden público –el 18 *ibídem*-, así que si la caducidad se declaró en virtud y con apoyo en lo previsto en la *cláusula décima cuarta*² del contrato, entonces se trasgredieron, necesariamente, el art. 40, en concordancia con el 18. En este sentido, aseguró que aunque aquél introduce el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos del Estado, en todo caso tiene límites en las normas de orden público e interés social, cuya observancia es obligatoria “para los contratantes y los contratistas quienes, según el artículo 40, inciso 3º de la Ley 80 de 1993, jurídicamente no pueden contrariar o modificar su sentido mediante estipulaciones contrarias.”

¹ Que prescribe y garantiza el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes en los siguientes términos:

“Art. 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

“Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

“En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

“En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

“PARÁGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

“Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.”

² En virtud suya, el Departamento de Córdoba podía imponer multas sucesivas al Consorcio contratista por demora en el cumplimiento de sus obligaciones y declarar la caducidad si el retardo excedía de diez días.

En esta línea de pensamiento, considera que el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, por ser un precepto de orden público, que “exclusivamente determina el régimen de caducidad de los contratos estatales que no puede ser desconocido o transgredido por ninguna estipulación contractual: sobre el no puede prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad; por el contrario, los contratantes y contratistas deben observarlo inexorablemente” –fl. 19, cdno. 1-.

Por lo expuesto, manifestó que los actos demandados no declararon la caducidad del contrato con fundamento en el artículo 18, con sus requisitos y condiciones, sino amparados en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, estableciéndola como una causal específica proveniente del acuerdo de voluntades de las partes contratantes.

iii) Desconocimiento del artículo 28 de la Ley 80 de 1993: Las resoluciones demandadas también violan esta norma porque no interpretaron ni aplicaron la *cláusula décima cuarta* del contrato en armonía con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que -a juicio de los actores- es la única que regula la caducidad, y prescribe que para declararla hay que verificar el incumplimiento y “si él afecta de manera grave y directa la ejecución” y “evidencia que puede conducir a su paralización”-fl. 22, cdno. 1-.

Señaló que la interpretación y aplicación armónica de la *cláusula décima primera* del contrato, en concordancia con el artículo 28 del estatuto contractual, implicaría -como consecuencia lógica- la imposibilidad de declarar la caducidad, porque cuando se decretó el consorcio había pagado y remediado –con el asentimiento del Departamento- el retardo en el que incurrió en cumplir parte de sus obligaciones pecuniarias.

iv) Expedición irregular de los actos demandados: Esta acusación –que fundamentó en el artículo 324 del Decreto-Ley 1222 de 1986- consiste en que los actos administrativos demandados sólo los expidió el Gobernador, cuando debieron dictarlos él y el Secretario de Hacienda, como integrantes del Gobierno Departamental.

2. Contestación de la demanda

El Departamento de Córdoba, de manera sucinta, negó unos hechos, confirmó otros y pidió que algunos fueran probados. En todo caso, se opuso a las pretensiones de la demanda y no formuló excepciones.

Manifestó que en el *parágrafo primero* del contrato se estableció que todo despacho de licores que la Industria Licorera de Caldas realizara al contratista debía estar amparado con “tornaguías” de extracción preenumeradas, que detallan el tipo de producto, la cantidad de cajas, entre otros aspectos. Además, en el contrato también se estipuló que el contratista remitiría a la Gobernación de Caldas, dentro de los quince días siguientes a cada despacho, la “tornaguía” debidamente legalizada por la entidad competente, que acreditara la llegada de licores al sitio de destino, en cantidades iguales a las despachadas.

Adujo que el literal E de una de las resoluciones demandadas estableció que: “Según oficio 224 de septiembre 29 de 1999, procedente de la Industria Licorera de Caldas, la tornaguía número 0100333 fue expedida el 7 de julio de 1999. Esta tornaguía sólo vino a ser legalizada el 6 de octubre de 1999, según documento que reposa en la Secretaría de Hacienda Departamental, División de Rentas, incumpliendo en todas sus partes lo dispuesto en la cláusula novena, transcrita en el literal C”. Aseguró que lo mismo sucedió con otras “tornaguías”, que no legalizó en los términos establecidos en la *cláusula novena*, con perjuicio grave para las finanzas departamentales.

Señaló que el representante del consorcio reconoció que las tornaguías 001345, 001348 y 17000662 se legalizaron vencido el término previsto en el artículo 10 del Decreto 3071 de 1997, aduciendo que la Gobernación de Córdoba carecía de estampillas, lo que impedía legalizarlas. Respecto a la tornaguía No. 0100333, advirtió que no se legalizó porque en el documento de remisión no aparecía la palabra “tornaguía” sino la expresión “orden de cargue”, y los funcionarios de Rentas se negaron a darle trámite. Sobre las tornaguías Nos. 001346, 001347, 17000080 y 17000081, admitió que se legalizaron extemporáneamente, por “la difícil situación económica por la que atraviesa nuestro país” –fl. 648, cdno. 2-.

También expresó que los argumentos del representante del consorcio no justificaban su incumplimiento, debido a que, entre otras cosas, no es

indispensable la existencia de las estampillas y además en ese momento había disponibilidad, pues otros distribuidores cumplieron sus obligaciones en el mismo término en que debía hacerlo el demandante. Además, la conducta del actor era reiterativa, y de ello daba cuenta la investigación iniciada en la Contraloría Departamental, quien en escrito del 13 de octubre de 1998 informó sobre la evasión en el pago de la participación porcentual de varias tornaguías, lo que llevó a la administración a adelantar una investigación que motivó al entonces Secretario de Hacienda y a la Juez de Rentas y Ejecuciones Fiscales a informar sobre la visita a la Industria Licorera de Caldas, donde se demostró la evasión en el pago de la participación porcentual de varias tornaguías, fundamento de la decisión de sancionar al Consorcio mediante la Resolución No. 12 del 27 de octubre de 1998, por hechos idénticos de los analizados en el proceso.

Lo descrito demuestra –a juicio del Departamento- el incumplimiento del contrato por parte del contratista, lo que afectó de manera grave y directa la ejecución del convenio, generando la falta de pago de la participación porcentual que le correspondía, lo que condujo a la paralización del mismo y era motivo suficiente para declarar la caducidad.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Del demandante: Cuestionó, con idénticos cargos, las resoluciones demandadas, y manifestó que los perjuicios quedaron demostrados y que en mérito de ello debía reconocérsele el daño emergente y el lucro cesante concretados en el dictamen pericial.

3.2. Del Departamento de Córdoba: Señaló que su actuación fue en derecho, porque se demostró que los demandantes incumplieron el convenio de manera sistemática y reiterada. En el mismo sentido, señaló que el consorcio no desvirtuó el incumplimiento que motivó la declaratoria de caducidad. Finalmente manifestó que no existió temeridad o mala fe del ente territorial, y que actuó de acuerdo con los principios establecidos en las leyes pertinentes.

3.3. Concepto del Ministerio Público: No intervino en esta etapa del proceso.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* sostuvo -de manera poco clara para los efectos del caso concreto- que la declaratoria de caducidad es una potestad de la administración, y que la *cláusula décima cuarta* del convenio objeto de la *litis* –tenida como régimen específico en la cual se fundó la decisión- vulnera el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, porque dispone que antes de declarar la caducidad se debían imponer multas sucesivas al contratista, y sólo si persistía el incumplimiento -durante 10 días- se declararía la caducidad. Por esta razón concluyó que la cláusula viola el artículo 40 del estatuto contractual, porque si bien, las partes tienen autonomía para estipular las condiciones del negocio, no pueden desconocer la Constitución y la ley, de ahí que no puede ser objeto de acuerdo limitar o condicionar el ejercicio del poder exorbitante de declaración de caducidad.

No obstante, lo cierto es que la actuación sancionatoria se amparó en la *cláusula décima cuarta*, pero el Departamento no ejerció el poder de coerción mediante sanciones previas para conminar al cumplimiento. En este orden, sencillamente se declaró la caducidad, etapa que debía ceñirse a los postulados de la cláusula citada y a los del artículo 18 –fl. 763, cdno. ppal.-, es decir que debía verificarse el hecho constitutivo de incumplimiento que afectara de manera grave y directa la ejecución del contrato y condujera a su paralización.

No obstante lo anterior –y en esto radica la razón de la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados-, el Departamento de Córdoba declaró extemporáneamente el incumplimiento del contrato, porque *el hecho no era actual*, puesto que en la fecha en que lo hizo el contratista se encontraba al día en sus obligaciones; pese a que es claro incumplió las obligaciones, pero meses antes de la decisión administrativa.

5. El recurso de apelación

El Departamento impugnó la sentencia, y se refirió al cumplimiento extemporáneo de las obligaciones a cargo del contratista, así que se apoyó en la *cláusula novena* para defender la razonabilidad de la declaración de caducidad, porque regula algunas obligaciones del contratista, que pretendían evitar la evasión de impuestos, entre ellas: la compra del licor exclusivamente a la Industria Licorera

de Caldas, la forma de movilizar la mercancía a través de “tornaguías”, la manera de introducirla al Departamento de Córdoba, el estampillaje en las bodegas oficiales de éste y el pago del impuesto al consumo.

Apoyado en estas obligaciones, defendió tanto la validez de la cláusula 14 - anulada por el *a quo*- como la declaración de caducidad, declarada directamente sin imponer previamente las multas a que se refiere esa cláusula, porque: i) ella establece una alternativa para el departamento –imponer multas o caducidad, pero no unas y luego la otra-, con el propósito de evitar un daño y hacer prevalecer el interés general; ii) porque la autonomía de la voluntad autoriza este pacto en los contratos estatales -sin violar el art. 18 de la Ley 80-, apoyados en el art. 40, inciso 3, de la Ley 80; y iii) porque la Contraloría Departamental había iniciado un proceso sancionatorio contra el contratista. Fue por esto que una vez conoció el pliego de cargos en su contra se apresuró a pagar la deuda por impuestos al consumo de licor.

En todo caso, manifestó enfáticamente que la declaratoria de caducidad estuvo antecedida del sistemático y reiterado incumplimiento de las obligaciones del contratista, relacionadas con el pago de los impuestos, que solo cesó cuando la administración tomó medidas que lo presionaron a cumplir –fl. 776, cdno. ppal.-, como sucedió con la Resolución No. 12, del 27 de octubre de 1998, que lo conminó a pagar. Por esta razón, cuando se declaró la caducidad existió incumplimiento del contratista, sólo superado gracias al procedimiento sancionatorio iniciado.

Discrepó de la decisión del Tribunal en aquel aspecto que consideró que la ejecución del contrato no se afectó grave y directamente; cuando del certificado del 16 de marzo de 2000, expedido por el Banco Colpatria, se deducía que los saldos de la cuenta de ahorros del consorcio demandante mostraban una situación económica que ponía en riesgo el recaudo de las rentas objeto del contrato, pues para 1999 el consorcio contaba con \$2'883.581 cuando el valor de las tornaguías era superior a \$40'000.000, lo que evidenciaba la incapacidad económica para continuar la ejecución.

Asimismo reiteró lo expuesto en el alegato de conclusión de primera instancia, pues -a su juicio- el *a quo* no tuvo en cuenta los argumentos que presentó contra

el dictamen pericial, que además fue objetado. En este sentido, señaló que los peritos no fueron imparciales, y se opuso al dictamen, que si bien admite el incumplimiento del contratista, minimizó el impacto que produjo la falta de pago.

Finalmente, expresó que los perjuicios hay que probarlos, y que no pueden consistir en simples presunciones, así que la demandante debió acreditar las utilidades dejadas de percibir -siempre que haya condena-, lo que no hizo –fl. 773, cdno. ppal.-.

6. Alegatos en el trámite del recurso

6.1. De la demandante: Reiteró, esencialmente, la posición expuesta a lo largo del proceso, y precisó que no es cierto que el consorcio se apresuró a cancelar las “tornaguías”, ante la iniciación o apertura de un pliego de cargos, porque pagó el 6 de octubre de 1999 y el proceso se inició el 26 del mismo mes y año, es decir, después de remediar la moras y cuando no existía incumplimiento del contrato. Por esto le resulta inexplicable que el 14 de febrero del 2000 se le haya declarado la caducidad, cuando en ese momento estaba a paz y salvo con el Departamento.

Reiteró la necesidad de mantener la declaración de nulidad de la cláusula 14 del contrato, porque creó un supuesto diferente de caducidad del contrato, cuando sólo la ley establece las condiciones –art. 18- (fl. 797, cdno. ppal.).

De otro lado, pidió que se entendiera reproducido el argumento de la demanda sobre la violación al art. 324 del Decreto 222 de 1986, porque era necesario que los actos demandados los expidieran conjuntamente el Gobernador de Córdoba y el Secretario de Hacienda, no aquél de manera individual –fl. 798, cdno. ppal.-.

Además, aseguró que con los documentos aportados al proceso se evidenció la capacidad operativa, técnica y económica que tenía el consorcio para ejecutar el contrato, y que la cuenta de ahorros que el consorcio tenía en el Banco Colpatria no era la única, pues existían otras, que no fueron revisadas y tenían saldos significativos.

Respecto al dictamen pericial, manifestó que se rindió con precios justos, que fue claro y se fundó en los documentos aportados, y sobre la objeción que formuló la parte demandada aseguró que no la demostró y por eso carecía de valor.

6.2. Del demandando –fls. 804 a 832, cdno. ppal.-: Se refirió extensamente a la prueba pericial, y señaló que los libros contabilidad en que se basó el dictamen no fueron los oficiales del comerciante, de los que pudiera derivarse la calidad probatoria que la ley comercial les otorga.

Manifestó que la contabilidad que debía tenerse en cuenta para realizar la pericia era, exclusivamente, la de cada integrante del consorcio; no la del consorcio mismo –que no es persona jurídica-, elaborada para facilitar los manejos administrativos correspondientes a la operación del negocio de licores, pero no tiene carácter legal.

Señaló, adicionalmente, que para que los libros de contabilidad tengan alcance probatorio deben llevarse con regularidad y cumplir las formalidades que establece la ley. En esta línea de pensamiento, precisó que los “libros facultativos” solo sirven de prueba en contra del comerciante, porque su manejo y los registros no están sometidos a rigores de ley, así cumplan con los requisitos formales, como su registro.

Con relación al alcance probatorio del dictamen pericial, señaló que al proceso ni siquiera se aportaron los balances y estados de pérdidas y ganancias completos. Además se presentaron inconsistencias, entre otras en el cálculo de la utilidad para determinar el lucro cesante, comoquiera que restringieron su análisis a los estados financieros del Consorcio, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 1999 y enero a abril de 2000, procedimiento que consideraron arbitrario y anti-técnico, pues el período que debía utilizarse para dicho cálculo era el contractual en general.

De esta manera reiteró su oposición a las pretensiones, porque el consorcio incumplió el contrato, y los actos administrativos que declararon la caducidad se fundaron en razones reales.

6.3. *Concepto del Ministerio Público:* Solicitó que se revoque la sentencia, porque el incumplimiento del contratista en el pago de las “tornaguías” –que no podía exceder de 10 días- se prolongó frente a muchas entre 1 y 11 meses, y esto afectó de manera grave y directa la ejecución del convenio, toda vez que el pago extemporáneo conducía a la paralización del mismo.

Respecto a la caducidad, adujo que el incumplimiento de las obligaciones, para que se declare, debe afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidenciar que se puede paralizar, lo que implica que debe recaer sobre el objeto mismo del negocio y no sobre formalidades accesorias a él, situación que debe evaluarse con criterios objetivos, radicados en el análisis de su incidencia en los fines del contrato y en la finalidad económica que pretende para el Estado.

Sobre el particular, manifestó que el contrato impuso varias obligaciones al contratista, entre ellas entregar al Departamento, a través de la Tesorería General, el “impuesto al consumo de licores” que se pagaría “previo retiro de la mercancía de la Bodega y antes de su entrega”, momento para el cual debía acreditarse su cancelación y el distribuidor remitir a la Gobernación de Caldas, dentro de los quince días siguientes a cada despacho, la “tornaguía” legalizada, circunstancias que no cumplieron, como se evidencia en el oficio No. 224 de 29 de septiembre de 1999, lo que afectó de manera grave y directa la ejecución del contrato, porque se trataba de la contraprestación del departamento.

Señaló que el incumplimiento del contratista, demostrado en el proceso –él incluso lo admite-, generó consecuencias graves para los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y para la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, ya que los recursos que provienen de este impuesto se destinan a los servicios de salud y educación, los cuales se menguan por la morosidad del Consorcio.

Resaltó que la *cláusula décima cuarta* del contrato autorizaba imponerle al contratista multas sucesivas por incumplimiento, siempre que no persistiera por un lapso superior a diez (10) días, caso en el cual se declararía la caducidad. Adujo que, precisamente, algunas tornaguías no pagaron oportunamente el impuesto a favor del departamento, como lo reconoció el actor al contestar los descargos frente a la investigación que adelantó la Gobernación de Córdoba, y

aunque se le imputa su incumplimiento a los entes administrativos, tal hecho no se demostró, razón que justifica la mora en cumplir las obligaciones.

De otro lado, a juicio del Ministerio Público la cláusula 14 del contrato tampoco contraría el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, más bien recoge los presupuestos de la norma en mención. Por otra parte, adujo que la administración tuvo motivos suficientes para decretar la caducidad, que no infringió la normativa del estatuto contractual y que, por el contrario, su actuación preservó el principio de responsabilidad, conforme al cual “los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, y a vigilar la correcta ejecución del contrato y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato” –fl. 877, cdno. 2-.

Finalmente, manifestó que la administración podía declarar la caducidad, aunque no hubiera impuesto las multas previas contempladas en la cláusula 14, siempre y cuando cumpliera los presupuestos de la cláusula que así lo impuso, comoquiera que las partes no estipularon que la una dependería de la otra, o que debía agotarse primero la sanción para declarar la caducidad, pues, como se advirtió, ésta opera por mandato de la ley, siempre que se demuestren las condiciones para ello. Por tanto, la administración también fue celosamente garantista del derecho de defensa, pues está demostrado que le permitió a la contratista hacer los correspondientes descargos por el incumplimiento que le imputó.

CONSIDERACIONES

Previo al estudio correspondiente para decidir el recurso, advierte la Sala que se revocará la decisión y se negarán las pretensiones, para cuyo efecto se expondrán las razones que conducen a ello, siendo necesario analizar: i) la competencia de la Corporación para conocer el presente asunto; ii) lo probado en el proceso; iii) la potestad sancionadora en el tiempo de la entidad estatal contratante; y iv) el caso concreto.

1. Competencia del Consejo de Estado

De acuerdo con lo establecido en el artículo 129³ del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo 55 de 2003⁴-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

Adicionalmente, en el asunto que nos ocupa, el demandante presentó -en primera instancia- acción contractual contra el Departamento de Córdoba, por la declaratoria de caducidad del contrato de concesión celebrado entre ellos. Y cuando se presentó la demanda -18 de agosto de 2000- para que un proceso fuera de doble instancia su cuantía debía exceder de \$26'390.000 y en el caso bajo estudio la pretensión mayor -perjuicios materiales- ascendió a mil doscientos millones de pesos -\$1.200'000.000-, así que era impugnabile.

2. Lo probado en el proceso

Para enfocar el alcance de la controversia, la Sala hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas, relevantes para decidir de fondo esta controversia.

a. Entre los *departamentos de Caldas y Córdoba* se celebró un convenio de introducción de licores, el 7 de diciembre de 1995, cuyo objeto fue: "EL DEPARTAMENTO DE CALDAS introducirá al Departamento de Córdoba a partir de la vigencia del presente convenio todos los productos actuales y futuros fabricados por la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, permitiendo la libre circulación de ellos dentro de su territorio, previo el lleno de los requisitos estipulados en el presente convenio de introducción".

³ "Artículo 129.- El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que cor responda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...)."

⁴ "Artículo 13.- Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

"Sección tercera (...)

"Las controversias de naturaleza contractual."

La distribución quedaba a cargo de personas naturales o jurídicas ajenas a la administración, designadas –de conformidad con las normas vigentes- por el Departamento de Caldas, no obstante, dicha elección debía –en términos del contrato- contar con el visto bueno del departamento de Córdoba.

La duración del negocio se pactó en dos (2) años, contados a partir de la legalización –fls. 599 a 601, cdno. 1-. Posteriormente, el 3 de octubre de 1997, las partes adicionaron el contrato y convinieron ampliar el plazo, en los siguientes términos: “Que el nuevo plazo de duración será de tres (3) años contados a partir de la terminación del convenio actual, prorrogable por un plazo igual...” –fl. 602, cdno 1-.

b. Luego se suscribió otro contrato –fls. 604 a 608, cdno 1- entre el *Departamento de Córdoba* y el *consorcio Dislicores Comercializador Internacional Ltda. - Señales Ltda.*, cuyo objeto fue la entrega en concesión, por parte del Departamento al contratista, de la introducción, distribución y venta en su territorio, de los productos actuales y futuros fabricados por la Industria Licorera de Caldas, de conformidad con el convenio marco suscrito entre el Departamento de Córdoba y el Departamento de Caldas. El plazo establecido fue igual al del convenio marco, incluida su adición.

El contratista se obligó a cancelar al Departamento el impuesto al consumo de licores. Además –de acuerdo con la cláusula quinta- éste recibiría por cada botella de licor destilado de 750 ml., o proporcional a su volumen o cantidad, un porcentaje igual al 35% del precio promedio de la Industria Licorera de Caldas determinado, por concepto de participación porcentual.

El *parágrafo primero de la cláusula 9* del convenio estableció que: “Todo despacho de licores que realice la Industria Licores de Caldas, al CONTRATISTA DISTRIBUIDOR, deberá estar amparado por las respectivas TORNAGUIAS de extracción pre enumeradas, en las que se detalle el tipo de productos, cantidad de cajas, la capacidad del envase, fecha de remisión, placa del vehículo y nombre de su conductor, así como el de la empresa a la cual está afiliado, el cual deberá coincidir con el que remita la Industria Licorera de Caldas. EL CONTRATISTA DISTRIBUIDOR, remitirá a la Gobernación de Caldas, dentro de los quince (15)

días siguientes a cada despacho, la tornaguía debidamente legalizada por la entidad competente que acredite la llegada de los licores al sitio de destino en cantidades iguales a las despachadas”.

En este contrato de concesión también se estipuló –*cláusula décima cuarta*- que en caso de mora del contratista en la ejecución de sus obligaciones se impondría una sanción, y que de persistir el incumplimiento se declararía la caducidad del contrato. Dicho acuerdo se estableció en los siguientes términos: “DE LA MORA. El incumplimiento de las obligaciones contractuales que se enmarquen como vencidas por parte del CONTRATISTA DISTRIBUIDOR, dará al DEPARTAMENTO DE CORDOBA, facultades para establecer multas sucesivas diarias hasta de cinco (5) salarios mínimos, mientras no desaparezcan las circunstancias generadoras del incumplimiento y siempre que estas no persistieren por un lapso de diez (10) días, caso en el cual procederá la declaratoria de caducidad del contrato.”

c. También está demostrado que: i) la “tornaguía” No. 0100333, expedida el 7 de julio de 1998, sólo se legalizó el 6 de octubre de 1999 –fls. 281 y 282, cdno. 1-; ii) la tornaguía No. 001345, expedida el 10 de noviembre de 1998, se legalizó el 11 de diciembre del mismo año –fls. 125 y 126, cdno. 1-; iii) así mismo, la tornaguía No. 001346, del 10 de noviembre de 1998, se legalizó el 4 de octubre de 1999 –fls. 269 y 271, cdno. 1-; iv) la tornaguía No. 001347, generada el 10 de noviembre de 1998, fue legalizada el 4 de octubre de 1999 –fls. 272 y 274, cdno. 1-; v) la tornaguía No. 001348, expedida el 10 de noviembre de 1998, se legalizó el 11 de diciembre de dicha anualidad –fls. 122 y 123, cdno. 1-; vi) la tornaguía No. 17000080 fue expedida el 4 de febrero de 1999 y legalizada el 4 de octubre del mismo año -fl. 275, cdno. 1-; vii) la tornaguía No. 17000081 se expidió el 4 de febrero de 1999 y se legalizó el 4 de octubre de 1999 –fls. 278 a 280, cdno. 1-; y finalmente, viii) la tornaguía No. 17000662, expedida el 31 de mayo de 1999, se legalizó el 26 de julio de la misma anualidad –fl. 215 y 216, cdno. 1-.

d. Como consecuencia de la legalización tardía de las tornaguías el Departamento declaró la caducidad del contrato, por medio de la Resolución No. 0000149, del 14 de febrero de 2000, porque consideró que el incumplimiento del consorcio afectó de manera grave y directa la ejecución del convenio, lo que produjo la falta de pago oportuna de la participación porcentual.

En este sentido, precisó que de acuerdo con el oficio No. 224 del 29 de septiembre de 1999, procedente de la Industria Licorera de Caldas, la tornaguía No. 0100333, expedida el 7 de julio de 1998, sólo se legalizó el 6 de octubre de 1999; la tornaguía No. 001345, del 10 de noviembre de 1998 se legalizó el 11 de diciembre del mismo año; la tornaguía No. 001346, del 10 de noviembre de 1998, se legalizó el 4 de octubre de 1999; la tornaguía No. 001347, del 10 de noviembre de 1998, se legalizó el 4 de octubre de 1999; la tornaguía No. 001348, generada el 10 de noviembre de 1998, se legalizó el 11 de diciembre de dicha anualidad; la tornaguía No. 17000080 fue suscrita el 4 de febrero de 1999 y legalizada el 4 de octubre del mismo año; la tornaguía No. 14000081 (sic) se expidió el 4 de febrero de 1999 y se legalizó el 4 de octubre de 1999; y la tornaguía No. 17000662 expedida el 31 de mayo de 1999, fue legalizada el 26 de julio de la misma anualidad.

e. El consorcio repuso la decisión, y adujo que la tornaguía No. 0100333 expedida el 17 de julio de 1998 no se legalizó oportunamente por razones imputables al Jefe de Rentas del Departamento, toda vez que “formalmente aparecía como orden de cargue 0100333” –fl. 610, cdno. 1-, razón por la cual el funcionario no le dio el trámite correspondiente. Aseguró, además, que no tuvo conocimiento de la investigación que se le inició por la falta de pago oportuno de la participación porcentual, y que si hubo mora se generó “en una transitoria iliquidez experimentada por el Consorcio” –fl. 611, cdno. 1-. Así mismo, señaló que tal iliquidez no constituía una “incapacidad económica para cumplir las obligaciones contraídas con el Tesoro Departamental de Córdoba”.

Precisó que cuando interpuso el recurso se encontraba al día en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, y que al recibir el pago el Departamento purgó la mora en la que incurrió.

Aseguró que el acto administrativo demandado no observó los presupuestos que contempla el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, es decir que no se verificó que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista: i) afectó de manera grave y directa la ejecución del contrato; ii) ni se evidenció que conduciría a su paralización. Añadió que se encontraba al día en el pago de la participación porcentual del Departamento, que sus estados financieros evidenciaban su

capacidad de ejecutar el convenio, y que la entidad no podía concluir que conducía a la paralización del negocio.

Por otra parte, cuestionó la *cláusula décima cuarta* del convenio, porque sólo es válida la causal de caducidad que regula el artículo 18 del estatuto contractual. No obstante, alegó que no se agotaron los presupuestos determinados en dicha estipulación, y que se desconoció su contenido –fl. 617, cdno. 1-.

f. La Resolución No. 0000094 del 3 de abril de 2000, suscrita por el Gobernador del Departamento de Córdoba, resolvió el recurso de reposición. Consideró que: i) la cláusula décima cuarta del convenio no contrariaba el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, porque el estatuto contractual permitía dicha estipulación -artículo 40, inciso 3-, en virtud de la autonomía de la voluntad; ii) la declaratoria de caducidad es una facultad discrecional de la administración; iii) “la iliquidez de la empresa que generó el incumplimiento de pagar la participación porcentual en su debido momento, es algo que no justifica el acto, surge la pregunta si se tuvo dinero para comprar el licor en la Industria Licorera de Caldas, por qué (sic) no se tuvo la misma previsión para cancelar los correspondientes al Departamento de Córdoba?” –fl. 51, cdno. 1-; y iv) siendo el Gobernador el representante legal del Departamento, le asiste la competencia para declarar la caducidad, sin que sea necesario que el acto administrativo lo suscriba el Secretario de Hacienda.

g. En todo caso está demostrado que la declaratoria de caducidad estuvo antecedida de un procedimiento administrativo y otro de fiscalización, adelantados contra el consorcio. En este sentido, obra un oficio suscrito por el Jefe de División de Rentas, quien en atención al oficio No. 064 del 15 de octubre de 1998, le informó a la Juez de Rentas y Ejecuciones Fiscales que no se legalizaron las tornaguías No. 0100331, 0100332 y 0100334, y que el importe de su participación porcentual ascendía a \$46'170.000; así mismo, le comunicó que la tornaguía No. 000858, cuyo importe de participación porcentual era de \$6'950.000, tampoco se legalizó.

h. En la misma fecha -20 de octubre de 1998-, se emitió un informe rendido por el Secretario de Hacienda del Departamento y por la Juez de Rentas y Ejecuciones Fiscales al Gobernador de Córdoba, sobre la visita que los

funcionarios realizaron a la Industria Licorera de Caldas, concluyendo que: i) hasta la fecha del informe fueron despachadas 16 tornaguías, 13 de las cuales eran comerciales y 3 de degustación –éstas no generaban erogaciones a favor del ente territorial-; ii) que de las 13 tornaguías comerciales, a la fecha del informe, las Nos. 0100331, 0100332 y 0100334 no se liquidaron para el pago ni se legalizaron, que la participación porcentual de éstas ascendía a la suma de \$46'170.000, y que se encontraban en mora para cancelarlas desde el 20 de julio de 1998; iii) que debía reconvenirse la cláusula décima cuarta del convenio, y que así mismo debía expedirse una resolución que liquidara la participación porcentual adeudada, con sus intereses de mora y el monto de las multas, siempre que dentro de los diez días siguientes el consorcio no pagara –fls. 2 y 3, cdno. 3-.

i. Por el incumplimiento del consorcio en el pago oportuno de la participación porcentual, el Departamento formuló, en contra de aquél, el pliego de cargos No. 0003 –fls. 31 a 33, cdno. 3-, donde precisó: i) que de acuerdo con el oficio No. 224 del 29 de septiembre de 1.999, procedente de la Industria Licorera de Caldas, se estableció que algunas tornaguías fueron legalizadas extemporáneamente; ii) que de acuerdo con lo anterior, la conducta del consorcio violó el convenio suscrito, el artículo 367 del Estatuto de Rentas Departamental de Córdoba, el artículo 10 del Decreto 3070 de 1997 y la Ordenanza 033 del mismo año, en mérito de lo cual resolvió: “Declarar abierto él (sic) trámite (sic) Administrativo de que trata el Art 355 de la ordenanza 033/97, y en consecuencia ELEVAR PLIEGO DE CARGOS en contra del señor ARMANDO BONILLA LEON, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 19.350.294 de Santafé (sic) de Bogotá, en calidad de representante legal del consorcio DISLICORES COMERCIALIZADOR INTERNACIONAL LTDA SEÑALES LTDA.” –fl. 32, cdno. 3-. Además, le concedieron 20 días para presentar descargos y para solicitar y aportar pruebas.

j. Finalmente, el representante del consorcio rindió descargos en los siguientes términos: i) que las tornaguías 001345, 001348 fueron legalizadas quince después de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 3071 de 1997; y la 17000662, cuarenta y un días después; ii) que para la fecha en la que tales tornaguías debían legalizarse, la Gobernación carecía de estampillas, razón que motivó la extemporaneidad; iii) que la tornaguía No. 0100333 no se legalizó por

razones imputables al Departamento, porque en el documento contentivo de ésta no aparecía la denominación “tornaguía” sino “orden de cargue”; y iv) que las demás no fueron legalizadas en la debida oportunidad porque la situación económica del país afectó directamente el funcionamiento del consorcio.

3. La potestad sancionadora en el tiempo de la entidad estatal contratante: el supuesto de la caducidad

3.1. Generalidades sobre la caducidad como poder exorbitante

En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades. En efecto el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece:

“Art. 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

“1o. *Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.* En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.” (subrayas fuera del texto)

El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio.

Ahora bien, las cláusulas exorbitantes son -de acuerdo con la Ley 80 de 1993-: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones

en ellos convenidas⁵, la introducción de modificaciones a lo pactado⁶, la terminación unilateral⁷, la caducidad administrativa⁸, la reversión⁹ y el sometimiento a las leyes nacionales.

⁵ El artículo 15 de la Ley 80 de 1993, establece: “Art. 15. De la interpretación unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.”

⁶ El artículo 16 de la Ley 80 de 1993, establece: “Art. 16. De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

“Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.”

⁷ El artículo 17 de la Ley 80 de 1993, establece: “Art. 17. De la terminación unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

“1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

“2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.”

“3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

“4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

“Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

“La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.”

⁸ El artículo 18 de la Ley 80 de 1993, establece: “Art. 18. De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

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

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

En este orden de ideas, las cláusulas exorbitantes le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo. Ahora bien, con la Ley 80 de 1993, su existencia opera tanto *ex lege* como *ex contractu*, dependiendo del acuerdo que se trate. En efecto, el artículo 14 de la norma en cita establece:

“Art. 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: (...)

“2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

“Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

“En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

Que estos poderes operan *ex lege* significa que se integran a los contratos aun cuando no se pacten, porque la norma los incorpora directamente en algunos negocios, concretamente los que tienen por objeto: el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra. En estos casos la norma es impositiva, al advertir que para el efectivo cumplimiento de los fines de la contratación las entidades “pactarán” estos poderes; no obstante, si no se estipulan, el inciso tercero del mismo numeral señala que se entienden pactadas aunque no se consignen expresamente.

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

⁹ El artículo 19 de la Ley 80 de 1993, establece: “Art. 19. De la reversión. En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.”

Sin embargo, estas cláusulas también pueden ser *ex contractu*, es decir, que sólo harán parte del negocio por voluntad expresa de las partes, aunque la ley sólo establece tal posibilidad en dos tipos de contratos: suministro y prestación de servicios profesionales.

En particular, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece las características de la caducidad, y advierte que se trata de un poder establecido en favor de la administración, que sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista. En este sentido, los hechos constitutivos de incumplimiento del contratista deben circunscribirse al contrato, es decir, que son las obligaciones derivadas del negocio jurídico las que determinan si éste ha cumplido o no. No obstante, ese incumplimiento debe ser de tal magnitud que afecte de manera *grave y directa* la ejecución del contrato y se evidencie que conduce a su paralización. La norma en mención, establece: “Art. 18. De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, (...)”

Cuando se configuren los requisitos, la administración, mediante acto administrativo motivado, declarará la terminación del contrato y ordenará su liquidación en el estado en el que se encuentre. Esta previsión está consagrada en el inciso primero del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos: “...la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”

Al respecto, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de junio de 2012 -exp., 23.361- definió la caducidad en los siguientes términos: “La caducidad administrativa del contrato, figura de carácter sancionatorio cuyo efecto primero consiste en poner fin, de manera anticipada, a la correspondiente relación contractual en virtud de la declaración unilateral que en tal sentido realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis fácticas consagradas para ello en las normas legales respectivas. (...) Cuando hay lugar a la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone perentoriamente la ley (artículo 18, Ley 80) ‘... no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades

previstas en esta ley', por lo cual una vez se encuentra en firme la declaratoria de caducidad administrativa, para el contratista que hubiere dado lugar a su declaratoria se genera una inhabilidad que, por una parte, le impedirá, por espacio de cinco (5) años, participar en licitaciones o concursos ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades estatales (artículo 8-1-c, Ley 80) y, por otra parte, lo obligará a ceder los contratos estatales que ya hubiere celebrado o a renunciar a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible (artículo 9, Ley 80)”

Ahora bien, la caducidad comparte con los demás poderes exorbitantes la teleología de la protección al interés colectivo, de ahí que se trate de una prerrogativa a favor de la administración, cuya finalidad siempre será el beneficio general en la celebración de un contrato estatal. En ese orden de ideas, su declaración no puede ser arbitraria, ni constituir un mecanismo de protección y coerción de los servidores públicos. De hecho, sobre su finalidad se pronunció la Subsección B, de la Sección Tercera, en sentencia del 10 de marzo de 2011 -exp. 16.856-: “Para realizar los fines del Estado las autoridades públicas gozan de potestades constitucionales, legales y reglamentarias, entre ellas de la potestad de declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, por incumplimiento del contratista y en orden a la satisfacción del interés general comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual.”

Por otra parte, la declaratoria de caducidad tiene implicaciones graves para el contratista, entre ellas: no puede participar en nuevos procesos de selección de contratistas –inhabilidad-, debe renunciar a los contratos que tenga en ejecución –inhabilidad sobreviniente- y no tiene derecho a indemnización en el contrato caducado. Dicha previsión se encuentra establecida en el artículo 18 de la Ley 80 en los siguientes términos: “Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.”

En el mismo sentido, el literal c) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratistas que dieron lugar a la declaratoria de caducidad administrativa quedan inhabilitados para participar en procesos de selección. La norma señala: “Art. 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. Son inhábiles

para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.”

Es decir, que el contratista que da lugar a la declaratoria de caducidad se hace acreedor a una sanción que lo inhabilita para celebrar negocios jurídicos con la administración. El término es de 5 años, según lo establece el inciso segundo del literal i) del artículo 8 del estatuto contractual, que establece: “Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución...”

Finalmente, la declaratoria de caducidad también es constitutiva del siniestro de incumplimiento, lo que autoriza a la entidad estatal para cobrar el importe de la garantía única constituida en su favor por el contratista.

3.2. El factor temporal como criterio de competencia para ejercer los poderes exorbitantes.

En el caso concreto, el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, es decir, anuló las resoluciones demandadas, declaró el incumplimiento del contrato por parte del departamento y lo condenó a pagar por daño emergente \$10'848.000 y por lucro cesante \$1.179'384.168, aduciendo que declaró extemporáneamente el incumplimiento del contrato, porque *el hecho que lo provocó no era actual*, puesto que en la fecha en que lo hizo el contratista se encontraba al día en sus obligaciones.

El Departamento impugnó la sentencia y defendió –entre otros aspectos- la razonabilidad de la declaración de caducidad, porque estuvo antecedida del sistemático y reiterado incumplimiento de las obligaciones del contratista, relacionadas con el pago de los impuestos, que solo cesó cuando la administración tomó medidas que lo presionaron a cumplir –fl. 776, cdno. ppal.-, como sucedió con la Resolución No. 12, del 27 de octubre de 1998, que lo conminó a pagar. Por esta razón, cuando se declaró la caducidad existió incumplimiento del contratista, sólo superado por la coacción que introdujo el procedimiento sancionatorio.

Resulta fácil advertir que la cuestión que la Sala debe analizar es el factor temporal con que cuenta la administración para imponer la sanción de caducidad, teniendo en cuenta que el contratista no niega que incumplió parte de las obligaciones, concretamente la de pagar el impuesto al consumo a favor del Departamento, sólo que apoya la defensa en el hecho de que en la fecha en que se declaró la caducidad estaba al día, comportamiento que –considera- avaló la misma entidad.

En este sentido, es decir, en relación con la competencia temporal para ejercer el poder exorbitante de declaración de la caducidad, el Consejo de Estado ha discurrido con suficiencia sobre este aspecto, pero sólo desde la óptica del límite temporal definitivo para su ejercicio, o sea, desde cuándo y hasta cuándo la administración puede hacer uso de ella.

Luego de infinidad de debates, recientemente la Sala Plena de la Sección Tercera profirió una sentencia de unificación jurisprudencial¹⁰, que sostiene que sólo durante el plazo del contrato se puede declarar la caducidad, de manera que tan pronto vence, aunque siga en ejecución, no es posible hacerlo.

“14.8 En ese orden de ideas, la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.

14.9 De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que *“la entidad*

¹⁰ Sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 15.024.

contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

14.10 Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal¹¹ –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica¹².”

Frente a esta sentencia, el magistrado que actúa como ponente del proceso *sub iudice* salvó el voto, porque -en su criterio- incluso vencido el plazo es posible declarar la caducidad, siempre que el contrato siga en ejecución. No obstante, al margen de este aspecto, que no incide en la decisión de fondo, lo que interesa destacar de la posición mayoritaria es que no cabe duda que durante el plazo de ejecución es posible declarar la caducidad, pues nadie lo debate o niega; de hecho la discusión sólo radicó en la posibilidad de hacerlo por fuera del término, nunca dentro de él.

¹¹ “Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (...)” “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

¹² El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.º 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la *cláusula penal pecuniaria*. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria. En este sentido ya expresó la Subsección C de la Sección Tercera –sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18.017-, providencia que reitera la posición histórica de la Sala –incluso se citan dos providencias que hacen la línea jurisprudencial- que:

“5. Competencia temporal de la entidad estatal para declarar el incumplimiento del contrato, y hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria.

“Definido el anterior problema, se debe considerar ahora si era posible declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, vencido su plazo, teniendo en cuenta que BENEDAN impuso la sanción dos semanas después de vencido el término del contrato –resolución No. 392-, decisión confirmada cuatro meses después –resolución No. 811-.

“La Sala recuerda que en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 –aplicable al contrato *sub iudice*- la jurisprudencia admitió que la administración podía declarar el incumplimiento -no la caducidad- de los contratos de tracto sucesivo, después de vencido el plazo de ejecución, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso antes de efectuarse la liquidación del contrato, tal como se desprende del siguiente pronunciamiento, que recoge una línea jurisprudencial ininterrumpida hasta hoy:

“ ‘Ha dicho la jurisprudencia que los poderes exorbitantes que tiene la entidad pública contratante sólo pueden ejercerse dentro de la vigencia del contrato. Así podrá terminarlo unilateralmente, declararlo caducado por incumplimiento o por las demás causales permitidas en la ley, modificarlo o interpretarlo unilateralmente, imponer multas o sanciones o liquidarlo motu proprio, etc., etc.
(...)

“ ‘Para la Sala, la doctrina expuesta merece ratificación parcial, pero con algunas precisiones en torno a la declaratoria de incumplimiento, la que, en ciertas circunstancias, sí podrá hacerse por la Administración contratante después del vencimiento del término del contrato.”
(...)

“ ¿Pero qué sucede cuando el contratista incumple y la administración guarda silencio durante la vigencia del mismo?

“ ‘Con la tesis anterior, nada podía hacer; y tenía que someterse la Administración que cumplió o se allanó a cumplir, a la decisión del Juez del contrato.

“ ‘Pues bien. Aquí se rectifica la tesis con el siguiente alcance: En los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

“ ‘El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso 1º del artículo 72 del Decreto 222 de 1983, idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del Decreto 150 de 1976.
(...)

“ ‘Pues bien. La doctrina venía tomando este texto en forma recortada. Aceptaba que con la declaratoria de caducidad pudieran hacerse efectivas dicha cláusula y las multas, pero no aceptaba que esas medidas pudieran hacerse efectivas cuando la Administración no hiciera el pronunciamiento de caducidad durante el plazo contractual o lo produjera después de su vencimiento y menos que pudiera hacer, vencido el contrato, una declaración de incumplimiento para tales efectos.

“ ‘Con esta interpretación se estaba recortando evidentemente el poder de la Administración contratante; porque si bien ésta no puede caducar lo ya terminado, nada impide que se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista, cuando precisamente el vencimiento del plazo pone en evidencia que ya el contrato no se puede ejecutar en su integridad. En otros términos, cuando el vencimiento del plazo, per se, muestra que hubo un incumplimiento en determinado porcentaje.

“ ‘Y todo se debió a una mala interpretación de la ley y como si ésta sólo permitiera la declaración de incumplimiento para efectos de multas, o de caducidad. Ese artículo 72 va más allá y permite ese pronunciamiento con otro fin diferente: El poder hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En otros términos, ese artículo 72 permite que se haga efectiva la cláusula penal no sólo en el evento de la caducidad sino también en el caso de incumplimiento; incumplimiento que debe ser expresamente declarado por la administración.

(...)

“ ‘Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

“ ‘En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.¹³

“De acuerdo con lo anterior -y conforme a la legislación y a la jurisprudencia vigente en la época en que ocurrieron los hechos-, la Sala considera que BENEDAN sí podía declarar el incumplimiento del mismo, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de allí que actuó con competencia para adoptar la decisión.

“Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1.150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance –como en el caso concreto-.

“ ‘En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato..., lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante

¹³ Sentencia de 29 de enero de 1.988, Exp. 3.615. MP. Carlos Betancur Jaramillo

acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria...”
(...)

“ ‘En esos eventos, luego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 62 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista.’¹⁴

“Por las razones expuestas, la causal de nulidad asociada al factor temporal tampoco tiene vocación de prosperar, teniendo en cuenta que para la fecha en que se expidió la primera decisión sólo habían transcurrido dos semanas desde la terminación del contrato, es decir, que el plazo para liquidarlo no había vencido. Incluso, cuando se resolvieron los recursos de reposición tampoco habían transcurrido los cuatro meses con que contaban las partes para realizar la liquidación bilateral –a falta de haberse pactado un término especial– más los dos meses que la jurisprudencia otorgaba a la administración para hacerlo unilateralmente, de allí que la decisión se profirió en tiempo oportuno.”

En los términos indicados, queda claro que en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento.

En relación con las multas, en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 la Sección Tercera sostuvo la misma tesis expresada en relación con la caducidad, es decir, que la administración podía imponerlas pero sólo mientras estuviera vigente el contrato; vencido éste desaparecía el poder exorbitante.

No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema – competencia temporal para imponer sanciones-, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se

¹⁴ Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Exp. 17.031. CP. Ruth Stella Correa.

conserva “*mientras esté pendiente la ejecución*” del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo “*durante el plazo*” del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: “... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista...”¹⁵

En los términos indicados, dependiendo del régimen jurídico que rija cada contrato (Decreto-ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993 o ley 1150 de 2007-, el problema de la temporalidad para ejercer el poder de declaración unilateral del incumplimiento tiene diversas respuestas, según se sea: la caducidad, las multas o la cláusula penal pecuniaria.

Sin embargo, el debate que introducen las partes del proceso *sub iudice* constituye una variante del anterior, porque si bien, se refiere a la competencia temporal para sancionar, en este caso la problemática no gira alrededor de la vigencia o no del contrato –en el caso concreto está claro que estaba vigente– sino a la oportunidad, al interior del plazo del contrato, para declarar el incumplimiento que configura la *caducidad*. En otras palabras: se trata de establecer, una vez se ha configurado el incumplimiento del contratista, desde cuándo y hasta cuándo se puede declarar la *caducidad*, bajo el supuesto que el plazo está vigente.

El *consorcio* sostiene que la administración puede hacerlo pero sólo mientras el contratista se encuentre en situación de incumplimiento, de manera que si

¹⁵ El texto completo de esta norma dispone: “ Art. 17. *Del derecho al debido proceso.* El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

“PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.
(...)”

finalmente cumple la obligación, aunque tarde, la entidad ya no puede imponerle la sanción. El *Departamento de Córdoba*, en cambio, considera que una vez se incumple el contrato la entidad puede imponer la sanción, aunque el contratista se ponga a paz y salvo en sus obligaciones. El *Ministerio Público* comparte el criterio de la demandada, porque justificó la legalidad de la actuación aduciendo que está demostrado que el consorcio incumplió de manera grave una obligación, y eso es lo determinante para ejercer este poder exorbitante.

En este escenario, la Sala empieza por advertir que la Ley 80 de 1993 no contempla un límite temporal que restrinja a la administración -por este exclusivo factor- para ejercer el poder exorbitante de declaración de caducidad. De hecho, la jurisprudencia sí estableció un límite, pero solo para indicar que no procede con posterioridad al vencimiento del *plazo del contrato* -aunque el negocio jurídico siga en ejecución-, pero no restringió su ejercicio al interior del plazo que corre, salvo -claro está- por otros aspectos o requisitos que exige la norma para su ejercicio: que el incumplimiento de las obligaciones sea grave y paralice el servicio o amenace con hacerlo.

En estos términos, no cabe introducir más limitaciones o requisitos para ejercer esta exorbitancia que los establecidos por ley, sin perjuicio -claro está- que el juez pueda y deba controlar esa decisión, con todas las técnicas y criterios que tiene a su alcance: desviación de poder, falsa motivación, expedición en forma irregular, violación al derecho de defensa, entre otros factores de control al poder público.

Lo expresado significa que no cabe deducir o inferir, *a priori* -como lo hace la parte demandante-, que al interior del plazo del contrato la administración pierda la competencia para declarar la caducidad -y siempre y cuando concurren los demás requisitos que exige el art. 18 de la Ley 80 de 1993-, porque esa limitación no existe en la norma, ni se infiere de ella. Por tanto, si se alega -como lo hace la parte actora- que el ejercicio de este poder fue inoportuno, no será porque objetiva y positivamente la norma exija que la declaración se profiera *sólo mientras se esté incumpliendo el contrato*, pues tal requisito carece de apoyo normativo.

Sin embargo, recientemente la Sala conoció un caso que ofrecía la problemática del límite temporal para imponer, al interior del contrato, la sanción de multa por el

incumplimiento del contratista. Esta Subsección, en auto del 27 de febrero de 2013, exp. 45.316, consideró que si entre la ocurrencia de los hechos y la imposición de la sanción trascurrieron más de tres (3) años, entonces se configuraba la caducidad de la sanción, que regula el art. 38 del Decreto 01 de 1984.

“Aduce el actor que la vulneración a la norma objeto de estudio en este punto se concreta en que mediante la Resolución N° 469 del 29 de septiembre de 2011, la demandada impuso sanción pecuniaria con ocasión de los incumplimientos en que incurrió el contratista de las obligaciones relativas a la no construcción de un centro de control de operaciones y la no construcción y puesta en funcionamiento de estaciones de pesaje entre el 17 de noviembre de 2007 y el 16 de abril de 2008, respectivamente, esto es, por fuera de los tres años previstos en la norma, excediendo de esta forma sus facultades y vulnerando la garantía fundamental de respeto a las formas procedimentales.

(...)

“Ahora bien, el acta de inicio de ejecución del contrato se suscribió el 16 de mayo de 2007, razón por la cual el contratista incurrió en incumplimiento de su obligación desde el 17 de noviembre de 2007. A esta conclusión también se arriba con facilidad al revisar el acto administrativo objeto de impugnación en tanto que en dicha decisión la ANI señaló expresamente que a la fecha de proferirse el acto ya habían transcurrido más de tres (3) años de incumplimiento del contratista, en estos términos:

(...)

“Así las cosas, teniendo en cuenta que el 16 de mayo de 2007 se suscribió acta de inicio de ejecución del contrato, que según Oficio PM-IN- - 1194-2010, Radicado 2010-409-030762 la interventoría Consorcio PM Interventoras, la caseta de peaje “el placer” había sido entregada desde el 16 de enero de 2008 y que las obligaciones a cargo del contratista debían cumplirse dentro de los tres (3) meses después a la entrega de la caseta¹⁶, el contratista incurrió en incumplimiento de su obligación desde el 16 de abril de 2008.

“En este orden de ideas, es claro que mediante la Resolución impugnada se impuso sanción pecuniaria por el incumplimiento de las obligaciones contractuales en las que el contratista incurrió entre el 16 de noviembre de 2007 y el 16 de abril de 2008, que la multa por concepto de este incumplimiento fue expedida el 29 de septiembre de 2011 y notificada el 4 de noviembre de 2011 (folio 115, c1) esto es por fuera de los tres años previstos en la norma.

¹⁶ conforme lo estipulado en el Apéndice B1, numeral 1.2, conforme al cual el contratista en un plazo máximo de tres (3) meses calendario contados a partir de la fecha del acta de entrega debía realizar las adecuaciones respectivas sobre la caseta de peaje que le fue entregada, “razón por la cual tenía plazo hasta el 16 de abril de 2008 para terminar las adecuaciones a que se comprometió” (folio 90 del c1),

“De lo expuesto se concluye, que sin necesidad de realizar un estudio de fondo que implique efectuar un ejercicio interpretativo minucioso o mayores valoraciones probatorias, para la Sala es claro que del sólo análisis objetivo de las fechas en las cuales el contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones y de las que fueron expedidos y notificados los actos administrativos por medio de los cuales se impuso multa con ocasión de los mismos, se vislumbra a todas luces una vulneración evidente, notoria o palmaria, de los términos previstos en la norma superior cuya transgresión se alega.

“Ahora bien, como ha sido reconocido, según jurisprudencia reiterada tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, el establecimiento de un término preclusivo de la facultad sancionadora de la administración se constituye en un elemento del derecho al debido proceso, razón por la cual, con su transgresión se pone en juego su garantía, aspecto este que si bien deberá ser decidido de manera definitiva en la sentencia, una vez el funcionario judicial tenga a su disposición los elementos probatorios y argumentativos expuestos por las partes en el proceso, por la relevancia que conlleva deberá ser advertido por esta Subsección en esta oportunidad procesal.

(...)

“Conforme a lo expuesto, la Sala accede a la solicitud de suspensión provisional de las Resoluciones impugnadas, como quiera que de la sola confrontación del texto de las mismas con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, se hace notoria o evidente la transgresión en que incurrió la demandada, sin que para ello se requiera entrar a un estudio respecto de los demás cargos formulados por la parte actora, más aún teniendo en cuenta que para la fecha en que las mismas fueron expedidas la administración carecía de competencia para ello.

Lo anterior significa que el reproche de legalidad que adelantó la jurisdicción en el caso citado se basó en que la imposición de la sanción se hizo por fuera del término de tres (3) años con que disponía para hacerlo –art. 38 del CCA.-, contado desde el momento en que sucedieron los hechos que daban lugar a imponer la sanción, así que no existiendo limitación especial en la Ley 80 para el ejercicio de ese poder, la restricción se estableció aplicando el procedimiento administrativo general.

No obstante, la Sala precisa que esto tampoco significa que la administración esté autorizada para actuar arbitrariamente en relación con la caducidad, durante el plazo del contrato, porque de hacerlo sus actos serán nulos, sólo que esta valoración sólo puede hacerse en cada caso concreto, a la luz de los hechos, las circunstancias y el comportamiento de las partes; así que será el juez quien

pondere cada circunstancia para precisar si la declaración de caducidad, aún dentro del plazo del contrato –que en principio es tiempo oportuno para hacerlo– se ejerció correctamente. Esto también significa que no existe un vicio predeterminado y nominado como “incompetencia temporal por declaración de caducidad con posterioridad al incumplimiento”, pues tal fenómeno no tiene apoyo normativo.

De lo expresado se infiere, a manera de regla general, que mientras esté vigente el plazo del contrato la administración tiene competencia temporal para declarar la caducidad, siempre que concurren los demás requisitos que exige el art. 18 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, de aquí tampoco se deduce, necesariamente, que por el factor temporal cualquier declaración de caducidad que se expida en esa época se ajusta por sí misma a la ley; no, bien puede violarla, pero siempre que a ella se sume que la decisión no cumpla los demás requisitos legales, o cumpliéndose la administración actúa con falsa motivación, desviación de poder u otro vicio propio de las actuaciones administrativas.

De esta manera, el vicio por el factor temporal de la declaración de caducidad, mientras corre el plazo del contrato, sólo surgirá cuando además de no coincidir en el tiempo la sanción con el incumplimiento grave, se acredita que otro vicio del acto acompaña esa extemporaneidad, pero sobre todo cuando la declaración de caducidad, por fuera de tiempo, se produjo con el fin de perseguir arbitrariamente al contratista, como revancha inesperada contra otras actuaciones suyas, a manera de persecución o retaliación pero no al incumplimiento verdadero sino a otra circunstancia mal sana que mueve a la administración, y que encuentra en las mora perdonada una forma de combatir un sentimiento presente derivado de una circunstancia personal o contractual que ya no tiene la misma envergadura de la que en el pasado justificaba la sanción de caducidad.

En estos términos -se insiste-, no es admisible la siguiente tesis general que propone el contratista: *la administración sólo puede declarar la caducidad del contrato dentro del plazo de ejecución, y mientras el contratista se encuentre en estado de incumplimiento; si supera esa situación desaparece el poder exorbitante*. Semejante idea es inadmisibles, porque la tesis no solo carece de respaldo normativo sino también lógico y de coherencia administrativa, toda vez que de admitirse se facultaría al contratista para *manipular y jugar* con la

potestad sancionatoria de la administración, de manera irresponsable y además injustificada para la seguridad jurídica que también protege a la administración, porque bastará que le inicien un proceso sancionatorio para que previamente o incluso durante él “se ponga al día”, con el propósito declarado de burlar la sanción que tiene merecida.

Semejante autorización para la mofa no existe en la ley, ni sería tolerable, porque aceptarlo judicialmente autorizaría al contratista a jugar con el interés general y el bien común, consintiendo que manipule su incumplimiento hasta los límites, ya que puede ponerse al día en sus obligaciones cuando le parezca necesario para inhibir el poder sancionatorio iniciado, y que ya merece padecer.

Esta tesis sólo tiene una salvedad posible -ni siquiera necesaria u obligada- tratándose de *sanciones* de todo tipo, y esto en vigencia de la Ley 1150 –que además no rige para el caso concreto-, puesto que el literal d) del art. 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que “La entidad **podrá** dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”¹⁷ –negritas fuera de texto-, lo que

¹⁷ “Art. 86. *Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.* Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

“a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

“b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

“c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará

significa que la administración puede imponer la sanción o perdonarla, pero el contratista no tiene el derecho a exigir lo último, por el hecho de ponerse al día en las obligaciones, pues se trata de una *potestad* para la administración y no de un derecho de aquél.

Por esta razón, retornando a la caducidad en el evento *sub iudice*, la Sala reitera que siendo posible, como regla general, declararla durante el plazo del contrato, en todo caso el contratista tiene la carga de demostrar que la oportunidad en que efectivamente se impuso no pretendía satisfacer y cumplir las exigencias del art. 18, y del ordenamiento jurídico en general, sino móviles fútiles y revanchistas, que sólo buscan actualizar una discusión contractual que ya carece de sentido en el presente, hasta para la propia administración.

En esto términos, el juez debe hallar el equilibrio, la equidad o la justicia en relación con la razonabilidad de la decisión administrativa, de manera que controle no sólo el abuso del derecho que eventualmente alega el contratista, sino también la desviación de poder de la administración que a veces se esconde en decisiones de este talante, razón que impide formular la regla temporal que propone la parte actora. En su lugar, se insiste, la labor del juez consiste en determinar la *razonabilidad temporal* de la medida, sumado al examen del cumplimiento de los demás requisitos legales para adoptarla, de modo que el juicio prudente establezca si en el momento en que se adoptó la decisión –en todo caso al interior del plazo del contrato- cumplía la finalidad llamada a satisfacer, bien que se imponga durante el instante en que existe el incumplimiento –supuesto que no ofrece problemas- o bien que se aplique en un momento diferente en relación con ese mismo instante -supuesto más problemático y crítico, pero posible-.

4. El caso concreto

y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

“d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

En las condiciones indicadas, y con fundamento en lo que se encuentra demostrado en el proceso, la Sala analizará el incumplimiento que el Departamento de Córdoba le declaró al contratista, así como el contexto en que lo hizo, para establecer si, como éste lo afirma, los actos administrativos son nulos.

Acreditada la existencia del contrato suscrito entre las partes del proceso, cuya naturaleza es de concesión –porque se trata de la explotación de una actividad que es monopolio del Estado, por cuenta y riesgo del contratista-, se advierte que entre las obligaciones se contempló, como era apenas lógico, que el Distribuidor –ahora demandante- pagaría al Departamento el *impuesto al consumo del licor* y también una suma equivalente al 35% del valor de cada botella de 750 ml. de los productos de la Industria de Licores de Caldas que se vendiera en su territorio.

El plazo del contrato se pactó hasta el 7 de diciembre de 2000, de manera que estaba en consonancia con el *convenio de introducción de licores* que suscribieron los departamentos de Caldas y Córdoba.

El 27 de octubre de 1998 la Secretaría de Hacienda Departamental realizó -de oficio- una liquidación oficial por concepto de participación porcentual a favor del departamento, ante la falta de legalización de las tornaguías Nos. 0100331, 0100332 y 0100334, por la suma de \$16'640.052 por cada una de ellas.

El 26 de octubre de 1999, el Departamento de Córdoba, a través del Área de Fiscalización y Auditorías Tributaria, le formuló otro pliego de cargos al consorcio porque legalizó extemporáneamente otras ocho (8) tornaguías –fls. 31 y ss., cdno de pruebas-. De ellas:

- La No. 0100333, expedida el 7 de julio de 1998, sólo se legalizó el 6 de octubre de 1999, **más de un año después.**
- La No. 001345, expedida el 10 de noviembre de 1998, se legalizó el 11 de diciembre del mismo año, **un mes después.**
- La No. 001346, del 10 de noviembre de 1998, se legalizó el 4 de octubre de 1999 –fls. 269 y 271, cdno. 1- **casi cinco meses después.**

- La No. 001347, generada el 10 de noviembre de 1998, fue legalizada el 4 de octubre de 1999 –fls. 272 y 274, cdno. 1- **casi un año después.**
- La No. 001348, expedida el 10 de noviembre de 1998, se legalizó el 11 de diciembre de dicha anualidad, **un mes después.**
- La No. 17000080 fue expedida el 4 de febrero de 1999 y se legalizó el 4 de octubre del mismo año; **ocho meses después.**
- La No. 17000081 se expidió el 4 de febrero de 1999 y se legalizó el 4 de octubre de 1999, **ocho meses después.**
- Finalmente, la No. 17000662, expedida el 31 de mayo de 1999, se legalizó el 26 de julio de la misma anualidad, es decir, **dos meses después.**

Esto significa, para la Sala, que:

- i) En octubre de 1999, mes en que se formuló el pliego de cargos, el consorcio tenía en mora 5 tornaguías que sólo legalizó en ese mismo mes.
- ii) Además, para esa fecha ya eran once (11) las tornaguías que se habían legalizado en mora.
- iii) En otras palabras, si se tiene en cuenta que el contrato objeto de este proceso se perfeccionó el 3 de abril de 1998 –sin contar con que en el proceso se desconoce cuándo empezó la ejecución– resulta insólito que prácticamente desde el principio –julio de 1998– empezó el retardo en la legalización de las tornaguías, situación que se mantuvo a lo largo de ese año de 1998 –se repitió en julio y cuatro veces más en noviembre– y durante buena parte de 1999 –dos tornaguías en febrero de 1999 y una más en mayo–, así que la conducta del consorcio no fue ocasional, esporádica e infrecuente; sino reiterada, consistente y sostenida en el tiempo.

Luego, el 23 de noviembre de 1999, el consorcio presentó descargos contra la anterior imputación, y admitió la mora frente a varias tornaguías, y respecto a otras también lo hizo pero intentó justificar su comportamiento por la inexistencia

de estampillas y otras excusas, finalmente no aceptadas por la entidad. Además, pidió que se practicara una prueba.

La entidad declaró la caducidad del contrato mediante la Resolución No. 0000149, de febrero del 2000, y el consorcio interpuso el recurso de reposición el 16 de marzo del mismo año –fls. 609 y ss. cdno. 1-, donde aceptó que:

- La tornaguía No. 0100333 del 17 de julio de 1998 se legalizó fuera de tiempo, pero la mora no le era imputable porque este documento figuraba con el nombre “orden de cargue”, y por esa razón el Departamento no le dio el trámite que correspondía.
- Que no pagó la participación porcentual que le correspondía al Departamento aduciendo iliquidez transitoria, pero de ninguna manera estaba en incapacidad económica.

En el peritazgo practicado los expertos también hallaron incumplimientos en los pagos, que destacaron de la siguiente manera: “revisado (sic) los pagos hechos por la empresa demandante al departamento de Córdoba se observó que las únicas tornaguías que se cancelaron extemporáneamente fueron las No. 5 0100333 del día 7 de junio de 1998; 001345-46-47 del 10 de noviembre de 1998, 17000080-81 del 4 de febrero de 1999 y la 17000662 del 31 de mayo de 1997.” – fl. 691, cdno. de pruebas-

De la anterior valoración probatoria, sumada a la realizada en el acápite de pruebas, la Sala concluye que la declaración de caducidad no está desconectada de una historia demostrada de incumplimientos constantes, reiterados y sucesivos del consorcio Señales Ltda.-Dislicores Comercializador Internacional Ltda., así que en lugar de estar en presencia de una entidad pública abusiva con la situación de un contratista esmerado, cumplido y entregado a satisfacer sus obligaciones; lo que se observa es una consorcio sumido en el incumplimiento, desde que inició la ejecución del contrato, conducta que mantuvo a lo largo del tiempo que pudo ejecutarlo.

Desde este punto de vista, cabe preguntarse si, en términos de las pruebas aportadas, resultan falsas, exageradas o desviadas las causas y las medidas de

corrección que adoptó el Departamento de Córdoba contra un contratista que sistemáticamente deshonró el pago oportuno que le correspondía hacer en ese contrato de concesión.

Para la Sala, analizadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en conjunto, no resulta extemporáneo que el departamento le imputara el incumplimiento al contratista, en el mes de octubre de 1999 –mes en que inicia un procedimiento sancionador por estos hechos- a sabiendas que en ese preciso mes cinco (5) tornaguías no se habían cancelado, y fueron pagadas con retrasos que ya sumaban hasta cinco meses, ocho meses, e inclusive un poco más de un año; además de que ocho (8) tornaguías más habían incurrido en el mismo incumplimiento a lo largo del año anterior.

Sin embargo, ahora el consorcio pretende eximirse de la sanción que le impuso la entidad, aduciendo que para el preciso día en que lo sancionaron ya había pagado las sumas que adeudaba, así que el Departamento no podía imponer la sanción. Sin embargo, según se analizó, considerar de esta manera el contrato y el comportamiento de las partes descontextualiza injustamente el análisis del tema, porque lo cierto es que el plazo estaba vigente cuando se impuso la sanción y que en 11 oportunidades -repartidas a lo largo de un poco menos de un año y medio de ejecución- el contratista, irresponsablemente, no entregó el dinero que le correspondía a la entidad de la explotación del negocio de licores, así que para la Sala la ponderación que hizo el departamento no corresponde a un caso de abuso del derecho, donde por revancha contra el contratista se le imputa un incumplimiento esporádico del pasado, cuando en el presente cumple perfectamente sus obligaciones.

¡De ninguna manera!, se trata de lo que verdaderamente sucedió: de un incumplimiento severo, grave y reiterado del contratista, que a lo largo de la vigencia del contrato se materializó en contra de los intereses de la entidad pública. Así que ahora el consorcio no puede presentarse ante el juez con la excusa de que para el instante en que le impusieron la sanción había cumplido, como si una sola obligación hubiera sido la que estuvo en mora, cuando en realidad se trató de once (11), que debieron desesperar constantemente a quien tenía derecho a recibir el pago.

Así que le falta seriedad a quien pretende eludir la responsabilidad que le cabe por su comportamiento, tratando de escudarse en el factor temporal de la imposición de la sanción, cuando el contrato estaba vigente para ese momento y la conducta por la cual se sancionó era reiterada, es decir continuada, de ahí que se aprecia la medida administrativa como justificada y razonable, y no cabe desconectarla de los medios y de los fines buscados con ella, en la forma en que lo propone el demandante.

Tres razones más contribuyen a entender la legalidad de la caducidad que declaró el departamento. En *primer lugar*, que en los términos que describen los arts. 14 y 18 de la Ley 80, el poder exorbitante autorizado allí existe para asumir la “dirección general... y ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato...”, así que esta obligación no es exclusiva de un solo instante de la ejecución, sino de todo el *iter* contractual, de manera que la sola circunstancia de que el contratista esté incumpliendo y con posterioridad salga de ese estado, no hace que *ipso facto e ipso iure* se inhiban los poderes sancionatorios, y en general las facultades de dirección y control del contrato, pues semejante forma de ver los negocios le da la espalda a la realidad mercantil, al trato entre partes de un contrato, porque se sabe que un contratista incumplido no deja de serlo por el hecho de que cumpla con posterioridad, pues entregar tarde no sólo es una forma de incumplir sino la prueba de ello, y si bien finalmente se entrega lo prometido, en todo caso se hace por fuera de plazo. Ahora, si además la conducta se repite, incluso demasiadas veces, el incumplimiento no puede simplemente sanearse, porque la actitud omisiva no elimina el comportamiento tardío, que preocupa seriamente a cualquier contratante.

En este horizonte, resulta desproporcionado suprimir el poder de dirección y control del contrato, a través de los poderes exorbitantes, por el simple hecho de que el contratista luego esté cumpliendo; sencillamente hay que observar en cada caso la réplica o los efectos que aún puede tener la conducta omisiva sobre la ejecución y correcta marcha de las obligaciones pasadas y futuras. En el caso concreto, esa conducta repetitiva justificó la declaración de caducidad, ya que el monopolio de la explotación del licor no podía seguir en manos de semejante contratista, que dio muestras de ser incumplido, no de lo contrario.

De otro lado, olvida la parte actora que la gravedad de su conducta, que pretende que todos olviden –y que el juez le dispense- para preservar una imagen que no tiene, como si nada hubiera pasado a lo largo de la ejecución imperfecta del contrato, puso en riesgo la salud y la educación de los habitantes del Departamento de Córdoba, porque en los términos del inciso 5 del art. 336 de la CP. “Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.”

Esto significa que durante los largos e injustificados meses de mora en que incurrió en el pago de las 11 tornaguías, se afectó la salud y la educación, bienes constitucionales que por sí mismo justificaban la adopción de la medida decretada por el Gobernador, así que el hecho de recibir ese dinero, muy tarde, no hace por sí mismo que el contratista quede a paz y salvo con la entidad y la sociedad, como si la afectación con esta conducta fuera la misma que se presenta cuando un particular le incumple a otro particular las obligaciones acordadas.

Se ha llegado a un extremo tan complejo en la sociedad colombiana, en relación con el cumplimiento de las obligaciones, con el respeto a la palabra empeñada y a los compromisos adquiridos, que incluso quien incumple con la entrega de los recursos económicos sagrados para la salud y la educación, en lugar de excusarse con su conducta y asumir estoicamente los efectos o consecuencias negativas de su comportamiento, deplorable y amenazante a los derechos fundamentales de los ciudadanos, pretende recibir una exculpación, una disculpa e incluso una indemnización, como si el incumplido fuera quien cumplió, como si el Estado, afectado por la conducta quedara en deuda con quien no entregó oportunamente sus recursos para atender las necesidades insatisfechas de la población. Esta inversión del sentimiento de culpa resulta reprochable por la Sala, y en estos términos se lo deja saber a la parte actora.

Finalmente, la conducta de la administración fue proporcional y razonable, en consideración a los bienes constitucionales amenazados, porque el cumplimiento tardío del concesionario no lo puede ver ni hacer ver la parte actora como cumplimiento de sus obligaciones, so pretexto de que al fin y al cabo entregó. Ni en el derecho contractual administrativo ni en el civil es admisible semejante pretensión, porque tanto: i) la falta de cumplimiento de la obligación, como ii) su cumplimiento tardío, o iii) su cumplimiento imperfecto, son formas de

incumplimiento, así que la conducta en que incurrió el consorcio es una infracción al contrato, cuyo acatamiento posterior no equivale a observarlo, sino que confirma que se incumplió por retardo.

De esta manera, está demostrado que el Departamento no le declaró la caducidad a un contratista cumplido –so pretexto de que pagó, aunque tarde-; de ninguna manera!, la sanción se la impuso a un contratista incumplido, por moroso, mas exactamente once (11) veces moroso con el dinero de la salud y la educación, en menos de un año y medio, y cuyo historial no podía hacer pensar que en adelante sería el mejor contratista que ha tenido el Estado¹⁸.

Tan grave fue su conducta que el art. 336 de la CP. ya la calificó: Dispone el inciso sexto que: “La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley”, calificación que por sí misma demuestra la preocupación que el constituyente tiene por esta fuente de recursos, que en el caso concreto se pensaba administrar a través del contrato de concesión; sin embargo sólo al consorcio le parece que entregarlos cuando lo presionan los procesos sancionatorios que se adelantaron en su contra fue una oportunidad suficiente, no sólo para hacerlo sino para que le perdonen la responsabilidad contractual que debe asumir.

En los términos indicados se revocará la sentencia apelada, y se negarán las pretensiones de la demanda.

¹⁸ En este mismo sentido, el doctor Alberto Antonio Anaya Pérez rindió declaración -fls. 660 y 661, cdno. 2- y manifestó sobre la mora, entre otras cosas, que: i) para entonces se desempeñaba como asesor de la Gobernación de Montería; ii) que se desempeño como Secretario de Hacienda del Departamento demandado, y que una vez se posesionó en dicho cargo, el 18 de enero de 2000, inició “la verificación de todas las áreas que componen la Secretaría, incluyendo el área de rentas”, sobre ésta señaló: “específicamente revisé todos los convenios vigentes a la fecha, que el Departamento había suscrito para la distribución de los diferentes licores, en el caso de Dislicores, observamos reiterados incumplimientos por parte del distribuidor en la debida legalización de tornaguías, poniendo en conocimiento del área jurídica de la Gobernación, esta situación.” Afirmó, además, que: “en esta revisión, encontramos incumplimiento de vigencias anteriores al año 2000, una vez valorada la información suministrada por Hacienda al área jurídica, ésta consideró encontrar elementos suficientes para expedir la resolución de caducidad”. Sobre las especificidades del incumplimiento, resaltó que: “En el análisis que hicimos de la documentación se pudo constatar que 8 tornaguías habían sido pagadas extemporáneamente, situación esta que se pudo certificar por la Oficina de Recaudos de la Secretaría de Hacienda, evidenciándose también que habían sido reincidentes en el manejo de la anomalía.”

Finalmente, la Sala considera que la cláusula 14 del contrato, sobre la cual el tribunal *a quo* se pronunció respecto de los vicios de que adolecía, pero cuya nulidad no declaró en la parte resolutive de la providencia, ofrece dos comentarios, previa cita textual para comprenderlos:

“DECIMA CUARTA. DE LA MORA. El incumplimiento de las obligaciones contractuales que se enmarquen como vencidas por parte del CONTRATISTA DISTRIBUIDOR, dará al DEPARTAMENTO DE CORDOBA, facultades para establecer multas sucesivas diarias hasta de cinco (5) salarios mínimos, mientras no desaparezcan las circunstancias generadoras del incumplimiento y siempre que estas no persistieren por un lapso de diez (10) días, caso en el cual procederá la declaratoria de caducidad del contrato. Las multas serán impuestas mediante Resolución motivada con cargo al Tesoro del Departamento, las cuales podrán ser recaudadas coercitivamente por vía de jurisdicción coactiva y contra ella procederá el recurso de reposición.”

En primer lugar, el tribunal administrativo consideró que las partes del contrato no pueden crear condiciones adicionales a las que establece el art. 18 de la Ley 80 para declarar la caducidad, al paso que la cláusula lo hizo. La Sala comparte la perspectiva del *a quo*, porque este poder estatal tiene reserva de ley en su configuración, es decir, que sólo una norma de esta categoría puede tratar la materia, así que tanto el reglamento y con mayor razón el contrato tienen vedado delimitar, matizar, agravar o aligerar las condiciones de su aplicación. Esto significa que sólo el legislador establece los requisitos y condiciones para su aplicación, de allí que si la cláusula 14 condiciona su ejercicio, de alguna manera, irrumpe en el campo de la reserva de ley, trasgrediendo el ordenamiento jurídico.

Para el tribunal eso fue lo que sucedió con esta estipulación, apreciación que la Sala comparte, porque la cláusula establece que la caducidad se declarará si la mora del contratista persiste durante un lapso de diez (10) días, de allí que si sólo alcanza esa magnitud se impondrá a continuación la sanción del art. 18. Por esta razón, la condición, limitación o requisito convencional vulnera el artículo 18, pues establece que el poder exorbitante comentado procede “... si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización...”, así que el establecimiento de condiciones adicionales, como un número de días para imponer la sanción, o la

imposición de una sanción previa en particular –multa- para proceder con la otra, viola la legalidad de la competencia administrativa.

En este sentido, la Subsección ya ha expresado, en relación con la terminación unilateral -tesis que aplica a la caducidad- que ningún poder exorbitante puede modificarse por acuerdo –sentencia del 24 de enero de 2011. Exp. 15.940-: “En *tercer lugar*, sumado a los argumentos anteriores, no procedía la terminación unilateral del convenio porque la razón que lo provocó –el incumplimiento de las obligaciones acordados, a juicio del CEP- tampoco está prevista en el listado taxativo de causales del art. 17 de la ley 80 de 1993, de manera que incluso por esta otra razón también sería ilegal la decisión -suponiendo que las anteriores no fueran suficientes-.”

En conclusión, aquella otra idea que se desprende del anterior análisis de la disposición, según la cual para declarar la caducidad es necesario imponer previamente las multas, también resulta errónea, por otra razón: porque la ley no tiene establecido como prerrequisito que se imponga previamente otra sanción, bien sea de multa o de cláusula penal pecuniaria, sencillamente si se configuran los elementos autónomos que exige el art. 18, entonces procede de manera directa, sin más condiciones previas.

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

FALLA

PRIMERO: Revócase la sentencia proferida el 23 de enero de 2003 por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

SEGUNDO: Niéganse las pretensiones de la demanda.

TERCERO: No se causaron costas.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.

Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

Con aclaración de voto

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

CADUCIDAD DEL CONTRATO - Poderes exorbitantes / EJERCICIO DE LOS PODERES EXORBITANTES - El factor temporal como criterio de competencia

Pese a que fui el ponente de la providencia sobre la cual yo mismo me aclaro el voto, lo cierto es que es necesario porque en ella se hizo una referencia – obiter dictum- a otra sentencia de la Sala Plena de la Sección en la cual se sostuvo que por fuera del plazo de ejecución del contrato no es posible hacer uso de los poderes exorbitantes. Es frente a esta idea que debo aclarar mi posición, para evitar confusión, pese a que el tema es marginal o colateral para el caso concreto, porque en mi criterio –como lo manifesté en su momento- aún con posterioridad a este momento es posible hacer uso de estas potestades, siempre que el contrato esté en ejecución. **NOTA DE RELATORIA:** En este sentido, consultar el salvamento de voto del 30 de octubre de 2012 –frente a la sentencia proferida el 12 de julio de 2012 –exp. 15024, CP. Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)

Actor: DISLICORES COMERCIALIZADOR INTERNACIONAL Y OTRO

Demandado: DEPARTAMENTO DE CORDOBA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

ACLARACIÓN DE VOTO

La cuestión que la Sala analizó en el proceso de la referencia fue el factor temporal con que cuenta la administración para imponer a sus contratistas la sanción de caducidad, teniendo en cuenta que en el caso concreto éste no negó que incumplió parte de las obligaciones, concretamente la de pagar el impuesto al consumo de licor a favor del Departamento, sólo que apoya la defensa en el hecho de que en la fecha en que se declaró la caducidad estaba al día, comportamiento que –considera- avaló la misma entidad.

En este sentido, es decir, en relación con la competencia temporal para ejercer el poder exorbitante de declaración de la caducidad, la mayoría manifestó –con acierto- que dentro del plazo de ejecución es posible ejercer este poder exorbitante, así que no es absolutamente indispensable que el contratista permanezca en estado de incumplimiento cuando se impone la sanción; no obstante, añade que en cada caso se debe valorar la oportunidad y razonabilidad para hacerlo:

“De la anterior valoración probatoria, sumada a la realizada en el acápite de pruebas, la Sala concluye que la declaración de caducidad no está desconectada de una historia demostrada de incumplimientos constantes, reiterados y sucesivos del consorcio Señales Ltda.-Dislicores Comercializador Internacional Ltda., así que en lugar de estar en presencia de una entidad pública abusiva con la situación de un contratista esmerado, cumplido y entregado a satisfacer sus obligaciones; lo que se observa es una consorcio sumido en el incumplimiento, desde que inició la ejecución del contrato, conducta que mantuvo a lo largo del tiempo que pudo ejecutarlo.

“Desde este punto de vista, cabe preguntarse si, en términos de las pruebas aportadas, resultan falsas, exageradas o desviadas las causas y las medidas de corrección que adoptó el Departamento de Córdoba contra un contratista que sistemáticamente deshonoró el pago oportuno que le correspondía hacer en ese contrato de concesión.

“Para la Sala, analizadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en conjunto, no resulta extemporáneo que el departamento le imputara el incumplimiento al contratista, en el mes de octubre de 1999 –mes en que inicia un procedimiento sancionador por estos hechos- a sabiendas que en ese preciso mes cinco (5) tornaguías no se habían cancelado, y fueron pagadas con retrasos que ya sumaban hasta cinco meses, ocho meses, e inclusive un poco más de un año; además de que ocho (8) tornaguías más habían incurrido en el mismo incumplimiento a lo largo del año anterior.

“Sin embargo, ahora el consorcio pretende eximirse de la sanción que le impuso la entidad, aduciendo que para el preciso día en que lo sancionaron ya había pagado las sumas que adeudaba, así que el Departamento no podía imponer la sanción. Sin embargo, según se analizó, considerar de esta manera el contrato y el comportamiento de las partes descontextualiza injustamente el análisis del tema, porque lo cierto es que el plazo estaba vigente cuando se impuso la sanción y que en 11 oportunidades -repartidas a lo largo de un poco menos de un año y medio de ejecución- el contratista, irresponsablemente, no entregó el dinero que le correspondía a la entidad de la explotación del negocio de licores, así que para la Sala la ponderación que hizo el departamento no corresponde a un caso de abuso del derecho, donde por revancha contra el contratista se le imputa un incumplimiento esporádico del pasado, cuando en el presente cumple perfectamente sus obligaciones.

“¡De ninguna manera!, se trata de lo que verdaderamente sucedió: de un incumplimiento severo, grave y reiterado del contratista, que a lo largo de la vigencia del contrato se materializó en contra de los intereses de la entidad pública. Así que ahora el consorcio no puede presentarse ante el juez con la excusa de que para el instante en que le impusieron la sanción había cumplido, como si una sola obligación hubiera sido la que estuvo en mora, cuando en realidad se trató de once (11), que debieron desesperar constantemente a quien tenía derecho a recibir el pago.”

No obstante, y pese a que fui el ponente de la providencia sobre la cual yo mismo me aclaro el voto, lo cierto es que es necesario porque en ella se hizo una referencia –*obiter dictum*- a otra sentencia de la Sala Plena de la Sección en la cual se sostuvo que por fuera del plazo de ejecución del contrato no es posible hacer uso de los poderes exorbitantes. Es frente a esta idea que debo aclarar mi posición, para evitar confusión, pese a que el tema es marginal o colateral para el caso concreto, porque en mi criterio –como lo manifesté en su momento- aún con

posterioridad a este momento es posible hacer uso de estas potestades, siempre que el contrato esté en ejecución.

En este sentido, en el salvamento de voto del 30 de octubre de 2012 –frente a la sentencia proferida el 12 de julio de 2012 –exp. 15.024, CP. Danilo Rojas Betancourth- expresé lo que transcribo in extenso a continuación, idea que mantengo:

“La providencia apelada ante esta Corporación sostuvo que era ilegal el acto administrativo que declaró la caducidad de un contrato, porque se expidió cuando había vencido el plazo de ejecución del mismo, es decir, que la ilegalidad del acto administrativo se soporta en la incompetencia *“ratione témpore”*. De esta manera, la Sala no estudió el fondo del proceso, por la razón expuesta.

“2. Razones de mi disentimiento con la Sala: La competencia temporal para declarar la caducidad del contrato

“La Sala analizó la posibilidad que tiene la administración de ejercer la facultad de declarar la caducidad del contrato, tan pronto expira el término pactado, porque es la que reviste mayor trascendencia, en la medida en que se trata de una de las formas anormales de extinguir un negocio jurídico estatal. Concluyó que no era posible y por eso anuló el acto demandado.

“En mi criterio, en cambio, si se analiza la causal de caducidad prevista en el literal f) del artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983 se colige que guarda similitud con los motivos que en vigencia del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 dan lugar a la declaratoria de caducidad, y analizados ambos supuestos se deduce que es procedente declararla después de fenecido el término de ejecución del contrato o término ordinario dispuesto para el cumplimiento de las prestaciones.

“La posibilidad de caducar el contrato, por su naturaleza, supone la *existencia* del negocio jurídico y la eficacia del mismo en el ordenamiento jurídico, por esta razón, mientras el contrato esté *vigente* la administración está revestida de las facultades excepcionales que el ordenamiento jurídico le otorga para realizar los fines de la contratación y, salvo que las circunstancias, por imperativo lógico, lo impongan, no podría decirse que la administración se halle habilitada para

renunciar o pueda ser despojada de tales facultades, porque ni siquiera ella puede disponer de las prerrogativas cuando la ley le impone ejercitarlas, en caso de darse el supuesto consagrado por el ordenamiento jurídico.

“La razón fundamental que permite afirmar que la caducidad puede declararse luego de expirado el plazo de ejecución fue expuesta de manera estructurada, lógica y acorde en la providencia de esta Sección, el 13 de septiembre de 1999 – Exp. 10.264-, que a la vez acogió el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 8 de noviembre de 1976 -Concepto No. 1.088-, posición que retomo bajo las siguientes precisiones:

“Allí se explicó que el *vencimiento término no extingue el negocio*, simplemente representa el momento a partir del cual se determina si la obligación fue cumplida o no en las condiciones pactadas¹⁹, es decir, mira la exigibilidad de la obligación, por consiguiente, resulta forzoso concluir, como premisa general, que a partir de ese momento se puede establecer si el contratista incumplió sus obligaciones y si reviste tal gravedad que amerite terminarlo, declarando la caducidad, siempre y cuando converjan las demás exigencias señaladas por el ordenamiento jurídico para su procedencia; de lo contrario, la caducidad perdería su razón de ser, sería inocua para los fines que persigue, que no es otro que terminar el contrato cuando sobrevenga alguna causal que la configure, para impedir que la relación produzca efectos jurídicos y permita a la entidad estatal cumplir los fines implícitos en la contratación, evitando la conservación de un contrato nocivo, que definitivamente ya no podrá ejecutarse, brindándole la posibilidad de extinguir el vínculo para quedar en libertad de continuar la ejecución con otro contratista y así satisfacer, finalmente, la prestación que constituía el objeto del contrato celebrado.

“Negar -como lo hizo la Sala Plena de la Sección Tercera- que la caducidad pueda declararse después de expirar el término de ejecución, reduce su procedencia a los incumplimientos parciales o a las moras parciales que se presenten en el cumplimiento de las obligaciones en los contratos de tracto sucesivo, excluyendo, incluso, que el supuesto pueda configurarse cuando se deba cumplir el último pago parcial y, asimismo, descartando que pueda ser declarada en los contratos que a pesar de ser de tracto único estén sometidos a plazo.

¹⁹ Téngase en cuenta que el término está dispuesto en función del cumplimiento de la prestación, no de clausurar la existencia del negocio jurídico.

“En este sentido, también impediría a la administración terminar la relación contractual cuando se presente el hecho constitutivo de mora, consistente en incumplir el plazo de ejecución pactado, conduciendo a que el negocio jurídico subsista inconcluso en el tiempo y a que las partes queden ligadas por una relación jurídica, para cuya extinción deberá acudir a otro mecanismo o instrumento jurídico, como sería la instauración de la acción contractual, con la dilación que ello conlleva y el efecto negativo frente a la reanudación en la ejecución del objeto de las obligaciones y en el logro del interés general ínsito en el contrato, ya que mientras se halle vigente el vínculo contractual la administración está en imposibilidad jurídica de desplazar al contratista o sustituirlo por otro.

“Desde luego, para que se declare la caducidad, como se viene explicando, el contrato tiene que estar *vigente* y por esta razón debe descartarse el supuesto de que la facultad excepcional se torne eficaz cuando un contrato ha sido ejecutado, pues en tal caso la obligación se extingue²⁰, y con ella el negocio jurídico que le da origen. Además, si la prestación se ejecuta en la forma y término pactados, no existiría ninguna razón que motivara la declaratoria de caducidad, por ende, un acto administrativo, en tal sentido, estaría viciado de nulidad, por falsa motivación.

“Cabe anotar, además de lo anterior, que el vencimiento del término de ejecución no confiere la posibilidad de que la entidad desplace automáticamente al contratista incumplido para continuar la ejecución, bien con su garante u otro contratista, pues, se reitera, *con el vencimiento del término ordinario no se extingue la relación negocial*, y tal hipótesis sólo se presenta si el vínculo obligacional ha culminado, es decir, sólo resulta viable cuando se declara la caducidad del contrato, de lo contrario la entidad estatal mantendría vigentes dos relaciones contractuales con el mismo objeto, debido a que si la relación jurídica no ha culminado por alguna de las formas expuestas en precedencia, no podría impedírsele al contratista incumplido allanarse a cumplir con mora.

²⁰ Modo general de extinción de las obligaciones, reitera la Sala, en los términos del artículo 1625 del C.C.

“En suma, es posible declarar la caducidad expirado el término de ejecución del contrato, siempre que se cumplan los supuestos previstos en la ley, pero en todo caso debe garantizarse el debido proceso, de manera que el factor temporal incide en la medida en que determina el hecho objetivo que conlleva al incumplimiento calificado de la obligación, pero no incide para limitar temporalmente el ejercicio de la potestad excepcional, porque las únicas limitaciones que puede encontrar la administración para terminar el contrato por caducidad es que la cláusula esté contenida en un contrato en el que su inclusión sea prohibida o que siendo de inclusión facultativa no se haya pactado, o que no se presente el supuesto objetivo que la norma contempla para su declaración, o que el contrato se haya extinguido por una de las formas de terminación mencionadas a título enunciativo en precedencia –pues por imposición de las reglas de la lógica no es posible terminar lo que ya está terminado-.

“Ahora bien, cabe destacar que en el caso concreto la sociedad actora no cuestionó la competencia de la Administración para declarar la caducidad del contrato, fue el Tribunal administrativo, de oficio, el que planteó la situación, y concluyó que la decisión se expidió por fuera del límite temporal para ejercer la facultad excepcional. Sobre este asunto ha dicho la Sala²¹ que cuando el vicio que se configura es el de incompetencia, es posible examinarlo oficiosamente²².

“En el evento *sub iudice*, el vencimiento del plazo pactado se dio el 19 de julio de 1994, y la liquidación del contrato se produjo unilateralmente el 28 de agosto de 1995, la cual fue adoptada por Resolución No. 061 de 11 de septiembre de 1995. De esta manera, si el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato se expidió el 21 de julio de 1994, y el recurso de reposición se resolvió mediante la Resolución No. 047 del 12 de agosto de 1994, es indiscutible que la declaratoria de caducidad se produjo *durante la ejecución* del mismo, pero con posterioridad al *vencimiento del plazo*, de donde surge que la Administración tenía competencia para expedirlo; contrario a lo que sostuvo el Tribunal Administrativo y la Sala Plena de la Sección Tercera, providencia en la que manifestó que se produjo después del 19 de julio de 1994, plazo final concedido al contratista para ejecutar la obra.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 11 de mayo de 1999, Exp. 10.196.

²² Cita original del texto. JEAN RIVERÓ. Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pág. 274.

“A propósito del plazo de ejecución de la obra, en el caso *sub lite* conviene precisar que al expediente no fue aportada prueba de la que pudiera deducirse la fecha límite de que disponía el contratista para ejecutarla, toda vez que el único documento que permite establecer tal circunstancia es el contrato, y según éste, el plazo era de sesenta días, contados a partir de la entrega del anticipo, lo cual ocurrió el 20 de enero de 1994, es decir, que el contrato vencía el 20 de marzo de 1994.

“No obstante, en la Resolución No. 0044 del 21 de julio de 1994, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato, el Municipio afirmó que en el acta del 18 de febrero de 1994, suscrita por las partes, se convino suspender temporalmente la obra, hasta el 5 de julio de 1994, y que luego, según el acta del 5 de julio de 1994, suscrita también por las partes, se acordó prorrogar el plazo hasta el 19 de julio del mismo año, es decir, la entidad municipal da cuenta con dicho acto administrativo que el plazo de ejecución del contrato expiró el 19 de julio de 1994. Esto también, por cierto, lo afirma el contratista en la demanda.

“De igual manera, en el auto del 30 de agosto de 1994, la Contraloría Departamental de Casanare sostuvo que a solicitud de la investigadora fiscal, el Secretario de Obras Públicas del Departamento envió con oficio S.O.P.T 227 copia autenticada de las actas de iniciación, suspensión y reiniciación de la ejecución del contrato, de donde se deduce que dichas actas existieron, pero no fueron aportadas al proceso.

“En todo caso, de conformidad con las razones expuestas en la primera parte de esta salvamento de voto, el límite temporal que tenía el municipio para expedir el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato se extendía *durante la ejecución* del negocio jurídico, y como para la fecha en que se produjo su declaración estaban pendientes las obligaciones a cargo del contratista, el vínculo jurídico subsistía, pese a que había vencido el plazo de ejecución²³, circunstancia que por sí misma no lo extinguió.

²³ El caso que se analiza resulta ser la más fiel corroboración de lo que se expuso líneas atrás. Es decir, que los contratos estatales tienen previsto, por regla general, un término ordinario, cuyo vencimiento no obsta para que materialmente sea posible ejecutar la prestación debida.

“En estos términos, las potestades exorbitantes no tienen como límite temporal para su ejercicio el plazo de ejecución del contrato -tal como lo ha expuesto el Consejo de Estado en otras oportunidades-, por tanto, su ejercicio no se restringe a dicho lapso, conservándose la competencia para utilizarlas aunque esté vencido, en las circunstancias analizadas antes; sin embargo, se harán otras precisiones.

“En primer lugar, la competencia temporal *-ratio temporis-* para el ejercicio de las potestades exorbitantes por la administración ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, el cual, luego de un tránsito jurisprudencial, retomó la doctrina expuesta en este salvamento de voto, determinando que la competencia estudiada no fenece con el vencimiento del plazo, sino que, con posterioridad a ese momento, y luego de evaluar el cumplimiento del objeto contractual, puede ejercitarse para impedir que la afectación al interés público sea más gravosa.

“Fue así como la Sección Tercera, en la sentencia de septiembre 13 de 1999 – citada atrás-, retomó dicha posición, reiterada en los autos de junio 29 de 2000, exp. 16.756 –Actor: Héctor Echavarría V. y CIA. LTDA.- y de febrero 19 de 2004, exp. 26.054 –Actor: Consorcio INGEPRIMA-, así como en la sentencia de marzo 18 de 2004, exp. 15.936 –Actor: Antonio María Escobar Enríquez-; entre otras providencias.

“En resumen, la competencia para ejercitar los poderes exorbitantes por parte de la administración no expira al vencer el plazo, pues éste es, incluso, un momento propicio para evaluar el cumplimiento de las obligaciones y, por tanto, con posterioridad a su acaecimiento puede verificarse que el contratista no satisfizo las prestaciones a las que se obligó, o que las ejecutó incorrectamente, de manera que la entidad puede ejercer sus potestades excepcionales, e imponer la medida respectiva.

“De hecho, el error de apreciación de la Sala radica en no diferenciar el “plazo del contrato” de la “ejecución del contrato”, pues si bien lo normal es que un negocio jurídico se ejecute dentro del tiempo previsto –estado usual y, además, esperado por las partes-, también es cierto que con frecuencia la ejecución se cumple fuera del plazo: tal es el caso en que el contratista incumple sus obligaciones, y termina fuera del tiempo convenido. En este evento aún existe el contrato –por tanto vincula-, pero el plazo ha vencido, aunque la ejecución continúa. Nada de esto se

opone ni al derecho ni a la realidad, como implícita o inconscientemente lo da a entender la opinión contraria. En estos términos, el ejercicio de los poderes exorbitante no tiene por qué supeditarse al *plazo del contrato* –pese a que suele coincidir con el-, sino a su *ejecución*, la cual puede continuar vencido el término pactado.

“Esta posición, por cierto, tiene respaldo normativo en el inciso primero del artículo 14 de la ley 80, que pone estas facultades excepcionales al servicio de la “dirección general” y “vigilancia *de la ejecución* del contrato”, y se sabe que puede existir contrato aún cuando haya vencido el plazo –salvo que se halla pactado que con su llegada terminaba el negocio jurídico, lo cual requiere pacto expreso al respecto-. De esta manera, es incorrecto limitar el ejercicio de los poderes exorbitantes al plazo nominal del negocio, pues no recoge el sentido íntegro del contrato, y sobre todo la posibilidad directora del negocio jurídico, en cabeza de la administración pública.

“En otras palabras, si el decreto ley 222 de 1983, y también la ley 80, disponen que los poderes exorbitantes se confieren para vigilar *la ejecución* del contrato, y también para evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos²⁴, ¿por qué habría de identificarse estas hipótesis con el *plazo del contrato* y no con *su ejecución*, así esté vencido aquél? La comprensión de esta idea se facilita con un ejemplo sencillo, ajustado al caso concreto –aunque también aplica a la ley 80 de 1993-: si una causal de caducidad en vigencia del decreto 222 de 1983 es la muerte del contratista, o la declaración de quiebra o la interdicción judicial del contratista, y si alguna de ellas se presenta vencido el plazo del contrato, ¿no podrá la administración dar por terminado el negocio, porque debió hacerlo durante el término pactado para la ejecución de las obligaciones? ¿Acaso la circunstancia ocurrió en ese momento?

²⁴ Dispone el numeral primero del art. 14 de la ley 80, en este sentido, que las entidades públicas: “1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, **con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación**, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.” (Negrilla fuera de texto)

“No cabe la menor duda que ese supuesto del ejemplo, que no se terminó por expiración del plazo, sigue vigente –probablemente porque alguna de las partes lo incumplió-, y debe terminarse unilateralmente, toda vez que durante su ejecución –así sea fuera del plazo- acaeció la causal de terminación unilateral, que impone – obliga- a la administración a adoptar la medida correspondiente, mediante un acto administrativo.

“En esta línea de pensamiento queda claro, para resumir y concretar, que los poderes exorbitantes se pueden utilizar durante la ejecución, aunque haya vencido el plazo del contrato, pero siempre que las obligaciones del contratista estén pendientes. De esta manera, ni siquiera durante la liquidación del contrato sería posible, porque la ley circunscribe la potestad a la etapa de ejecución del mismo.

“Una postura similar contempló la ley 1.150 de 2007 para el ejercicio de la imposición de multas y de la cláusula penal, pues el artículo 17 señaló que ello será posible “... mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista...”, lo cual puede ocurrir –se insiste- vencido el plazo del contrato²⁵.

“En estos términos, examinada la parte motiva de la resolución No. 0044 de 21 de julio de 1994 que declaró la caducidad del contrato, se advierte que en los numerales 7 a 9 se establecieron los hechos constitutivos del incumplimiento del contratista, que para la Administración, configuraron la causal de caducidad. En el primero se afirmó que se concedieron al contratista varias prórrogas, pero que no cumplió los términos del contrato, ya que su actividad se redujo a la apertura de unos orificios, donde se instalarían las bases del puente, y a dejar una parte de la estructura del mismo en el lugar destinado a su instalación.

²⁵ Dispone el artículo 17: “Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista **y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.** Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.” (Negrillas fuera de texto)

“Otra razón consiste en que el interventor informó sobre la imposibilidad de comunicarse con el contratista, y que dada su irresponsabilidad y negligencia se le dio plazo hasta el 19 de julio de 1994 para que culminara la ejecución de la obra, fecha a partir de la cual se liquidaría unilateralmente el contrato y se harían efectivas las pólizas.

“La tercera razón se apoyó en el informe de visita practicada por la Contraloría Departamental al lugar de ejecución de las obras, diligencia en la que se constató que existían unas estructuras metálicas y las respectivas excavaciones en los estribos del puente, que según el interventor correspondían a los puertos de anclaje. En el acta de visita se hizo constar el incumplimiento del contratista, y se solicitó a la Administración tomar los correctivos previstos por la ley.

“En el acto administrativo mediante el cual se resolvió el recurso de reposición - Resolución No. 047 de 12 de agosto de 1994-, la Administración mantuvo los argumentos de la resolución que declaró la caducidad, pero agregó uno: que la Alcaldía Municipal había practicado una visita al lugar de la obra, el 22 de julio de 1994, para observar su avance, y estableció que por el estado en que se encontraba el puente, se debía confirmar el incumplimiento del contratista.

“En el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato se manifestó: “Que según Fax enviado por el Ingeniero interventor de obras bajo el número SOPT: DI 0014 que data del 28 de junio del presente año, manifiesta que ha sido imposible la comunicación con el representante legal de la firma contratista y como quiera que es evidente su irresponsabilidad y negligencia en la ejecución de la obra, se decidió darle un plazo hasta el 19 de julio del presente año, y a partir de esa fecha liquidar unilateralmente el contrato y hacer efectivas las pólizas.”

“Igualmente, como soporte de la decisión, también se relacionó en dicho acto la visita de inspección fiscal practicada por la Contraloría Departamental²⁶. En el acta de visita se estableció que existían en el lugar de las obras unas estructuras metálicas y unas excavaciones en los estribos del puente, que según lo afirmado por el Ingeniero interventor podía tratarse de las excavaciones para los respectivos “puertos de anclaje” del nuevo puente, descripción que los

²⁶ Folio 29, cuaderno 2.

funcionarios de la Contraloría encontraron “muy ambigua, máxime cuando no se tuvo los planos del diseño”.

“En mi criterio, estos hechos eran suficientes para entender que, efectivamente, el contratista incumplió gravemente el contrato, toda vez que para la fecha de entrega no había ejecutado las obras encargadas, pese a que recibió del contratante una suma de dinero considerable para avanzar en los trabajos. Los informes técnicos del propio municipio, sumados a los de la contraloría departamental son suficientes para entender que los hechos ocurrieron de ese modo.

“Incluso, esto no lo controvierte el contratista, y no podía ser de otro modo; es claro que pasado casi un año desde la declaración de caducidad, continuó trabajando, hasta llegar a un estado de ejecución del puente del 90% -según la prueba pericial del proceso-, lo cierto es que para el 19 de julio de 1994 las obras no habían concluido, lo que acredita el incumplimiento.

“Ahora bien, alega el actor que, en gracia de discusión, la entidad debió imponerle multas en lugar de declarar la caducidad, argumento que carece de respaldo tanto en el decreto ley 222 de 1983, como en la ley 80 de 1993, en atención a que en ninguno de estos estatutos se ha establecido un requisito de procedibilidad como este. De hecho, basta que se presenten los presupuestos que la ley señala para adoptar la sanción contractual extrema, para que el Estado pueda imponerla.

“También sostiene el actor que las razones del retraso –con lo que admite la mora (fl. 33, cdno. ppal.)- tuvieron una justificación conocida por la administración –sin explicar más-, luego, esperaba que esas circunstancias, que no explica, purgaran su mora. Este argumento también carece de respaldo probatorio en el proceso, porque se ha debido acreditar si se presentó una circunstancia de fuerza mayor o de caso fortuito que lo eximiera de responsabilidad –si es que alude a un hecho de esta envergadura-. Por el contrario, lo único que demuestra es el incumplimiento de sus obligaciones. En estos términos, no fue falsa la motivación de los actos administrativos, porque el incumplimiento sí existió, y además grave, puesto que no se puso en servicio de la comunidad una obra necesaria para su beneficio.

“Ahora bien, el otro argumento de defensa del actor consistió en que después de declararse la caducidad, continuó trabajando para terminar la obra, comportamiento que consintió la administración municipal. Efectivamente, se encuentra acreditada esa afirmación, pero aclara que eso no significa que el contratista hubiera cumplido sus obligaciones contractuales. De hecho, más bien confirma su mora, porque demuestra que para el 19 de julio de 1994 los trabajos no habían concluido, luego, no puede admitirse que los actos demandados adolecieran de falsa motivación, porque las razones que lo fundamentaron sí existieron al momento de su expedición.

“En este último argumento radica la defensa más enérgica del actor contra la decisión del municipio, pero enfatizo que el hecho de que el contratista continuara ejecutando los trabajos, quizá desesperadamente, no significa que hubiera cumplido sus obligaciones, ni que la entidad pública haya falseado las razones que la indujeron a declarar la caducidad. Este hecho sólo da cuenta de que hubo ejecución luego de la caducidad, lo que sin duda es anormal, porque el negocio ya no existía, sin embargo, a lo que no puede llegarse es a pensar que esto prueba el cumplimiento de las obligaciones del actor, que es lo único que le serviría para controvertir las decisiones administrativas.

“En este mismo orden de ideas, el actor sostiene que le solicitó al Alcalde que revocara la decisión, y que este le contestó que no era posible mientras no entregara las obras. De aquí busca deducir una aceptación tácita del comportamiento del contratista después de la declaración de caducidad, con la entidad suficiente para acreditar un vicio en la decisión.

“Una vez más, no comparto esta lectura que hace de los hechos la parte demandante, porque hasta allí no existe ninguna irregularidad en una respuesta como esa, ya que no puede olvidarse que respecto a los actos desfavorables es perfectamente posible revocarlos, de modo que tanto podía el contratista sugerir su revocatoria –aunque, en estricto sentido no procedía esta petición, porque el afectado hizo uso de los recursos en la vía gubernativa- como la entidad responder esas solicitudes. Este comportamiento de la administración, en realidad, no es demostrativo de que el actor hubiera cumplido, o que ella hubiera faltado a sus obligaciones, sólo demuestra o confirma lo que es una verdad en el proceso: que para la fecha en que venció el plazo del contrato la ejecución no se cumplió.

Esto es lo que expresa la repuesta de la Alcaldía a la sugerencia del contratista, porque confirma que no revocará porque la obligación estaba incumplida.

“Finalmente, es bueno señalar que entre las pruebas se aportó una certificación del Jefe de la División de Construcción y Mantenimiento de Carreteras de la Secretaría de obras Públicas de la Gobernación de Casanare, enviada al Tribunal, en la que se hace constar que el 20 de abril de 1995 fue trasladado un buldózer por orden de dicha División para “...construir los accesos de un puente flotante construido en tubería de diferente diámetro sobre el río Sunce, a su vez construir la variante necesaria para dar vía sobre éste...”.

“Pareciera indicar esto -pero sólo por impresión rápida-, que la administración no cumplió una obligación a su cargo, como era construir los accesos al puente, de donde sería injustificado que declarara su incumplimiento cuando la entidad también estaba en mora. Sin embargo, una conclusión semejante es incorrecta, porque el párrafo de la cláusula cuarta del contrato estableció que el municipio construiría los accesos “... que permitan dicha prueba de carga en un término de cinco (5) días hábiles a partir de la solicitud presentada por el contratista”, lo que significa que ello se requería para realizar la “prueba de carga”, que era el requisito para el recibo de la obra y el pago del 30% restante del valor. Obviamente, esto sólo era exigible cuando se ejecutara el contrato, pero como el 19 de julio de 1994 el puente no estaba construido, resulta lógico que la administración no hubiera ejecutado esta obligación contractual, porque necesitaba que el contratista terminara la obra, que nunca culminó, ni siquiera después de declarada la caducidad.

“Por estas razones, la Sala debió revocar la sentencia apelada, comoquiera que no había vicios ni de temporalidad de la decisión ni de veracidad de la motivación, que afecten la validez de los actos administrativos demandados.”

En estos términos dejo planteada mi posición.

Enrique Gil Botero