

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Nulidad – Liquidación unilateral del contrato

[...] de conformidad con el numeral d) del artículo 136 del CCA

[...]

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

[...]

En el presente caso hay dos decisiones: (i) una, en la que la entidad declara que el contratista incumplió el contrato y le impone la cláusula penal como sanción por ese incumplimiento por las razones que se exponen en la parte motiva de dicho acto; y (2) otra, en la que simplemente se liquida el contrato, se hace un balance de cuentas y se determina quién le debe a quién y cuánto.

La Sala resalta que el balance financiero realizado en la liquidación unilateral está relacionado con sumas que devienen directamente del acto de declaratoria de incumplimiento, pues corresponden a: (i) la devolución de las sumas pagadas al contratista por concepto de anticipo e ítems pagados y no ejecutados; (ii) los perjuicios causados a la entidad con el incumplimiento del Contrato y (iii) la cláusula penal pactada en el Contrato.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Jurisprudencia – Obligaciones

[...] la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que:

“(...) en este evento media un acto administrativo, en cuyo contenido la entidad pública consignó que la accionante incurrió en incumplimiento en las obligaciones contraídas en virtud de la celebración del contrato de arrendamiento No. 0910819, decisión que, además de corresponder a la que constituye la materia de reclamación del demandante en el sentido opuesto, esto es, que el que incurrió en incumplimiento fue el Instituto, se encuentra amparada por la presunción de legalidad, en la medida en que su legalidad debe mantense incólume, habida consideración de que no se pretendió la nulidad del acto que por vía de reposición la confirmó y que, por contera, goza de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad.

Así las cosas, la información que allí se condensa en relación con el cumplimiento del contratante se presume veraz, en tanto no se ha procurado la remoción del orden jurídico del acto complejo que la contiene.

Esta circunstancia comporta correlativamente la presunción de que el contratista incurrió en incumplimiento respecto de sus compromisos obligacionales, cuestión que se opone jurídicamente a atender el planteamiento elevado por el demandante en torno a los perjuicios supuestamente causados con ocasión de la no ejecución del contrato de arrendamiento No. 0910819.”



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., siete (7) de septiembre dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00750-01 (68293)
Demandante: Framing Ltda.
Demandado: Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios
Técnicos en el Exterior – Icetex
Naturaleza: Controversias contractuales
Tema: Se modifica la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda porque no se demandó el acto de declaratoria de incumplimiento.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021 por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda.

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 181 del CCA. A su vez, el tribunal era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón la cuantía de acuerdo con el numeral 3 del artículo 132 del CCA.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 13 de mayo de 2022¹. En auto del 13 de diciembre de 2022 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto². Las partes presentaron oportunamente sus alegatos³. El Ministerio Público guardó silencio⁴.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

¹ Cuaderno principal, folio 306.

² Cuaderno principal, folio 307.

³ SAMAI, índice No. 16 (parte demandada) e índice No. 17 (parte demandante).

⁴ SAMAI, índice No. 19.



1.- El 15 de octubre de 2010 la sociedad Framing Ltda. (en adelante, la <<demandante>>), integrante del Consorcio F&M (en adelante, el <<contratista>>), presentó demanda de controversias contractuales contra el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior – Icetex (en adelante, el <<Icetex>> o la <<entidad demandada>>). Formuló las siguientes pretensiones:

<<PRIMERA: Que se declare que el Icetex incumplió el contrato de consultoría No. 2006-062 del 15 de agosto de 2006 suscrito entre el Consorcio F&M y el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez – Icetex.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0670 del 19 de agosto de 2009 proferida por la Presidenta del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez – Icetex, por la cual se liquidó unilateralmente el contrato de consultoría No. 2006-062 del 15 de agosto de 2006, suscrito entre el Consorcio F&M y el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez – Icetex.

TERCERA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare la nulidad de la Resolución No. 0914 del 10 de noviembre de 2009, proferida por la Presidenta Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez – Icetex, por medio de la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 0670 del 19 de agosto de 2009 y confirmó en todas sus partes la resolución recurrida.

CUARTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se disponga una nueva liquidación del contrato de consultoría No. 2006-062 del 15 de agosto de 2006 suscrito entre el Consorcio F&M y el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez – Icetex que reconozca los perjuicios materiales y morales sufridos por parte del Consorcio F&M.

QUINTA: Que se condene a la entidad Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez – Icetex al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.

SEXTA: De igual modo que ordena la actualización de las condenas en los términos del artículo 178 del CCA>>⁵.

2.- La demandante basó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 15 de agosto de 2006 el Icetex y el Consorcio F&M⁶ celebraron el contrato de consultoría No. 2006-062 (en adelante, el <<Contrato>>) cuyo objeto era realizar los estudios y diseños arquitectónicos, estructurales, hidrosanitarios, eléctricos, elaboración de planos, especificaciones técnicas y presupuesto para la remodelación del edificio sede de la Dirección General del Icetex.

2.2.- En ejecución del Contrato, se presentaron una serie de incumplimientos por parte del Icetex, relacionados con la entrega de los documentos necesarios para

⁵ Cuaderno principal, folios 2 y 3.

⁶ El Consorcio F&M estaba conformado por Framing Ltda. (demandante en este proceso) y Manguaré E.U., Jorge Enrique Forero Peña y Néstor Rojas Torres.



su ejecución, lo cual impidió que el Consorcio F&M pudiera cumplir a cabalidad con el objeto contractual.

2.3.- Mediante Resolución No. 0532 del 10 de julio de 2008 el Icetex declaró el incumplimiento total del Contrato e hizo efectivo el amparo de cumplimiento y la cláusula penal pactada.

2.4.- Mediante Resolución No. 670 del 12 de agosto de 2009, confirmada por Resolución No. 914 del 10 de noviembre de 2009, el Icetex liquidó unilateralmente el Contrato. En la liquidación señaló que, con ocasión del incumplimiento del Contrato, el contratista debía rembolsar a la entidad el monto correspondiente al anticipo otorgado y pagar: (i) los perjuicios derivados del incumplimiento y (ii) el monto de la cláusula penal pactada en el Contrato.

2.5.- La resolución de liquidación unilateral era nula por falsa motivación toda vez que: (i) se desconoció que el supervisor del Contrato certificó que este se había ejecutado en un 80%, por lo cual no era procedente declarar su incumplimiento; (ii) la demora en la entrega de los productos obedeció a las observaciones inoportunas y tardías del Icetex, y (iii) fue el Icetex quien incumplió la obligación de entregar al contratista los documentos necesarios para elaborar los productos objeto del Contrato.

B.- Posición de la parte demandada

3.- El Icetex contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones y argumentos de defensa:

3.1.- Ineptitud de la demanda, porque solo se demandó la nulidad del acto de liquidación unilateral aun cuando el acto de declaratoria de incumplimiento tiene una relación inescindible con el contenido de la liquidación unilateral.

3.2.-. No existió incumplimiento del Icetex en la entrega de documentos al contratista. Quien incumplió el Contrato fue el Consorcio F&M, por no entregar los diseños y demás productos objeto de la consultoría, y en últimas, no lograr la expedición de la respectiva licencia de construcción.

3.3.- El acto de liquidación unilateral y el acto que resolvió el recurso de reposición interpuestos contra el anterior no eran nulos toda vez que: (i) se fundamentaron en las normas que otorgan a las entidades la facultad de liquidar unilateralmente los contratos; (ii) fueron expedidos por el funcionario competente; (iii) fueron expedidos dentro del término que establece la ley para la liquidación unilateral y (iv) estaban debidamente motivados, pues contienen todos los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la liquidación realizada y la imposición de sumas a favor de la entidad y a cargo del contratista.



C.- Sentencia recurrida

4.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C negó las pretensiones de la demanda mediante sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021. En síntesis, consideró que:

4.1.- Los cargos de falsa motivación presentados contra el acto de liquidación unilateral en realidad estaban relacionados con el acto de declaratoria de incumplimiento, pues en la demanda se afirmó que: (i) el supervisor del Contrato había certificado que este se había ejecutado en un porcentaje mayor al 80%; (ii) el contratista no incurrió en una mora injustificada en la entrega de los productos objeto del Contrato, y (iii) fue el Icetex quien incumplió sus obligaciones respecto de la entrega de documentos al contratista. Así, sin haberse demandado el acto de declaratoria de incumplimiento, no era posible analizar si se debió o no declarar el incumplimiento del contratista. Por la misma razón, las pretensiones de incumplimiento y de liquidación judicial del contrato no tenían vocación de prosperidad.

4.2.- Respecto del argumento consistente en que no existió fundamento para que el Icetex exigiera del consorcio el pago de las sumas señaladas en la liquidación unilateral, señaló que la liquidación unilateral únicamente recogió el estado económico del Contrato, atendiendo a los montos y valores señalados en la resolución que declaró el incumplimiento. Acto administrativo que, reiteró, no fue demandado en el presente proceso.

D.- Recurso de apelación

5.- En su recurso de apelación, la demandante formula los siguientes reparos:

5.1.- El tribunal se contradice al afirmar que la liquidación unilateral tiene una función declarativa del incumplimiento de las obligaciones contractuales, pero a la vez señalar que las pretensiones se deben negar porque no se demandó el acto de declaratoria de incumplimiento.

5.2.- De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en caso de haberse proferido acto de liquidación unilateral, el incumplimiento contractual solo se puede alegar cuestionando la legalidad del acto de liquidación, que corresponde a lo que se hizo en la demanda.

5.3.- Las pretensiones de declaratoria de incumplimiento y nulidad de la resolución de liquidación unilateral tuvieron como fundamento: (i) la responsabilidad contractual y patrimonial del Estado; (ii) el rompimiento del principio del equilibrio contractual; (iii) el enriquecimiento sin causa; y (iv) la excepción de contrato no cumplido.



II. CONSIDERACIONES

E.- Caducidad

6.- La Resolución No. 0914 del 10 de noviembre de 2009, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto de liquidación unilateral del contrato, fue notificada mediante edicto desfijado el 7 de diciembre de 2009⁷. Por lo anterior, de conformidad con el numeral d) del artículo 136 del CCA⁸, el término de dos años para presentar la demanda corrió entre el 8 de diciembre de 2009 y el 8 de diciembre de 2011. El 7 de julio de 2010, la parte demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial⁹. El 14 de septiembre de 2010 se expidió la respectiva constancia de no conciliación¹⁰. Por lo tanto, la demanda presentada el 15 de octubre de 2010¹¹ es oportuna.

F. - Decisión a adoptar

7.- La Sala modificará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, se inhibirá para fallar de fondo las pretensiones. Lo anterior en la medida en que era necesario pedir la nulidad de la resolución que declaró el incumplimiento del Contrato para estudiar las pretensiones de la demanda.

8.- Mediante Resolución No. 532 del 10 de julio de 2008, el Icetex declaró el incumplimiento total del Contrato por parte del Consorcio F&M, hizo efectiva la cláusula penal pactada y ordenó su liquidación¹². Textualmente se dispuso en esta resolución:

<<ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento total del contrato 2006/062 suscrito entre el Icetex y el Consorcio F&M (...) amparado por la póliza de seguro No. GU014141, sus anexos y modificaciones expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar la ocurrencia de los siniestros de incumplimiento total del contrato y de calidad del servicio y en consecuencia ordenar hacer efectiva la garantía única constituida por el contratista mediante póliza No. GU014141, sus anexos y modificaciones expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A. (...) por el valor de \$107.389.316 correspondiente a los amparos citados, cuyos valores tasados son: cumplimiento

⁷ CD obrante a folio 275 del cuaderno principal. Documento denominado << 010. 2010-00750. C11 Pruebas Contrato 062 2006. Recursos.pdf>>, página 41.

⁸ d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

⁹ CD obrante a folio 275 del cuaderno principal. Documento denominado << 011. 2010-00750. C12 Pruebas.pdf>>, página 14.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Cuaderno principal, folio 70.

¹² CD obrante a folio 275 del cuaderno principal. Documento denominado << 006. 2010-00750. C7 Pruebas Contrato 062 de 2006. Resolución.pdf>>, páginas 91 a 102.



del contrato por valor de \$15.830.516 y calidad del servicio por valor de \$91.558.800 (...)

ARTÍCULO TERCERO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato 2006/062 por la suma equivalente al 30% del valor del contrato, es decir por la suma de \$91.558.800

ARTÍCULO CUARTO: El Icetex se reserva el derecho a reclamar los perjuicios adicionales al valor de la penal pecuniaria mediante el ejercicio de las acciones correspondientes

ARTÍCULO QUINTO: Liquidar el contrato No. 2006/062 una vez en firme la presente resolución (...)>>¹³.

9.- El 12 de agosto de 2009 el Icetex profirió la Resolución No. 670, mediante la cual liquidó unilateralmente el Contrato¹⁴, y en sus resoluciones se dispuso:

<<El estado financiero del contrato es el siguiente:

1. Valores pagados al contratista incumplido \$190.747.500, valor que se discrimina de la siguiente manera:

- a) Anticipo cancelado con comprobante de pago No. 000630 de fecha 26 de septiembre de 2006 - \$76.299.000
- b) Del valor pagado por anticipo el contratista amortizó la suma de: \$38.149.500
- c) Valor del anticipo pagado y no amortizado por el contratista \$38.149.500
- d) Valor ítem pagados y no ejecutados – Valor pagado según factura de venta No. 002 presentada el 01 de junio de 2007 - \$152.598.000.

2. Perjuicios tangibles derivados directamente del incumplimiento del contrato \$66.650.453, valor que se discrimina así:

Pago Contrato 045-2006 Asesor Técnico Icetex \$51.500.000
Pago Orden de Servicio 319-2007 Ing. Álvaro Llanos \$4.500.000
Pago prorrateado Interventor Pablo Quintero G. \$10.650.453.

3. Valor Cláusula Penal a cobrar al contratista incumplido \$91.558.800.>>

10.- Aunque la Sala considera que no siempre que se eleven reclamaciones de naturaleza contractual debe demandarse la nulidad de los actos administrativos contractuales, en este caso, al no haberse impugnado el acto administrativo que declaró el incumplimiento del contratista, es imposible estudiar las pretensiones de la demanda en las que se solicita declarar que fue la entidad contratante la que incumplió el contrato.

11.- En el presente caso hay dos decisiones: (i) una, en la que la entidad declara que el contratista incumplió el contrato y le impone la cláusula penal como sanción por ese incumplimiento por las razones que se exponen en la parte motiva de dicho acto; y (2) otra, en la que simplemente se liquida el contrato, se hace un balance de cuentas y se determina quién le debe a quién y cuánto.

¹³ Cuaderno 7, folio 80.

¹⁴ CD obrante a folio 275 del cuaderno principal. Documento denominado << 010. 2010-00750. C11 Pruebas Contrato 062 2006. Recursos.pdf>>, página 63 a 69.



12.- La Sala resalta que el balance financiero realizado en la liquidación unilateral está relacionado con sumas que devienen directamente del acto de declaratoria de incumplimiento, pues corresponden a: (i) la devolución de las sumas pagadas al contratista por concepto de anticipo e ítems pagados y no ejecutados; (ii) los perjuicios causados a la entidad con el incumplimiento del Contrato y (iii) la cláusula penal pactada en el Contrato.

13.- No era suficiente, entonces, impugnar únicamente la liquidación del Contrato, cuando lo que el contratista solicitaba en la demanda era declarar que la entidad incumplió el Contrato y condenarla al pago de los perjuicios consecuenciales. Para hacerlo era necesario pedir la nulidad del acto que declaró el incumplimiento y controvertir las razones por las cuales el Ictetex concluyó que el contratista incumplió el Contrato. No puede existir una sentencia en la que se decida que fue la entidad contratante quien incumplió el Contrato mientras esté vigente un acto administrativo que declara el incumplimiento del contratista y sustenta la liquidación unilateral del contrato.

14.- Sobre este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que:

<< (...) en este evento media un acto administrativo, en cuyo contenido la entidad pública consignó que la accionante incurrió en incumplimiento en las obligaciones contraídas en virtud de la celebración del contrato de arrendamiento No. 0910819, decisión que, además de corresponder a la que constituye la materia de reclamación del demandante en el sentido opuesto, esto es, que el que incurrió en incumplimiento fue el Instituto, se encuentra amparada por la presunción de legalidad, en la medida en que su legalidad debe mantense incólume, habida consideración de que no se pretendió la nulidad del acto que por vía de reposición la confirmó y que, por contera, goza de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad.

Así las cosas, la información que allí se condensa en relación con el cumplimiento del contratante se presume veraz, en tanto no se ha procurado la remoción del orden jurídico del acto complejo que la contiene.

Esta circunstancia comporta correlativamente la presunción de que el contratista incurrió en incumplimiento respecto de sus compromisos obligacionales, cuestión que se opone jurídicamente a atender el planteamiento elevado por el demandante en torno a los perjuicios supuestamente causados con ocasión de la no ejecución del contrato de arrendamiento No. 0910819.>>¹⁵

15.- Finalmente, no hay lugar a pronunciarse respecto del reparo relacionado con la existencia de un rompimiento del equilibrio económico del contrato, enriquecimiento sin causa y la excepción de contrato no cumplido, por tratarse de pretensiones no formuladas en la demanda.

G.- Costas

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de marzo de 2019. No. de expediente: 56559. Magistrada ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.



16.- En consideración a la conducta asumida por las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFÍQUESE la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021 por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda la cual quedará así:

<<**PRIMERA: INHÍBESE** de fallar de fondo las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos de procesos si lo hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente>>.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado