

## **CONTRATO ESTATAL – Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – Incumplimiento – Caducidad**

Sea lo primero decir que la declaratoria de incumplimiento del contrato, a diferencia de la caducidad, la cual constituye una de las formas de terminación anticipada del contrato, podrá hacerse después de vencido el término del convenio, con la finalidad de permitir a la Administración el cobro de los perjuicios derivados del incumplimiento, constituidos, entre otros, por el monto de la cláusula penal pecuniaria pactada por las partes.

El artículo 72 del Decreto 222 de 1983 –reiterado en el artículo 295 del Código Fiscal del Distrito-, normatividad aplicable al presente asunto, determinó que la cláusula penal pecuniaria sería de forzosa estipulación en todos los contratos regulados por dicho estatuto, salvo en los contratos de empréstito. En efecto así lo dispuso la norma jurídica antes mencionada:

Ahora bien, como ha sido admitido por la Jurisprudencia de la Sala, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que se haya vencido el plazo contractual, sin que éste hubiere ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, únicamente como medida para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Así lo manifestó la Corporación en providencia del 9 de abril de 1992, en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983:

Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato [cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo] luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada.

Y, en oportunidad más cercana, en sentencia de 17 de noviembre de 2008, afirmó:

En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante de la Administración para declarar su caducidad y, en tal virtud, en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, 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 acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, facultad que excluía, entonces, la posibilidad de decretar la caducidad. [...] [L]uego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato [según se establecía expresamente en el artículo 72 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.

Ahora bien, en cuanto a la competencia temporal que tiene la Administración para declarar el incumplimiento del contrato después de su vencimiento, la Corporación de manera reiterada ha sostenido que dicha figura opera «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»<sup>1</sup>, dado que efectuada la liquidación del contrato o vencido el plazo para hacerlo por mutuo acuerdo o unilateralmente por la Administración, ésta queda despojada de sus potestades sancionatorias y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser constatado por el juez.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 9 de marzo de 2000. Rad No. 10540. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01122-01(20628)**

**Actor: INDUSTRIAS FULL S.A.**

**Demandada: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2001, por el Tribunal Administrativo de Descongestión – Bogotá D.C., Sección Tercera, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## **I.-ANTECEDENTES**

### **1. La demanda.**

La sociedad Industrias Full S.A., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, el día 30 de junio de 1995 presentó ante el Tribunal Administrativo de Descongestión - Bogotá D.C., Sección Tercera, demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Empresas de Telecomunicaciones de Bogotá –ETB-. En el escrito de la demanda planteó las siguientes pretensiones<sup>2</sup>:

*“PRIMERA: Que son nulas las Resoluciones Nos. 9317 de 15 de Noviembre de 1.994 y 9523 del 6 de Marzo de 1.995, por medio de las cuales se declaró y confirmó el incumplimiento parcial del contrato No. 2967 por parte de INDUSTRIAS FULL S.A.*

*SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, se restablezca el derecho de INDUSTRIAS FULL disponiendo:*

*a) Que la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá le pague los dineros retenidos a título de cláusula penal, junto con los intereses comerciales moratorios, desde el 20 de Mayo de 1.994 hasta cuando el pago se realice, o los dineros que recaude forzosamente prevalida de las resoluciones anuladas, también con intereses comerciales moratorios, desde la fecha del recaudo forzado hasta cuando la devolución se realice.*

*b) Eliminar la inscripción de las resoluciones anuladas en el registro de proponentes de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

*c) Que la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá le pague a INDUSTRIAS FULL S.A. los perjuicios materiales causados por la inscripción de las*

---

<sup>2</sup> Folios 2 al 7 del cuaderno No. 1.

resoluciones anuladas en el registro de proponentes de la Cámara de Comercio de Bogotá, consistentes en la pérdida de oportunidad para celebrar contratos con el Estado por un período de cinco (5) años, según estimación pericial.

TERCERA: Que la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá incumplió el contrato No. 2967 celebrado con INDUSTRIAS FULL S.A., al no pagarle la totalidad del precio pactado ni devolverle los extintores escuela que le facilitó con ocasión del contrato.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaración anterior, la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá debe pagar a INDUSTRIAS FULL S.A.,

- a) El valor de la cláusula penal prevista en el contrato 2967, valor presente.
- b) El valor de los sesenta (60) extintores escuela que no devolvió, según estimación pericial junto con los intereses comerciales moratorios desde el 20 de Mayo de 1.994 hasta cuando el pago se realice.
- c) El valor del saldo del precio del contrato, según estimación pericial, junto con intereses comerciales moratorios, desde el 20 de Mayo de 1.994 hasta cuando el pago se realice.

QUINTA: Que la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, debe pagar a INDUSTRIAS FULL S.A. los perjuicios morales, en gramos oro, según estimación del Honorable Tribunal, derivados del incumplimiento del contrato y del hecho de haber ordenado la inscripción de las resoluciones anuladas en el registro de Proponentes de la Cámara de Comercio.

SEXTA: Que la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá debe pagar las costas del proceso”.

En el mismo escrito de la demanda se solicitó la suspensión provisional de las Resoluciones demandadas.

## **2. Hechos.**

En su escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** El 4 de febrero de 1991, la sociedad Industrias Full S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá - *en adelante ETB* -, firmaron el contrato No. 2967, cuyo objeto consistía en la “*recarga y mantenimiento de extintores*” por parte de la citada sociedad.

**2.2.** El 15 de abril de 1993 el contrato fue renovado con vigencia de 1 año -*hasta el día 20 de mayo de 1994*-.

**2.3.** Mediante Resolución No. 9317 de 1994, ETB declaró el incumplimiento del contrato, decisión que fue recurrida por la sociedad Industrias Full S.A. y confirmada por ETB a través de la Resolución No. 9523 del 6 de marzo de 1995.

**2.4.** Sostuvo la demandante que debido a la conducta inapropiada desplegada por

funcionarios de ETB, le fue imposible recargar los extintores. Así mismo, señaló que ETB no le pagó la totalidad del servicio prestado y que tampoco le devolvió 60 extintores de su propiedad.

**2.5.** Finalmente adujo que en las Resoluciones demandadas se ordenó la inscripción del incumplimiento en el registro de proponentes de la Cámara de Comercio, con lo cual inhabilitaba a la sociedad para celebrar contratos con el Estado, lo que sin duda alguna le causó un perjuicio desproporcionado a la sociedad.

### **3. Normas violadas y concepto de violación**

La parte demandante sostuvo que con la expedición de las Resoluciones No. 9317 del 15 de noviembre de 1994 y 9523 del 6 de marzo de 1995, se vulneraron los artículos 6, 29, 113, 122, 228 y siguientes de la Constitución Política, como también el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de los preceptos violados, manifestó, en síntesis, que si bien ETB se encontraba facultada para declarar el incumplimiento del contrato, no lo es menos que dicha potestad la debió haber ejercido dentro de los 4 meses siguientes a *la "expiración del plazo del contrato"* y no dentro de los 6 meses, como ocurrió en el presente asunto.

En ese contexto, sostuvo que ETB cuando declaró el incumplimiento del contrato mediante la Resolución No. 9317 del 15 de noviembre de 1994 carecía de competencia para hacerlo, dado que profirió el acto en mención por fuera del término de los 4 meses, plazo máximo con el cual contaba para declarar el incumplimiento.

Por último, señaló que al ordenar la inclusión de las Resoluciones demandadas en el registro de proponentes de la Cámara de Comercio, se violaron, además de las normas relacionadas previamente, disposiciones de la Ley 80 de 1993.

### **4. Actuación Procesal.**

La demanda presentada el 30 de junio de 1995<sup>3</sup>, fue admitida por auto del 16 de noviembre de 1995<sup>4</sup>, en el que, adicionalmente, se ordenó citar a la Compañía de Seguros Atlas Ltda., como litisconsorte necesario y se negó la suspensión provisional de las Resoluciones demandadas; notificada en legal forma al Ministerio Público el 23 de noviembre de 1995<sup>5</sup>, a ETB el 15 de mayo de 1996<sup>6</sup> y a la Compañía de Seguros Atlas Ltda., el 22 de mayo del mismo mes y año<sup>7</sup>.

En escrito del 30 de noviembre de 1995<sup>8</sup>, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra del auto admisorio, en lo que respecta a la negativa de suspender provisionalmente los actos administrativos demandados, proveído que fue modificado por el Consejo de Estado mediante auto del 20 de febrero 1997 para decretar, en su lugar, la suspensión solicitada<sup>9</sup>.

## **5. Contestación de la demanda.**

La Compañía de Seguros Atlas S.A. *-litisconsorte necesario-* contestó la demanda para oponerse a las pretensiones<sup>10</sup>. En cuanto a los hechos relatados en la demanda aceptó unos y rechazó otros.

Sostuvo la Aseguradora que la sociedad Industrias Full S.A., incumplió el contrato No. 2967, tal como ella misma lo reconoció en comunicación del 23 de febrero de 1994 suscrita por el gerente de la sociedad y dirigida a ETB, por medio de la cual admitió que la sociedad había prestado un servicio deficiente.

Formuló como excepción de mérito, el pago que efectuó a ETB por la suma de un millón ciento ochenta mil pesos (\$1'180.000), al hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, sobre la garantía de cumplimiento No. 9159-CM-138 expedida por la Aseguradora.

En ese contexto, señaló que la Compañía de Seguros Atlas S.A., "*se subrogó en los derechos del asegurado LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE*

---

<sup>3</sup> Folio 7 del cuaderno No.1.

<sup>4</sup> Folios 14 al 21 del cuaderno No.1.

<sup>5</sup> Folio 22 vto del cuaderno No. 1.

<sup>6</sup> Folio 27 del cuaderno No. 1.

<sup>7</sup> Folio 31 del cuaderno No. 1.

<sup>8</sup> Folios 24 y 25 del cuaderno No. 1.

<sup>9</sup> Folios 53 al 66 del cuaderno No. 1.

<sup>10</sup> Compañía de Seguros Atlas S.A. (Folios 38 al 41 del cuaderno No. 1).

*SANTA FE DE BOGOTA* contra las personas responsables del siniestro, en este caso, *INDUSTRIAS FULL S.A.*”, razón por la cual, la Aseguradora demandó ante los Jurisdicción Ordinaria a la citada sociedad para efectos de que le restituyera el dinero por ella cancelado a ETB.

Finalmente, concluyó que la sociedad *Industrias Full S.A.*, no puede pretender la restitución de una suma de dinero que no salió de su patrimonio.

La parte demandada –*ETB*- no contestó la demanda.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante auto del 1 de octubre de 1996 abrió el proceso a pruebas<sup>11</sup> y fracasada la audiencia de conciliación judicial<sup>12</sup> se dispuso correr traslado para alegar de conclusión<sup>13</sup>, oportunidad procesal en la que se hicieron los siguientes pronunciamientos:

La parte actora –*sociedad Industrias Full S.A.*-, reiteró los argumentos expuestos en la demanda y agregó que de conformidad con el dictamen pericial que se practicó en el proceso, era posible concluir que quien incumplió las obligaciones contractuales fue ETB. Igualmente sostuvo que, dado que la citada entidad no contestó la demanda debe aplicarse lo previsto por los artículos 95, 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil<sup>14</sup>.

Por su parte, ETB luego de hacer un recuento de los hechos y analizar las pruebas que obran en el proceso, sostuvo que mediante la Resolución No. 9317 del 15 de noviembre de 1994 se declaró el incumplimiento del contrato No. 2967, comoquiera que el contratista –*sociedad Industrias Full S.A.*- no cumplió con sus obligaciones.

Así mismo, manifestó que el contratista mediante comunicación del 23 de febrero de 1994, aceptó “*la forma deficiente como venía prestando el servicio*” y los “*atrasos en el cumplimiento de sus obligaciones*” y que, pese a los requerimientos efectuados por ETB la sociedad *Industrias Full S.A.* incumplió.

De otra parte, señaló que el acto administrativo –*Resolución No. 9317*-, goza

---

<sup>11</sup> Folios 57 a 59 del cuaderno No. 2.

<sup>12</sup> Folio 135 del Cuaderno No. 1.

<sup>13</sup> Folio 142 del cuaderno No. 1.

<sup>14</sup> Folios 122 y 123 del cuaderno No. 1.

de presunción de legalidad, la cual no fue desvirtuada por la parte demandante.

Ahora bien, respecto de la fuerza mayor o caso fortuito que alega la demandante como justificante de su incumplimiento, señaló que dicha circunstancia no se encuentra probada en el proceso.

En cuanto a la potestad que tenía ETB para declarar el incumplimiento del contrato después de vencido el plazo de ejecución, sostuvo que de conformidad con la cláusula Décimo Octava del Contrato No. 2967, el artículo 72 del Decreto-Ley 222 de 1983 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, la entidad tenía competencia para declarar el incumplimiento antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio del contrato.

En ese contexto, señaló que en el presente asunto, el término de ejecución del contrato venció el 20 de mayo de 1994, la Resolución mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato se profirió el 15 de noviembre de 1994 y comoquiera que no se ha llevado a cabo la liquidación del contrato, la Resolución demandada no fue expedida en forma extemporánea, toda vez que la entidad tenía competencia para declarar el incumplimiento.

Ahora bien, respecto de la inscripción del incumplimiento en el registro único de proponentes, manifestó que dicha inscripción nunca se efectuó, razón por la cual no le pudo haber ocasionado perjuicio alguno a la sociedad.

Finalmente, en cuanto al dictamen pericial como medio probatorio del supuesto perjuicio causado a la contratista, sostuvo que dicha prueba *“adolece de veracidad porque fue realizado sobre hechos falsos”*. Así mismo, señaló que dicho dictamen no fue objetado por error grave toda vez que cuando se corrió el respectivo traslado, ETB carecía de apoderado, pues había fallecido quien venía representando a la entidad<sup>15</sup>.

El Ministerio Público guardó silencio.

## **I.I.-LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Como se expuso al inicio de esta providencia, el Tribunal Administrativo de

---

<sup>15</sup> Folios 144 a 164 del cuaderno No.1.

Descongestión - Bogotá D.C., Sección Tercera, mediante sentencia proferida el 22 de febrero de 2001<sup>16</sup>, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Estimó el *a quo* que, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado<sup>17</sup>, una entidad estatal tiene competencia para declarar el incumplimiento de un contrato y en consecuencia hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, aún después de vencido el término de ejecución del contrato, antes o durante la liquidación.

Indicó el Tribunal que en el presente asunto, la Resolución por medio de la cual ETB declaró el incumplimiento del contrato no fue expedida de manera extemporánea, toda vez que cuando fue proferido el acto administrativo en mención, el contrato no había sido liquidado. Sostuvo, además, que la declaratoria de incumplimiento es la figura a la que se acude para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

De otra parte, señaló que dado que la sociedad Industrias Full S.A., fue quien incumplió el contrato de prestación de servicios, tal como se evidencia de las pruebas aportadas al proceso, *“mal podía la Administración cumplir con las obligaciones contractuales cuando el contratista había dejado de cumplir las suyas”*.

Así mismo, indicó que con el material probatorio obrante en el proceso, se desvirtúa *“la afirmación de que el contratista no cumplió por la mala organización de la entidad contratante”*, en tanto que se encuentra acreditado en el plenario que pese a los requerimientos de la ETB, la sociedad Industrias Full S.A., incumplió con sus obligaciones contractuales.

En cuanto a la pretensión consistente en que se declare la nulidad del artículo 5° de la Resolución No. 9317, mediante la cual se ordenó la inscripción de la citada Resolución *–incumplimiento del contrato–* en el registro de proponentes de la Cámara de Comercio de Bogotá, sostuvo el *a quo* que el cargo debe prosperar, toda vez que la normatividad aplicable al presente asunto era el Decreto-Ley 222 de 1993, el cual no preveía como pena adicional la

---

<sup>16</sup> Folios 406 a 431 del cuaderno principal.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Providencia del 29 de enero de 1988. Exp: 3615 M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Providencia del 13 de septiembre de 1999. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

mencionada inscripción.

Por último, manifestó que nunca se dio cumplimiento a la inscripción de la Resolución en el registro de proponentes, razón por la cual no se le reconocerán perjuicios a la parte actora por este concepto.

## **I.II.- EL RECURSO DE APELACION**

### **1. El recurso de la parte demandante**

De manera oportuna<sup>18</sup>, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia.

Expuso, en síntesis, que el fallo proferido por el *a quo* se fundamentó en “*documentos aportados irregularmente*” por ETB, en tanto fueron allegados al proceso por fuera del término procesal que tenía para aportar pruebas, razón por la cual solicitó que se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que investiguen la conducta desplegada por los magistrados del Tribunal *a quo* y por la apoderada de ETB.

De otra parte, reiteró los argumentos expuestos en la demanda para señalar que ETB sólo tenía un plazo de 4 meses para declarar el incumplimiento del contrato. Igualmente sostuvo que quien incumplió las obligaciones contractuales fue ETB.

Por último señaló que el *a quo* al momento de fallar no tuvo en cuenta el dictamen pericial que se rindió en el presente asunto.

### **2. El trámite de segunda instancia**

El recurso planteado en los términos expuestos, fue admitido por auto del 14 de septiembre de 2001<sup>19</sup> y, mediante proveído del 11 de octubre del mismo año<sup>20</sup>, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio

---

<sup>18</sup> Recurso presentado el 22 de marzo de 2001 y sustentado el 27 de agosto de 2001, folios 447 y 448 del cuaderno principal.

<sup>19</sup> Folio 450 del cuaderno principal.

<sup>20</sup> Folio 452 del cuaderno principal.

Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la que se pronunciaron la entidad demandante y la demandada para reiterar los argumentos expuestos en la demanda, la contestación y los alegatos de conclusión<sup>21</sup>.

El Ministerio Público<sup>22</sup> manifestó que debía confirmarse la providencia impugnada, toda vez que ETB estaba facultada para declarar el incumplimiento del contrato después de vencido el término de ejecución, hasta antes o durante la liquidación del contrato.

Concluyó que la Resolución demandada no fue expedida de manera extemporánea, en tanto que se profirió antes de que venciera el plazo máximo con el cual contaba la entidad para liquidar el contrato *-2 años desde la terminación del contrato-*.

Adicionalmente, señaló que aunque la demandante calificó el incumplimiento del contrato como un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, en el plenario no se encuentra acreditada causal alguna de exoneración.

Por último, en cuanto al dictamen pericial que se practicó en el proceso, indicó que de su contenido se desprende que *“fue dictado por la parte que lo solicitó”*, lo que contradice la naturaleza de ese tipo de pruebas, con las cuales se busca *“determinar con certeza le existencia de unos hechos y las consecuencias de los mismos, desde el punto de vista técnico y científico”*.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

## **II.- CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

Previo a analizar y decidir sobre el asunto que ha sido propuesto, resulta necesario establecer la competencia de la Sala para conocer del mismo, pues sólo de esta manera podrá pronunciarse sobre el recurso de apelación impetrado por la

---

<sup>21</sup> Folios 453 a 470 del cuaderno principal.

<sup>22</sup> Folios 474 al 201 del cuaderno principal.

parte demandante.

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión - Bogotá D.C., Sección Tercera, el 22 de febrero de 2001, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en ciento ochenta millones de pesos (\$180'000.000) por concepto de la *“pérdida de oportunidad para contratar con el Estado”*, mientras que el monto exigido al momento de su presentación<sup>23</sup> para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tuviera vocación de doble instancia era de dos millones doscientos mil pesos \$2'200.000 (Decreto 597 de 1988).

De cara al caso concreto, se observa que el contrato de prestación de servicios suscrito entre ETB<sup>24</sup> y la sociedad Industrias Full S.A., cuyo objeto consistía en *“prestar el servicio de recarga y mantenimiento de los extintores que se requieran instalar en las diferentes Dependencias de LA EMPRESA – ETB”*<sup>25</sup>, se celebró el día 4 de febrero de 1991, esto es en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 y del Código Fiscal del Distrito Capital - *Acuerdo No. 6 de 1985*-.

De acuerdo con el artículo 4° del Código Fiscal del Distrito Capital, los establecimientos públicos se consideran parte de la Administración descentralizada. Así mismo, el artículo 303 del citado Código prescribe que son Contratos de la Administración Distrital los de prestación de servicios, obras públicas, consultoría, entre otros.

De igual forma el decreto el Decreto-ley 222 de 1983 clasificó los contratos celebrados por las entidades públicas en Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración. Es así como el artículo 16 de este Decreto-

---

<sup>23</sup> 30 de junio de 1995 del cuaderno principal.

<sup>24</sup> Una de las partes de esta controversia es la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, el cual, para la fecha de celebración del contrato de prestación de servicios No. 2967 -4 de febrero de 1991-, según el artículo 1° acuerdo 72 de 1964<sup>24</sup>, era un establecimiento público descentralizado que contaba con personería jurídica y patrimonio propio. En efecto el artículo 1° del mencionado acuerdo, reza:

*“La Empresa de Teléfonos de Bogotá, organizada en desarrollo de las disposiciones contenidas en el Acuerdo número 79 de 1940, se constituye en establecimiento público descentralizado, con personería jurídica y patrimonio propio. Su domicilio es la Ciudad de Bogotá, su objetivo la prestación del servicio público telefónico y similares, en el Distrito Especial de Bogotá y en su zona de influencia. Continuará denominándose Empresa de Teléfonos de Bogotá (E.T.B.), nombre con el cual se le designará en todos los actos y documentos públicos y privados”.*

<sup>25</sup> Folio 16 al 23 del cuaderno de pruebas.

ley<sup>26</sup> estableció el listado de los Contratos Administrativos propiamente dichos y dispuso, de igual forma, que los no contenidos allí serían contratos de Derecho Privado de la Administración.

En ese sentido el contrato de prestación de servicios celebrado por una entidad pública fue uno de aquellos considerados como “*administrativos*”, pues se encontraba enlistado en el artículo 16. Esto adquiere relevancia a efectos de definir la jurisdicción competente para dirimir los conflictos que de ellos se generen, pues el artículo 17 del Decreto-ley 222 de 1983 prescribía:

*“La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria. (...).”*

Bajo esta perspectiva, hay que tener presente que el contrato celebrado entre ETB y la sociedad Industrias Full S.A., debe tenerse como Contrato Administrativo, razón por la cual, establecida esta circunstancia se deduce que el Consejo de Estado, en esta instancia, es el competente para conocer de las controversias suscitadas a raíz de este contrato<sup>27</sup>.

Sumado a lo anterior, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su

---

<sup>26</sup> Art. 16, Decreto-ley 222 de 1983. “*Son contratos administrativos:*

“1. *Los de concesión de servicios públicos.*

“2. *Los de obras públicas.*

“3. **Los de prestación de servicios.**

“4. *Los de suministros.*

“5. *Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos.*

“6. *Los de explotación de bienes del Estado.*

“7. *Los de empréstito.*

“8. *Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE.*

“9. *Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y*

“10. *Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.*

“*Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.*

“**PARAGRAFO.** *Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia.*” (Resalta la Sala)

<sup>27</sup> Esa posición ha sido expuesta por la jurisprudencia de esta Corporación según los siguientes términos:

“*En tal virtud, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, el conocimiento de los conflictos generados por contratos celebrados por las entidades públicas, estaba informado por las siguientes reglas:*

a) *Si el contrato era de aquellos que taxativamente se señalaban como administrativos en el artículo 16 de ese estatuto o en otra norma especial con esa categoría, entonces era la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para conocer del proceso.*

(...)” Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007. Exp. 24.710. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

artículo 75<sup>28</sup> prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>29</sup>; considerando que las normas procesales son de aplicación inmediata sin importar, como ocurre en el caso concreto, que el contrato se hubiera celebrado en vigencia del Decreto-ley 222, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el día 30 de junio de 1995, esto es, luego de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993.

En ese mismo orden de ideas, debe tenerse en cuenta que en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, se dispuso que esta Jurisdicción es competente para conocer de los procesos “(...) *relativos a contratos, cualquiera sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado*”.

## **2. Ejercicio oportuno de la acción.**

En tanto los actos administrativos atacados en el sub lite –*Resolución No. 9317 del 15 de noviembre de 1994 y No. 9523 del 6 de marzo de 1995*- fueron proferidos en vigencia de la Ley 80 de 1993 –*antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998*- entiende la Sala que, en ese caso concreto y para esa época, era procedente demandar los actos posteriores a la celebración del contrato mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto en virtud de que compete al juez conferir prevalencia al derecho sustancial respecto de las ritualidades procedimentales –*artículo 228 superior*-, máxime si se tiene en cuenta la disparidad de criterios en torno a la acción procedente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993<sup>30</sup>.

Ahora bien, en cuanto al término para intentar la acción de nulidad y

---

<sup>28</sup> Art. 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

<sup>29</sup> Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido: “Es decir, como bien lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación, después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, y sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal - si lo es administrativo o de derecho privado-, para determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven, pues es suficiente con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que aquí se estudia, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75 (...).” (CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007. Exp. 24.710. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.)

<sup>30</sup> Ver providencia del 27 de enero de 2012 proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad No. 16104.

restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, se rige “conforme a las reglas del código contencioso administrativo” y, para la época de presentación de la demanda que motivó el presente proceso -30 de junio de 1995-, el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 –subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989- lo señaló en cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto administrativo, según el caso.

En ese contexto, en el presente asunto se tendrá como fecha para iniciar el cómputo de la caducidad, el 17 de marzo de 1995, día en que quedó ejecutoriada la Resolución No. 9317, a través de la cual ETB declaró el incumplimiento del contrato de prestación de servicios No. 2967<sup>31</sup>.

En este caso, el término de caducidad de la acción corrió entre el 17 de marzo de 1995 y el 17 de julio de esa misma anualidad y como la demanda se presentó el 30 de junio de 1995<sup>32</sup>, resulta evidente que la acción se propuso dentro del término previsto por la Ley.

### **3. El caso concreto**

#### **3.1. El régimen jurídico aplicable al contrato de prestación de servicios No. 2967.**

Definida la competencia de esta Corporación para conocer del presente asunto y relacionadas las pruebas obrantes en el expediente, es necesario establecer el régimen jurídico aplicable a dicho convenio.

El contrato sobre el cual versa la presente controversia, tal como se indicó, es un contrato de prestación de servicios celebrado por ETB el 4 de febrero de 1991 y “renovado” el 15 de abril de 1993 por el término de un año, época para la cual su naturaleza jurídica era la de un establecimiento público del orden distrital<sup>33</sup> sujeto

---

<sup>31</sup> La Resolución No. 9317 de 1994 quedó ejecutoriada el 17 de marzo de 1995, con la expedición de la Resolución 9523 del 6 de marzo de 1995, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Industrias Full S.A. en contra de la Resolución No. 9317. (Folio 6 del cuaderno de pruebas No.3).

<sup>32</sup> Folio 7 del cuaderno No. 3.

<sup>33</sup> La Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, fue constituida como establecimiento público descentralizado del orden distrital, mediante acuerdo No. 72 de 1967 proferido por el Concejo Distrital de

a las disposiciones del Decreto-ley 222 de 1983<sup>34</sup> y a las normas del Acuerdo 06 de 1985 contenido del Código Fiscal del Distrito Capital<sup>35</sup>.

### **3.2. Competencia temporal de la Administración para declarar el incumplimiento del contrato.**

Sea lo primero decir que la declaratoria de incumplimiento del contrato, a diferencia de la caducidad, la cual constituye una de las formas de terminación anticipada del contrato, podrá hacerse después de vencido el término del convenio, con la finalidad de permitir a la Administración el cobro de los perjuicios derivados del incumplimiento, constituidos, entre otros, por el monto de la cláusula penal pecuniaria pactada por las partes.

El artículo 72 del Decreto 222 de 1983 *–reiterado en el artículo 295 del Código Fiscal del Distrito–*, normatividad aplicable al presente asunto, determinó que la cláusula penal pecuniaria sería de forzosa estipulación en todos los contratos regulados por dicho estatuto, salvo en los contratos de empréstito. En efecto así lo dispuso la norma jurídica antes mencionada:

*“De la cláusula penal pecuniaria.- En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.*

*La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.*

*El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante”.*

Ahora bien, como ha sido admitido por la Jurisprudencia de la Sala, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que se haya vencido el plazo contractual, sin que éste hubiere ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, únicamente como medida para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Así lo manifestó la

---

Bogotá. Posteriormente, mediante acuerdo 21 de 1997, y con base en lo dispuesto por la Ley 142 de 1994, la entidad fue reorganizada como una empresa de servicios públicos del orden distrital, con totalidad de aportes oficiales, bajo la forma jurídica de sociedad por acciones.

Para dar cumplimiento a las normas antes citadas, mediante escritura pública No. 0004274 de 29 de diciembre de 1997, se constituyó la sociedad comercial denominada Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. -E.T.B-. E.S.P.

Así las cosas, a partir del 29 de diciembre de 1997, la ETB se constituyó como una empresa de servicios públicos domiciliarios”.

<sup>34</sup> Cuyos artículos 163 y sgtes regularon lo pertinente al contrato de prestación de servicios.

<sup>35</sup> De conformidad con lo prescrito por el artículo 5° de la Ley 19 de 1982, norma que facultó a los municipios y departamentos para regular en sus normas fiscales sobre la “*formación y adjudicación de los contratos que celebren y las cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio*”, el Distrito Capital de Bogotá expidió el Código Fiscal del Distrito Capital de Bogotá, Acuerdo No. 6 de 1985.

Corporación en providencia del 9 de abril de 1992, en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983:

*“Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada...”<sup>36</sup> (Subraya la Sala).*

Y, en oportunidad más cercana, en sentencia de 17 de noviembre de 2008, afirmó:

*“En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante de la Administración para declarar su caducidad y, en tal virtud, en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, 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 acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, facultad que excluía, entonces, la posibilidad de decretar la caducidad.(...) [L]uego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 72 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...”<sup>37</sup> (Subraya la Sala).*

Ahora bien, en cuanto a la competencia temporal que tiene la Administración para declarar el incumplimiento del contrato después de su vencimiento, la Corporación de manera reiterada ha sostenido que dicha figura opera *“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”*<sup>38</sup>, dado que efectuada la liquidación del contrato o vencido el plazo para hacerlo por mutuo acuerdo o unilateralmente por la Administración, ésta queda despojada de sus potestades sancionatorias y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser constatado por el juez.

### **3.3. Liquidación de los contratos de la Administración en vigencia del Decreto-ley 222/83.**

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de abril de 1992, exp. 6491, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 9 de marzo de 2000. Rad No. 10540. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

La liquidación del contrato administrativo -según la terminología del Decreto-ley 222 de 1983- o estatal -según lo establece la Ley 80 de 1993-, la cual puede ser bilateral, unilateral o judicial, según el caso, tiene por objeto establecer el estado en que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo ejecutado y lo pagado; las garantías inherentes al objeto contractual<sup>39</sup>, así como, los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado define la liquidación del contrato estatal en los siguientes términos:

*“En cuanto corresponde a la liquidación de los contratos de la Administración, ha de señalarse que dicha figura corresponde al balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién y cuánto.”<sup>40</sup>*

Respecto de las obligaciones que surgen de la liquidación, en sentencia de agosto de 2001, esta Corporación expresó:

*“La liquidación del contrato no debe ser entendida como una condición de exigibilidad de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, porque como lo prescribe la ley y lo ha precisado la jurisprudencia, es un corte de cuentas entre las partes, en el que se deja constancia de las obligaciones cumplidas y no cumplidas en oportunidad.”<sup>41</sup>*

En síntesis, independiente de la fuente de la liquidación del contrato –acuerdo, acto administrativo, sentencia o laudo arbitral<sup>42</sup>– lo que se busca es “(...) que, con la liquidación del contrato, se defina el estado económico del mismo y que, liquidado el contrato, debe estarse a lo resuelto en la liquidación respecto de las obligaciones derivadas del contrato estatal, sin perjuicio de que pueda

---

<sup>39</sup> “En estos trámites de liquidación, el contratista estará obligado, cuando así se lo exija la entidad contratante, a ampliar la póliza que originalmente hubiere constituido. La naturaleza del contrato en cuestión y, particularmente, las singularidades del proceso de liquidación, permitirán en su momento determinar qué coberturas, dentro de la póliza única demandan ampliación”. MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MÚNERA, Andrés. Los contratos del Estado en la Ley 80 de 1993. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis. 1995., pág. 188.

<sup>40</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 4 de 2006. Exp. 15239.

<sup>41</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 30 de 2001. C. P. Alier Eduardo Enríquez Hernández. Exp. 16256

<sup>42</sup> Según lo disponen los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, las partes, una vez estipulada la cláusula compromisoria o celebrado el compromiso, pueden someter las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación, a la decisión de los árbitros.

*demandarse su modificación, por vía judicial*<sup>43</sup>.

Ahora bien, en cuanto corresponde a la oportunidad o el plazo establecido para la realización o adopción de la *liquidación* de un contrato de la Administración, dentro del marco normativo aplicable de manera particular al caso concreto que aquí se examina, importa destacar que el Decreto-ley 222 de 1983 no precisó tiempo alguno dentro del cual debía agotarse dicha etapa, vacío legal que fue satisfecho por vía jurisprudencial cuyos lineamientos fueron recogidos posteriormente por la Ley 80 de 1993, en sus artículos 60 y 61, normas que posteriormente complementó la Ley 446 de 1998 mediante lo dispuesto en su artículo 44, numeral 10, letras b), c) y d).

Inicialmente la Jurisprudencia señaló un término de cuatro (4) meses, contados desde la terminación del contrato; más tarde precisó que el procedimiento para la liquidación del contrato debía cumplirse en un plazo de seis (6) meses, así: cuatro (4) meses para la liquidación por mutuo acuerdo y dos (2) para efectuar la liquidación de manera unilateral, por parte de la Administración; la Jurisprudencia de la Sala sostuvo lo siguiente<sup>44</sup>:

*“Está probado en el proceso que el contrato por el cual se demanda fue celebrado en el año de 1991, y que su ejecución se inició el 3 de mayo del mismo año -según acta suscrita por las partes del contrato, que obra a fl. 282 del C. 1-*

*“Por este sólo aspecto es posible deducir que la norma legal aplicable al contrato es el Decreto 222 de 1983 -con el correspondiente Código Fiscal que lo adoptó-, ley vigente al momento de sus celebración.*

*También se encuentra probado que, con el “Acta de recibo material de obra”, suscrita el 13 de septiembre de 1991 -fl. 90 C. 1-, se hizo constar que había concluido la ejecución del contrato, desde el punto de vista de las obligaciones pactadas. Expresamente dice este documento que las partes se reunieron:*

*“(…)*

*“Siendo así las cosas, a partir de este momento se debe empezar a contar el plazo de liquidación del contrato, y a partir de éste el de caducidad de la acción, teniendo presente que para el momento de la celebración del contrato -e incluso de la ejecución del mismo- este plazo era de dos (2) años, contados a partir de la fecha en que debió liquidarse el contrato, dando aplicación al artículo 136 del CCA., vigente para ese año.*

*“La dificultad que existía, en vigencia del decreto 222 de 1983, debido a que no contemplaba un plazo para realizar la liquidación del contrato de obra, hizo que la jurisprudencia de esta Corporación definiera el tema de la siguiente manera -sentencia de 30 de agosto de 2001, Rad. No. 50001-23-31-000-1999-6256-01(16256)-:*

*“La Sala ha precisado con fundamento en la ley, que el término de caducidad de las*

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 17 de 2003. Exp. 24041. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de noviembre 10 de 2005, Radicado 13.748, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

acciones contractuales se cuenta a partir de la fecha en que se produce o debió producirse la liquidación del contrato. Así, en sentencia del 8 de junio de 1995, expediente No. 10.634 señaló: 'En materia contractual habrá que distinguir los negocios que requieren de una etapa posterior a su vigencia para liquidarlos, de aquellos otros que no necesitan de la misma. En éstos, vale decir, para los cuales no hay etapa posterior a su extinción, cualquier reclamación judicial deberá llevarse a cabo dentro de los dos años siguientes a su fenecimiento. Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación, dicho bienio para accionar judicialmente comenzará a contarse desde cuando se concluya el trabajo de liquidación, o desde cuando se agotó el término para liquidarlo sin que se hubiere efectuado, bien sea de manera conjunta por las partes o unilateralmente por la administración...'<sup>45</sup>

Encuentra la Sala que, en el contrato No. 010 de 1991, se acordó, en la cláusula 17, que "una vez cumplidas las obligaciones surgidas del presente contrato... se procederá a su liquidación por parte del FOSOP mediante actas en las que constarán las respectivas diligencias, las sumas de dinero recibidas por el contratista y las cantidades de obra ejecutadas por él..."

Y más adelante se agrega, en el párrafo de esta misma cláusula, que "Si no hubiere acuerdo para liquidar el contrato, se tendrá en firme la liquidación que mediante resolución motivada elabore la entidad contratante..."

Esta cláusula refleja de manera clara i) que este contrato es de aquellos que requerían liquidación, y, de otro lado, ii) que no se estableció plazo alguno para realizarla, de manera que frente a esta situación aplican perfectamente los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sección Tercera -para los contratos regidos por el decreto 222 de 1983-, la cual ha dicho al respecto que:

La jurisprudencia de la Sala se había encargado de señalar como término plausible para que la administración liquidara el contrato el de cuatro meses: dos meses a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aportara la documentación requerida para la liquidación y dos para que el trabajo se realizara por mutuo acuerdo. Vencido el último, la administración debía proceder a la liquidación unilateralmente mediante resolución debidamente motivada (sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615)<sup>46</sup>.

(...)

Aplicada la anterior posición jurisprudencial al caso concreto, encuentra la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, pero con la precisión que pasa a hacerse.

Para el Tribunal el cómputo de los términos que hizo para llegar a la conclusión de que había caducado la acción fue el siguiente: A partir de la fecha del recibo de las obras se deben contar 2 meses para intentar la liquidación bilateral del contrato, 2 meses para realizar la liquidación unilateral del contrato y si no se hizo la liquidación en esos plazos, entonces se deben contar desde allí los 2 años para presentar la demanda. En otras palabras, para el Tribunal el plazo para intentar la liquidación del contrato es de 4 meses.

Para la Sala se debe corregir este aspecto de la sentencia, para indicar, en su lugar, que **el plazo que estableció la jurisprudencia, para liquidar un contrato regido por el Decreto-Ley 222 de 1983, es de 4 meses para intentar la liquidación bilateral, si lo anterior no se hace la administración cuenta con un plazo de 2 meses para que realice la liquidación unilateral -para un total de 6 meses-, y si esto tampoco se realiza a partir de allí se cuentan los 2 años de caducidad de la acción**".(Resalta la Sala).

### 3.4. La extemporaneidad en la declaratoria de incumplimiento del contrato

<sup>45</sup> Original de la Sentencia en cita: "En el mismo sentido ver sentencia de 31 de octubre de 2001. Rad. No. 25000-23-26-000-1991-7666-01(12278)."

<sup>46</sup> Original de la Sentencia en cita: "La ley 80 de 1993 recogió esta pauta jurisprudencial al establecer en el artículo 60 que el término para liquidar el contrato debe fijarse 'en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o la fecha del acuerdo que la disponga'".

**No. 2967 -cargo de nulidad alegada por el actor-.**

En el proceso se encuentra acreditado, de conformidad con la copia auténtica del contrato No. 2967 remitido mediante oficio No. 384523 por la Secretaría General de ETB<sup>47</sup>, que el 4 de febrero de 1991 la entidad en mención y la sociedad Industrias Full S.A., celebraron el contrato de prestación de servicios No. 2964, cuyo objeto consistía en *“prestar el servicio de recarga y mantenimiento de los extintores que se requieran para instalar en las diferentes Dependencias de LA EMPRESA –ETB”*, con una duración de dos años *“contados a partir del perfeccionamiento del contrato, término que las partes contratantes podrán renovar de común acuerdo por periodos anuales”*<sup>48</sup>.

Del mismo documento se desprende que las partes pactaron una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% *“del valor total del contrato como estimación anticipada de perjuicios”* en el evento de que se declarara la caducidad o el incumplimiento del contrato<sup>49</sup>.

Así también, se encuentra demostrado, mediante copia auténtica del documento de *“RENOVACION DEL CONTRATO No. 2967”* remitido mediante oficio No. 384523 por la Secretaría General de ETB, que el día 15 de abril de 1993 *“las partes intervinientes”* acordaron ampliar el plazo del contrato, por *“(1) un año contando a partir de la fecha de aprobación de las pólizas de garantía por parte de la Empresa”*, lo que sucedió el día 20 de mayo de 1993<sup>50</sup>, luego, el 20 de mayo del año siguiente -1994-, ocurría el vencimiento del plazo contractual acordado por las

---

<sup>47</sup> Mediante oficio No. 384523 del 12 de febrero de 1996, la Secretaría General de ETB dando respuesta al oficio No. 9622 del 17 de enero de 1996, allegó copia auténtica de los antecedentes de las Resoluciones de Gerencia No. 9317 y 9523 del 15 de noviembre de 1994 y del 6 de marzo de 1995, respectivamente.

<sup>48</sup> Folio 16 al 21 del cuaderno de pruebas No.3.

*“...cláusulas: PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO.- EL CONTRATISTA de acuerdo con su oferta de fecha 6 de Diciembre de 1990, derivada del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública Nacional No. 041/90 se obliga a prestar el servicio de recarga y mantenimiento de los extintores que se requieran instalados en las diferentes Dependencias de LA EMPRESA. EL CONTRATISTA en la recarga, pruebas hidrostática y expansión volumétrica permanente de los extintores, el suministro e instalación de los repuestos y el mantenimiento objeto del presente contrato se ceñirá en un todo a las especificaciones del Pliego de Condiciones, y a las indicadas en su oferta”.*

(...)

*“DECIMA QUINTA: DURACION DEL SERVICIO.- La prestación de los servicios a que se obliga el contratista tendrá una duración de dos (2) años contados a partir del perfeccionamiento del contrato término que las partes contratantes podrán renovar de común acuerdo por periodos anuales sin que en su totalidad excedan de cinco (5) años cuando así lo manifiesten expresamente dentro de los treinta (30) días calendarios anteriores a su vencimiento inicial o al de alguna de las renovaciones...”*

<sup>49</sup> *“DECIMA OCTAVA: CLAUSULA PENAL PECUNARIA.- En el evento de la declaratoria de caducidad o que se declare el incumplimiento total del contrato, LA EMPRESA podrá imponer al CONTRATISTA como Cláusula Penal Pecuniaria una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato como estimación anticipada de perjuicios...”*

<sup>50</sup> Folio 196 y 207 del cuaderno de pruebas No. 3.

partes<sup>51</sup>.

Según copia auténtica de la Resolución No. 9317 del 15 de noviembre de 1994, remitida mediante oficio No. 384523 por la Secretaría General de ETB, se halla probado que la entidad mediante el citado acto administrativo resolvió *“declarar el incumplimiento del contrato No. 2967”* y, en consecuencia, *“hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por razón del incumplimiento del contrato No. 2967, sobre la garantía de cumplimiento No. 9159-CM-138 expedida por la Compañía de Seguros Atlas Ltda., por la suma de \$1'180.000”*. Así como también ordenó compulsar copia de la Resolución en mención, a la Cámara de Comercio con destino al Registro Único de Proponentes<sup>52</sup>.

De igual forma, según copia auténtica de la Resolución No. 9523 del 6 de marzo de 1995, remitida mediante oficio No. 384523 por la Secretaría General de ETB, se encuentra probado que la entidad negó el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Industrias Full S.A., en contra de la Resolución No. 9317 *-que declaró el incumplimiento del contrato-*<sup>53</sup>.

En el caso *sub judice*, resulta necesario advertir que las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de la existencia de un contrato de prestación de servicios No. 2967, convenio de aquellos que se clasifican como de tracto sucesivo y que requiere liquidación<sup>54</sup>.

No obstante lo anterior, revisado el contenido del contrato, observa la Sala que las partes no establecieron plazo alguno para realizar la liquidación, así como tampoco se cuenta con prueba dentro del plenario que permita establecer que se liquidó, incluso, son las mismas partes quienes afirman uniformemente que dicho trámite nunca se efectuó, de manera que frente a esta situación aplican perfectamente los términos para liquidar un contrato establecidos por la jurisprudencia de la Sección Tercera *-para los contratos regidos por el decreto 222 de 1983-*, esto es 4 meses *-a partir de la terminación del contrato-* para intentar la

---

<sup>51</sup> Folio 25 del cuaderno de pruebas No. 3. Folio 196 del cuaderno de pruebas No. 3.

<sup>52</sup> Folios 2 al 5 del cuaderno de pruebas No. 3.

<sup>53</sup> Folios 6, 7 al 14 del cuaderno No. 3.

<sup>54</sup> El inciso final del artículo 468 del Código Fiscal del Distrito, normatividad aplicable al presente asunto, prevé lo siguiente:

*“ARTÍCULO 468.- DE LOS CASOS EN QUE PROCEDE LA LIQUIDACIÓN.*

*Deberá procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos:*

*(...)*

*Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de tracto sucesivo deberán liquidarse una vez se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos”.*

liquidación bilateral y, si lo anterior no ocurre, la Administración cuenta con un plazo de 2 meses para que realice la liquidación unilateral *-para un total de 6 meses-* .

En el presente asunto, tal como se dejó visto, se tiene que el 20 de mayo de 1994 culminó el término de ejecución del contrato de prestación de servicios No. 2967 y, de acuerdo con lo afirmado anteriormente, el lapso de tiempo con el cual contaba ETB para liquidar el contrato era de seis (6) meses a partir de esa fecha, los cuales se vencían el día 20 de noviembre de 1994, razón por la cual, la Administración antes del vencerse dicho plazo, era competente para declarar el incumplimiento del contrato, tal como en efecto ocurrió en el presente asunto, en tanto que ETB declaró el incumplimiento del contrato el día 15 de noviembre de 1994, esto es antes de los 6 meses con los cuales contaba la entidad pública demandada para liquidar unilateralmente el contrato.

Así las cosas, no es admisible la afirmación del apelante, en el sentido de que el acto administrativo se expidió por fuera de los límites temporales fijados en el orden jurídico, toda vez que, tal como se dejó visto, ETB profirió la Resolución No. 9317 *-mediante la cual declaró el incumplimiento del contrato-* dentro de la oportunidad dispuesta para ello.

En consecuencia, comoquiera que no se demostró la ilegalidad en la decisión adoptada por la Administración, se debe confirmar la decisión del *a quo*.

Por último, en el recurso de apelación la parte actora solicitó se compulsen copias a la Fiscalía y al Consejo Superior de la Judicatura con el fin de que se investigue la conducta desplegada por la apoderada de la parte demandada y los magistrados que profirieron el fallo de primera instancia, comoquiera que de manera extemporánea, la apoderada en mención aportó los documentos, en los cuales, se habría fundamentado el *a quo* para proferir el fallo, vulnerándose con ello el derecho de defensa de la parte actora.

Revisado el expediente se observa que ETB - después de vencido el término para alegar - aportó copia auténtica de las órdenes de pago canceladas en los años 1991, 1993 y 1994 del contrato No. 2967 de 1991 a nombre de Industrias Full

S.A.<sup>55</sup>

En ese contexto, si bien es cierto que la parte demandada allegó al proceso unos documentos por fuera del término procesal que tenía para hacerlo, esa circunstancia por sí sola no es constitutiva de una conducta disciplinable respecto de quien lo hace, en tanto que la única consecuencia que de ello se deriva, de conformidad con la ley, es la no valoración de esos documentos por parte del Juez al momento de proferir la decisión de fondo.

Adicionalmente, del contenido de la sentencia proferida por el *a quo*, se tiene claro que, contrario a lo afirmado por la parte actora, tales documentos en nada influyeron en la decisión que se adoptó en primera instancia, al punto que, al decidir sobre la ilegalidad de los actos administrativos demandados - *Resoluciones Nos. 9317 y 9523* -, el *a quo* ni siquiera hizo mención a ellos.

En ese sentido, al no encontrar la Sala alguna irregularidad evidente en la conducta desplegada por la apoderada de la parte demandada o por los magistrados que profirieron el fallo en primera instancia que amerite compulsar copias con destino a los organismos de investigación disciplinaria o penal, la Sala no accederá a la petición formulada en el recurso.

Por lo demás, en la medida en que la decisión de primera instancia fue recurrida únicamente por la parte actora y que en el recurso de apelación no se hizo alusión alguna a la inclusión de la Resolución No. 9317 –*que declaró el incumplimiento del contrato*-, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno respecto de ese cargo, en acatamiento del principio de la *no reformatio in pejus*.

#### **4. No hay lugar a condena en costas.**

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República

---

<sup>55</sup> Folios 169 y siguientes del cuaderno No. 1.

de Colombia y por autoridad de la ley,

## **FALLA**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de febrero de 2001 por el Tribunal Administrativo de Descongestión - Bogotá D.C., Sección Tercera, de conformidad con expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Sin condena en costas.

**TERCERO.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**HERNAN ANDRADE RINCON**

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**