

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: **MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 25000-23-36-000-2014-00674-01 (56.002)

Actor: HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL E.S.E. (HOY, SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.)

Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – ALCALDÍA LOCAL DE KENNEDY

Referencia: LEY 1437 DE 2011 – MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS: son instituciones diferentes / LIQUIDACIÓN UNILATERAL: en los contratos interadministrativos sujetos a la Ley 80 de 1993, la liquidación unilateral es procedente / PODERES EXCEPCIONALES: las cláusulas excepcionales al derecho común son taxativas, y solo se consideran como tales las enunciadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 / La declaratoria de incumplimiento de un contrato puede decretarse luego de terminado el plazo contractual, con el fin hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria / Subcontratar un negocio jurídico con entidades sin capacidad deriva en la declaratoria de incumplimiento de una obligación contractual.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia del 30 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A (fls. 148 – 158, c. ppl.), por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 19 de mayo de 2014, el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. presentó demanda (fls. 1 – 22, c1), en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en contra de la alcaldía local de Kennedy, con la pretensión de que se declarara la nulidad de las Resoluciones 273 del 21 de agosto de 2013 y 320 del 30 de agosto del mismo año, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento definitivo del contrato interadministrativo CIA-208 de 2011, que tenía por objeto adelantar algunos componentes del plan de desarrollo en materia de salud, y se hizo

efectiva la cláusula penal pecuniaria. Lo anterior, por cuanto, en criterio del demandante, el Fondo de Desarrollo Local actuó sin competencia funcional y temporal e inmerso en una vía de hecho.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda:

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 19 de mayo de 2014 (fls. 1 – 22, c1), el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A., se dirigió en contra del Distrito Capital de Bogotá – Fondo de Desarrollo Local de Kennedy, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

Primera.- Se declare la nulidad de la resolución No. 273 de veintiuno (21) de agosto de 2013 proferida por el representante legal del fondo de desarrollo local de Kennedy “por la cual se declara el incumplimiento definitivo del convenio interadministrativo No. CIA-208-2011 (SIC) de 2012 suscrito con el HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL E.S.E., (NIT. 800196939-3), y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria”.

Segunda.- Se declare la nulidad de la resolución No. 320 de agosto treinta (30) de 2013 proferida por el representante legal del fondo de desarrollo local de Kennedy “por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. 273 de 20 de agosto de 2013”, al incurrirse en nulidad de la misma por falsa motivación, falta de competencia funcional y temporal y vía de hecho.

Tercera.- Se declare el cumplimiento a favor de la Empresa Social del Estado Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., del contrato CIA – 208 – 2011 suscrito entre el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. y el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy, Alcaldía Local de Kennedy.

Cuarto.- Se declare el incumplimiento del contrato CIA – 208 – 2011 por parte del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy, Alcaldía Local de Kennedy representado legalmente por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Quinto.- Consecuencia de las anteriores declaraciones se solicita a título de restablecimiento del derecho:

5.1 El pago total del valor acordado en la cláusula tercera del negocio jurídico equivalente a setecientos doce millones quinientos mil pesos (\$ 712.500.000).

5.2 El reconocimiento de intereses legales moratorios desde la ejecutoria de la declaración de incumplimiento del convenio CIA – 208 – 2011 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

Sexto.- Se ordene el pago del perjuicio moral equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes que corresponden a los perjuicios causados para el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. por afectación a su buen nombre (fls. 1 – 2, c1).

1.1 Los fundamentos de hecho:

El actor sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos, que, en síntesis, se expresan a continuación:

El 26 de diciembre de 2011, el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. suscribió con el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy el convenio interadministrativo No. CIA-208-2011, que tenía por objeto desarrollar los componentes de: (i) promoción de los derechos sexuales y reproductivos; (ii) promoción de los círculos de calidad de vida; (iii) control de vectores en zonas públicas, y (iv) promoción de la prevención en unidades de trabajo, con el fin de mejorar la calidad de vida de la población en la localidad de Kennedy, a través de la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y de buena calidad.

El valor del convenio se pactó en \$712'500.000, y su plazo se acordó en 8 meses, contados desde el acta de inicio.

La interventoría fue realizada por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo -CID- de la Universidad Nacional de Colombia, en cumplimiento del convenio 002 de 2012, suscrito entre esta institución educativa y el demandado.

Para desarrollar el objeto del convenio, el Hospital Occidente de Kennedy extendió las invitaciones a cotizar No. HOK S.A. 029 y 030 de 2012. Previo a ello, mediante documento con radicado 2012-082-002181-2 del 22 de febrero de 2012, le solicitó al distrito la autorización para subcontratar la ejecución del contrato interadministrativo CIA-208-2011. El 8 de marzo de ese año, la alcaldía autorizó dicha subcontratación.

Las invitaciones a cotizar culminaron el 30 de marzo de 2012, con la suscripción de los contratos 064 y 065, celebrados por la E.S.E. con la Fundación Valparaíso y con la Asociación ASEPROF, respectivamente. Mediante acta del 20 de marzo de 2012, se dio inicio al convenio CIA-208-2011.

El 7 de mayo de 2012, se adelantó una mesa de trabajo, en la cual el hospital le informó al interventor que realizó el proceso de subcontratación de los componentes contemplados en el contrato interadministrativo -se dijo que los subcontratos se suscribieron el 31 de marzo de 2012, pero se legalizaron el 30 de abril siguiente-. El contrato CIA-208 finalizó el 19 de noviembre de 2012.

Durante la ejecución, el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy interpretó de manera unilateral el contrato, ordenando incluir actividades que no fueron pactadas inicialmente. Por esta razón, el actor debió reformular el plan de trabajo y el cronograma de actividades, lo cual retrasó el inicio de las mismas por 150 días -situación que no fue imputable a la E.S.E.-.

El demandado le entregó al actor un pago anticipado del 40% del valor total del

convenio, esto es, \$285'000.000.

El 12 de septiembre de 2012, la interventoría le informó a la E.S.E. que los subcontratistas debían estar habilitados conforme con el Decreto 1011 de 2006, para que las actividades pudieran ser avaladas. El hospital manifestó en la mesa de trabajo que, si bien las personas jurídicas que subcontrató no estaban habilitadas, el personal que desarrolló las actividades sí lo estaba. De igual modo, recordó que las hojas de vida de los profesionales ya habían sido aprobadas por la interventoría en los meses de junio, julio y agosto de 2012.

El hospital elevó un derecho de petición, en el cual le solicitó a la interventoría que se pronunciara formalmente sobre el aval -o no- de las actividades ya realizadas. Sumado a ello, le pidió al demandado la suscripción de una prórroga. Aunque el Fondo conocía los múltiples problemas suscitados durante la ejecución, aseguró que no encontraba motivo alguno para ampliar el plazo.

Antes del vencimiento del plazo, la interventoría profirió el oficio CID-FDLK-002-027-12, mediante el cual les informó a las partes que no certificaría las actividades realizadas por la E.S.E., y que le recomendaba al contratante hacer exigible la cláusula penal pecuniaria. Esta recomendación fue reiterada mediante oficio CID-FDLK-002-028-12.

La interventoría insistió en que debía iniciarse el proceso administrativo sancionatorio, y remitió el informe por el presunto incumplimiento.

El 21 de junio de 2013, se radicó el oficio mediante el cual se citó a la E.S.E. a la audiencia de incumplimiento. En esencia, se indicó que no era posible avalar las actividades realizadas en desarrollo del contrato, porque estas fueron ejecutadas por el personal vinculado mediante los subcontratistas, que carecían de capacidad para ejercer actividades de prevención y promoción en salud. Adicionalmente, ni el hospital ni los proveedores contaban con habilitación para efectuar actividades de prevención y promoción extramural.

Aunque el hospital argumentó que el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy carecía de competencia funcional y temporal para declarar el incumplimiento, el distrito expidió la Resolución 273 del 21 de agosto de 2013, que declaró el incumplimiento definitivo del convenio CIA-208 de 2011 e hizo efectiva la cláusula penal.

Contra el anterior acto administrativo, el actor interpuso el recurso de reposición, que fue resuelto mediante la Resolución 320 del 30 de agosto de 2013, que confirmó la resolución recurrida.

1.2 Fundamentos de derecho:

El accionante invocó como fundamento de sus pretensiones, los siguientes argumentos:

-Falta de competencia temporal: la alcaldía local de Kennedy no tenía la facultad para declarar la terminación del contrato y hacer exigible la cláusula penal, porque la potestad sancionatoria del Estado solo es posible desde el vencimiento del plazo contractual y hasta los 6 meses siguientes, siempre que se haya requerido al contratista para realizar la liquidación de mutuo acuerdo. En otros términos, la facultad de imponer sanciones al contratista se condiciona a que este sea invitado a liquidar el contrato.

-Falta de competencia funcional: la declaratoria de incumplimiento en sede administrativa es un poder exorbitante, y estos poderes, según el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, están proscritos en los contratos interadministrativos.

-Incurción en vía de hecho: al estar en presencia de un contrato interadministrativo, no le es dable al alcalde local de Kennedy el ejercicio de las facultades exorbitantes. De allí que la liquidación unilateral sea una facultad exorbitante, en la medida que el Estado impone su voluntad frente a la de un tercero. No obstante, la administración no puede ejercer unilateralidades en contra de otra entidad pública, por lo que necesariamente debe acudir al juez. De esta manera, “[...] *el plazo para liquidar el contrato es de cuatro (4) meses para este caso particular, pues no puede hacerse uso de la liquidación unilateral. Luego, la convocatoria a la audiencia para la declaración de incumplimiento por fuera de este término es extemporánea, si es que la administración, a pesar de los argumentos que preceden, considera que puede realizarse, sin violación a las normas reglamentarias*” (fl. 17, c. 1).

-Falsa motivación para hacer exigible la cláusula penal: la cláusula decimosegunda del contrato interadministrativo CIA-208 de 2011 disponía que la cláusula penal pecuniaria procedía en los casos de incumplimiento total de las obligaciones, lo cual no ocurrió, dado que la E.S.E. presentó el cronograma de actividades, el plan de trabajo y suscribió el acta de inicio -razón por la que se le giró un pago anticipado del 40% del valor del contrato-. Si bien la alcaldía local afirmó que estas actividades no hacían parte de la ejecución, tal razonamiento no es cierto, y evidencia la dificultad de debatir con objetividad cuando el contratante es juez y parte.

-Falsa motivación para declarar el incumplimiento del contrato: en el convenio CIA-208-2011 nunca se señaló la obligatoriedad de cumplir con la habilitación institucional para desarrollar actividades de promoción y prevención, que corresponden a una institución hospitalaria de primer nivel, porque en los contratos que celebró el fondo con anterioridad no había condicionado el aval de las actividades a dicha habilitación. Es decir, el fondo no validó las actividades desarrolladas, porque exigió un requisito que nunca se pactó como obligación en el acuerdo.

-Violación del principio de confianza legítima: el distrito ya había celebrado contratos con objetos similares al que es centro del debate, sin que nunca hubiese exigido los requisitos de habilitación. Luego, este cambio operó en detrimento de los intereses del hospital, razón por la cual el mismo esperaba, por lo menos, que se le invitara a liquidar el negocio de mutuo acuerdo, y que se le pagaran las actividades realizadas.

-Falsa motivación por inexistencia de incumplimiento contractual: el tema a discutir no se enfoca en la ejecución de actividades por parte del contratista, sino en el aval que confiere la interventoría. Además, se generó un retraso en la ejecución del contrato, que es un hecho imputable al demandado y al interventor, quien impuso obligaciones que no fueron pactadas al inicio del contrato -como la inclusión del componente de salud oral, visual y auditiva y el componente de atención a pacientes con enfermedades crónicas-¹.

-Del cumplimiento contractual: la E.S.E. siempre asistió a las reuniones con la interventoría y sus subcontratistas, contó con autorización para subcontratar, y se reservó la posibilidad de ejecutar directamente el convenio interadministrativo, para lo cual solicitó una prórroga. Por el contrario, la conducta del Fondo fue reprochable, pues exigió requisitos no previstos originalmente, interpretó el contrato de manera unilateral y se negó a suscribir la prórroga, a pesar de que el retraso le era imputable.

2. Trámite procesal:

2.1 Actuaciones procesales de primera instancia:

Por medio de auto del 9 de junio de 2014 (fls. 30 – 31, c1), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda; ordenó su notificación al representante legal de la parte demandada y al Ministerio Público; fijó los gastos de notificación, y le reconoció personería al apoderado de la parte actora.

2.2 Contestación de la demanda:

El 1 de agosto de 2014, el Distrito de Bogotá contestó la demanda (fls. 35 – 49, c1), oponiéndose a las pretensiones de la misma. Aclaró que el negocio jurídico suscrito entre las partes era un contrato interadministrativo, y no un convenio interadministrativo, lo cual constituía una diferencia sustancial para efectos de entender el proceso -recordó que en los contratos interadministrativos la entidad pública contratista actúa de forma similar a los particulares-.

Afirmó que, si bien es cierto que se autorizó la subcontratación, dicha situación se condicionó a que la E.S.E. no pudiera subcontratar la totalidad del valor del contrato; a que la gerencia y administración de los proyectos fuera responsabilidad exclusiva del hospital, y a que el Fondo pudiera ordenar la terminación del subcontrato en cualquier tiempo.

¹ También dijo que el Fondo se había equivocado al iniciar un proceso administrativo sancionatorio por incumplimiento contractual, cuando dicho incumplimiento devino directamente de la falta de claridad de los requisitos de ejecución del contrato interadministrativo.

Indicó que, pese a los constantes requerimientos de la interventoría y del Fondo de Desarrollo Local, el contratista no aportó de manera oportuna los documentos relacionados con la subcontratación, que eran indispensables para verificar la capacidad técnica y financiera de los subcontratistas. Solo hasta el 3 de octubre de 2012, es decir, 6 meses después de la solicitud, y habiendo ya iniciado actividades con los proveedores, se radicaron ante la interventoría los soportes de la Fundación Valparaíso y de ASEPROF.

Afirmó que la E.S.E. contrató a las dos entidades antes referidas sin presentarle a la interventoría información previa, que le permitiera realizar las observaciones necesarias para evitar posibles riesgos durante la ejecución.

Aseveró que las revisiones adelantadas por el interventor hasta el mes de septiembre de 2012, tuvieron como finalidad avanzar en la verificación de la ejecución de las actividades, pero no constituyeron avales legales de la ejecución.

Dijo que los profesionales empleados en la ejecución fueron vinculados al proyecto a través de los subcontratistas, quienes no gozaban de capacidad para realizar actividades de promoción y prevención en salud, lo cual impedía certificar las actividades desarrolladas por aquellos².

Ahora bien, presentó como fundamentos de la defensa:

(i) Los convenios interadministrativos son verdaderos contratos, en los términos del Código de Comercio, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; sumado a ello, la normativa a la cual se encuentran sujetos es, en principio, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, junto con las disposiciones civiles y comerciales pertinentes.

(ii) La entidad contratante tiene el deber de dirigir, vigilar y controlar la ejecución de los contratos estatales. Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que el contrato no se extingue mientras subsistan obligaciones por cumplir, y que, vencido el plazo, la administración puede exigir o avalar el cumplimiento de las

² En la contestación se lee: *“La ESE no informó en forma oportuna las acciones adelantadas para la ejecución del contrato, particularmente sobre el proceso de subcontratación, situación que no le permitieron a la interventoría ni al FDL, advertir sobre la falsa idoneidad de proveedores para la ejecución del contrato CIA No. 208 de 2011. Esta situación solo se evidenció el 3 de octubre de 2012, cuando entregaron los documentos requeridos”* (fl. 37, reverso, c1).

obligaciones, pudiendo imponer las sanciones previstas en la ley y en el acuerdo -aun en la etapa de liquidación-³. Por tanto, es claro que la alcaldía local de Kennedy gozaba de competencia para declarar el incumplimiento definitivo del convenio CIA-208, pues estaban acreditados los incumplimientos en los que incurrió el hospital.

(iii) La declaratoria de incumplimiento no está prevista como uno de los poderes exorbitantes contenidos en la Ley 80 de 1993. Cuando se inició el proceso administrativo sancionatorio que culminó con la expedición de la Resolución 273 de 2013, ya el plazo había vencido, por lo que la figura de la caducidad no era aplicable. En todo caso, si bien el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 prohíbe la inclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos interadministrativos, en este caso no se recurrió a la modificación, interpretación o terminación unilaterales o a la caducidad, por cuanto el procedimiento sancionatorio buscaba declarar el incumplimiento con fundamento en la cláusula decimosegunda, que regulaba la cláusula penal.

(iv) El procedimiento administrativo sancionatorio se desarrolló con fundamento en el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

(v) Es impreciso sostener que la entrega del cronograma de actividades y del plan de trabajo y la suscripción del acta de inicio implicaron el cumplimiento de las obligaciones contractuales, ya que estas últimas no fueron desarrolladas por el hospital -razón por la que no fueron avaladas por la interventoría-.

(vi) Los subcontratistas de la E.S.E. no preveían en su objeto social la realización de actividades afines al sector salud, por lo que no estaban facultados para ejecutar el

contrato CIA-208 de 2011. En consecuencia, ninguna de las actuaciones adelantadas por ellos podía ser certificada por la interventoría y reconocida para el pago. Además, los requerimientos hechos por la interventoría no pueden considerarse como condiciones adicionales del contrato inicial, ni es posible que la entidad contratante asuma las consecuencias derivadas de la irresponsabilidad de la contratista.

(vii) En este caso, no opera el principio de la confianza legítima, toda vez que el contrato se desarrolló de conformidad con las condiciones previamente conocidas por el contratista, sin que hubiera lugar a modificaciones o interpretaciones.

³ Se transcribieron algunas providencias de esta Corporación, en las que se ha precisado que, una vez terminado el plazo, no puede recurrirse a la caducidad, por lo que la única posibilidad de la entidad contratante es declarar el incumplimiento, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal.

(viii) Pese a que el contratista fue oído en descargos, no logró desvirtuar el incumplimiento endilgado, que fue esbozado por el interventor en su informe.

(ix) Los actos demandados se expidieron con cumplimiento de todos los requisitos legales y constitucionales vigentes, es decir, se le notificó en debida forma el inicio del proceso, se le permitió presentar descargos, participó de la audiencia y se analizaron las pruebas aportadas, desvirtuando cada uno de los argumentos formulados. También se le notificó el contenido de la decisión y se le permitió interponer los recursos administrativos. Así, es claro que el distrito no violó de ninguna forma el derecho al debido proceso del demandante.

(x) La alcaldía local de Kennedy tenía competencia para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, dejando claro que la posibilidad de imponer esta última emanó del contrato mismo -la cláusula penal buscaba conminar o constreñir al contratista para el cumplimiento de las obligaciones contractuales-.

(xi) Los actos demandados están revestidos de la presunción de legalidad y se encuentran en firme y ejecutoriados.

2.3 Audiencia inicial:

El 17 de febrero de 2015, se llevó a cabo la audiencia inicial, consagrada en el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fls. 79 – 81 y CD, c1). El *a quo* determinó que el propósito de la audiencia consistía en determinar si era procedente declarar la ilegalidad de las Resoluciones 273 del 21 de agosto de 2013 y 320 del 30 de agosto de ese año, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento definitivo del contrato interadministrativo CIA-208-2011 y se hizo efectiva la cláusula penal.

Al analizar si se habían presentado vicios procesales, concluyó que las partes no habían invocado ninguna irregularidad de esta naturaleza, o no se advertían de oficio, por lo que no era necesario que se adoptaran medidas de saneamiento.

Como la parte demandada no formuló excepciones previas o mixtas, y el *a quo* no encontró configurada alguna que debiera declararse de oficio, se continuó con el desarrollo de la audiencia. Luego de recapitular los hechos narrados en la demanda, el tribunal fijó el litigio en los siguientes términos:

5.4.) Escuchadas las partes se procede a fijar el litigio en el presente caso. Precisa el Despacho que la fijación del litigio tiene dos perspectivas: fáctica y jurídica; en el caso concreto se tiene:

a) la frente a la (sic) pretensión principal el problema es netamente jurídico y guarda relación con la presunta vulneración al incurrirse en una vía de hecho por parte de la entidad contratante; por cuanto: i) (sic) No tenía la competencia para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

b) Desde una perspectiva fáctica la fijación del litigio se centra en que HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL E.S.E. cumplió sus obligaciones contractuales (fl. 80, c1).

Posteriormente, se decretaron como medios de prueba los documentos aportados por las partes, al tiempo que se le ordenó al actor tramitar el informe juramentado ante el alcalde de la localidad de Kennedy y se ordenó la práctica de los testimonios solicitados por el hospital. Por último, se fijó la fecha de la audiencia de pruebas.

2.4 Audiencia de Pruebas:

El 7 de abril de 2015, se adelantó la audiencia de pruebas, regulada en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 92 – 93 y CD, c1). Luego de recordar que en el plenario reposaban los documentos aportados por las partes, se indicó que, frente al informe juramentado que debía rendir el alcalde local de Kennedy, se daría aplicación al artículo 217 del C.P.A.C.A., previa verificación de la conducta de dicho funcionario, pues este informe no fue allegado al proceso.

Se practicaron los testimonios de: (i) Carlos Hernán Hermida, asesor de la Secretaría Distrital de Salud; (ii) Luis Alberto Novoa Gómez, quien fue jefe de planeación del hospital y supervisor de los contratos 064 y 065 de 2012, y (iii) Erney Velásquez Torres, interventor adscrito al CID de la Universidad Nacional de Colombia.

2.5 Continuación de la audiencia de pruebas:

El 26 de mayo de 2015, se continuó con la audiencia de pruebas (fls. 106 – 107 y CD, c1), la cual se suspendió con el fin de oír el testimonio de la señora Claudia Patricia Pedreros, jefe de la oficina asesora jurídica del Hospital Occidente de Kennedy.

Luego de lo anterior, el *a quo* prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y dispuso que las partes podían presentar sus alegatos de conclusión, dentro de los 10 días siguientes.

2.6 Alegatos de conclusión:

El 9 de junio de 2015, la parte demandada presentó sus alegaciones finales (fls. 119 – 126, c1), reiterando los argumentos de la contestación.

El actor allegó sus alegatos el 10 de junio siguiente (fls. 127 – 129, c1), insistiendo en los planteamientos de la demanda. Añadió que el conflicto suscitado en relación con el contrato CIA-208-2011 debió ceñirse a los postulados de la Ley 80 de 1993, mas no a la Ley 1474 de 2011, como equivocadamente lo hizo el Fondo de Desarrollo Local, dado que esta disposición se expidió con el fin de sancionar y prevenir la corrupción, sin que en este caso se avizorara tal situación. También dijo que el contrato fue objeto de un problema de interpretación, que fue resuelto por la Secretaría de Salud, lo cual constituyó un hecho de fuerza mayor que exigía prorrogar el negocio jurídico.

El 22 de julio de 2015, el Ministerio Público rindió su concepto (fls. 131 – 146, c1), considerando que debían negarse las pretensiones, pues el Fondo gozaba de competencia funcional y temporal para declarar el incumplimiento definitivo del contrato interadministrativo CIA-208-2011, y estaba probado que la E.S.E. incurrió en varios incumplimientos.

3. La sentencia impugnada:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, profirió la sentencia del 30 de julio de 2015 (fls. 148 – 158, c. ppl.), por medio de la cual decidió:

PRIMERO: Se NIEGAN las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se fija por agencias en derecho a favor del DISTRITO CAPITAL – ALCALDÍA DEL FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE KENNEDY, la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS MCTE (\$3.562.500.00).

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, líquidense por secretaria (sic) de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido por los

Para sustentar lo anterior, explicó la noción de los contratos interadministrativos, coligiendo que son acuerdos bilaterales celebrados entre dos entidades estatales, que en virtud del artículo 24, numeral 1, literal c), de la Ley 80 de 1993, pueden ser suscritos mediante contratación directa.

Luego, abordó la figura de las cláusulas exorbitantes, aclarando que la fuente de las mismas es exclusivamente la ley, y que el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 proscribía su utilización en los contratos interadministrativos. No obstante, indicó que el Distrito Capital no empleó ningún poder excepcional, ya que simplemente declaró el incumplimiento de la E.S.E. y, como consecuencia, hizo efectiva la cláusula penal.

En este punto, recordó que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 le otorgó a las entidades estatales la competencia para declarar en sede administrativa el incumplimiento, y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta potestad puede ser empleada en los contratos interadministrativos, ya que es diferente a las cláusulas excepcionales del precitado artículo 14.

Como las partes incluyeron una cláusula penal en el contrato CIA-208-2011, y fue con fundamento en dicha estipulación negocial que el demandado profirió la Resolución 273 de 2013 -que declaró el incumplimiento de la E.S.E.-, el *a quo* coligió que, ciertamente, el distrito de Bogotá tenía competencia para declarar el incumplimiento de las obligaciones del contratista, y como consecuencia de ello, hacer efectiva la cláusula penal -reiterando que dicha potestad es diferente a las enunciadas en la Ley 80-.

Posteriormente, recapituló el objeto del contrato CIA-208-2011, las obligaciones a cargo del Hospital Occidente de Kennedy y los diferentes hechos relevantes del caso. Partiendo de lo anterior, aseveró que, en su criterio, el accionante incumplió el contrato debatido, pues: (i) no ejecutó directamente alguna de sus obligaciones, diferente a la de administrar el proyecto; (ii) las gestiones realizadas por la Fundación Valparaíso y por ASEPROF fueron rechazadas, en tanto no cumplieron con los requerimientos técnicos -no tenían capacidad técnica para prestar los servicios-, y (iii) el hospital fue negligente ante los requerimientos de la interventoría.

Así, “[...] para la Sala el interventor del contrato no realizó exigencias por fuera de la relación jurídico negocial; por el contrario, su función se encuentra acorde a una adecuada interventoría contractual, por cuanto, tuvo como finalidad verificar -entre otros- dos aspectos: i) preservar los recursos públicos, en el sentido, que el servicio

público se encontrara en armonía con las exigencias técnicas requeridas por la Alcaldía Local; y, (ii) que la comunidad beneficiaria del programa se le prestara un eficiente servicio público” (fl. 157, c. ppl.).

Sumado a ello, la decisión de la demandada no fue arbitraria, ni sorpresiva, porque el requerimiento del interventor se formuló dos días después de la subcontratación, por lo que desde ese momento se fijó que la falta de idoneidad conllevaba el rechazo de los productos entregados.

4. Recurso de apelación:

El 20 de agosto de 2015, el Hospital Occidente de Kennedy presentó el recurso de apelación en contra de la anterior decisión (fls. 167 – 171, c. ppl.), solicitando que la misma sea revocada y que, en su lugar, se concedan las pretensiones.

Afirmó que las Resoluciones 273 y 320 de 2013 fueron falsamente motivadas, de lo cual existe prueba en el plenario. Señaló, además, que:

[...] la falta de competencia temporal en cabeza de la Alcaldía Local de Kennedy no la facultaba para [la] terminación del contrato y hacer exigible la cláusula penal en sede administrativa por cuanto la potestad sancionatoria del Estado sólo es posible desde el vencimiento del plazo contractual y hasta los seis (6) meses siguientes, siempre y cuando se haya requería (sic) al contratista para la liquidación de mutuo acuerdo del contrato dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación de la ejecución contractual, al fallar esta etapa, se realiza de manera unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes.

Nótese que la demandada no logró probar en razón a que ello no ocurrió, que en efecto, la Alcaldía no liquidó el contrato interadministrativo dentro del mencionado término sin la necesidad de imponer sanciones al contratista de manera inmediata, ya que la facultad sancionatoria del Estado está precedida de la invitación al contratista para liquidar el contrato en una clara violación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, norma que dispuso que al ser el debido proceso un principio rector en materia sancionatoria, era obligación de las autoridades aplicar un procedimiento mínimo que garantizara los derechos de contradicción y defensa, o lo que es igual, debía asegurar que la decisión estuviera procedida de audiencia del afectado en este caso el Hospital. El Estatuto de Contratación Estatal, específicamente en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 optó por extender el procedimiento administrativo sancionatorio para poder aplicar medidas de diferente naturaleza (restauradoras, resarcitorias y conminatorias), por lo que se debe agotar idéntico trámite.

De este modo el plazo para liquidar [el] contrato era de cuatro (4) meses para este caso particular pues no puede hacerse uso [de] la liquidación unilateral. Luego la convocatoria a la audiencia para la declaración y incumplimiento (sic) por fuera de este término es extemporánea, si es que la administración, a pesar de los argumentos que preceden, considera que puede realizarse, sin violación a las normas reglamentarias (fl. 168, c. ppl.).

Sostuvo que la caducidad del contrato solo puede declararse mientras esté vigente su ejecución, y mientras no se haya surtido la liquidación o no se haya vencido el plazo para que la misma sea realizada. Como los contratos interadministrativos pretenden el

interés general, las autoridades no podrán actuar con desviación de poder, sino en ejercicio de sus competencias y dentro de los límites fijados por la ley.

Insistió en que el distrito actuó con falta de competencia funcional, pues al declarar el incumplimiento del contrato recurrió a un poder exorbitante, lo cual está prohibido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Aunque esta disposición solo hace mención de las cláusulas excepcionales, ontológicamente se erige como un canon ilustrativo de la prohibición del ejercicio de poderes unilaterales en los contratos interadministrativos.

Aseveró que el demandado violó el principio de confianza legítima del actor, dado que en negocios jurídicos suscritos por el distrito con anterioridad, este validó las actividades de los subcontratistas, sin que se les exigiera requisitos de habilitación. Luego, la variación de las reglas jurídicas para la prestación de estos servicios operó en detrimento del hospital, lo cual hacía que este esperara que se le citara para liquidar de mutuo acuerdo, con el fin de que se les pagaran las actividades hasta el momento realizadas.

Indicó que si se revisa el material probatorio obrante en el expediente, es posible concluir que, en efecto, el hospital intervino de manera directa en la ejecución del contrato interadministrativo, incluso con posterioridad a la subcontratación. Consideró que era contradictorio que el tribunal afirmara que no desconocía las gestiones adelantadas por el hospital, entre ellas, la subcontratación, pero que concluyera que, por el simple hecho de administrar el proyecto, no cumplió obligaciones directamente.

Dijo que el contrato fue cumplido, en ejercicio de las actividades desarrolladas por los subcontratistas. De hecho, uno de los retrasos ocurridos durante la ejecución del contrato fue imputable a la alcaldía local de Kennedy, al tiempo que la interventoría impuso obligaciones que no habían sido pactadas al inicio del contrato. Al iniciar una audiencia sancionatoria por incumplimiento, el demandado ocultó su propia culpa, al no suministrarle al hospital la información clara sobre los requisitos para la ejecución del contrato; sumado a ello, se incluyeron componentes SOVA y crónicos, lo cual fue una obligación impuesta por la interventoría⁴.

5. Trámite de segunda instancia:

En proveído del 9 de septiembre de 2015 (fl. 178, c. ppl.), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación, y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que decidiera sobre su admisibilidad.

Mediante auto del 21 de enero de 2016 (fls. 183 – 184, c. ppl.), el despacho del magistrado sustanciador admitió el recurso. A través de auto del 23 de junio de 2016 (fl. 205, c. ppl.), se corrió traslado a las partes, por el término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión. Vencido este término, se dio traslado al Ministerio Público, para que rindiera su concepto, en los términos del numeral 4 del artículo 247 del C.P.A.C.A.

El 13 de julio de 2016, el distrito capital presentó sus alegaciones finales (fls. 206 – 210, c. ppl.), reiterando que la entidad demandada gozaba de competencia para declarar el incumplimiento mediante acto administrativo y para hacer efectiva la cláusula penal. Sumado a ello, insistió en que el demandante no desvirtuó el incumplimiento que le fue endilgado por el distrito.

La parte actora y el Ministerio Público, por su parte, guardaron silencio (fl. 211, c. ppl.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado:

Como la demanda y el recurso de apelación se presentaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, este proceso se rige por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su texto original.

⁴ Al final del recurso, afirmó: *“En el expediente existe suficiente acervo probatorio que demuestra el proceder del Hospital al asistir siempre a las reuniones con la interventoría junto con sus subcontratistas, aun así, se reservó la posibilidad de ejecutar directamente actividades propias de la ejecución del contrato tal y como el mismo Tribunal lo acepta. Fue la demanda (sic) que exigió requisitos que no se encontraban en el contrato para la ejecución del mismo, interpretó de manera unilateral el contrato retrasando su ejecución y se negó a prorrogar el mismo a pesar de retraso en el desarrollo del objeto por razones no necesariamente imputables al Hospital”* (fl. 171, c. ppl.),

De ese modo, el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, en los términos del artículo 150 del C.P.A.C.A.

Por otra parte, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocería, como regla general, de las controversias y de los litigios originados en los contratos, independientemente de su régimen, en los que fuera parte una entidad pública, naturaleza que ostentan la E.S.E. demandante y el ente territorial demandado.

También le asiste competencia a la Sala para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, por tratarse de un proceso iniciado en ejercicio del medio de control de controversias contractuales con vocación de doble instancia en razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor (artículo 157 del C.P.A.C.A.) excede los 500 SMLMV a la fecha de presentación de la demanda⁵.

2. Legitimación en la causa:

2.1 Por activa:

La Sala encuentra que el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. está legitimado en la causa por activa, puesto que fue el destinatario de los actos administrativos demandados, al tiempo que fue la entidad contratista del contrato interadministrativo CIA-208 de 2011.

⁵ El 19 de mayo de 2014, fecha de presentación de la demanda, el salario mínimo en Colombia era igual a \$616.000 (que, multiplicado por 500, da como resultado: \$308'000.000). Al estimar la cuantía, el demandante la calculó en \$456'995.000, el cual es un monto que supera los 500 salarios mínimos exigidos por la norma para la segunda instancia ante esta Corporación.

Además, en las pretensiones de la demanda, se pidió como pretensión mayor el pago del valor total del contrato -\$712'500.000-, lo cual también supera el monto requerido para la segunda instancia.

De todos modos, como en el proceso está probado que el demandado le consignó al hospital un pago anticipado del 40% del valor total del contrato -\$285'000.000-, y la devolución de esta cifra no fue ordenada en los actos demandados, es claro que la pretensión mayor se circunscribe al pago del precio faltante -\$427'500.000-, que igualmente excede de los 500 SMLMV.

2.2 Por pasiva:

De igual manera, el distrito de Bogotá – alcaldía local de Kennedy, como representante del fondo de desarrollo local de esa localidad⁶, se encuentra legitimado en la causa por pasiva, por ser el ente público que profirió las Resoluciones 273 y 320 de 2013, cuya nulidad se solicita, y por ser el ente contratante del negocio jurídico objeto de la controversia.

3. Naturaleza jurídica y régimen del contrato interadministrativo CIA-208 de 2011:

-En la demanda y en diferentes documentos contractuales -asunto que se hará más evidente en el aparte de los hechos probados- se emplearon de manera indistinta las nociones de contrato y de convenio interadministrativo. Si bien estas figuras guardan cierta semejanza, en tanto se relacionan con la concepción general del negocio jurídico

-en ambas se expresa un consenso de voluntades de entidades públicas-, abarcan diferencias sustanciales, que resultan determinantes para la solución del problema jurídico.

Mientras en un convenio interadministrativo se busca cumplir, de manera conjunta, las funciones a cargo de las entidades públicas que suscriben el acuerdo o prestar los servicios que les han sido encomendados por la ley -enmarcados en los principios de colaboración y de coordinación-, en un contrato existe una amalgama de derechos y obligaciones recíprocas, siendo protagonista el interés meramente económico o ganancial⁷.

⁶ El artículo octavo del Decreto 101 del 11 de marzo de 2010, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, prescribe: *“Delegar en los Alcaldes o Alcaldesas Locales la facultad para contratar, ordenar los gastos y pagos con cargo al presupuesto de los Fondos de Desarrollo Local, de acuerdo con la estructura establecida en el Plan de Desarrollo Local que esté vigente.*

”Parágrafo primero. Los Alcaldes o Alcaldesas Locales asumirán la facultad de contratación y la ordenación de los gastos y pagos, cuatro (4) meses después de la entrada en vigencia de este decreto, periodo en el cual las entidades distritales que actualmente cuentan con UEL, realizaran (sic) la asignación de asistencia técnica requerida para acompañar la ejecución de estas funciones delegadas.

”Parágrafo segundo. Los compromisos contractuales realizados por los Secretarios de Despacho, Directores de Departamentos y de Establecimientos Públicos, con cargo a los presupuestos de los Fondos de Desarrollo Local a la fecha de expedición de este decreto, de acuerdo con la facultad delegada por el artículo 35 del Decreto 854 de 2001, continuarán en cabeza de las entidades creadas o transformadas por el Acuerdo 257 de 2006, atendiendo al ámbito de sus competencias”.

⁷ En los contratos interadministrativos se generan obligaciones recíprocas y patrimoniales a cargo de ambas entidades contrayentes, dado que concurren a su formación con intereses disímiles o contrapuestos, pues, aunque la entidad que resulta contratista es de carácter público, tiene intereses propios derivados de su actividad.

Sobre este tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha dicho: *“De este modo los contratos interadministrativos comportan el pago de una remuneración, dentro del cumplimiento de un fin estatal que para el caso está radicado en la entidad estatal contratante, en tanto que la entidad estatal contratista actúa en su propio interés, bajo el amparo de una relación jurídica de carácter*

En este caso, el rubricado contrato interadministrativo CIA-208 de 2011 tenía como propósito que la E.S.E. ejecutara los componentes de (i) promoción de los derechos sexuales y reproductivos; (ii) círculos de calidad de vida; (iii) control de vectores, y (iv) promoción de la prevención en unidades de trabajo del proyecto denominado *“fortalecimiento de la gestión social de la salud desde los ámbitos de vida cotidiana”*, el cual hacía parte del plan de desarrollo del ente contratante. En otros términos, no se pretendía que el Fondo de Desarrollo Local y el hospital aunaran esfuerzos en el cumplimiento de las funciones a su cargo, sino que la E.S.E. debía ejecutar el proyecto enunciado mediante *“[...] la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y de buena calidad”* (parte final de la cláusula del objeto).

Aunque en la minuta del contrato no se describieron las actividades que se desprendían de cada uno de los componentes, de la lectura de la propuesta presentada por el hospital (fls. 32 – 56, c3) y de los contratos 064 (fls. 37 – 46, c2) y 065 de 2012 (fls. 47 – 63, c2) -subcontratos mediante los cuales el Hospital de Kennedy buscó cumplir con las prestaciones a su cargo- se puede colegir que el contenido obligacional del contrato implicaba la realización de capacitaciones, talleres

y sesiones pedagógicas; la desratización y control de vectores en la localidad; el diseño e implementación de planes de mejoramiento con los beneficiarios de los proyectos; la entrega de kits; la realización de lavados auditivos; la realización de valoraciones optométricas; el suministro de prótesis dentales, audífonos y ayudas visuales; el suministro de métodos anticonceptivos y, en general, una serie de servicios en cabeza del hospital, los cuales serían retribuidos mediante el pago de un valor a cargo del Fondo de Desarrollo Local⁸.

patrimonial que, en definitiva, incide sobre los derechos subjetivos de las partes, a diferencia de los convenios interadministrativos que, como se puntualizará más adelante, son acuerdos que permite la autonomía de la voluntad celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estatales) y que no involucran una relación comercial fundada en un carácter patrimonial ni tampoco una contraposición de intereses” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de diciembre de 2016, C.P.: Álvaro Namén Vargas. Rad.: 11001-03-06-000-2016-00129-00 (2.308)).

Por su parte, esta Subsección ha explicado: *“De acuerdo con lo anterior, los convenios interadministrativos se diferencian de los contratos interadministrativos en tanto los primeros buscan aunar esfuerzos para la materialización de los intereses comunes o ejecución de funciones complementarias con una misma finalidad, mientras que los segundos se caracterizan por la prestación de un servicio específico, la ejecución de una obra o el suministro o dotación de un bien, o la realización de una actividad determinada por parte de una entidad pública, que bien podría llevar a cabo un particular”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 23 de abril de 2021, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 85001-23-31-000-2011-00154-01 (49.148)).

⁸ Si bien, inicialmente, en la propuesta presentada por la E.S.E. se estableció que aquella cofinanciaría el proyecto por un valor igual a \$51'101.307, tal situación no se extendió al contrato, que no contempló una erogación o aporte económico por parte del hospital. Sumado a ello, en el acta de inicio (fl. 36, c2) se aclaró que no fueron incluidos aportes por concepto de cofinanciación. Esta situación refuerza la conclusión de que el negocio objeto de análisis es un contrato, mas no un convenio, puesto que el hospital prestaría un servicio, bajo la promesa de recibir una contraprestación económica, sin que se

De este modo, para la Sala es claro que el negocio jurídico identificado con el número CIA-208 de 2011 es un verdadero contrato interadministrativo, en el que convergen intereses contrapuestos, siendo palpable la relación conmutativa que existía entre el fondo y el hospital. A pesar de que ambas entidades son públicas, en el presente asunto el papel de la E.S.E. era asimilable al de cualquier otro contratista del Estado.

-Ahora bien, para determinar el régimen jurídico del contrato CIA-208 del 26 de diciembre de 2011, es necesario recordar que, diferente a los convenios interadministrativos, que deben autorregularse por sus propias estipulaciones -que son el producto de la autonomía de la voluntad-, los contratos interadministrativos, cuando la entidad contratante se somete a la Ley 80 de 1993, están regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con independencia de que la entidad ejecutora cuente con un régimen exceptuado -sea este el derecho privado o uno especial-.

La celebración de los contratos interadministrativos está prevista como una de las causales de contratación directa. En efecto, el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, modificado por la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, establece:

ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del

contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: [...]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: [...]

c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011> Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo.

<Inciso modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011> En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de

hiciera evidente la sumatoria de esfuerzos orientados, esencialmente, al cumplimiento de una finalidad de interés público.

la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales; [...]

Dado que el objeto del contrato CIA-208 se relaciona con las actividades a cargo del Hospital de Kennedy⁹, es claro que los contratos que este celebrara con el fin de cumplir las prestaciones a su cargo estaban sometidos a su manual interno de contratación. Sin embargo, la previsión legal en comento solo cubre las labores que el ejecutor deba desarrollar en cumplimiento de sus obligaciones, sin que la relación jurídica que surge con la celebración del contrato interadministrativo pueda extraerse del Estatuto General de Contratación.

En casos como el de la referencia, el régimen propio del contrato interadministrativo se debe definir desde la perspectiva de la entidad contratante -que está obligada a observar los principios y las reglas establecidos en el Estatuto General de Contratación Pública-, y no desde la perspectiva de quienes voluntariamente actúan como contratistas del Estado, ya sean estos particulares o, incluso, otras entidades públicas

sujetas a regímenes de derecho privado¹⁰.

⁹ El Acuerdo No. 089 del 14 de julio de 1998 (fls. 95 – 100, c3), por medio del cual se expide el estatuto del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., dispone, en el artículo 4, que el objeto del hospital es “[...] la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, en desarrollo de este objeto, adelantará acciones y servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud, los cuales deberá dirigir prioritariamente a la población pobre y vulnerable” (fl. 100, c3).

¹⁰ La Sala de Consulta y Servicio Civil expresó: “El hecho de que el contratista sea una entidad estatal y que por la calidad de las partes el contrato sea interadministrativo, en manera alguna puede cambiar la naturaleza, objeto y finalidad de la relación jurídica patrimonial celebrada para, entre otros fines, la construcción o concesión de una obra pública, suministro de bienes o prestación de servicios requeridos por la Administración contratante con el objeto de cumplir con las funciones o competencias constitucional o legalmente asignadas. De esta manera se estará al frente de un contrato interadministrativo de obra pública, concesión o suministro, entre otros, que se sujetará a la regulación que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública trae para estos, en condiciones similares a las de una relación entre la Administración y un contratista particular como colaborador de ella” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de diciembre de 2016, C.P.: Álvaro Namén Vargas. Rad.: 11001-03-06-000-2016-00129-00 (2.308)).

Finalmente, no sobra señalar que las partes, al estructurar el clausulado contractual, definieron que el régimen del contrato interadministrativo sería el previsto en la Ley 80 de 1993, junto con sus modificaciones y decretos reglamentarios¹¹.

4. Ejercicio oportuno de la acción:

La caducidad es la consecuencia jurídica prevista en la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda, pudiendo ser declarada, incluso, de oficio.

En este proceso, la parte demandante acumuló dos tipos de pretensiones: la de nulidad de los actos administrativos que declararon el incumplimiento del contrato e hicieron efectiva la cláusula penal y la de incumplimiento a cargo del Fondo de Desarrollo Local. En tanto ambas pretensiones abarcan presupuestos procesales diferentes, es necesario que la Sala compute el término de caducidad de cada una de manera independiente.

4.1 Caducidad de la pretensión de nulidad:

El literal j) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A. prescribe:

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: [...]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...]

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente [...].

¹¹ La cláusula decimoquinta prescribía: “Este Contrato se rige por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 2474 de 2008 y a falta de regulación expresa por las normas de los Códigos de Comercio y Civil de Colombiano (sic). Las eventuales controversias que surjan las conocerá la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previamente las partes podrán hacer uso de las mecanismos (sic) alternativos de solución de controversias como la conciliación o la amigable composición” (fls. 33, reverso – 34, c2).

La Resolución No. 273 del 21 de agosto de 2013 (fls. 87 – 98, c2), por medio de la cual se declaró el incumplimiento definitivo del contrato interadministrativo CIA-208 de 2011 y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria, fue confirmada por medio de la Resolución 320 del 30 de agosto siguiente (fls. 110 – 118, c2). Dichos actos administrativos quedaron en firme a partir del 2 de septiembre de 2013, tal como obra en la constancia expedida por el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy (fl. 688, c3).

Por lo tanto, el término de caducidad para la pretensión de nulidad de los actos contractuales comenzó a correr el 3 de septiembre de 2013, hasta el 3 de septiembre de 2015. Como la demanda se presentó el 19 de mayo de 2014, se colige que la misma fue oportuna.

4.2 Caducidad de la pretensión de incumplimiento:

La parte actora solicitó, además, que se declarara el incumplimiento del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy. Para determinar si esta pretensión se formuló de manera oportuna, es necesario establecer si el contrato CIA-208 de 2011 debía liquidarse, pues en aquellos contratos que deban ser liquidados, dicho acto se constituye en un hito para determinar el momento en que inicia el conteo del término para acudir ante la jurisdicción.

De acuerdo con lo establecido por la ley, los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación, la cual deberá llevarse a cabo de común acuerdo entre las partes dentro del término fijado para ello o, en su defecto, antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del plazo o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. De no ser esto posible, porque el contratista no se presenta a la liquidación

o porque las partes no llegan a un acuerdo sobre su contenido, será practicada directa y unilateralmente por la entidad contratante, mediante acto administrativo motivado.

La liquidación del contrato es un corte de cuentas final, que se lleva a cabo para determinar el resultado económico definitivo de la ejecución contractual, establecer el grado de cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes, y definir quién le debe a quién y cuánto. Todo ello, con el fin de que los cocontratantes puedan declararse a paz y salvo, extinguiendo -de manera definitiva- la relación contractual.

Si bien en el contrato CIA-208 de 2011 no se incluyó una cláusula de liquidación, al definir la forma de pago (cláusula cuarta), se determinó que el último pago -del 10%- se condicionaría a la existencia del acta de liquidación. De este modo, es evidente que la voluntad de las partes se orientó a establecer que el presente acuerdo negocial sería objeto del trámite de la liquidación. No obstante, no puede olvidarse que el contrato CIA-208 se sujetó a la Ley 80 de 1993, por lo que, al ser de tracto sucesivo, la obligación de liquidarlo operaba por ministerio de la ley.

Así, es innegable que, ante la ausencia de un acuerdo que definiera el término para la liquidación bilateral, dicho trámite debía surtirse durante los cuatro meses siguientes, contados desde el vencimiento del plazo -20 de noviembre de 2012-.

Ahora bien, es necesario precisar si este contrato podía liquidarse unilateralmente. La respuesta a este interrogante es afirmativa, dado que, por ministerio legal, todo contrato de tracto sucesivo sometido a las prescripciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como el contrato interadministrativo CIA-208 de 2011, está en la obligación de liquidarse, para lo cual la entidad pública contratante podrá recurrir a la liquidación unilateral, en los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 -en caso de que no se logre la liquidación de mutuo acuerdo-. Sobre este asunto, la Sala ha indicado:

En el orden expuesto, la Sala concluye que la entidad estatal que fungió como contratante, en este caso el Ministerio de la Protección Social, se encontraba facultada para liquidar unilateralmente el convenio interadministrativo No. 205 de 2006 [en la providencia citada se concluye que este era, en verdad, un contrato], no solo por las razones advertidas relativas a la falta de correspondencia de esa decisión con una potestad excepcional, como también por tratarse de una regla general que rige los contratos estatales de tracto sucesivo, frente a la cual, valga anotar, no opera una excepción legal que en este evento la restrinja.

Al respecto, no puede perderse de vista que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en consonancia con lo consagrado en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, se tiene que los contratos de tracto sucesivo, como el sometido a examen, serán objeto de liquidación de mutuo acuerdo o de forma unilateral, a falta de aquella, de tal suerte que al no existir para el caso concreto una excepción que convalide la ausencia de esta última facultad en cabeza de la Administración para proceder en esa dirección, propio es concluir que debe atenderse a la regla general que viabiliza su ejercicio.

Considera la Sala que no sobra aclarar que lo dicho en torno a la facultad del Ministerio de la Protección Social para dictar el acto de liquidación unilateral del contrato No. 205 de 2006 no podría hacerse extensivo al Instituto Nacional de Salud para, a partir de las mismas conclusiones, dotarla de esa competencia.

Ello es así por cuanto dicha facultad se halla reservada a la entidad estatal que hubiera desempeñado el rol de contratante en el vínculo negocial, esto es, a

aquella que hubiera demandado de otro la prestación de un servicio para el cumplimiento de su cometido misional, condición que en este caso ostentó el ente ministerial y no el Instituto, en la medida en que la motivación para su celebración por parte del Ministerio estribó en que, en cumplimiento de las competencias asignadas por la Ley 715 de 2001 y el Decreto 205 de 2003, requería desarrollar la capacidad técnica, operativa y logística para el fortalecimiento en la vigilancia de los alimentos y del componente del laboratorio que diera soporte a las acciones de vigilancia en salud pública y control sanitario¹².

En un fallo más reciente, la Subsección A aseveró:

De acuerdo con lo anterior, además de no ser una exorbitancia, frente a la imposibilidad de llevar a cabo una liquidación de común acuerdo con su contratista, la realización de la liquidación unilateral, en sede de contratos interadministrativos de tracto sucesivo, es una obligación de las entidades públicas que, de conformidad con lo dispuesto por el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, debe efectuarse dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo acordado por las partes para la liquidación bilateral o, en su defecto, a los 4 meses establecidos por la ley -art. 60, Ley 80 de 1993- para la misma. Motivo por el cual, vencidos esos dos meses, se puede predicar el incumplimiento de la obligación de liquidar, y empezará a correr el término de caducidad de la acción, tal y como lo dispone la referida norma procesal¹³.

Bajo estos términos, es claro que el contrato CIA-208 de 2011 debía liquidarse, en principio, bilateralmente, y si ese acuerdo no se lograba, el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy gozaba de competencia para hacerlo en forma unilateral, mediante acto administrativo. A pesar de ello, del material probatorio obrante en el proceso, se colige que el contrato no se liquidó, por lo que la regla de caducidad aplicable para la pretensión de incumplimiento debe ser la del ordinal v) del literal j) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011¹⁴, esto es, aquella que define la caducidad para los contratos que, debiendo ser liquidados -de común acuerdo o unilateralmente-, no lo son.

El contrato CIA-208 de 2011 contemplaba un plazo de 8 meses, contados desde el acta de inicio, la cual fue suscrita el 20 de marzo de 2012 (fl. 36, c2). Por lo mismo, la vigencia del negocio jurídico se extendió hasta el 20 de noviembre de 2012. A partir del día siguiente, inició el término de la liquidación bilateral, el cual culminó el 21 de

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 25 de octubre de 2019, C.P.: MartaNubia Velásquez Rico. Rad.: 25000-23-26-000-2011-01002-01 (60.304).

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 23 de abril de 2021, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 85001-23-31-000-2011-00154-01 (49.148).

¹⁴ Esta norma dispone: "En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así: [...] v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del

vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga; [...].”

marzo de 2013. Como este acuerdo no se surtió, el plazo de la liquidación unilateral transcurrió hasta el 22 de mayo de 2013. Desde el 23 de mayo de ese año, y hasta el 23 de mayo de 2015, corrió el término de caducidad de la acción para la pretensión de incumplimiento. Como la demanda se instauró el 19 de mayo de 2014, se concluye que el medio de control fue oportuno.

Al margen de todo lo anterior, se aclara que la E.S.E. demandante presentó la solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público el día 31 de octubre de 2013. Dicha diligencia se adelantó el 25 de febrero de 2014, siendo declarada fallida, tal y como obra en la constancia de esta última fecha (CD que se anexa junto con la demanda).

5. Hechos probados y material probatorio relevante¹⁵:

En el *sub-lite* se aportó el siguiente material probatorio, que resulta relevante para el estudio del caso. Dada la gran cantidad de documentos que reposan en el expediente, solo se hará referencia a aquellos que contribuyen a la solución del litigio.

5.1 En el plenario obra el estudio previo (fls. 24 – 28, c3) y el acto administrativo de justificación -Resolución 256 del 23 de diciembre de 2011- (fls. 29 – 31, c3) del proceso contractual objeto de debate. En el primero de estos documentos se indicó que la E.S.E., como cabeza de la red local de atención en salud, tenía la suficiente idoneidad y experiencia para desarrollar los proyectos en salud contemplados en el plan de desarrollo local.

5.2 El alcalde local de Kennedy profirió la Resolución 259 del 26 de diciembre de 2011 (fls. 113 – 115, c3), por medio de la cual se adjudicó el contrato al Hospital Occidente de Kennedy III Nivel.

5.3 El Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. y el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy suscribieron el contrato interadministrativo No. CIA 208 – 2011 del 26 de diciembre de ese año (fls. 30 – 34, c2), el cual tenía por objeto: “Desarrollar los

¹⁵ Se aclara que el cuaderno 3 tiene dos tipos de foliatura, uno con lápiz y el otro con lapicero. El primero de ellos, si bien empieza con el número uno, salta de un número a otro, con la ausencia de varios folios. El segundo, por su parte, aunque es lineal, empieza con el folio 24. Para efectos de la citación en esta providencia, se tuvo en cuenta la foliatura con lapicero.

Sumado a ello, en el expediente reposan diferentes actas de reunión elaboradas a mano, de las cuales algunas son ilegibles, bien sea por la calidad de la copia o por la letra de quien escribió el documento.

componentes promoción de los derechos sexuales y reproductivos en los habitantes de la localidad; promoción de los círculos de calidad de vida; control de vectores en zonas públicas de la localidad; y promover la prevención en unidades de trabajo de la localidad del proyecto no. 15 ‘fortalecimiento de la gestión social de la salud desde los ámbitos de vida cotidiana’, del sector salud incluidos en el plan de desarrollo, con el objeto de mejorar la calidad de vida de la población de la localidad de Kennedy, a través de la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y de buena calidad mediante el desarrollo de los proyectos” (cláusula primera).

El numeral 1) de la cláusula segunda definía las obligaciones a cargo del hospital, entre ellas, ejecutar, de acuerdo con las condiciones, metas y parámetros establecidos en el plan de desarrollo de la localidad, los componentes previamente enunciados en el objeto¹⁶. Sumado a ello, debía:

[...] E) Informar las acciones realizadas como parte de la ejecución del contrato. F) Coordinar las acciones con la Dirección de Salud Pública, con el fin de intervenir la población objeto. G) Proporcionar los insumos necesarios para la correcta y eficiente ejecución de cada componente. H) Las demás que se generen de acuerdo a la naturaleza del presente contrato de común acuerdo entre las partes y bajo la normatividad vigente. I) Entregar los informes necesarios a los entes de control que lo solicite al igual que a la interventoría del contrato y al FONDO en caso de ser requerido. J) Acatar las instrucciones impartidas por el Supervisor del Contrato o por la interventoría y proporcionarle toda la información necesaria para que ejecute su labor. K) Mantener vigente la garantía constituida durante el tiempo de ejecución del contrato y hasta su liquidación; en caso de requerirse. M). (sic) Presentar los informes parciales que deberán contener la información referente al desarrollo del objeto contratado. N) (sic) Presentar, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo, un informe final que deberá contener la síntesis de todos los informes parciales, además de la evaluación del contrato como parte del proyecto de inversión, en cuanto al logro de las metas y objetivos perseguidos dentro de este último, así como las recomendaciones para la continuidad del proyecto y L) (sic) Las demás que se asignen por el Alcalde Local y sean inherentes al objeto [...] (fl. 32, c2).

El valor del contrato, conforme a la cláusula tercera, ascendía a \$712'500.000¹⁷ y su plazo era de 8 meses, contados desde la firma del acta de inicio. La cláusula séptima

¹⁶ Se aclara que, en efecto, los literales A) a D) de las obligaciones del hospital disponían “Ejecutar de acuerdo a las condiciones, metas, parámetros, establecidos en el plan de desarrollo de la Localidad el componente [...]”, enunciando a continuación cada uno de los proyectos descritos en el objeto.

¹⁷ La cláusula cuarta establecía la forma de pago, así: “El Fondo de Desarrollo Local pagará el valor del contrato de la siguiente manera: a.- El 40% del valor total del contrato Cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato EL FONDO DE DESARROLLO LOCAL girara (sic) el valor del presente contrato de la siguiente manera: a) el cuarenta por ciento (40%) del valor del contrato a título de pago anticipado, previa presentación del plan de trabajo y cronograma de actividades aprobado por la Interventoría y suscripción del acta de inicio. B) Un segundo pago por valor del 30% del valor total del contrato contra entrega de Informe de actividades desarrolladas con corte a la finalización del tercer mes de ejecución del contrato, con un porcentaje de ejecución equivalente al treinta por ciento (30%), informe financiero de los recursos ejecutados a la fecha y certificación a satisfacción expedido por la Interventoría del contrato y certificación expedida por el Revisor Fiscal y/o Representante Legal

disponía que la E.S.E. solo podía subcontratar todo aquello que no implicara la ejecución de la totalidad del objeto del contrato, para lo cual requería autorización

previa y escrita del Fondo. De igual modo, este último podía ordenar la terminación del subcontrato en cualquier tiempo, sin que el subcontratista tuviera derecho a reclamar indemnización de perjuicios.

La cláusula decimosegunda contenía la cláusula penal, en los siguientes términos: *“Si se llegare a suceder el evento de incumplimiento total de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, deberá pagar a título de cláusula penal pecuniaria, la parte que incumplió, el valor correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, los que se podrán cobrar, previo requerimiento, con base en el presente documento, el cual prestará mérito ejecutivo”* (fl. 33, reverso, c2).

5.4 El acta de inicio del contrato fue suscrita el 20 de marzo de 2012, estableciendo que, desde ese día, iniciaba el término de ejecución (fl. 36, c2).

5.5 En documento del 15 de febrero de 2012 (fl. 119, c2), el gerente del Hospital Occidente de Kennedy le solicitó al Fondo de Desarrollo Local que se citara a comité técnico, con el fin de evaluar y aprobar la subcontratación de algunas actividades del contrato, por cuanto *“[...] el Hospital no cuenta con suficiente personal de Planta, capacidad instalada y la logística necesaria para ejecutar las actividades que se sustentarán en dicho Comité”*.

El 8 de marzo de 2012, el alcalde local de Kennedy emitió un oficio (fl. 35, c2), por medio del cual autorizó la subcontratación del contrato CIA-208-2011, aclarando que: (i) la E.S.E. no podía subcontratar la totalidad del valor; (ii) la gerencia y la

acreditando los pagos de aportes al sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensiones y A.R.P) y de aportes parafiscales (SENA, ICBF y Caja de Compensación Familiar) de sus empleados. c) Un tercer pago equivalente al 20% del valor total del contrato contra entrega Informe de actividades desarrolladas con corte a la finalización del sexto mes de ejecución del contrato, con un porcentaje de ejecución equivalente al sesenta por ciento (60%), informe financiero de los recursos ejecutados a la fecha, certificación a satisfacción expedido por el supervisor del contrato y certificación expedida por el Revisor Fiscal y/o Representante Legal acreditando los pagos de aportes al sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensiones y A.R.P) y aportes parafiscales (SENA, ICBF y Caja de Compensación Familiar) de sus empleados. d) Un pago final equivalente al 10% del valor total del contrato contra acta de liquidación e Informe final de Actividades que resuma el cumplimiento del objeto, los productos y obligaciones pactadas en su totalidad, informe financiero de la inversión total de los recursos, acompañado de certificación a satisfacción expedido por el interventor del contrato, además de la evaluación del contrato como parte del proyecto de inversión, en cuanto al logro de las metas y objetivos perseguidos dentro de este último, así como las recomendaciones para la continuidad del proyecto y certificación expedida por el Revisor Fiscal y/o Representante Legal acreditando los pagos de aportes al sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensiones y A.R.P) y de aportes parafiscales (SENA, ICBF y Caja de Compensación Familiar) de sus empleados dentro de los 30 días de iniciada la ejecución del objeto, previo concepto favorable de la Supervisión” (fls. 32, reverso – 33, c2).

administración de cada uno de los proyectos serían responsabilidad única y exclusiva del hospital, sin que los subcontratistas pudieran tener a su cargo dicha obligación, y (iii) el Fondo podía ordenar la terminación de los subcontratos en cualquier tiempo, sin que el subcontratista tuviera derecho a reclamaciones por este asunto.

5.6 El 30 de marzo de 2012, la E.S.E. y la Fundación Valparaíso suscribieron el contrato 064-12 (fls. 37 – 46, c2), que tenía por objeto la *“Prestación del servicio de implementación de acciones de promoción y prevención para el desarrollo del proyecto No.15-2010: Fortalecimiento de la gestión social de la salud desde los ámbitos de vida cotidiana. Componente: promoción de una cultura de prevención en el ámbito laboral de la localidad de Kennedy y fortalecimiento de la gestión social de la salud [...] desde los ámbitos de vida cotidiana. Componente: promoción de la salud y prevención de la enfermedad crónica no transmisible en adultos y personas mayores de la localidad de Kennedy. Subcomponente: Hábitos saludables de vida – Autocuidado. De conformidad con el convenio interadministrativo No. CIA 208 – 2011 suscrito con el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy, como se detalla a continuación: [...]”* (fl. 37, reverso, c2).

De las actividades que debía desarrollar el subcontratista, se destacan: el diseño e implementación del plan de mejoramiento de las condiciones del entorno laboral de las unidades de trabajo informal; la realización de sesiones informativas en materia de envejecimiento autónomo, envejecimiento saludable (subtemas: promoción del autocuidado integral, patrones en hábitos y alimentación saludable), envejecimiento protegido y envejecimiento productivo, y la entrega de kits.

El valor de este contrato ascendió a \$180'500.000, y su plazo era de 6 meses.

Entre las obligaciones de la Fundación Valparaíso, estaban: (i) cumplir con el contrato CIA-208-2011, teniendo en cuenta los lineamientos y parámetros de ese negocio jurídico; (ii) asistir a las reuniones convocadas por la interventoría del contrato interadministrativo, con el fin de revisar el estado de ejecución del mismo; (iii) aplicar y acatar las obligaciones y recomendaciones de la interventoría, y desarrollar el respectivo plan de ajuste, cuando fuere necesario¹⁸.

¹⁸ El párrafo de la cláusula cuarta decía: *“El Contratista deberá presentar todas las hojas de vida del equipo con certificaciones y de acuerdo a los perfiles solicitados para el aval de la Oficina de Planeación de la Empresa y el aval de la interventora contratada por el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy”* (fl. 44, reverso, c2).

5.7 El Hospital Occidente de Kennedy y la Asociación de Servicios Profesionales ASEPROF suscribieron el contrato 065 del 30 de marzo de 2012 (fls. 47 – 63, c2), cuyo objeto fue la *“Prestación de Servicios la prestación del servicio (sic) de implementación de acciones de promoción y prevención para el desarrollo del proyecto no. 15 – 2010 fortalecimiento de la gestión social de la salud desde los ámbitos de vida cotidiana como son: promoción de la salud y prevención de la enfermedad crónica no transmisible en adultos y personas mayores de la localidad de Kennedy.*

Subcomponente: salud oral, visual y auditiva, desarrollar un programa para el control integral de vectores y roedores en la localidad de Kennedy y promoción de la salud sexual y reproductiva en los habitantes de la localidad de Kennedy. De conformidad con el contrato interadministrativo no. cia 208 – 2011 suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy y el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel ESE, como se detalla a continuación: [...]” (fls. 47, reverso – 48, c2).

Las tareas a cargo de ASEPROF implicaban, entre otras cuestiones: la realización de valoraciones optométricas, tamizajes y lavados auditivos, y tamizajes de inscripción por parte de un odontólogo y un higienista; el desarrollo de talleres de promoción para la salud visual, auditiva y oral; la entrega de ayudas ópticas, ayudas auditivas y prótesis dentales, con su posterior seguimiento de control; la entrega de kits, y la realización de valoraciones médicas, previo a la inserción de métodos de planificación -implantes subdérmicos-.

El valor del contrato fue igual a \$496'375.000 y su plazo fue de 6 meses.

La cláusula cuarta determinaba las obligaciones de la asociación, así: *“EL CONTRATISTA se compromete a realizar todas aquellas actividades incluidas en la invitación HOK-SA-029-2.012, de conformidad con el contrato interadministrativo No. CIA 208 – 2011 y la solicitud del contrato la cual forman parte integral del presente documento”* (fl. 61, reverso, c2). El párrafo tercero de esta cláusula indicaba, además, que: *“El CONTRATISTA deberá prestar el servicio con la persona o personas idóneas en la materia, es decir, con profesionales debidamente especializados en la materia y demás personal profesional propuesto”* (fl. 61, reverso, c2). Finalmente, el párrafo cuarto precisaba: *“El contratista se compromete a allegar al Supervisor del contrato las hojas de vida del personal con el cual prestará los servicios, con los respectivos documentos que acreditan la idoneidad de los profesionales y requisitos exigidos por habilitación”* (fls. 61, reverso – 62, c2).

5.8 A través del oficio CID-FDLK-002-03-12 del 16 de abril de 2012, el interventor le comunicó al gerente de la E.S.E. el denominado primer riesgo de incumplimiento (fls. 212 – 213, c3)¹⁹, solicitándole dar inicio inmediato a las actividades, al tiempo que alertaba respecto al riesgo de incumplimiento que se estaba presentando. Por tal situación, el interventor le requirió al hospital el plan de mejoramiento de cada componente -con el fin de evidenciar las estrategias, recursos y responsables de las actividades, garantizando el cumplimiento de las metas contratadas en el plazo preestablecido-; el estudio de tiempos y movimientos; el cronograma administrativo y financiero, y la designación de un profesional que realizara la coordinación del contrato.

5.9 El 7 de junio de 2012, mediante documento CID-FDLK-002-012-12 (fls. 358 – 359, c3), el interventor le envió al gerente del hospital el segundo riesgo de incumplimiento. Como fundamento de esta situación, argumentó:

[...] 2. A la fecha han transcurrido 2 meses de ejecución del plazo contractual, sin que el hospital haya iniciado las actividades operativas directas con la población beneficiaria del proyecto.

3. No se cuenta con el Talento Humano requerido para el inicio de actividades, pese a que se cuenta con concepto favorable de algunos de los perfiles presentados por el Hospital.

Por lo anterior, solicitó el plan de mejoramiento, el estudio de tiempos y movimientos y la proyección físico financiera de cada uno de los componentes. Además, aclaró que, de no evidenciarse un avance significativo en la ejecución del contrato, podría recomendar la imposición de una multa y que, de requerirse una prórroga, se conceptuaría como no favorable.

5.10 En oficio del 20 de junio de 2012 (fls. 123 – 139, c2), el gerente de la E.S.E. le manifestó al interventor su interés por ejecutar los proyectos objeto del contrato, dentro de los tiempos establecidos y conservando la calidad y oportunidad requerida. Para el efecto, aportó los planes de mejoramiento, las proyecciones físico financieras y los estudios de tiempo y movimiento de los componentes de promoción de la salud sexual, control de vectores y cultura de prevención en el ámbito laboral -aclaró que el

¹⁹ Previamente, el 30 de marzo de 2012, el interventor había remitido al gerente de la E.S.E. el oficio CID-FDLK-002-02-12 (fls. 274 – 275, c3), por medio del cual requería conocer los documentos de vinculación laboral del equipo de trabajo o la autorización del Fondo que habilitaba la subcontratación. Asimismo, solicitaba iniciar urgentemente la etapa de ejecución, con el fin de cumplir las obligaciones contractuales.

componente de círculos de calidad de vida dependía de que la alcaldía entregara el proyecto viabilizado-.

5.11 El 28 de junio de 2012, la E.S.E. le envió a la Secretaría de Salud un oficio por medio del cual consultaba si los subcomponentes de SOVA y de hábitos saludables de vida – autocuidado pertenecían al componente de promoción de los círculos de calidad de vida (fls. 140 – 141, c2).

El subsecretario de salud de Bogotá respondió la anterior petición (fls. 144 – 145, c2), emitiendo concepto técnico favorable, en relación con la conexidad que existía entre el componente de círculos de calidad de vida y los subcomponentes de SOVA y hábitos saludables de vida. Este concepto fue enviado por la E.S.E. a la alcaldía local mediante oficio del 19 de julio de 2012 (fl. 155, c2).

5.12 El 17 de octubre de 2012, el gerente de la E.S.E. le solicitó al alcalde local de Kennedy la suspensión del contrato CIA-208 (fls. 237 – 238, c3), dado que era necesario requerir a los subcontratistas el cumplimiento del Decreto 1011 de 2006, relacionado con la habilitación para el ejercicio de las actividades contratadas -asunto que no fue considerado en las mesas de trabajo inicialmente-. También se indicó: *“La entidad suscrita procedió de manera unilateral a suspender los contratos celebrados con los operadores a partir del 09 de octubre y hasta el 09 de noviembre de 2012, sin perjuicio de reanudar las actividades por mutuo acuerdo entre las partes. Dicha suspensión se realizó con el fin de dirimir el conflicto originado con esta solicitud, requiriendo de la firma interventora y de la Secretaría de Salud, parámetros claros para exigir el cumplimiento de este requisito a los subcontratistas”*. Tal solicitud se reiteró el 7 de noviembre de 2012 (fl. 303, c3).

La alcaldía local le pidió al hospital que ampliara la justificación de la solicitud y aclarara el tiempo de la suspensión (fl. 296, c3). Para el efecto, la E.S.E. le remitió a la alcaldía local una comunicación con fecha del 15 de noviembre de 2012 (fls. 297 – 302, c3). En ella, manifestó que era necesario suspender el contrato hasta el mes de febrero de 2013 y, además, se requería prorrogar el plazo por 5 meses.

La alcaldía local de Kennedy se negó a la anterior solicitud, mediante oficio con radicado 20120820273611 del 13 de diciembre de 2012 (fls. 401 – 405, c3). Lo anterior, en tanto consideró que el hospital no justificó adecuadamente las razones por las cuales no pudo ejecutar las obligaciones a su cargo.

5.13 En oficio con radicado CID-FDLK-002-027-12 del 2 de noviembre de 2012 (CD sin folio que se anexa junto con la demanda y fl. 276, c3), la interventoría le señaló al gerente de la E.S.E. que los objetos sociales de los subcontratistas no contemplaban la realización de actividades del sector salud y que el personal empleado para la realización de las actividades había sido vinculado a través de la Fundación Valparaíso y de ASEPROF, mas no del hospital, por lo que no podían avalarse para pago ninguna de las actividades adelantadas hasta ese momento.

5.14 A través de documento con radicado CID-FDLK-002-028-12 del 6 de noviembre de 2012 (CD sin folio que se anexa junto con la demanda y fls. 354 – 357, c3), el director de proyectos de la interventoría le recomendó al alcalde local de Kennedy la aplicación de la cláusula penal, en atención al incumplimiento del hospital contratista. En tal oficio, se lee:

En tal sentido, tal como se ha señalado en el presente oficio, las decisiones administrativas asumidas por el Hospital durante la ejecución del contrato interadministrativo No. 208 de 2011 han hecho que a contados días de finalización

del plazo contractual no sea posible certificar la ejecución de actividades pues al contratar a la Fundación Valparaíso y ASEPROF sin que estos contaran con la competencia legal para la ejecución de acciones de promoción y prevención de la salud, imposibilita a la Interventoría la certificación de las mismas.

Por todo lo anterior se concluye que no será posible cumplir el objeto contractual establecido en el Contrato Interadministrativo 208 de 2011 pese a las expectativas generadas en la población a la cual se dirigían las acciones contratadas. En este orden de ideas, el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia, recomienda al Fondo de Desarrollo de Kennedy la aplicación de la “Cláusula Décima Segunda: Cláusula Penal Pecuniaria: [...]”.

5.15 Mediante documento con radicado CID-FDLK-100-0181-13 del 19 de abril de 2013 (fl. 67, reverso, c2), el director de proyectos de interventoría de la Universidad Nacional le remitió al alcalde local de Kennedy el informe por medio del cual consignó el presunto incumplimiento de la E.S.E.

En este documento, con fecha de corte del 12 de noviembre de 2012 (fls. 68 – 73, c2), se precisó que, pese a los constantes requerimientos de la interventoría, orientados a obtener los documentos relacionados con la subcontratación, la E.S.E. solamente los aportó el 3 de octubre de 2012, habiendo iniciado ya actividades con los proveedores²⁰.

²⁰ El jefe de la oficina de planeación de la E.S.E. le remitió al director de interventoría los documentos que sirvieron como soporte de la subcontratación, a través de una comunicación externa con fecha del 2 de octubre de 2012 (fl. 434, reverso, c3).

Frente al cumplimiento de las obligaciones, señaló que el hospital presentó las hojas de vida de diferentes profesionales para concepto de interventoría. No obstante, todos ellos fueron vinculados al proyecto por intermedio de los subcontratistas, quienes, de acuerdo con su certificado de existencia y representación legal, no incluían en su objeto social la realización de actividades del sector salud. Por lo mismo, las labores que se habían ejecutado no podían ser certificadas para pago. Además, ni la E.S.E. ni los subcontratistas contaban con habilitación para la realización de actividades de prevención y promoción extramural, lo cual impedía avalar aquellas gestiones que se habían llevado a cabo.

En relación con el componente de promoción de los círculos de calidad de vida, dijo:

Se realizaron reuniones con el Fondo de Desarrollo Local, la UEL Salud, la ESE y la Interventoría para tratar el tema de la realización de actividades de SOVA y CRÓNICOS como acciones propias de CÍRCULOS DE CALIDAD DE VIDA – CVV. La UEL salud, emitió un concepto técnico en el que indica que las actividades previstas en los componentes de salud oral, visual y auditiva y en las referidas a la prevención de enfermedades crónicas están relacionadas con la estrategia de Atención Primaria en Salud (APS), sin embargo, la Interventoría señala que el lineamiento Distrital para APS y en particular para CCV no se orientan a la intervención de carácter asistencial mediante la entrega de ayudas visuales, prótesis dentales y audífonos ni a la promoción de hábitos de vida saludable en

pacientes diagnosticados con enfermedades crónicas, sino a la generación de espacios de participación comunitaria para la construcción colectiva de diagnósticos participativos en salud para abordar a través de acciones de promoción de la salud las problemáticas sociales identificadas por diferentes grupos etarios.

En reunión realizada el 26 de Septiembre de 2012, con la participación de la UEL Salud, el Hospital Occidente de Kennedy, el FDL y la Interventoría se acordó realizar un modificadorio a la Cláusula Segunda literal b del contrato para precisar que se realizaría en el componente de CCV, actividades de SOVA y Crónicos.

A fecha del presente informe la modificación no se concretó (fls. 68, reverso – 69, c2).

De igual modo, reiteró que la E.S.E. no informó de manera oportuna las acciones adelantadas para la ejecución del contrato, en particular, lo referido al proceso de subcontratación, lo cual implicó que se subcontratara a dos proveedores que no eran idóneos.

De las obligaciones a cargo del hospital, la única que el interventor avaló como cumplida fue la prevista en el literal F) del numeral 1) de la cláusula segunda, esto es, *“Coordinar las acciones con la Dirección de Salud Pública, con el fin de intervenir la población objeto”,* dado que *“La ESE estableció contacto con Salud Pública de SDS para acceder a las Fichas Técnicas existentes o contar con la aprobación de las elaboradas por el Hospital para el desarrollo de las actividades previstas en los componentes contratados”* (fl. 69, reverso, c2)²¹.

La obligación de presentar los informes parciales se consideró incumplida parcialmente, por cuanto no se presentaron los informes de julio, agosto, septiembre - pese a que estos tres fueron retroalimentados por la interventoría- y octubre.

Finalmente, la interventoría concluyó que la ejecución técnico financiera del contrato fue igual al 0%, por lo que emitió un concepto desfavorable y recomendó hacer efectiva la cláusula penal.

5.16 En el plenario reposan los certificados de existencia y representación legal de la Asociación de Servicios Profesionales ASEPROF -del 27 de febrero de 2012- (fls. 420 – 422, c3) y de la Fundación Valparaíso -del 24 de febrero de ese año- (fls. 423 – 425, c3). De la lectura de sus objetos sociales, se evidencia que no se incluyó, de manera expresa, la prestación de servicios de salud, ni tampoco el manejo y control de vectores, la capacitación en temas de autocuidado integral, etc.²²

5.17 El alcalde local de Kennedy profirió la Resolución No. 273 del 21 de agosto de 2013 (fls. 87 – 98, c2), por medio de la cual se declaró el incumplimiento definitivo del

contrato CIA-208 de 2011 y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria -por valor de \$142'500.000-. Esta decisión, en esencia, se fundó en el informe de interventoría enunciado con anterioridad. En otros términos, se estimó que no podían avalarse las

²¹ Otra obligación que se estimó cumplida fue la relativa a mantener la vigencia de la garantía.

²² El objeto social de ASEPROF es el siguiente: *“La Asociación de Servicio Profesionales ASEPROF, tendrá por objeto vigilar, diseñar, asesorar, realizar, implementar, ejecutar y desarrollar planes, programas, proyectos, acciones y actividades que contribuyan al desarrollo, promoción y fortalecimiento social, cultural, educativo, nutricional, administrativo, financiero, tecnológico y comunitario de las acciones propias y de las diferentes entidades a nivel territorial, internacional, nacional, departamental, municipal, distrital y local; con el fin de garantizar la efectiva prestación de los servicios a su cargo, la participación y desarrollo social y comunitario, el control social y desarrollo socio económico de los diferentes grupos etareos (sic). Se fomentará la educación, capacitación informal y no formal, nutrición y el empleo, y para tal efecto podrá negociar, recibir, administrar, gestionar y asignar recursos nacionales e internacionales designados a la financiación de planes, programas y proyectos comunitarios en forma independiente o en coordinación con entidades públicas y/o privadas”.*

Por su parte, el objeto social de la Fundación Valparaíso es: *“La Fundación Valparaíso tendrá como objeto formular, promocionar, fomentar, gestionar y ejecutar planes, programas y proyectos de desarrollo social y humano tendientes a mejorar la calidad de vida de las familias de los sectores más deprimidos y vulnerables, en los siguientes aspectos: [...]”.* Dichos aspectos son: nutrición -producir y comercializar alimentos o crear comedores comunitarios-, educación formal y no formal -no se realizarán actividades propias del sistema nacional de educación-, acceso a la justicia -creando centros de conciliación y arbitramento- y acceso al trabajo -creando y promoviendo la formación de microempresas o alguna forma de trabajo asociativo-.

actividades realizadas por los subcontratistas, porque estos no incluían en su objeto social la realización de actividades del sector salud y no se encontraban habilitados.

Se resalta que, durante el desarrollo de la audiencia, la E.S.E. formuló como argumentos de defensa: (i) la falta de competencia funcional del Fondo; (ii) la falta de competencia temporal, y (iii) la comisión de una vía de hecho, sustentando estos descargos en los mismos términos que se plantearon en la demanda²³.

5.18 El hospital interpuso en audiencia -e igual lo aportó por escrito- el recurso de reposición en contra del anterior acto administrativo (fls. 108 – 109, c2), argumentando: (i) la declaratoria unilateral de incumplimiento es un poder exorbitante, y estos, según el artículo 14 de la Ley 80, están proscritos en los contratos interadministrativos -por lo que las cláusulas incluidas en el contrato son ineficaces-; (ii) la posibilidad de terminar el contrato y hacer exigible la cláusula penal solo es posible desde el vencimiento del plazo, y hasta que culmina el término de liquidación, siempre que se haya requerido al contratista para la liquidación bilateral; (iii) el plazo para liquidar y terminar el contrato unilateralmente era de 6 meses, contados desde su vencimiento. Por tanto, no puede acudirse a la liquidación unilateral luego de haberse causado dicho término, y citar a la audiencia de incumplimiento por fuera del mismo deviene en extemporáneo, y (iv) no puede hablarse de un incumplimiento total de la E.S.E., en tanto esta entregó el plan de trabajo y el cronograma de actividades, al tiempo que suscribió el acta de inicio -motivo por el cual se le consignó el pago anticipado-. En otros términos, no puede hacerse efectiva la cláusula penal, porque la misma solo

procedía frente a incumplimientos totales, y en el presente caso es claro que, de no haberse cumplido con algunas obligaciones, no se habría desembolsado el pago anticipado.

5.19 El interventor remitió al alcalde local el oficio CID-FDLK-LIQ-002-003 del 29 de agosto de 2013 (fls. 526 – 528, c3), por medio del cual ratificó el presunto incumplimiento de la E.S.E.

5.20 El alcalde de la localidad de Kennedy expidió la Resolución 320 del 30 de agosto de 2013 (fls. 110 – 118, c2), que confirmó en su totalidad la Resolución 273. En este acto, se reiteró que el Fondo gozaba de competencia para declarar el incumplimiento de la E.S.E., el cual se encontraba sustentado en las diferentes comunicaciones

²³ Los representantes de la E.S.E. entregaron en la audiencia un documento denominado “*Presentación de descargos*”, en el cual se desarrollaron los argumentos que se acaban de enunciar (fls. 85 – 86, c2).

emanadas de la interventoría. Adicionalmente, se indicó que no se le violó el debido proceso al hospital y que este no pudo desvirtuar el incumplimiento de sus obligaciones.

Aseguró que, si bien es cierto que el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 proscribía el uso de los poderes excepcionales en los contratos interadministrativos, en el presente caso no se recurrió a la figura de la caducidad, sino a la declaratoria de incumplimiento -con fundamento en la cláusula decimosegunda del contrato-, que no es un poder excepcional.

Finalmente, aseveró que la entrega del cronograma y del plan de trabajo solo denotaban el cumplimiento de la cláusula cuarta, relacionada con la forma de pago, mas no implicaban un avance técnico, administrativo y financiero del contrato, dado que esto exigía el cumplimiento de las actividades consagradas en el numeral 1) de la cláusula segunda.

6. Problema jurídico:

Teniendo en cuenta los hechos probados y los términos del recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar si el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy profirió las Resoluciones 273 y 320 de 2013 sin contar con la competencia funcional y temporal para hacerlo. Asimismo, debe definir si el ente demandado incurrió en falsa motivación, al declarar el incumplimiento definitivo del contrato CIA-208 de 2011, pese a las actuaciones y gestiones adelantadas por el Hospital Occidente de Kennedy. Finalmente, deberá establecer si el demandado incumplió el contrato, al incluir unilateralmente algunos ítems que no habían sido previstos desde el comienzo y al

incidir en el retraso del inicio de las actividades.

6.1 La ausencia de competencia funcional del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy:

El actor indicó en el recurso de apelación que el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy actuó sin competencia funcional, dado que la declaratoria de incumplimiento es un poder excepcional, y estos, según el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, están proscritos en los contratos interadministrativos.

Desde un inicio, debe descartarse el cargo del hospital, puesto que, tal como lo indicó el tribunal de primer grado y el ente demandado, la posibilidad de declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal no es un poder excepcional, por lo que no aplica la prohibición prevista en el párrafo del precitado artículo 14.

La jurisprudencia de esta Corporación ya ha precisado que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 es taxativo, por lo que solo son poderes excepcionales (i) la terminación unilateral, (ii) la interpretación unilateral, (iii) la modificación unilateral, (iv) el sometimiento a las leyes nacionales, (v) la caducidad y (vi) la reversión. De esta forma, cualquier otra unilateralidad, como la liquidación unilateral o la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento, no constituirá un poder excepcional al derecho común²⁴.

Por otro lado, que este contrato fuera interadministrativo no impedía que la entidad contratante pudiera declarar el incumplimiento unilateralmente, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal, por cuanto dicha potestad se pactó expresamente en el contrato (cláusula decimosegunda) y se fundamentó en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 -que es plenamente aplicable, como ya se vio-²⁵.

Frente al tema enunciado con anterioridad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aseverado:

Lo expuesto hasta el momento permite deducir que las competencias unilaterales de la Administración para imponer las multas, hacer efectiva la cláusula penal y declarar el siniestro del incumplimiento para hacer el cobro de las garantías constituidas a su favor, se ejercen, según el caso, evidenciado un posible incumplimiento de un contrato estatal, incluidos los contratos interadministrativos y frente a cualquier contratista colaborador de la Administración, sin importar si es particular o entidad estatal contratista, a lo cual puede agregarse lo siguiente:

²⁴ La Sala ha sostenido: “Ahora bien, en esta ocasión siguiendo el derrotero trazado en veces precedentes, la Sala considera que la taxatividad de las cláusulas excepcionales agrupadas en el

artículo 14 de la Ley 80 de 1999 (sic), conduce a que su aplicación sea restrictiva y que, en esa virtud, solo se conciban como tales las que allí se enuncian, sin que con ello se pretenda desconocer el carácter de prerrogativas especiales de las demás facultades unilaterales de que se encuentra investida la administración por ministerio de la Ley” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de marzo de 2017, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad.: 25000-23-36-000-2013-00249-01 (50.890)).

²⁵ La Subsección recuerda que, a diferencia de los contratos regidos por el Decreto 222 de 1983, en los contratos sometidos a la Ley 80 de 1993 -entre ellos, los interadministrativos- la inclusión de la cláusula penal en el acuerdo negocial se condiciona a la autonomía de la voluntad -a que sea pactada expresamente-. Y la posibilidad de imponerla y hacerla efectiva en forma unilateral se fundamenta en el artículo 17 de la Ley 1150, el cual prescribe que las entidades públicas contratantes “[...] podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato”.

a. En los contratos en general se encuentra presente el riesgo de cumplimiento, el cual no puede descartarse en los interadministrativos, motivo por el cual las entidades estatales contratantes están en el deber constitucional y legal de prevenir dicho riesgo, a través de diferentes mecanismos preventivos y disuasorios, entre los que se encuentran los previstos en los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007 y el citado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011;

b. Respecto de las multas y cláusula penal, debe recordarse que no operan porque la ley lo exija obligatoriamente (como era el caso del Decreto Ley 222 de 1983), sino que deben ser acordadas por las partes, aspecto cuya necesidad, en virtud de los principios de planeación, transparencia, responsabilidad y precaución, empieza a visualizarse desde el momento mismo de elaboración de los estudios previos que soportan la contratación, por lo que al ser aceptadas por la entidad estatal contratista, será la voluntad coincidente de las partes la fuente del establecimiento de la multa y de la cláusula penal y, una vez pactada, con base en los artículos 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474, la entidad estatal contratante tendrá la competencia para imponerla unilateralmente siguiendo el procedimiento descrito;

c. Procede la declaratoria mediante acto administrativo del incumplimiento, lo cual implicará el acaecimiento del siniestro y, en consecuencia, la entidad estatal contratante podrá cobrar la garantía a la aseguradora, para cuya efectividad (sic) podrá acudir al cobro coactivo.

d. Como se ha explicado, el objeto de los contratos interadministrativos lo constituyen obligaciones de contenido patrimonial, son onerosos y conmutativos, motivo por el cual existe responsabilidad por el incumplimiento del mismo, en los términos que prevea la ley, de tal forma que no resulta de recibo beneficiarse del contrato pero excusarse de las cargas y sanciones por el incumplimiento, alegando su calidad de entidad pública;

e. Además, desde los mismos estudios previos la entidad estatal contratista sabe que su posición contractual es la de contratista colaborador de la Administración, la cual en virtud de sus deberes de control y dirección del contrato actúa en una posición de preeminencia;

f. Dado que los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 establecen una potestad pública que tiene como consecuencia la imposición de sanciones, su interpretación es restrictiva y, por lo mismo, se observa que no distinguen ni consagran excepciones frente al tipo de contrato estatal ni frente a la calidad del contratista. La noción “contrato” corresponde a todo tipo de contratos estatales cuya ejecución se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, incluidos los interadministrativos, y “contratista”, no solo incluye a los particulares, sino a las entidades públicas que voluntariamente han asumido dicha posición contractual²⁶.

Con base en lo expuesto, es evidente que el Fondo de Desarrollo Local de Kennedy gozaba de competencia funcional para declarar el incumplimiento del contrato CIA-208 de 2011, puesto que, además de que esta facultad no hace parte de los poderes excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 -lo cual bastaba para descartar el cargo de

la E.S.E.-, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, incluyeron la cláusula penal ante los posibles y eventuales incumplimientos del contratista, lo cual, con

²⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2016, C.P.: Álvaro Namén Vargas. Rad.: 11001-03-06-000-2015-00102-00 (2.257).

fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150, le permitía al Fondo contratante declarar el incumplimiento unilateralmente.

6.2 La falta de competencia temporal del Fondo de Desarrollo Local:

Si bien la formulación de este cargo es algo confusa, la Sala entiende que el actor estima que la competencia temporal del Fondo de Desarrollo Local se extendía desde la terminación del plazo de ejecución del contrato, y hasta el vencimiento del término de la liquidación. Por lo mismo, si el ente contratante adelantaba el procedimiento administrativo sancionatorio por fuera de esta última etapa, estaría actuando sin competencia *ratione temporis*. Aunado a ello, consideró que solo podía valorarse el plazo de la liquidación bilateral, dado que estaba prohibida la liquidación unilateral, y que el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio se condicionaba a que se citara al contratista a intentar celebrar la liquidación de mutuo acuerdo.

Lo primero que debe aclararse es que, tal y como se planteó al determinar la oportunidad de la acción, el contrato CIA-208 de 2011 podía liquidarse unilateralmente, por lo que el plazo de 6 meses para liquidar el contrato (4 para la liquidación bilateral y 2 para la unilateral) corrió del 21 de noviembre de 2012 al 22 de mayo de 2013. Como el acuerdo negocial no fue liquidado, las partes o el Fondo, según el artículo 11 de la Ley 1150²⁷, podían liquidarlo -de mutuo acuerdo o de manera unilateral- en los dos años siguientes, término que es, en principio, coincidente con el de caducidad del medio de control.

Ahora bien, es cierto que esta Corporación ha precisado que, a diferencia de la declaratoria de caducidad y de la imposición de las multas -que solamente proceden durante la vigencia del contrato-, la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva

²⁷ "Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A. Los contratistas tendrán derecho a efectuar

salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.

la cláusula penal puede surtirse luego del vencimiento del plazo, teniendo como único límite temporal la liquidación. Al respecto, la Sección Tercera explicó:

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. [...]

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 contratista²⁸.

Posteriormente, la Subsección C señaló:

[...] 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 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 vencimiento²⁹.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Rad.: 05001-23-26-000-1992-01369-01 (17.031). También la Subsección B de la Sección Tercera ha dicho: “26.- Esta potestad [la declaratoria de caducidad] no puede asimilarse a la facultad de declarar el incumplimiento del contrato con el exclusivo propósito de hacer efectiva la cláusula penal. Es sobre esta última facultad que la jurisprudencia del Consejo de Estado estimó que su ejercicio era lícito incluso luego de vencido el contrato; y dicha posibilidad fue establecida expresamente en la ley 1150 de 2007” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 3 de agosto de 2020, C.P.: Martín Bermúdez Muñoz. Rad.: 73001-23-31-000-2010-00728-01 (50.869)).

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 23001-23-31-000-2000-02857-01 (24.697).

Asimismo, esta Subsección expresó: “Atendiendo a esa misma lógica, en lo que atañe

*a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se anotará en el acápite siguiente, no podrá hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa [...]*³⁰.

De esta manera, si bien es cierto que en vigencia del Decreto 222 de 1983 y de la Ley 80 de 1993³¹, la Sección Tercera estimó que la competencia temporal para hacer efectiva la cláusula penal se extendía hasta el vencimiento de los términos de las liquidaciones bilateral y unilateral, esto es, 6 meses, la Sala considera que el razonamiento no puede ser idéntico para los contratos regulados por la Ley 1150 de 2007 -como el que es objeto de análisis-, porque esta normativa permite que el contrato sea liquidado durante el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales^{32_33}.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1 de febrero de 2018, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad.: 25000-23-26-000-2009-00082-01 (52.549). En vigencia de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983, la Subsección A señaló: *“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. [...] 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. [...] 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’, 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, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de marzo de 2013, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Rad.: 25000-23-26-000-1995-01122-01 (20.628)).

³¹ Sobre este tema en contratos regidos por la Ley 80, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad.: 52001-23-31-000-2001-01115-01 (29.741).

³² Este asunto, pero en sede de medida cautelar, fue tratado en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Auto del 16 de agosto de 2022, C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 52001-23-33-000-2020-00974-01 (67.526).

³³ La Sala puntualiza que, incluso, en contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, la declaratoria de incumplimiento era procedente una vez se vencieran los términos de las liquidaciones bilateral y unilateral, siempre que aquel trámite se surtiera antes del vencimiento del término de caducidad o antes de que se notificara el auto admisorio de la demanda. Lo anterior, por cuanto la jurisprudencia mayoritaria de la Sección Tercera estimó que los plazos para la liquidación de los contratos eran indicativos, por lo que era perfectamente posible que las partes o la entidad contratante liquidaran el acuerdo en el término de caducidad de la acción contractual. En vista de que la oportunidad para la declaratoria de incumplimiento luego de vencido el plazo de ejecución se ha vinculado a la extinción del plazo para la liquidación, es justificable que el incumplimiento se surta por fuera del término indicativo de 6 meses, dado que la jurisprudencia explicó que dicho plazo no era preclusivo, lo cual se reafirmó con la Ley 1150 de 2007.

En otros términos, si bien las Resoluciones 273 y 320 se profirieron en agosto de 2013, esto es, cuando ya se había vencido el plazo para liquidar el contrato unilateralmente,

su expedición se realizó durante los dos años siguientes, terminó en el que las partes o el ente contratante seguían estando habilitados para liquidar el contrato -salvo que se hubiera notificado el auto admisorio de la demanda-.

Por lo mismo, no puede predicarse una falta de competencia temporal del Fondo de Desarrollo Local, pues la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal se extiende hasta el término de la liquidación, lo cual, con la Ley 1150 de 2007, se compagina con el término de caducidad.

Aunque la Sala no desconoce que el término de caducidad es diferente al de liquidación, es la misma ley la que permite que, durante los dos años siguientes al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, y mientras no se acuda ante el juez, se pueda surtir la liquidación, lo cual, *mutatis mutandis*, permite que la entidad contratante declare el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal -resaltando, además, que no existe una disposición que restrinja el ejercicio de esta facultad-.

Finalmente, no es verdad que el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio se condiciona a que se cite al contratista para surtir la liquidación de mutuo acuerdo, ya que la ley solo exige que se respete el debido proceso, siguiendo el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Por tanto, dado que en ningún momento se elevó un cargo relacionado con el desconocimiento del debido proceso, al tiempo que está probado que el Fondo respetó los lineamientos de la Ley 1474, es claro que este planteamiento no tiene vocación de prosperidad³⁴.

Recientemente, la Subsección A abordó el tema relativo al carácter indicativo de los plazos de la liquidación, así: “29. Respecto del primer asunto discutido, es decir, la naturaleza perentoria o meramente indicativa de los plazos de cuatro (4) y dos (2) meses para la liquidación bilateral y unilateral, si bien en concepto No. 1453 de 6 de agosto de 2003 la Sala de Consulta y Servicio Civil dictaminó que los plazos establecidos en la legislación para la liquidación unilateral eran de carácter perentorio y preclusivo, la postura mayoritaria de la Corporación sostuvo lo contrario, es decir, aseveró que no se perdía la competencia para liquidar el contrato a pesar de que hubieren transcurrido los referidos seis (6) meses siguientes al vencimiento del plazo contractual. Así, la facultad para liquidar el contrato unilateral y bilateralmente estuvo llamada a subsistir durante los dos (2) años siguientes al vencimiento de la obligación de liquidar unilateralmente, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual, ‘...pues en tal caso habrá caducado cualquier acción que las partes pudieran promover con fundamento en el contrato’, o antes de la notificación del auto admisorio de la demanda formulada en ejercicio de la acción contractual, lo primero que ocurriere” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de diciembre de 2022, C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Rad.: 25000-23-36-000-2013-02064-01 (59.382).

³⁴ Independientemente de lo sostenido en estas líneas, la Sala precisa lo siguiente: aunque cronológicamente podrían coincidir los términos destinados para liquidar el contrato y para declarar el incumplimiento, ambas figuras obedecen a lógicas y a presupuestos diferentes (es decir, una no es condición de la otra). Empero, la liquidación bilateral sí deberá intentarse, y más cuando sea el

6.3 La falsa motivación de las Resoluciones 273 y 320 de 2013 y el incumplimiento de las obligaciones a cargo del hospital:

En el recurso se invocó la falsa motivación de los actos demandados, ya que, en

criterio del hospital, este sí cumplió con varias de las prestaciones a su cargo, incluso luego de la subcontratación. Además, entregó el plan de trabajo y el cronograma de actividades y suscribió el acta de inicio, razón por la que se le consignó el pago anticipado, lo cual imposibilitaba predicar un incumplimiento total de las obligaciones, que era el presupuesto exigido por la cláusula decimosegunda para la imposición de la cláusula penal.

-Aunque del material probatorio obrante en el proceso, es posible colegir que, durante el plazo de ejecución, se adelantaron algunas gestiones orientadas a cumplir con el objeto contractual, como la contratación de varios profesionales o la escogencia de algunos de los kits que serían entregados, dichas actividades no permiten desvirtuar el incumplimiento definitivo que se le endilga al hospital, dado que, en realidad, ninguno de los componentes contratados se ejecutó en su totalidad³⁵, y las actividades efectuadas no podían avalarse, en tanto fueron llevadas a cabo por los subcontratistas.

contratista quien promueva esta etapa, puesto que la administración solo podrá recurrir a la liquidación unilateral cuando las partes no lleguen a un acuerdo o cuando ninguna de ellas promueva la liquidación en el término respectivo y se guarde silencio.

³⁵ En el testimonio rendido por el señor Luis Alberto Novoa Gómez, jefe de planeación del hospital y supervisor de los contratos 064 y 065 de 2012, se dijo: ante el cuestionamiento “*doctor Novoa, por favor indíqueme al despacho si el Hospital Occidente de Kennedy, a través de las personas jurídicas que usted indica ASEPROF y Valparaíso, realizó actividades, independientemente de que hayan sido aprobadas o no, para cumplir con el convenio CIA-208 de 2011 y qué tipo de actividades realizó*”, el testigo respondió: “yo [palabra inentendible] que hicieron unas actividades, inclusive, dentro de la, creo que fue un ... dentro de eso fueron actividades que daban como el 8% o el 9% de la ejecución del convenio. Son actividades que ellos pues contrataron, creo que contrataron a unos profesionales, unos profesionales (sic), dos o tres profesionales, que inclusive nosotros le pedimos la hoja de vida que tenían, para comenzar a hacer todo el proceso de, digamos, todo el proceso de hacer el plan de trabajo [...]” (minutos 36:15 – 37:12 de la audiencia de pruebas). Y ante la pregunta: “*doctor, en su calidad de supervisor de los contratos de ASEPROF y Valparaíso, desde que usted envió las hojas de vida a la Universidad Nacional, en su calidad interventora, y hasta que se presentó el requerimiento formal de habilitación. En ese espacio de tiempo, ¿los contratistas desarrollaron actividades para cumplir con el convenio 208 de 2011, en su calidad de contratistas y representantes del hospital para ese negocio jurídico?*”, manifestó: “[...] Tengo entendido que no se hicieron ninguna actividad, así de esa parte. O sea no, porque las actividades eran muy específicas. Lo que ellos tenían era contrataron profesionales, pero para apoyar la elaboración del cronograma, de pronto para hacer cotizaciones, toda la cuestión, pero no para, digamos... digamos apoyos logísticos, mas no para la ejecución de actividades inherentes a lo que estaba en el contrato, porque no se ejecutó esa parte” (minutos 57:39 – 58:51 de la audiencia de pruebas).

Por su parte, el testigo Erney Velásquez Torres, interventor adscrito al CID de la Universidad Nacional de Colombia, sostuvo que el contrato no pudo ejecutarse, debido a algunas circunstancias que impidieron, además, el aval y la verificación por parte de la interventoría.

Para finalizar, en el informe de interventoría descrito en el numeral 5.15 de los hechos probados se manifiesta: “*La ejecución física del Contrato a la fecha de corte del presente informe alcanzó el 0,00%. [...] Los recursos asignados al contrato ascienden a \$ 712.500.000 m/cte., a la fecha de corte del presente informe la ejecución física global del contrato asciende a \$ 0, equivalente al 0% del total de los*

Si se revisa el informe de interventoría enunciado en el numeral 5.15 de los hechos probados, que fue el fundamento de las resoluciones demandadas, se advierte que el interventor no soportó sus reparos en que no se hubieran adelantado labores en torno al cumplimiento del contrato ³⁶, sino en que las mismas fueron cumplidas por los subcontratistas, que no estaban habilitados y que no contemplaban en su objeto social

la realización de actividades de promoción y prevención en salud.

Si bien el Fondo autorizó la subcontratación de los proyectos (numeral 5.5), esto no habilitaba al Hospital de Kennedy a contratar con entidades sin capacidad. Aunque es verdad que los subcontratos son negocios jurídicos autónomos e independientes del contrato principal³⁷, por lo que la escogencia de la Fundación Valparaíso y de ASEPROF se sometió al manual interno de contratación de la E.S.E., es irrefutable que uno de los presupuestos necesarios para suscribir cualquier negocio jurídico es que los contratistas tengan capacidad, la cual, para el caso de las personas jurídicas, se delimita en el objeto social³⁸.

recursos disponibles, quedando un saldo global por ejecutar de \$ 712.500.000 que corresponde al 100%”.

³⁶ En todo caso, se recuerda que antes de la suscripción del informe final, el interventor le remitió al hospital varios oficios (numerales 5.8 y 5.9 de los hechos probados), en los que llamaba la atención sobre las demoras en el inicio de las actividades.

³⁷ La subcontratación ha sido explicada por la Sección Tercera, así: *“Este negocio jurídico supone la celebración de un contrato accesorio a otro principal, entre un contratista del Estado y un tercero, en virtud del cual el sub contratista o tercero ‘sustituye parcial y materialmente al primero, quien conserva la dirección general del proyecto y es responsable ante la entidad estatal contratante por el cumplimiento*

íntegro de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado’. Esta institución hace surgir una relación jurídica autónoma entre el contratista del Estado y el sub contratista, es decir, independiente de la relación que preexiste entre el Estado y el contratista. En este sentido, las obligaciones que adquiere el sub contratista con el contratista sólo son exigibles entre ellos, y no vinculan a la entidad estatal – contratante-, en virtud del principio de relatividad del contrato –sólo produce efectos para las partes, no para terceros-, pero sin que ello limite o restrinja a la entidad estatal en la dirección general para ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80. En este sentido, el contratista conserva frente a la entidad pública la responsabilidad por la ejecución del contrato, así que desde el punto de vista subjetivo la sub contratación es material y no jurídica, porque traslada el cumplimiento del contrato a un tercero, pero no sustituye al contratista” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2013, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 52001-23-31-000-1999-00985-01 (23.088).

³⁸ Para el caso de las sociedades mercantiles, la Subsección B ha precisado: *“El objeto social de las sociedades define su capacidad jurídica. Este puede ser específico o indeterminado. En la legislación comercial colombiana, frente al objeto social de las sociedades comerciales, se adoptó la teoría ultra vires u objeto específico, que impone que los estatutos societarios definan de manera precisa las actividades que la sociedad puede desplegar”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 14 de febrero de 2018, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Rad.: 17001-23-31-000-2003-00896-01 (37.485)). Aunque las entidades subcontratistas son sin ánimo de lucro, los planteamientos que acaban de transcribirse les resultan plenamente aplicables, dado que las ESAL deben gozar de un objeto social específico. Por supuesto, dejando claro que, cuando los conceptos generales que se utilicen en el documento de constitución o en el certificado de existencia y representación legal se encuentren definidos por disposiciones jurídicas, para el entendimiento de tales actividades deberá recurrirse a dicha normativa.

En el expediente reposan los certificados de existencia y representación legal de los subcontratistas (numeral 5.16), los cuales no previeron la realización de actividades de promoción y prevención en salud, ni, en general, ninguna de las actividades descritas en los subcontratos o en la propuesta del contrato interadministrativo. Por tanto, es claro que la interventoría no podía avalar las actuaciones desarrolladas por la Fundación Valparaíso y por ASEPROF, en tanto ellos carecían de capacidad para ejecutar materialmente las obligaciones derivadas del contrato CIA-208 de 2011 -no

tenían la capacidad para desarrollar los componentes tantas veces mencionados-.

A lo expuesto, debe sumársele que el hospital, que era quien debía responder por el cumplimiento de las obligaciones ante el Fondo, no atendió de manera oportuna los requerimientos de la interventoría, ya que solo facilitó los soportes de la subcontratación en octubre de 2012 (fl. 434, reverso, c3), es decir, cuando ya faltaba poco tiempo para el vencimiento del plazo. Lo anterior, pese a que, desde el inicio, el ente público contratante había solicitado los soportes de los subcontratistas, con el fin de evaluar su capacidad³⁹.

-Tampoco es de recibo el argumento del recurrente, en virtud del cual la entrega del plan de trabajo y del cronograma de actividades, así como la suscripción del acta de inicio, denotaban un cumplimiento contractual, en vista de que estas labores constituían requisitos para la consignación del pago anticipado, mas no equivalían a un avance técnico o financiero de las prestaciones contractuales.

-Finalmente, en cuanto al tema de la habilitación, resulta apropiado explicar lo siguiente: el Decreto 1011 de 2006, *“Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*⁴⁰, regula el sistema único de habilitación, el cual es definido como *“[...] el conjunto de normas, requisitos y procedimientos mediante los cuales se establece,*

³⁹ Por ejemplo, en el acta de reunión del 3 de abril de 2012 (fls. 277 – 278, c3), en la que participaron funcionarios del hospital, del fondo y de la interventoría, se dijo (está escrito a mano): *“La alcaldía menciona que se puede realizar subcontratación. Esta debe estar con visto bueno de la alcaldía. La interventoría menciona que no está facultada para dar aval a la subcontratación solo lo puede avalar la alcaldía. En tal caso la alcaldía menciona que se debe presentar la propuesta financiera de la subcontratación y técnica por parte del hospital, y menciona evaluar la capacidad para ejecutar. El componente vectores, la parte de alistamiento no puede ser subcontratada ni gestión operativa”*. Sumado a ello, en el acta de reunión del 7 de mayo de 2012 (fls. 279 – 280, c3), el hospital se comprometió a enviar a la interventoría el soporte documental del proceso de subcontratación.

⁴⁰ Este decreto fue modificado por el Decreto 903 de 2014 y compilado en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016. No obstante, como dichos cambios normativos acontecieron con posterioridad a la suscripción del contrato interadministrativo -26 de diciembre de 2011- y de los subcontratos -30 de marzo de 2012-, no resultan aplicables, por lo que su mención se hace con fines ilustrativos.

registra, verifica y controla el cumplimiento de las condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico administrativa, indispensables para la entrada y permanencia en el Sistema, los cuales buscan dar seguridad a los usuarios frente a los potenciales riesgos asociados a la prestación de servicios y son de obligatorio cumplimiento por parte de los Prestadores de Servicios de Salud y las EAPB [Empresas Administradoras de Planes de Beneficios]” (artículo 6).

Esta habilitación es necesaria para prestar servicios de salud, y la falta de ella impide

que puedan suscribirse contratos con los prestadores. Así lo estipula el artículo 26 del decreto en mención:

ARTÍCULO 26°.- RESPONSABILIDADES PARA CONTRATAR. Para efectos de contratar la prestación de servicios de salud el contratante verificará que el prestador esté inscrito en el registro especial de prestadores de servicios de salud. Para tal efecto la Entidad Departamental y Distrital establecerá los mecanismos para suministrar esta información.

Si durante la ejecución del contrato se detecta el incumplimiento de las condiciones de habilitación, el Contratante deberá informar a la Dirección Departamental o Distrital de Salud quien contará con un plazo de sesenta (60) días calendario para adoptar las medidas correspondientes. En el evento en que no se pueda mantener la habilitación la Entidad Departamental o Distrital de Salud lo informará al contratante, quien deberá abstenerse de prestar los servicios de salud con entidades no habilitadas.

Como se observa, diferente a lo afirmado por el demandante, la habilitación sí era un requisito indispensable para prestar los servicios de salud que se desglosaban del contrato CIA-208. Por ello, si los subcontratistas serían los ejecutores materiales de los proyectos contratados con el hospital, debían contar con dicha habilitación. El que no la tuvieran, impedía que se avalara cualquier actuación adelantada por ellos, lo cual se traducía en un incumplimiento contractual a cargo del directo responsable del cumplimiento de las obligaciones, esto es, la E.S.E.

En párrafos precedentes se dijo que el contrato interadministrativo CIA-208 de 2011 no especificó las actividades que se desprendían de cada uno de los componentes contratados. Sin embargo, la propuesta presentada por el hospital y los contratos 064 y 065 de 2012 permiten identificar que el negocio jurídico objeto de debate contenía varias actividades relacionadas con la prevención y promoción en salud, como la realización de valoraciones optométricas, de lavados auditivos y de valoraciones médicas -lo cual era previo a la inserción de un método anticonceptivo-.

A pesar de esto, no todas las actividades derivadas de la propuesta y de los subcontratos pueden entenderse propiamente como un servicio de salud -así se relacionen con este derecho fundamental-, en vista de que se contemplaron capacitaciones relacionadas con seguridad y salud en el trabajo o la desratización de la localidad. Con todo, e independientemente de esta situación, el hecho de que algunas tareas y obligaciones a cargo del demandante exigieran esta habilitación, implica que él o sus subcontratistas debían contar con ella, so pena de incumplir con el acuerdo negocial.

Habiendo hecho la anterior puntualización, el accionante no puede sostener que en oportunidades anteriores el Fondo no le solicitó la habilitación de sus subcontratistas, por lo que, al hacerlo en esta oportunidad, infringió el principio de confianza legítima, porque la obligación de verificar que los contratistas estuviesen habilitados emana de

una norma de carácter general, la cual es de obligatorio cumplimiento. Si no le está permitido a un particular invocar la ignorancia de la ley como excusa de su incumplimiento, mucho menos a una entidad pública, que, dicho sea de paso, es experta en el campo de la salud.

Además, debe recordarse que el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 establece que en los contratos se entienden incorporadas las normas vigentes al momento de su celebración, lo cual significa que, a pesar de que no se hizo mención expresa de la habilitación en el contrato interadministrativo -pese a que sí se enunció en los subcontratos-, este requisito para la prestación de servicios de salud resultaba imperativo en el marco de las obligaciones de los contratos que involucraran esas actividades.

De todos modos, el hospital no debía esperar a que el Fondo lo requiriera para verificar que los subcontratistas estaban habilitados, ya que, se reitera, los subcontratos son independientes del contrato principal. Por lo mismo, quien debió constatar la idoneidad de los subcontratistas era el Hospital de Kennedy.

Partiendo de lo explicado hasta este momento, es indiscutible que el contratista incumplió definitivamente las obligaciones a su cargo, lo cual descarta el vicio de falsa motivación formulado en la apelación⁴¹.

⁴¹ Al margen de lo plasmado en este título, la Sala también advierte que los contratos 064 y 065 de 2012, en realidad, contenían la totalidad de las actividades que el hospital se comprometió a ejecutar en su propuesta (solo se modificaron algunas cantidades o algunos precios unitarios), de donde es

6.4 El presunto incumplimiento del Fondo de Desarrollo Local:

La E.S.E. sostuvo que el ente demandado incurrió en un incumplimiento contractual, puesto que incluyó obligaciones que no habían sido previstas desde el inicio (los subcomponentes de SOVA y crónicos) y generó un retraso de 150 días en el inicio de las actividades.

Frente al primer punto, la Sala encuentra que este no es de recibo, pues la ejecución de los subcomponentes de salud oral, visual y auditiva y de hábitos saludables de vida – autocuidado, siempre estuvo prevista en el contrato, ya que estos subcomponentes, que se derivaban del componente de círculos de calidad de vida, fueron incluidos en la propuesta presentada por el hospital y en los objetos de los contratos 064 y 065 de 2012. Por tanto, no fueron obligaciones impuestas por el interventor o resultaron sorpresivas para el contratista.

Es más, del material probatorio obrante en el proceso, se deriva que, en realidad, el actor siempre opinó que estos subcomponentes hacían parte del contrato, debido a que fue la interventoría quien consideró que, de los lineamientos distritales en salud, se desprendía que el componente de círculos de calidad de vida no se relacionaba con intervenciones de carácter asistencial.

Así, no es cierto que el Fondo interpretó unilateralmente el contrato e impuso obligaciones distintas a las originalmente establecidas a cargo del hospital, dado que, se insiste en ello, la ejecución de ambos subcomponentes estuvo valorada, prevista y contratada desde la suscripción del negocio.

Respecto al segundo argumento invocado, este tampoco es procedente, ya que no está probado que el supuesto retraso de 150 días fuera imputable al Fondo de Desarrollo Local. Por el contrario, la Sala encuentra que fueron las demoras del contratista las que derivaron en la modificación constante de los cronogramas y de los planes de trabajo, lo cual finalizó con el ya tantas veces referido incumplimiento definitivo de las obligaciones a cargo del hospital.

posible colegir que el contrato interadministrativo CIA-208 de 2011 se subcontrató completamente, lo cual desconoce el contenido de la cláusula séptima y el sentido de la autorización referida en el numeral 5.5 de los hechos probados (si bien no se subcontrató todo el precio, sí todas las actuaciones que se desligaban de los proyectos).

7. Costas:

Con el sistema procesal actual, la condena en costas adoptó un régimen objetivo, en el que se condena a la parte vencida, con independencia de su conducta. Teniendo esto presente, y para efectos de la condena en costas en segunda instancia, se tiene que, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A., en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por el procedimiento civil.

Así, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que hay lugar a condenar en costas a la parte vencida en un proceso; sin embargo, el artículo 361 *ibídem* establece que las costas “[...] están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”. Estas últimas, vale aclarar, serán determinadas por las tarifas que, para el efecto, establezca el Consejo Superior de la Judicatura, en virtud del numeral 4 del artículo 366 de esa misma disposición.

Bajo estos términos, se condenará en costas a la parte demandante, es decir, a quien

interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, debido a que no prosperó ⁴² . La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el tribunal *a quo*, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En relación con las agencias en derecho correspondientes a esta instancia, y de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 366 del CGP, se tiene en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso, y otras circunstancias especiales, si las hubiere. En ese sentido, se observa que:

Se trata de un proceso de controversias contractuales, cuyas pretensiones se dividían en: (i) el pago de la totalidad del valor del contrato -como está probado que se consignó

⁴² El numeral 3 del artículo 365 del CGP dispone: “[...] 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”.

el 40% del mismo a título de pago anticipado ⁴³ , y que este monto no se devolvió ⁴⁴ , la Sala entiende que la pretensión se condicionaba al pago del precio faltante, esto es, \$427'500.000-.

(ii) El pago de 50 SMLMV, a título de perjuicio moral -este monto, en valores del año 2023, es igual a \$58'000.000-.

Teniendo en cuenta lo anterior, para efectos de la fijación de las agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, acerca de la duración y la complejidad de la gestión procesal, se observa que, además del seguimiento propio que amerita un caso como el presente, la alcaldía local de Kennedy presentó, de manera oportuna, los alegatos de conclusión.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo vigente para la fecha en que se presentó la demanda, en materia de tarifas de agencias en derecho, se tiene en cuenta lo siguiente:

“Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”

[...] ARTÍCULO SEGUNDO.- Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento.

ARTÍCULO TERCERO.- Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones. [...]

ARTÍCULO CUARTO.- Fijación de tarifas. Las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia. [...]

⁴³ En el proceso obra un certificado suscrito por el Subgerente Financiero de la E.S.E., en el que se señala: “[...] le informo que el día 31 de octubre de 2012, el Hospital recibió una consignación por valor de \$285.000.000.00 del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy en cumplimiento a lo pactado en el contrato interadministrativo CIA 208-2011. Esta suma se encuentra en cuenta especial para el manejo de este contrato” (fl. 175, c2).

⁴⁴ En la Resolución 273 de 2013 no se ordenó, pese a la declaratoria de incumplimiento, la devolución de los dineros entregados a título de pago anticipado.

ARTÍCULO SEXTO. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:[...]

III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. [...]

3.1.3. Segunda instancia.

Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Por tanto, se fijarán las agencias en derecho de la segunda instancia en el 1% de las pretensiones, es decir, la suma de \$4'855.000. La anterior condena deberá incluirse en el auto de liquidación de costas a cargo de la parte vencida, en este caso, la demandante.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A (fls. 148 – 158, c. ppl.).

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante a pagar las costas del proceso. Como consecuencia, el tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma equivalente a \$4'855.000.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Aclaración de voto