

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, diecisiete (17) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 52001-23-33-005-2018-00417-01 (70.381)
Actor: UNIÓN TEMPORAL CLINIMÉDICA PASTO SAS –
SERVICIOS BIOMÉDICOS DE NARIÑO SAS
Demandado: MUNICIPIO DE PASTO (NARIÑO)
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: NULIDAD DE ACTOS CONTRACTUALES

Síntesis del caso: las partes suscribieron un contrato de compraventa de equipos médicos para dotar un hospital en el municipio de Pasto (Nariño); el ente territorial contratante declaró el incumplimiento del contratista quien demanda la nulidad de los actos administrativos en los cuales está contenida esa decisión con sustento en el cargo de falta de competencia por existir un proceso judicial vigente entre las partes en el cual se debaten los conflictos surgidos durante la ejecución del contrato y porque la cláusula penal estaba restringida a los eventos de incumplimiento total del contrato; el tribunal de primera instancia acogió parcialmente las pretensiones de la demanda por encontrar probados los mencionados cargos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el ente territorial demandado en contra de la sentencia de 28 de julio de 2023 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Primera de Decisión resolvió:

“PRIMERO: Sin lugar a pronunciarse sobre la excepción de fondo de ‘cobro de lo no debido’, formulada por la apoderada judicial del Municipio de Pasto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECRETAR la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución n° 064 de 30 de abril de 2018, proferida por la Directora del Departamento Administrativo de Contratación Pública de la Alcaldía Municipal de Pasto (N), por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato de compraventa n° 20153486 de 27 de noviembre de 2015 y de la Resolución n° 065 de la misma fecha que resolvió recurso de reposición, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior **DECLARAR** que la Unión Temporal Clinimédica Pasto S.A.S. – Servicios Biomédicos de Nariño S.A.S., no incumplió parcialmente el contrato de compraventa n° 20153486 de 27 de noviembre de 2015.

CUARTO: DECLARAR que la Unión Temporal Clinimédica Pasto S.A.S. – Servicios Biomédicos de Nariño S.A.S., no está obligada a pagar al Municipio de Pasto (N), la suma de doscientos cinco millones veintitrés mil setecientos noventa y cuatro pesos (\$205.023.794,00) M/CTE, por concepto de la cláusula penal pecuniaria establecida en el contrato de compraventa n° 20153486 de 27 de noviembre de 2015.

QUINTO: DECLARAR que la Unión Temporal Clinimédica Pasto S.A.S. – Servicios Biomédicos de Nariño S.A.S., no está obligada a reintegrar al Municipio de Pasto (N), la suma de trescientos treinta y siete millones setecientos treinta y un mil ciento setenta y seis pesos con veintisiete centavos (\$337.731.176,27) M/CTE, por concepto del anticipo pagado por el ente territorial en virtud a la forma de pago pactada en el contrato de compraventa n° 20153486 de 27 de noviembre de 2015.

SEXTO: ORDENAR al Municipio de Pasto (N) para efectos que comunique de la presente decisión a la Cámara de Comercio y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

SEPTIMO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: COMUNICAR la presente decisión al Despacho 003 del H. Tribunal Administrativo de Nariño, para los efectos correspondientes.

NOVENO: CONDENAR en costas al Municipio de Pasto (N), y a favor de la parte demandante, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., cuya liquidación será adelantada de manera concentrada por intermedio de la secretaria del Tribunal.

Ejecutoriada esta sentencia, por secretaría se realizarán las respectivas desanotaciones del libro radicador correspondiente y luego se archivará el expediente. A la parte demandante se le devolverá los dineros que depositó para atender gastos ordinarios del proceso, si los hubiera. Se dejará la respectiva constancia.” (fls. 27 – 28 índice 2 SAMAI sentencia de primera instancia archivo ED_052FALLOPICON.pdf – mayúsculas fijas y negrillas originales)

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 20 de septiembre de 2018 (fl. 2 c. 1), la Unión Temporal Clinimédica Pasto SAS – Servicios Biomédicos Nariño SAS, a través de apoderado designado por el representante de dicha figura asociativa¹ promovió demanda en contra del Municipio de Pasto (Nariño) con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

¹ En el contrato de constitución de la Unión Temporal, sus integrantes facultaron al representante de la UT para “representarlos judicial y extrajudicialmente” (fl. 7 cdno. 1).

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 064 de 30 de abril de 2018, proferida por la Directora del Departamento Administrativo de Contratación Pública de la Alcaldía Municipal de Pasto, mediante la cual, se declaró el incumplimiento parcial del Contrato de Compraventa No. 20153486 de 27 de noviembre de 2015, cuyo objeto fue el siguiente: ‘EL CONTRATISTA SE COMPROMETE CON EL MUNICIPIO DE PASTO – SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN MUNICIPAL, A REALIZAR LA: “DOTACIÓN DEL HOSPITAL DE BAJA COMPLEJIDAD TIPO IB EN EL MUNICIPIO DE PASTO” DE ACUERDO A LOS SIGUIENTES LOTES: LOTE 2: COMPONENTE 1: DOTACIÓN DE EQUIPOS DE LABORATORIO INSTRUMENTAL Y EQUIPOS BIOMÉDICOS Y ODONTOLÓGICOS. COMPONENTE 3: ADQUISICIÓN DE EQUIPOS BIOMÉDICOS PARA LA DOTACIÓN DE QUIRÓFANOS Y SALAS DE PARTO.’

SEGUNDO: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 065 de 30 de abril de 2018, proferida por la Directora del Departamento Administrativo de Contratación Pública de la Alcaldía Municipal de Pasto, mediante la cual, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de Seguros del Estado en contra de la Resolución No. 064 de 30 de abril de 2018, modificando parcialmente el numeral cuarto de la Resolución No. 064 de 30 de abril de 2018, y confirmando la demás en su integridad.

TERCERO: Que como consecuencia de la anterior nulidad, se declare que la UNIÓN TEMPORAL CLINIMEDICA PASTO SAS – SERVICIOS BIOMÉDICOS DE NARIÑO SAS., no incumplió el Contrato de Compraventa No. 20153486 de 27 de noviembre de 2015 (...).

CUARTA: Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL CLINIMEDICA PASTO SAS – SERVICIOS BIOMÉDICOS DE NARIÑO SAS., no está obligada a pagar al Municipio de Pasto, la suma de DOSCIENTOS CINCO MILLONES VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$ 205.023.794) M/CTE., por concepto de la cláusula penal pecuniaria establecida en el contrato.

QUINTA: Que se declare que la UNIÓN TEMPORAL CLINIMEDICA PASTO SAS – SERVICIOS BIOMÉDICOS DE NARIÑO SAS., no está obligada a reintegrar al Municipio de Pasto, la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL CIENTO SETENTA Y SEIS PESOS CON 27/100 (\$ 337.731.176.27) M/CTE., por concepto de anticipo supuestamente no ejecutado.

SEXTA: Que el Municipio de Pasto, comunique a la Cámara de Comercio de Pasto y a la Procuraduría General de la Nación, sobre la declaración de nulidad de las Resoluciones No. 064 de 30 de abril de 2018 y No. 065 de 30 de abril de 2018, para lo de su competencia.

SÉPTIMA: Que el municipio de Pasto, proceda a recibir de forma inmediata los 1288 equipos que se encuentran en la Sede de San Andrés de la Alcaldía Municipal, los cuales fueron avalados y certificados por la Interventoría del Contrato Ejercida por la firma CONSORCIO INTERVENTORES NARIÑO 2015.

NOVENO: Que el Municipio de Pasto reconozca y pague la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL

TRESCIENTOS DIEZ PESOS (\$ 840.048.310) M/CTE la cual deberá ser indexada, por concepto del pago de los equipos que fueron entregados por la UNIÓN TEMPORAL CLINIMEDICA PASTO SAS – SERVICIOS BIOMÉDICOS DE NARIÑO SAS., y que fueron recibidos a satisfacción por la entidad contratante, pero que a la fecha de la presente demanda no le han sido cancelados.” (fls. 114-116 cdno. 2 – mayúsculas fijas y negrillas del original).

2. Hechos

El sustento fáctico de las referidas pretensiones es, en síntesis, el siguiente:

- 1) Previa escogencia del contratista mediante el procedimiento de selección de subasta inversa, el municipio de Pasto (Nariño) suscribió el contrato de compraventa número 20153486 de 7 de diciembre de 2015 con la Unión Temporal Clinimédica Pasto SAS – Servicios Biomédicos de Nariño SAS cuyo objeto fue dotar el Hospital de Baja Complejidad Tipo 1B con equipos de laboratorio, equipos industriales, equipos biomédicos, odontológicos, equipos para quirófanos y salas de partos por un valor de \$3.361.045.802, en un plazo de seis (6) meses, con un 50% como anticipo y, el saldo, previo recibo a satisfacción de la totalidad de los bienes adquiridos.
- 2) El 7 de diciembre de 2015 se firmó el acta de inicio y el día 28 de esos mismos mes y año se pagó el anticipo.
- 3) El contrato fue adicionado en dos oportunidades, la primera, por treinta (30) días y, la segunda, por tres (3) meses, por lo cual el plazo expiró el 7 de octubre de 2016.
- 4) El municipio interpretó el contrato en forma unilateral en dos oportunidades: primero, para disponer la necesidad de interventor y, luego, para precisar que el pago de los bienes se realizaría con base en el valor unitario previsto en una ficha denominada MGA que no se tuvo en cuenta en los estudios previos, en el pliego de condiciones ni en el contrato, decisión esta última que fue objeto de recursos, pero, la administración la confirmó.
- 5) En agosto de 2016, el contratista inició la entrega de los equipos porque la entidad territorial no había terminado de construir el hospital; sin embargo, el 26 de septiembre de 2016 la supervisión del contrato informó que algunos de estos no

cumplían con las especificaciones contratadas y, el 3 de abril de 2017, el interventor del contrato solicitó declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la garantía única, por lo cual, el 6 de abril de 2017, el contratista fue citado para tal efecto con sustento en que no se cumplieron las especificaciones técnicas pactadas en 927 equipos entregados y se entregaron 24 que no hacían parte del objeto del contrato.

6) El 31 de octubre de 2017, la unión temporal contratista formuló demanda de controversias contractuales en contra de la entidad territorial contratante con el fin de que se le declare incumplida y se le condene al pago de los perjuicios.

7) El 30 de abril de 2018, el municipio demandado expidió la Resolución número 064 de 2018 por la cual declaró el incumplimiento del contrato y dispuso hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora fue resuelto mediante la Resolución número 065 de 2018, ambas decisiones se sustentaron en el incumplimiento de las especificaciones técnicas contratadas.

3. Cargos

Las pretensiones de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró el incumplimiento del contrato se sustentaron en los siguientes motivos de reproche de ilegalidad:

3.1 Falta de competencia y violación de la ley

1) El municipio contratante perdió competencia para declarar el incumplimiento cuando venció el plazo legal para liquidar el contrato, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado – Sección Tercera en sentencia de 25 de mayo de 2011, expediente 1807. En este caso, los actos demandados fueron expedidos dieciocho (18) meses después de expirado el plazo contractual y, por ende, por fuera del término para liquidar el contrato.

2) Los actos demandados fueron expedidos a pesar de que el contratista formuló demanda de controversias contractuales en la cual persiguió la declaración de incumplimiento del contrato por parte del municipio y la liquidación judicial y ya se

había admitido la correspondiente demanda por parte del Tribunal Administrativo de Nariño, con lo cual la administración perdió competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato e imputarlo a su contraparte, postura que, según indicó la demandante, ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en forma reiterada.

3) Desde la presentación de la demanda por parte del contratista cesó la competencia de la administración para liquidar el contrato y, por ende, para declarar el incumplimiento, lo cual solo podía hacer dentro del término previsto para la liquidación del contrato.

3.2 Violación del artículo 1602 del Código Civil²

1) La cláusula penal pactada en el contrato se acordó para el evento de declaración de caducidad o de incumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato, por lo cual no podía hacerse efectiva por un incumplimiento parcial ya que dicha estipulación contractual es ley para las partes.

2) El contratista no entregó la totalidad de los equipos contratados porque cuando habían sido recibidos a satisfacción 1.288 de ellos la administración municipal no pagó.

3) Los equipos entregados sí cumplían con las especificaciones técnicas, fueron entregados en perfecto estado y recibidos a satisfacción; los desperfectos que se pusieron de presente fueron causados en la bodega que dispuso la administración para tal efecto, lo cual fue necesario porque no se terminó la construcción del hospital al cual estaban destinados.

4) Los registros INVIMA de los equipos estaban vigentes en la época de la entrega por lo cual su posterior vencimiento no puede imputarse al contratista.

5) Los equipos entregados a la administración contratante tienen un valor de \$2.520.571.211,93, lo cual equivale al 75% de ejecución del contrato; sin embargo,

² En la demanda se precisó que este argumento adicional se propone solo en el evento en el cual no se acepte la tesis de la falta de competencia de la entidad.

solo se le pagaron al contratista \$1.680.552.901 y se le adeuda la diferencia entre dichos valores.

4. Contestación de la demanda

En la oportunidad legal, el Municipio de Pasto se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 919 – 977 índice 2 SAMAI archivo 9_9_520012333000201800417027EXPEDIENTEDIGI20230919111305.pdf fls. 919) con los argumentos que se resumen a continuación:

- 1) El contratista no entregó a la contratante ni a la interventoría el sustento detallado del manejo del anticipo ni el 100% de los bienes comprados antes de la expiración del plazo del contrato.
- 2) El interventor del contrato, Consorcio Interventores Nariño 2015, informó que el contratista no entregó los bienes adquiridos por el municipio en las condiciones pactadas y dejó de entregar 205 elementos.
- 3) El municipio de Pasto cumplió sus obligaciones contractuales, pero, el contratista no presentó las facturas o cuenta de cobro necesarias para determinar si existía un saldo en su favor ni solicitó pagos por encima del valor del anticipo oportunamente entregado; por el contrario, el valor de los bienes entregados por el contratista es inferior al anticipo entregado.
- 4) La entidad contratante tenía competencia para declarar el incumplimiento del contrato en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y el funcionario que suscribió el acto lo hizo en ejercicio de delegación expresa; además, no existe fundamento legal para concluir que esa facultad solo podía ejercerse durante la vigencia del contrato.
- 5) La obligación de pagar el valor de la cláusula penal es adicional a las obligaciones propias del objeto contractual.

5. La sentencia apelada

El 28 de julio de 2023, el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Primera de Decisión acogió parcialmente las pretensiones de la demanda (índice 2 SAMAI archivo42_5200123330002018004170240EXPEDIENTEDIGI20230919111311201.pdf) con fundamento en lo siguiente:

1) Los cargos de nulidad de la demanda no están encaminados a desvirtuar los fundamentos de hecho por los cuales la administración declaró incumplido el contrato por parte del contratista sino la competencia temporal de la entidad territorial para proferirlos, por lo cual el análisis se restringe a esa específica materia.

2) La jurisprudencia no ha sido pacífica en relación con el término en el cual las entidades estatales pueden ejercer la facultad otorgada en la ley para declarar el incumplimiento del contrato con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; empero, como el contrato puede ser liquidado dentro del plazo de caducidad del medio de control, las potestades unilaterales de la administración también pueden ser ejercidas en el mismo lapso, respecto de lo cual concluyó:

“Así las cosas, para la Sala es posible concluir que dado que no existe una norma que expresamente limite la competencia de la administración para hacer efectiva la cláusula penal -restrinja el ejercicio de esta facultad-, ya que el límite se reduce a que no se haya liquidado el contrato o se haya vencido dicho término, y teniendo en cuenta que el término para liquidar los contratos es diferente al de la caducidad, con la normativa vigente es perfectamente posible que los negocios jurídicos se liquiden durante este tiempo, salvo que se notifique el auto admisorio de la demanda. (fl. 17 sentencia de primera instancia índice 2 SAMAI).

3) En este caso concreto, el contrato estuvo vigente hasta el 7 de octubre de 2016, podía liquidarse bilateralmente hasta el 8 de febrero de 2017 y, unilateralmente, hasta el 9 de abril del mismo año; a partir de ese momento el contrato podía ser liquidado, en principio, dentro del término de caducidad el cual corrió durante los dos años siguientes; sin embargo, está probado que la contratista promovió demanda en la cual pretendió la liquidación judicial del contrato, la cual fue admitida el 16 de abril de 2018 mediante auto que se notificó el día 18 de esos mismos mes y año, con lo cual la administración perdió competencia para declarar el incumplimiento del contrato *“pues dicha competencia había sido asumida y correspondía al juez de lo contencioso administrativo, en este caso al Tribunal Administrativo de Nariño”* (fl. 24

sentencia de primera instancia), de ese modo, como los actos demandados fueron expedidos luego de notificada la admisión de la demanda, son nulos.

4) De otro lado, la cláusula penal del contrato, según lo estipulado por las partes, solo era aplicable en caso de incumplimiento total de las obligaciones del contrato, por lo cual no podía hacerse efectiva por incumplimiento parcial, lo cual, según el texto del contrato, únicamente daba lugar a la imposición de multas.

5) Las pretensiones del contratista tendientes a obtener el pago de la suma de \$840.048.310 y a la recepción de equipos (pretensiones octava y novena) se discuten en el expediente número 52001-23-33-000-2017-00573-00 en el cual se pidió la liquidación judicial del contrato con inclusión de esos valores, por lo cual la decisión se limita a analizar los cargos de nulidad planteados en la demanda.

6) En los términos del artículo 188 del CPACA la parte vencida debe asumir las costas del proceso.

5. El recurso de apelación

En el término previsto en la ley para tal efecto, el ente territorial demandado apeló la sentencia de primera instancia (índice 2 SAMAI archivo ED_054RECURSOAPELACI.pdf) con el fin de obtener que sea revocada y, en su lugar, se desestimen las pretensiones, por considerar que los términos previstos en la ley para la liquidación del contrato no afectan la posibilidad de declaración de incumplimiento del contrato; en este caso, el municipio conocía que con ocasión de la presentación de la demanda no podía proceder a liquidar el contrato, pero, ello no le impedía hacer uso de las facultades legales con el fin de evitar la afectación de los servicios a su cargo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal sin que se advierta nulidad que lo invalide corresponde resolver de fondo³, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) nulidad de la declaración de incumplimiento del contrato y, (iii) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La demanda se dirigió a obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad contratante declaró el incumplimiento del contrato por parte del contratista, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y la garantía del contrato; también se pretendió que se condene al ente territorial a recibir los equipos médicos adquiridos pendientes de entrega y a pagar su valor.

El tribunal de primera instancia concedió las súplicas de nulidad de los actos demandados, por considerar que la administración contratante obró sin competencia porque, en forma previa a la adopción de las referidas decisiones, el contratista había acudido al juez del contrato en procura de su liquidación judicial, momento a partir del cual cesó la competencia para liquidar el contrato y, con ello, la posibilidad de declarar unilateralmente el incumplimiento contractual, ordenó devolver las sumas pagadas a título de cláusula penal, declaró que el contratista cumplió el contrato y que no tiene la obligación de reintegrar parcialmente el anticipo; las demás pretensiones relativas a los equipos no entregados y al pago de su valor fueron denegadas.

El ente territorial contratante funge como apelante único y solo cuestionó la decisión de nulidad de los actos administrativos demandados por considerar que sí era competente para expedirlos toda vez que el trámite de liquidación del contrato es diferente al uso de la potestad unilateral para declarar el incumplimiento contractual la cual es independiente de los plazos previstos para efectuar el cruce de cuentas

³ Para tal efecto, se verifica que no operó la caducidad del medio de control toda vez que la demanda se interpuso el 20 de septiembre de 2018 (fl. 2 c. 1), esto es, dentro de los dos (2) años siguientes al 30 de abril de 2018, fecha de la expedición y notificación en audiencia de los actos administrativos demandados.

del contrato, de modo que la competencia de la Sala se restringe al análisis de este único aspecto.

La Sala confirmará la sentencia apelada, toda vez que para el momento en el cual fueron expedidos los actos administrativos demandados la contratista había promovido demanda de controversias contractuales en la cual pretendió la liquidación judicial del contrato y la declaración de incumplimiento del contrato por parte del ente territorial, sobre la base del propio cumplimiento del contrato, esto es, la decisión sobre la conducta de las partes en relación con los precisos aspectos del negocio jurídico estaban sometidas a decisión del juez y, por ende, la administración perdió competencia para decidir unilateralmente sobre estos, con la precisión de que en el recurso de apelación no se cuestiona el cumplimiento contractual del contratista, por lo cual dicho aspecto no será materia de análisis debido a que escapa a la competencia funcional del *ad quem*.

2. Nulidad de la declaración de incumplimiento del contrato

La decisión de primera instancia consistente en la declaración de nulidad de las resoluciones número 064 y 065 de 30 de abril de 2018 proferidas por la directora del Departamento Administrativo de Contratación Pública del municipio de Pasto, único aspecto apelado de la sentencia de primera instancia, se confirma por las razones que se explican a continuación:

1) El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011⁴, vigente en la época de expedición de los actos administrativos demandados facultó, en forma expresa e inequívoca a las entidades estatales, para declarar el incumplimiento del contrato y cuantificar los perjuicios derivados de este con la finalidad de hacer efectivas las garantías; la referida norma previó el procedimiento a seguir previo a la adopción de esta decisión unilateral, pero, no dispuso un término, plazo o límite temporal para el ejercicio de dicha prerrogativa, vacío normativo que también se presenta en relación con el

⁴ Ley 1474 de 2011, "Artículo 86. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...)".

ejercicio de otras potestades unilaterales tales como la imposición de multas o la declaración de caducidad del contrato estatal.

2) La ausencia de un plazo específico para el ejercicio de estas facultades unilaterales no ha sido interpretado por la jurisprudencia como una habilitación permanente para su ejercicio y, por el contrario, este se ha establecido en relación con la finalidad de cada una de estas determinaciones; en efecto, en relación con las multas pactadas exclusivamente como apremios al contratista, atendido su carácter conminatorio, la jurisprudencia ha determinado, en forma pacífica, que su imposición solo procede durante la vigencia del contrato⁵, igual que ocurre con la declaración de caducidad⁶, cuya finalidad es evitar la paralización del contrato, por lo cual, estas potestades pierden su propósito una vez expirado el plazo contractual, esto es, su imposición solo es procedente durante el término de ejecución del contrato.

3) Por el contrario, la prerrogativa de la administración que le permite declarar incumplido al contratista no tiene una finalidad conminatoria y, por ende, su ejercicio no está limitado por el plazo de ejecución contractual; tal como lo prevé la ley, en esta etapa la administración está facultada para hacer efectiva la garantía del contrato estatal y cuantificar el monto de los perjuicios sufridos, siendo perfectamente posible y frecuente que el incumplimiento y su magnitud solo puedan advertirse una vez culminada la ejecución.

4) En esa línea teleológica, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que la declaración de incumplimiento procede durante la fase de liquidación del contrato, la cual puede extenderse por el mismo término de la caducidad del correspondiente medio de control, en los siguientes términos:

“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,

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de abril de 2020, exp. 64.154, MP Marta Nubia Velásquez Rico.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, exp. 20.738, MP Enrique Gil Botero.

además, que no existe una disposición que restrinja el ejercicio de esta facultad-.”.

5) En efecto, sin que pueda soslayarse que la liquidación del contrato y la caducidad del medio de control son figuras distintas, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a ambas para efectos del límite temporal para liquidar los contratos, en los siguientes términos:

“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.” (resalta la Sala).

6) Lo anterior es coherente con el hecho de que toda controversia en materia contractual está sometida al plazo extintivo y de orden público previsto en el artículo 164 numeral 2 literal j) del CPACA para acudir al juez, el cual no puede ser desconocido por las entidades sometidas al estatuto de contratación mediante el uso de potestades unilaterales una vez ha operado la caducidad, pues, ello tendría el efecto de revivir, indebidamente, los plazos perentorios en los cuales es posible reclamar judicialmente los derechos y obligaciones derivados del contrato estatal; en

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 31 de marzo de 2023, exp. 56.002, MP María Adriana Marín.

esas condiciones, la liquidación del contrato y la declaración de incumplimiento proceden dentro del término de caducidad del medio de control, el cual, a su vez, es el plazo máximo para efectuar la liquidación.

7) En ese contexto, no es viable acoger el argumento de la apelación según el cual los términos para la liquidación del contrato no afectan la posibilidad de declaración de incumplimiento contractual, pues, una vez expirada dicha oportunidad y, con ella, la posibilidad de reclamar judicialmente cualquier aspecto propio de la ejecución del contrato, cesa la posibilidad de que las partes ejerzan válidamente las potestades unilaterales reconocidas por la ley o la convención.

8) Con todo, la Sala precisa que en este específico caso concreto que se resuelve, la pérdida de competencia de la administración para declarar el incumplimiento del contrato no devino como consecuencia de la expiración de la posibilidad de liquidar el contrato -toda vez que las decisiones demandadas no adoptaron el cruce de cuentas final del contrato ni fueron dictadas por fuera de la oportunidad para hacerlo- sino del sometimiento previo de la puntual y específica controversia sobre el cumplimiento del contrato al conocimiento de esta jurisdicción, pues, la parte demandante probó que con antelación a la expedición de los actos administrativos demandados formuló demanda de controversias contractuales en contra de la entidad territorial contratante en la cual debatió idénticos hechos a los que fueron objeto de pronunciamiento en sede administrativa⁸.

9) En efecto, está probado que en la demanda promovida por el contratista en forma previa a la declaración de incumplimiento cuya nulidad se pretende (fls. 797 y ss cdno. 7 índice 2 SAMAI) este solicitó (i) que se declare incumplido al municipio de Pasto, (ii) que se le condene a indemnizar los perjuicios causados con el incumplimiento, (iii) que se ordene pagar el valor de los equipos suministrados y que la contratante adeuda, (iv) se le indemnice el daño emergente, (v) la afectación al buen nombre comercial y, (vi) que se liquide judicialmente el contrato.

⁸ En el sistema de información judicial SAMAI se verifica que la demanda antes referida fue radicada el 20 de octubre de 2017 y en el presente expediente consta fue admitida mediante auto de 16 de abril de 2018 (fl. 691 cdno. 7 índice 2 SAMAI), fechas ambas anteriores al 30 de abril de 2018 cuando fueron expedidos los actos administrativos demandados.

10) En el referido proceso judicial, el cual se tramita actualmente en primera instancia ante el Tribunal Administrativo de Nariño con el número de radicación 52001-23-33-000-2017-00573-00 y que para la fecha de elaboración del proyecto de decisión está al despacho en dicha Corporación pendiente de proferir sentencia según la información incorporada al sistema de gestión judicial SAMAI, se alegó en forma expresa que el contratista cumplió con las especificaciones de los bienes adquiridos por la contratante, que los entregó, que las demoras en la entrega son imputables al Municipio de Pasto porque no dispuso oportunamente el lugar para recibirlos; por su parte, en los actos administrativos demandados, la entidad territorial decidió que el contratista incumplió las especificaciones técnicas y no entregó a tiempo pese a que a que el municipio estuvo presto a recibir, con lo cual tuvo por zanjada en sede administrativa la controversia que, previamente, fue sometida a decisión del juez del contrato por parte del contratista. En la siguiente tabla se ilustran la coincidencia entre el objeto de la demanda del expediente antes identificado y las decisiones por las cuales se declaró el incumplimiento del contrato:

Demanda de la Unión Temporal Clinimédica Pasto SAS – Servicios Biomédicos de Nariño SAS en el expediente 52001-23-33-000-2017-00573-00 dirigida a la declaración de incumplimiento por parte de la contratante y a la liquidación judicial del contrato	Argumentos de las Resoluciones números 064 y 065 de 30 de abril de 2018 por las cuales se declaró el incumplimiento del contrato por parte del contratista.
1. El contratista invirtió la totalidad del anticipo en la compra de los equipos objeto de suministro (fl. 19 demanda). 2. El contratista requirió al municipio de Pasto para que dispusiera el sitio para entrega de los equipos y solo faltando cinco (5) días para la expiración del plazo contractual (incluidas las adiciones que tuvieron que firmarse por tal causa) el ente territorial definió un nuevo sitio para la entrega (fl. 56 demanda). 3. El contratista entregó los equipos objeto de suministro los cuales cumplían las especificaciones contratadas y estos fueron recibidos a satisfacción por la entidad territorial y la interventoría (fl. 59 demanda). 4. La entidad territorial incumplió su obligación de pagar el 45% de los equipos suministrados y solo pagó el anticipo de 50% (fl. 60 demanda); la interventoría no	1. <i>“El contratista si bien es cierto recibió un anticipo en el mes de diciembre de 2015 por la suma de \$1.680.522.901, no había reportado el destino que se le dio al mismo, requerimientos que le hizo la interventoría hasta el día 15 de abril de 2016”</i> (fl. 788 cdno. 1). 2. <i>El municipio de Pasto al no conocer el informe de interventoría y su respectivo concepto, no puede asumir el riesgo de recibir los equipos.” (...) “el hecho de no contar con el Hospital para la entrega e instalación de los elementos biomédicos, no significaba que el municipio estuviera incumpliendo el contrato (...) ya que desde junio de 2016 determinó el sitio de recepción provisional (...). (fl. 788 cdno. 1). (...) “la administración no puede aceptar elementos que no cumplan con las condiciones técnicas exigidas”</i> (fl. 794 cdno. 1).

entregó a tiempo el informe final del contrato y la falta de entrega de algunos equipos restantes es atribuible a la falta de pago del precio en las condiciones acordadas (fl. 61 demanda).	3. “El contratista no cumplió con la entrega de 205 elementos de los 1.488 objeto del presente contrato”. (fl. 771 cdno. 1). 4. “Según los informes de interventoría, el contratista debió haber entregado antes del 7 de octubre de 2016, 1488 elementos contratados más sin embargo se estimó inicialmente por al interventoría que no se cumplió en razón a que faltó aproximadamente un 20%” (fl. 793 cdno. 1) (...) el valor de los 335 elementos que cumplen con los requisitos es de \$1.389.479.645,88 suma debidamente indexada al año 2015, lo que significa que el contratista no invirtió la totalidad del anticipo (...) el valor de los bienes entregados no superó el valor del anticipo.” (fl. 794 cdno. 1).
---	--

11) Según se ilustra en el cuadro anterior, el reclamo judicial inicial del contratista estuvo encaminado a sostener que (i) invirtió el anticipo en su totalidad, (ii) la demora en la entrega de los bienes adquiridos es atribuible a la entidad territorial por no disponer de instalaciones físicas necesarias para efectuarla, (iii) los equipos cumplían las especificaciones contratadas y, (iv) el municipio incumplió con la cláusula de forma de pago; por su parte, los actos administrativos demandados declararon que hubo incumplido del contratista porque (i) el anticipo solo fue parcialmente invertido, (ii) la entidad dispuso oportunamente un sitio provisional para la entrega de los bienes, (iii) algunos equipos suministrados no cumplían con las especificaciones contratadas y (iv) el municipio no incurrió en mora en el pago porque lo entregado a satisfacción no superó el valor del anticipo.

12) En los referidos términos se colige, fundadamente, que a partir de la fecha de presentación de la demanda⁹ que se tramita con el número de radicación 52001-23-33-000-2017-00573-00 ante el Tribunal Administrativo de Nariño, la administración contratante perdió competencia para declarar el incumplimiento del contrato en relación con los específicos puntos que dieron lugar a ello, pues, precisamente, son coincidentes con la controversia que, en forma previa, el contratista promovió ante la

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1° de junio de 2020, exp. 48.522, MP Alberto Montaña Plata en la cual la Sala consideró que el fenómeno de pérdida de competencia para liquidar el contrato por haberse solicitado la liquidación judicial del contrato opera desde la fecha de presentación de la demanda.

jurisdicción; por ende, se concluye que a través de los actos administrativos demandados (expedidos el 30 de abril de 2018) la administración se arrogó, indebidamente, la decisión de aspectos que ya habían sido sometidos al juez natural del contrato.

13) En ese contexto, para este específico caso, la pérdida de competencia de la administración para declarar el incumplimiento del contratista se configuró como consecuencia de la demanda del contratista, por medio de la cual el conocimiento y decisión de los precisos y puntuales hechos que dieron origen a la expedición de los actos unilaterales que se anulan quedaron sometidos a la decisión del juez y, en consecuencia, la administración no podía pronunciarse, válidamente, sobre el incumplimiento específico del contratista de las obligaciones que dieron lugar a la controversia judicial que ya había iniciado en virtud de la demanda promovida por el contratista en el momento en que fueron expedidos los actos demandados. Al respecto, precisa la Sala lo siguiente:

a) El hecho de que el contratista formule una demanda con el propósito de obtener la declaración de incumplimiento de la entidad contratante, en principio, impide a esta última ejercer la potestad de declarar el incumplimiento del contratista, por cuanto ese aspecto pasa a ser de competencia del juez del caso.

b) Sin embargo, sí es jurídicamente factible que la administración ejerza dicha facultad a pesar de que el contratista ha demandado el incumplimiento de ella, cuando la razón o el fundamento que tiene la entidad contratante para declarar incumplido a su contratista tiene por fundamento fáctico y jurídico un motivo sustancialmente distinto al invocado por este último en la demanda; en otros términos, cuando la base de la demanda del contratista tiene por matriz o sustento el incumplimiento de unos deberes u obligaciones contractuales distintos a aquellos que la entidad contratante estima desatendidos por este.

c) En este caso concreto objeto de análisis es claro que la discusión relativa al incumplimiento contractual versa sobre unos mismos deberes u obligaciones, pues, en la demanda formulada por el contratista en el expediente 52001-23-33-000-2017-00573-00 se reclama el incumplimiento del municipio de Pasto por el hecho de que esta no garantizó las condiciones para recibir los equipos ni pagó lo necesario para

ello, mientras que los actos demandados concluyen que fue el contratista quien no se allanó a cumplir con la entrega de estos bienes, de donde se deriva que la controversia entre las partes se circunscribe a la imputabilidad de la no entrega de los equipos objeto de suministro, aspecto que quedó sometido al juez con la demanda promovida por el contratista en el referido caso.

15) Por ende, la Sala confirmará la decisión apelada por medio de la cual el tribunal de primera instancia decretó la nulidad de los actos administrativos demandados por medio de los cuales el Municipio de Pasto declaró el incumplimiento del contrato número 20153486 de 7 de diciembre de 2015 por parte del contratista, toda vez que se profirieron luego de que el contratista presentó demanda en la cual pidió declaración judicial respecto de los mismos hechos y situaciones que fueron objeto de pronunciamiento por parte de la contratante, se reitera, sin analizar el cumplimiento del contratista porque ese puntual aspecto de la decisión de primera instancia no fue apelado.

3. Costas

En los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 (numeral 3) del CGP, como se desestimó el recurso de apelación de la parte demandada, esta asumirá las costas procesales de la segunda instancia, las cuales deberán ser liquidadas en forma concentrada por el tribunal de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º) **Confírmase** la sentencia de 28 de julio de 2023 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Primera de Decisión.

Expediente: 85001-23-33-000-2018-00417-01 (70.381)
Demandante: Unión Temporal Clinimédica Pasto SAS – Servicios Biomédicos de Nariño SAS
Controversias contractuales

2°) Condénase en costas al Municipio de Pasto en favor de la Unión Temporal Clinimédica Pasto SAS – Servicios Biomédicos de Nariño SAS, **tásense** en forma concentrada en el tribunal de primera instancia.

3°) Por Secretaría **remítase** copia de la presente sentencia al Tribunal Administrativo de Nariño con destino al proceso radicado con el número 52001-23-33-000-2017-00573-00, para lo de su competencia.

4°) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Presidente de Subsección

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

(firmado electrónicamente)
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(salvamento de voto)

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Sección Tercera – Subsección del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.