

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)

Bogotá, D.C., ocho (08) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)

Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Demandado: Fondo de Previsión Social del Congreso - Fonprecon

Referencia: Acción contractual

Temas: Caducidad de la acción de controversias contractuales – contratos susceptibles de liquidación; valor probatorio de las copias simples en el régimen de contratación estatal; causales de nulidad de los actos administrativos; nulidad de actos administrativos por incompetencia de los servidores público; declaratoria de incumplimiento contractual por la administración; competencia de la entidad estatal para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; competencia de las entidades para declarar la ocurrencia del siniestro; competencia de la entidad para declarar la ocurrencia del siniestro cuando el amparo es el de cumplimiento de las obligaciones contractuales; término para la liquidación de los contratos estatales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de mayo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Subsección B, mediante la cual se dispuso denegar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

El 29 de marzo de 2007¹, el señor Jeiner Guilombo Gutiérrez, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda contractual contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - Fonprecon, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0367 del 6 de marzo de 2006, acto administrativo por medio del cual Fonprecon declaró el incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales No. 020 del 8 de marzo de 2004 celebrado con el Dr. Guilombo, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y dispuso la publicación de la misma decisión.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0762 del 19 de mayo de 2006, mediante la cual Fonprecon resolvió el recurso de reposición interpuesto por el contratista contra la Resolución No. 0367 del 6 de marzo de 2006, confirmándola en todas y cada una de sus partes.

TERCERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0257 del 13 de febrero de 2007, por medio del cual Fonprecon liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios profesionales No. 020 del 8 de marzo de 2004.

CUARTA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0881 del 7 de mayo de 2007, por medio de la cual Fonprecon resolvió el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora contra la Resolución No. 0257, que liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios profesionales No. 020 del 8 de marzo de 2004, confirmándola en todas y cada una de sus partes.

QUINTA.- Que se declare que Fonprecon incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales No. 020 del 8 de marzo de 2004.

SEXTA.- Que se declare que el Dr. Guilombo cumplió el contrato de prestación de servicios profesionales No. 020 del 8 de marzo de 2004.

SÉPTIMA.- Que se declare que, en desarrollo del contrato de prestación de servicios profesionales No. 020 del 8 de marzo de 2004, se presentaron situaciones imprevistas que afectaron el equilibrio económico y financiero del contrato en contra del demandante.

OCTAVA.- Que se declare que, en desarrollo del contrato de prestación de servicios profesionales No. 020 del 8 de marzo de 2004, Fonprecon se enriqueció sin justa causa en detrimento del patrimonio del demandante.

NOVENA.- Que se declare que el Dr. Guilombo tiene derecho al pago de honorarios profesionales por su gestión, de conformidad con lo

¹ Folio 2 a 56. C. 1.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

dispuesto en las tarifas señaladas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 para las agencias en derecho.

DÉCIMA.- Que como consecuencia de la prosperidad de todas, o cualquiera de las pretensiones anteriores, se condene a Fonprecon a pagar al demandante todas las sumas que le adeude por su labor profesional, así como a indemnizarlo plenamente por los perjuicios y sobre costos de toda naturaleza resultantes para dicho demandante, tanto de la ejecución de los actos administrativos que se impugnan, como de la conducta contractual y de la ejecución del contrato por parte de Fonprecon, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante, junto con la actualización monetaria de tales perjuicios y los intereses que en derecho correspondan.

DÉCIMA PRIMERA.- Que se liquide judicialmente el contrato de prestación de servicios profesionales No. 020 del 8 de marzo de 2004 y que en tal liquidación se incluyan los valores que correspondan en favor del demandante, de conformidad con lo que resulte probado dentro del proceso.
(...)"

2.- Hechos

La parte actora soportó su demanda en los hechos que se sintetizan a continuación:

2.1. Entre Fonprecon y el señor Jeiner Guilombo Gutiérrez, se celebró el contrato de prestación de servicios 020 de 8 de marzo de 2004, cuyo objeto era la gestión del cobro de cuotas partes jubilatorias y bonos pensionales que le adeudaban a la entidad.

2.2. Conforme a las obligaciones del contrato, el contratista se obligaba a llevar a término la gestión de cobranza hasta su conclusión definitiva, especialmente en los procesos ejecutivos. Las partes determinaron que la contraprestación económica del contratista debía obtenerse de la condena en costas hecha por cada juzgado, por tanto solo se presentarían al finalizar el contrato.

2.3. La entidad incumplió sus obligaciones de entregar al contratista todos los documentos e información necesaria para desarrollar su labor, lo que le impidió cumplir a cabalidad su función.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

2.4. En el contrato se pactaron las cláusulas excepciones de interpretación, modificación, terminación unilateral y declaratoria de caducidad pero nada se dijo respecto a la declaratoria unilateral de incumplimiento.

2.5. La obligación de la elaboración de los títulos ejecutivos complejos para iniciar los procesos, recaía en la entidad demandada, los cuales presentaron inconsistencias, errores y vacíos que dificultaban su cobro.

2.6. El 17 de agosto de 2004, se suscribió otro sí al contrato, en el sentido de facultar al actor a celebrar audiencias de conciliación, previa autorización del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la entidad.

2.7. El actor presentó informes de sus actividades, sin embargo expresó en la demanda que no tenía objeto presentar los mismos cuando no habían novedades en los procesos judiciales.

2.8. La entidad envió varias comunicaciones al demandante requiriendo información y poniendo de presente inconsistencias entre los informes entregados y lo obrado en los procesos.

2.9. El 8 de marzo de 2006, el señor Jeinner Guilombo Gutiérrez remitió a la entidad comunicación en el que señalaba la terminación del contrato por vencimiento del término.

2.10. El 14 de marzo de 2006, se le notificó la Resolución 0367 del mismo mes y año que declaró el incumplimiento del contrato y ordenó hacer efectiva la póliza de garantía, entre otras. La anterior decisión fue recurrida y confirmada en su integridad por la Resolución 762 de 19 de mayo de 2006, la cual aduce nunca le fue notificada.

2.11. Mediante Resolución 257 de 13 de febrero de 2007, se liquidó unilateralmente el contrato, decisión, que una vez recurrida, fue confirmada en todas sus partes.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

2.12. Puso de presente que, conforme a la cláusula quinta del contrato, la entidad cedería al contratista, la totalidad de las costas.

2.13. La parte actora alegó el incumplimiento del contrato por parte de Fonprecon, el rompimiento del equilibrio económico del mismo, la improcedencia de la declaratoria unilateral de incumplimiento y de la imposición de sanciones así como el enriquecimiento sin justa causa de la entidad.

3.- Actuación procesal de primera instancia

3.1.- Mediante auto del 9 de mayo de 2007², se admitió la demanda y dispuso la notificación personal a la entidad demandada y al Agente del Ministerio Público.

3.2.- El 10 de julio de 2007, la parte actora corrigió la demanda, la cual fue admitida por auto del 1° de agosto del mismo año³.

3.3.- El Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - Fonprecon- a través de apoderado, contestó la demanda y su corrección, se opuso a las pretensiones de la misma por carecer de presupuestos fácticos y jurídicos y propuso la excepción de “falta de causa jurídica para pedir fiel cumplimiento de los principios de la contratación estatal”.

Como argumento de defensa sostuvo que el actor incumplió el contrato puesto que no presentó los informes mensuales a los que estaba obligado, realizó una indebida gestión y no inició procesos por la totalidad de la cartera entregada.

Puso de presente que la mayoría de los procesos no lograron culminarse a favor de la entidad, y en varios de ellos se declararon nulidades, asimismo, señaló que en los procesos favorables durante el contrato, las costas y honorarios eran a favor de contratista y en los que se encontraban en curso, una vez la entidad recibiera alguna suma por costas, las entregaría en forma proporcional al demandante.

² Folio 59 C. 1.

³ Folio 147, C. 1.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Realizó una relación de los procesos iniciados por el actor, que fueron favorables a la entidad y susceptibles de ser liquidadas las costas a su favor.

Manifestó que la entidad no se comprometió a pagar ningún valor al contratista, que la remuneración del contrato consistía en los honorarios pagados por los deudores, costas y agencias en derecho.

3.3.- Mediante auto del 12 de diciembre de 2007, se abrió a pruebas el proceso⁴; por providencia del 6 de mayo de 2009, se decretó un dictamen para resolver una objeción por error grave y por proveído del 10 de diciembre del mismo año, se corrió traslado del mismo.

3.4.- El 3 de marzo de 2010, se corrió traslado para alegar de conclusión⁵.

3.5- El apoderado de la parte actora consideró que no está demostrado el error grave por el cual fue objetado el primer dictamen pericial practicado en el proceso y por tanto, este debe tenerse en cuenta. Sostuvo que se demostró en el proceso las posibilidades de éxito de la gestión judicial realizada por el demandante.

3.6- Por su parte, el apoderado de la parte demandada sostuvo que al actor se le encargó el cobro de 380 cuotas partes y solo gestionó 143, por tanto incumplió el contrato, de esas 143, señaló que solo 18 se encuentran en trámite, los demás procesos fueron anulados por falta de jurisdicción o rechazados o negados los mandamientos de pago. Reiteró los demás incumplimientos del contratista al no presentar los informes mensuales a los que estaba obligado y sustituir poderes sin que se hubiera configurada causal alguna de fuerza mayor, como lo estipulaba el contrato.

3.7.- El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó denegar las pretensiones de la demanda. Adujo que se encontraba probada la sustitución de los poderes a quien no realizó la labor con debida diligencia y desconociendo las pautas contractuales; agregó que tampoco cumplió con su deber de presentar informes mensuales y los entregados no cumplieron con las especificaciones

⁴ Folio 165, C. 1.

⁵ Folio 295, C. 1.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

exigidas, por tanto, concluyó que no se desvirtuó la legalidad de los actos demandados.

Consideró que la entidad si estaba facultada para declarar el incumplimiento del contrato conforme a lo estipulado en el artículo 17 de la Ley 1150.

Respecto a la retribución económica reclamada por el contratista, puso de presente que en el contrato se pagó una cuota litis, cuya causación depende del resultado favorable del proceso y de los gestionados por el actor durante el término del contrato, no aparece prueba en que se haya otorgado el pago de costas.

4.- La sentencia apelada

En sentencia del 26 de mayo de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Subsección B denegó las pretensiones de la demanda al considerar que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad puesto que se evidenció el incumplimiento del contratista frente a las obligaciones contraídas.

Respecto al supuesto incumplimiento de la entidad en el pago de honorarios, el Tribunal puso de presente que el contratista tenía derecho a unas costas y no existe certeza acerca de los procesos en los que se decretaron las mismas.

En cuanto a la ruptura de la ecuación económica del contrato, consideró que el mismo no se demostró y por el contrario reiteró que se comprobaron los diversos incumplimientos del contratista.

En cuanto al enriquecimiento sin justa causa reclamado, señaló que no se cumplieron los requisitos para su configuración.

5.- El recurso de apelación

5.1.- El 16 de junio de 2010, la parte demandante interpuso recurso de apelación⁶.

5.2.- El recurso fue concedido mediante auto del 14 de junio de 2010⁷.

⁶ Folios 346, C. Ppal.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

6.- Actuación en segunda instancia

6.1. Por auto del 27 de octubre de 2010, se corrió traslado a la parte actora para sustentar el recurso de apelación⁸.

6.2. La parte actora, por intermedio de apoderado, sustentó la apelación y sostuvo, respecto de las sustituciones de los poderes, que conforme al modelo de poder otorgado por la entidad, era procedente sustituir.

Puso de presente que se presentaron 12 informes de gestión, por tanto se cumplió con dicha obligación.

Respecto a la remuneración a la que tenía derecho, sostuvo que en el contrato se pactó como remuneración mínima la suma de \$50'000.000 y para obtener los pagos era necesario concluir los procesos, lo cual no pudo lograr por la terminación del contrato. Agregó que la entidad no continuó con los procedimientos judiciales.

7. El recurso fue admitido el 24 de noviembre de 2010⁹ y por auto de 13 de diciembre del mismo año¹⁰, se ordenó correr traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público.

7.1. La parte actora reiteró las manifestaciones aducidas en el recurso de apelación.¹¹

7.2. El Ministerio público rindió concepto en el que solicitó confirmar el fallo apelado. Adujo que el incumplimiento se encuentra demostrado en el proceso y señaló que la remuneración del contratista dependía de las costas y agencias en derecho fijadas en los procesos judiciales conforme a lo establecido en la ley procesal. Sobre el valor de \$50.000.000 relacionado en la cláusula cuarta del contrato, sostuvo que solo era para efectos fiscales y de constitución de garantías.

⁷ Folio 348, C. Ppal.

⁸ Folios 354, C. Ppal.

⁹ Folio 360, C. Ppal.

¹⁰ Folio 363, C. Ppal.

¹¹ Folio 364 y 365, C. Ppal.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

7.3. La parte demandada guardó silencio.

8. El proceso ingresó a Despacho para fallo el 16 de febrero de 2011¹².

9. Mediante memorial obrante a folio 360, el actor aportó contrato de cesión del 50% de los derechos litigiosos. Por auto del 22 de octubre de 2014¹³, se tuvo como litis consortes del cedente a los señores Hugo Alberto Hernández y Santiago Lopera López, toda vez que la entidad no aceptó expresamente los negocios jurídicos de cesión.

II.- CONSIDERACIONES

Cumplidos con los trámites propios de esta instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a pronunciarse sobre el asunto de la referencia para lo cual abordará los siguientes puntos: i) competencia, ii) acervo probatorio, iii) caducidad, iv) el valor probatorio de las copias simples en el régimen de contratación estatal v) causales de nulidad de los actos administrativos, vi) vicios de los actos administrativos por incompetencia de los servidores público, vii) el incumplimiento contractual, viii) competencia de la entidad estatal para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, ix) competencia de las entidades para declarar la ocurrencia del siniestro, x) competencia de la entidad para declarar la ocurrencia del siniestro cuando el amparo es el de cumplimiento de las obligaciones contractuales, xi) la liquidación de los contratos estatales, xii) caso concreto.

1. La competencia para conocer del caso objeto de estudio

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por los artículos 129 y 132 del Código Contencioso Administrativo, la cuantía exigida

¹² Folio 351, C. Ppal.

¹³ Folios 373 a 376, C. Ppal.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos y en segunda por el Consejo de Estado, para el año 2007, era de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, correspondientes a \$216'850.000 y en el presente caso, la parte actora estimó como pretensión la suma de \$10.303'083.714,79.

2. Acervo probatorio

1. Copia del contrato de prestación de servicios 020 del 8 de marzo de 2004, suscrito entre el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y el señor Jeiner Guilombo Gutiérrez, cuyo objeto consistía en “gestionar el cobro de las cuotas partes jubilatorias y bonos pensionales que le adeudan a la entidad a través de mecanismos jurídicos de cobro directo o prejurídico, Conciliación Prejudicial o Judicial y Demanda Judicial, a fin de lograr el pago de las sumas de dinero adeudadas y no pagadas por las entidades de derecho público y privadas, por los conceptos antes indicados.

En relación al valor del contrato y forma de pago, se estipuló:

“CUARTA.- VALOR DEL CONTRATO: El presente contrato es de cuantía indeterminada. Fiscalmente se considera como cuantía del mismo para la constitución de garantías la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (50'000.000), tomando como parámetro el estimado de ingresos mínimos a percibir por el CONTRATISTA por el desarrollo de su labor. QUINTA.- CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATISTA: Por la gestión del cobro de las cuotas partes jubilatorias y bonos pensionales que le adeudan a la entidad, a través de los mecanismos jurídicos de Cobro Directo o Prejurídico, Conciliación Prejudicial y cobro coactivo, la remuneración del contratista corresponderá a una suma adicional al adeudado por la entidad morosa, hasta en un 15% del valor total recaudado, sin importar que los dineros se capten en forma coactiva o extrajudicial. PARAGRAFO PRIMERO: Si se hace necesario adelantar procesos judiciales, se acuerda que los honorarios serán los que tase el respectivo Juzgado, razón por la cual, en los poderes que el FONDO confiera cederá la totalidad de las costas a favor del contratista. (...)

OCTAA: HONORARIOS PROFESIONALES: Para la cancelación de la remuneración del CONTRATISTA por concepto la prestación de los servicios profesionales materia del presente contrato, ésta la cancelará directamente el deudor de acuerdo a lo previsto en la cláusula QUINTA del presente contrato, en ningún caso el FONDO responderá



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

por el pago al CONTRATISTA que no obtenga remuneración por su gestión”¹⁴.

2. Copia del acta de reunión llevada a cabo entre Fonprecon y los abogados externos encargos del cobro de cuotas partes, con el objeto de unificar criterios sobre los cobros jurídicos¹⁵.
3. Copia del otro sí al contrato 020 de 2004, en el que se adicionó su cláusula segunda, en el sentido que el contratista está obligado a celebrar audiencias de conciliación de conformidad con el objeto contractual y previa autorización del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la entidad¹⁶.
4. Copia del informe de gestiones profesionales 30 de julio de 2004, presentado por el actor, en el que relacionó lo atinente a las demandas judiciales presentadas para el cobro de 122 cuotas partes¹⁷.
5. Copia del reporte de novedades de 6 de septiembre de 2004¹⁸.
6. Copia de oficio de 9 de septiembre de 2004, dirigido por el actor a la entidad, mediante el cual anexa comunicaciones del Municipio de Cali respecto a unas cuentas de cobro que presentaban inconsistencias y otros que habían sido canceladas en el año 2003¹⁹.
7. Copia del informe de gestión de 17 de septiembre de 2004, en el que se hace una relación del estado en que se encuentran los procesos adelantados por el actor, para el cobro de cuotas parte. Asimismo, anexó comunicaciones de los Municipios de Buenaventura y la Dagua en los que se informó que los entes territoriales se encuentran en proceso de reestructuración y por tanto, no se admiten acreencias; y del Municipio del Dovio, Valle en el que se señaló que no había prueba de la vinculación del trabajador cuya cuota pensional se estaba cobrando, con el municipio²⁰.
8. Copia del informe de gestión del 24 de enero de 2005, en el que se hace una relación del estado en que se encuentran los procesos adelantados por el actor, para el cobro de cuotas parte²¹.
9. Relación de cuotas partes entregadas al actor para cobro, en total se hace constar la entrega de 376²².

¹⁴ Folios 1 a 6, C. 2.

¹⁵ Folios 7 y 8, C. 2.

¹⁶ Folio 10, C. 2.

¹⁷ Folios 11 al 15, C. 2.

¹⁸ Folios 15 y 16, C. 2.

¹⁹ Folios 17 a 40, C. 2.

²⁰ Folios 42 a 46, C. 2.

²¹ Folios 47 y 48, C. 2.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

10. Copia de ampliación de informe de cuotas pares del 7 de marzo de 2005, en el que se hizo constar que hasta la fecha no se había obtenido ningún pago de cuotas partes²³.
11. Informe preliminar sobre los procesos radicados en Bogotá, de 13 de marzo de 2005²⁴.
12. Copia del oficio de 8 de junio de 2005, en el que el actor informa a Fonprecon sobre un levantamiento de medidas cautelares, para lo cual anexó copia del memorial radicado en el correspondiente juzgado, suscrito por el abogado Juan Carlos Gil²⁵.
13. Copia del informe de gestión del 15 de junio de 2005, en el que se hace una relación del estado en que se encuentran los procesos adelantados por el actor, para el cobro de cuotas parte. Indicó que muchas demandas fueron rechazadas por problemas del título ejecutivo y manifestó que había tenido dificultad para averiguar información cuando se debe demandar a entes territoriales²⁶.
14. Copia del informe de gestión del 16 de agosto de 2005, en el que se hace una relación del estado en que se encuentran los procesos adelantados por el actor, para el cobro de cuotas parte²⁷.
15. Copia del oficio de 1 de septiembre de 2005, en que el contratista da respuesta a unos requerimientos realizados por la entidad. Explicó las razones por las que sustituyó algunos poderes y el por qué no pudo realizar cabalmente su gestión.
16. Copia del oficio de 15 de febrero de 2006, mediante el cual el contratista da respuesta a una comunicación de la entidad, en el sentido de relatar las actividades desarrolladas y las dificultades que presentó durante el desarrollo del contrato. Puso de presente que un proceso fue favorable a los intereses de la entidad²⁸.
17. Copia de la Resolución 0367 de 6 de marzo de 2006, por la cual se declaró el incumplimiento del contrato 020 de 2004, se ordenó hacer efectiva una cláusula penal pecuniaria y hacer efectiva la póliza de garantía. En los

²² Folios 49 a 58, C. 2.

²³ Folios 59 a 61, C. 2.

²⁴ Folios 62 a 68, C. 2.

²⁵ Folios 69 a 70, C. 2.

²⁶ Folios 71 y 72, C. 2.

²⁷ Folios 73 a 80, C. 2.

²⁸ Folios 90 y 91, C. 2.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

fundamentos del acto administrativo, se puso de presente que el contratista no entregó los informes solicitados y en los formatos requeridos, solo presentó informes esporádicos o bajo exigencia del supervisor; agregó que el contratista, luego de 23 meses de ejecución del contrato, no había logrado recaudar una sola cuota parte; manifestó que no eran de recibo las sustituciones de poder que había realizado. La entidad indicó que el actor debió haber apelado una sentencia que le fue desfavorable y hasta la fecha de la decisión sancionatoria no lo había demostrado. Finalmente, se realizó una relación de las actuaciones dejadas de realizar por el contratista ante los diferentes despachos judiciales y de las cuotas partes frente a las cuales no se realizaron reclamaciones²⁹.

18. Copia del recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra la anterior decisión³⁰.
19. Copia de la Resolución 0762 de 19 de mayo de 2006, que resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar al acto administrativo recurrido y ordenar la liquidación del contrato³¹.
20. Copia de la Resolución 0257 de 13 de febrero de 2007, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato 020 de 2004, en el sentido de determinar que el contratista le adeudaba a la entidad el valor de la cláusula penal pecuniaria, esto es \$5'199.100 y que el contratista tenía derecho a las agencias en derecho proporcional a su actuación³². La anterior decisión fue confirmada mediante Resolución 0881 de 7 de mayo de 2007³³.
21. Copia del oficio de 3 de septiembre de 2004, en el que Fonprecon unificó criterios sobre los conceptos de prescripción u pérdida de fuerza ejecutoria de las cuotas partes pensionales y los procedimientos a seguir en caso que se soliciten transacciones o conciliaciones³⁴.
22. Copia de los oficios del 4 de febrero, 8 de junio y 5 de agosto de 2005, en los que la jefe de la Oficina Jurídica de Fonprecon solicita al contratista información sobre el estado de los cobros de cuotas partes pensionales, así

²⁹ Folios 96 a 113, C. 2.

³⁰ Folios 114 a 129, C. 2.

³¹ Folios 130 a 141, C. 2.

³² Folios 145 a 174, C. 2.

³³ Folios 231 a 238, C. 2.

³⁴ Folios 180 a 186, C. 2.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

como aclaraciones sobre unas actuaciones llevadas a cabo en procesos judiciales y requiere los informes mensuales de gestión³⁵.

23. Copia de oficio de 16 de agosto de 2005, en el que la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Fonprecon pone de presente las inconsistencias entre los informes del contratista y la realidad de un proceso llevado a cabo en la ciudad de Tunja, aunado a que no figuraba como apoderado el actor y no había asistido a las audiencias a las que había sido convocado³⁶.
24. Copia del oficio de 3 de febrero de 2006, en el que la entidad pone de manifiesto al contratista sus incumplimientos contractuales³⁷.
25. Constancias expedidas por diferentes despachos judiciales y copias de los procesos judiciales en las que se consignó que en los procesos iniciado por Fonprecon, el apoderado Jeiner Guilimbo sustituyó el poder sin actuar, a quienes presentaron las demandas; asimismo, se indicaron las razones por las que se declararon probadas excepciones o se rechazaron las demandas³⁸.
26. Constancia de 10 de junio de 2008, emanada del Juzgado Once Laboral de Bogotá, en la que se hace constar que un proceso iniciado por Fonprecon y cuyo apoderado era el actor, se archivó porque nunca se notificó al demandado³⁹.
27. Copia auténtica del expediente del contrato 020 de 200, de la que se destaca:
 - Constancia de pago de la cláusula penal por parte de Liberty Seguros S.A⁴⁰.
28. Dictamen pericial rendido dentro del proceso con el fin de determinar las sumas que ha debido percibir el actor⁴¹.
29. Poder otorgado por el actor al Doctor Jhon Roberto Carrillo, con el fin de notificarse de la Resolución 0762 de 2006, cuya constancia de notificación obra a folio 194 vuelto del cuaderno 1.
30. Dictamen pericial practicado para resolver la objeción por error grave⁴².

3. Caducidad de la acción

³⁵ Folios 187, 190, 197 a 199, C. 2.

³⁶ Folios 200 y 201, C. 2.

³⁷ Folios 212 a 221, C. 2.

³⁸ Folios 270 a 277, 281 a 438, C. 2, 206, C.1.

³⁹ Folio 439, C. 2.

⁴⁰ Folio 9, C.3.

⁴¹ Folios 232 a 249, C.1.

⁴² Cuaderno 4.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Respecto al término de caducidad de la acción contractual, establece el artículo 136 del CCA, lo siguiente:

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

“a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta;

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

e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", y

f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento”.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Como el presente contrato estaba sujeto a liquidación, en los términos de los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993⁴³, el supuesto que rige la caducidad es el establecido en el literal d) esto es, a más tardar dentro de los dos años siguientes contados desde que debió liquidarse el contrato, así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sección:

“Por consiguiente si, cuando es menester la liquidación del contrato, hay un plazo legalmente señalado para realizarla, bien sea de común acuerdo o bien sea de manera unilateral, y si la caducidad de la acción contractual empieza a correr a partir de la respectiva liquidación, es conclusión obligada que si el plazo legalmente previsto para realizar la liquidación concluye sin que esta se hubiere hecho, irremediablemente el término de caducidad habrá empezado a correr a partir de la conclusión de este último momento y por ende ninguna incidencia tendrá en el término de caducidad una liquidación posterior.

Así las cosas, la demanda fue interpuesta dentro del término legal puesto que el contrato terminó el 8 de marzo de 2006, debió ser liquidado bilateral o unilateralmente a más tardar el 8 de septiembre del mismo año, fecha en la que comenzó a contar el plazo de dos años para ejercer la acción, la cual se interpuso el 29 de marzo de 2007, esto es antes del vencimiento del plazo legal.

4. El valor probatorio de las copias simples en el régimen de contratación estatal

⁴³ **Artículo 60°.-** De Su Ocurrencia y Contenido. [Modificado por el art. 217, Decreto Nacional 019 de 2012](#). Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. **Inciso derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, excepto el texto subrayado.**

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

Ver el Fallo del Consejo de Estado 12513 de 2000.

Artículo 61°.- De la Liquidación Unilateral. [Derogado por el art. 32, Ley 1150 de 2007](#). Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Sobre el particular, la jurisprudencia ha sido persistente al acoger una posición en relación con la valoración y vinculatoriedad que ha de proporcionársele a los documentos aportados en copia simple en todos los procesos adelantados frente a esta jurisdicción. No obstante lo anterior, es necesario señalar la posición que la jurisprudencia Constitucional ha tomado respecto de las pruebas documentales en los procesos contenciosos administrativos; la cual se fundamenta en la posibilidad que el juez de instancia debe tener para darle una valoración probatoria adecuada los documentos que a él se allegan, y asimismo poder proferir un fallo justo y equitativo acorde con los principios y valores constitucionales.⁴⁴

Así las cosas, la Corte Constitucional ha señalado:

“(…) esta Corporación ha sostenido que la certeza de los hechos invocados como fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda, a través de una prueba documental constitutiva de copias de documentos, está en relación directa con esa autenticidad. Dicha certeza configura un sustento de la eficacia de la administración de justicia y de la garantía de los derechos reconocidos en la ley sustancial. De manera que, el juez de la causa pueda determinar la utilidad, pertinencia y procedencia del material probatorio, a través de criterios objetivos y razonables, con el fin de formar su convencimiento y sustentar la decisión final, utilizando las reglas de la sana crítica (artículo 187 del Código de Procedimiento Civil).”⁴⁵

Ahora bien, diferente es la perspectiva que le brinda a este tipo de documentos la jurisprudencia de esta Corporación, comoquiera que inclusive en los eventos como los que se predicen en el *sub lite*, es decir en procesos adelantados por la acción de controversias contractuales, se ha propiciado el aceptar los documentos aportados en copia simple como medios de prueba, siempre y cuando estos hayan cumplido con una serie de requisitos; a saber:

“Para el momento en que se profirió el fallo de primera instancia, la posición jurisprudencial de esta Corporación que se encontraba en vigor correspondía a aquella de conformidad con la cual las pruebas documentales que reposaran en copia simple, en cuanto su estado desprovisto de autenticación, no gozaban de mérito probatorio por cuanto no reunían las exigencias previstas en los artículos 253 y 254 del Estatuto de Procedimiento Civil.

Sin embargo, esta postura de la Sala fue modificada a partir de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera el 28 de agosto de 2013, oportunidad en la cual se aceptó la apreciación de los documentos aportados en copia simple que han hecho parte del

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-226 del 17 de abril de 2013.

⁴⁵ *Ibídem*



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

expediente dado que frente a los mismos se surtió el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.

(...) la Sala consideró que la expedición de las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 perfiló una nueva óptica del procedimiento en cuanto de éste debían destacarse la observancia y el apego a los principios de buena fe y lealtad que les corresponde asumir las partes en el proceso, cuestión que indefectiblemente conduce a una variación en el modelo establecido por la disciplina procesal. Lo anterior “permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio” lo cual se concreta en la posibilidad de considerar aquellos documentos que obran el expediente en copia simple y respecto de los cuales las partes no han cuestionado su veracidad.

Así las cosas, acogiendo la nueva postura jurisprudencial de la Sala, los documentos aportados en copia simple por la parte actora con la presentación de la demanda también serán apreciados en esta sentencia, al igual que aquellos que se presentaron en original o en copia auténtica.⁴⁶

Lo anterior en consonancia con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera de esta Corporación el 28 de agosto de 2013, en la cual se señaló:

“En esa perspectiva, constituye una realidad insoslayable que el moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza en el caso concreto y, por lo tanto, impidan que el juez adopte decisiones denegatorias de pretensiones por exceso ritual manifiesto. Así las cosas, se debe abogar por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan la aplicación del mismo.

(...) Una de las finalidades principales del orden jurídico o normativo reside en la efectividad de los derechos y las garantías de los sujetos procesales, por lo tanto, una postura excesivamente formal deslegitima los fines esenciales del derecho procesal o adjetivo, máxime si las partes han guardado silencio a lo largo de la actuación, lo que ha permitido convalidar su postura frente a los documentos que reposan en el plenario en copia simple.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del

trece (13) de agosto de dos mil catorce (2014), Rad: 36474. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014), Rad: 31711.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Y, si bien, la Corte Constitucional en reciente sentencia del 17 de abril de 2013 consideró que la exigencia de copias auténticas deviene razonable en los términos establecidos en el artículo 254 del C.P.C., lo cierto es que en criterio de esta Sección, esa hermenéutica no es compartida por las siguientes razones: i) en ella no se analizó la problemática a la luz de los principios constitucionales de buena fe, lealtad y confianza, ii) ni se estudió el contenido y alcance del artículo 11 de la ley 446 de 1998 (en relación con documentos emanados de las partes), así como tampoco el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, iii) se echa de menos un análisis sobre el nuevo paradigma procesal contenido en las leyes 1437 de 2011 (CPACA) y 1564 de 2012 (CGP), en las cuales se eliminan o suprimen esas exigencias formales, iii) no se examinó la jurisprudencia de las demás Altas Cortes, esto es, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, iv) la sentencia de unificación de la Corte Constitucional aborda la problemática desde un razonamiento exiguo que no permite abrir el debate sobre el tópico analizado, y v) el simple argumento de reiterar la posición de la sentencia C-023 de 1998, no es válido porque en esa decisión no se estudiaron las modificaciones y cambios de cosmovisión introducidos por el legislador con las leyes 446, 1395, 1437 y 1564, antes mencionadas.

De otra parte, resulta pertinente destacar que la posibilidad de valorar la documentación que, encontrándose en copia simple ha obrado en el proceso – y por consiguiente se ha surtido el principio de contradicción, no supone modificar las exigencias probatorias respecto del instrumento idóneo para probar ciertos hechos. En otros términos, la posibilidad de que el juez valore las copias simples que reposan en el expediente no quiere significar que se releve a las partes del cumplimiento de las solemnidades que el legislador establece o determina para la prueba de específicos hechos o circunstancias”

(...) si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso.

(...) la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.” (Subrayado fuera del original).



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

En ese orden de ideas, es claro que las copias simples pueden tener el mismo valor probatorio que los documentos originales o aquellos que han sido autenticados, siempre que hallaren en el expediente a lo largo del proceso y pudieren haber sido objeto de contradicción por la parte frente a la cual fueron presentados en su contra.

Igualmente, es posible determinar que aquellos documentos en los cuales la ley prevé para su prueba, el cumplimiento de un requisito formal o sustancial, no podrá el operador jurídico pretermitir dicho deber en favor de alguna o ambas partes sean probados por una la debida contradicción, a menos que dicho documento se haya aportado en copia simple y las partes no lo tachan de falso.

5. Declaratoria de incumplimiento del contrato estatal en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007

Sobre el incumplimiento contractual ésta Subsección ha expresado:

“Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”⁴⁷ y esta situación, por regla general,⁴⁸ no da lugar a la responsabilidad civil.⁴⁹

⁴⁷ F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

⁴⁸ Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

(...) El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.”

Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediamente condenada al fracaso.

(...) Si se tiene en cuenta que la responsabilidad derivada del contrato persigue la indemnización de los perjuicios causados, como ya se dijo, y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena.

No otra cosa puede deducirse de las normas antes mencionadas que a la letra expresan:

⁴⁹ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

“Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal...”

“Artículo 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.”

“Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”⁵⁰.

Ahora bien, en los casos que el contratista estatal sea el que ha incumplido el contrato, es procedente determinar si la administración tiene la potestad de declarar dicho incumplimiento o si es necesario acudir a la justicia.

Al respecto, es necesario distinguir la figura del incumplimiento contractual a la luz de lo preceptuado en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Para el cumplimiento de los fines estatales⁵¹, el legislador ha querido dotar a la administración de una serie de potestades exorbitantes que permitan el control y buena marcha de la actividad contractual, así como garantizar el cumplimiento de la función pública⁵².

Así, conforme a lo estipulado en la legislación, estas facultades excepciones, que valga decir son regladas puesto que están limitadas en cuanto a su alcance –

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 26831.

⁵¹ Constitución Política. **ARTICULO 2.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Ley 80 de 1993. **Artículo 3º.-** *De los Fines de la Contratación Estatal.* Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

⁵² Al respecto ver sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 20 de noviembre de 2008, Rad. 17031.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

debe observarse el debido proceso – y temporalidad⁵³ y gozan de control judicial, permiten a la administración interpretar, modificar, terminar y caducar el negocio jurídico bilateral⁵⁴, así como el ejercicio de la facultad sancionatoria.

Ahora bien, respecto a la posibilidad que tiene la administración de sancionar al contratista sin necesidad de acudir al juez del contrato, se tiene que el Decreto Ley 222, en sus artículos 71 y 72, consagró la facultad de imposición de multas y de hacer efectiva la cláusula penal⁵⁵; asimismo, se permitía al contratante estatal declarar de forma unilateral el incumplimiento del contrato (art. 72).

En cuanto a la regulación establecida en la Ley 80 de 1993, esta no autorizó a la administración para la imposición de multas y menos aún para declarar el incumplimiento contractual, obligandola entonces a acudir a la jurisdicción para que fuera el juez competente quien declarara el incumplimiento del contrato e impusiera las multas estipuladas en el mismo.

Sobre la competencia para imponer multas, esta Corporación ha precisado:

“Competencia de las entidades estatales para imponer y hacer exigibles las multas en vigencia de la Ley 80 de 1993 – tesis jurisprudenciales.

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 el tema de las multas no tuvo un tratamiento pacífico en Colombia, pues la ley no

⁵³ Al respecto ver la sentencia 17.031 y 15.024.

⁵⁴ **Artículo 14º.-** *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual.* Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

(...)

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

⁵⁵ **ARTICULO 71. DE LA CLAUSULA SOBRE MULTAS.** En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.

ARTICULO 72. DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

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

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



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

consagró expresamente dicha figura en su artículo 14 como una de aquellas potestades excepcionales al derecho común, circunstancia que generó diferentes posiciones jurisprudenciales entorno a su naturaleza, la posibilidad de que las partes pudieran pactarla expresamente en los contratos y la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas de forma unilateral.

5.1. Primera postura:

La hipótesis jurisprudencial que puso en duda la existencia de una potestad sancionadora en cabeza de la administración para imponer multas ante el incumplimiento de los contratistas fue la que dio lugar a que se considerara que su imposición sólo era posible por vía judicial, lo que en términos prácticos condujo a que se generara una ruptura en el carácter coercitivo, casi inmediato del que se encontraban revestidas todas las decisiones relativas a las multas.

Así en un principio, se estimó que aunque fuera posible que las partes pudieran pactar cláusula de multas en los contratos celebrados por la administración, teniendo en cuenta que éstas no habían sido definidas por la Ley 80 de 1993 como verdaderas potestades excepcionales al derecho común, no era posible que las entidades estatales pudieran imponerlas y hacerlas exigibles de forma unilateral, sino que para ello debían acudir al juez del contrato⁵⁶.

Esta postura se fundó en el principio de legalidad, estimándose que con la expedición de la ley 80 de 1993 lo que realmente quiso el legislador fue romper con la tradición de exorbitancia de la administración pública frente a los contratos estatales, así como también limitar el amplio espectro de acciones de carácter unilateral que se le había otorgado en vigencia de los anteriores estatutos.

5.2. Segunda postura:

Conforme a ésta postura, se consideró que si bien la Ley 80 de 1993 no había definido las multas como potestades excepcionales al derecho común, la posibilidad de que las partes convinieran su imposición y exigibilidad se encontraba autorizada por normas de derecho privado que regulaban la materia.

Pero además de que se aceptara la posibilidad de que las partes convinieran la posibilidad de que la administración impusiera multas ante incumplimientos parciales en los que incurriera el contratista, ésta también ostentaba la facultad para hacerlas exigibles de forma unilateral sin necesidad de acudir al juez para ello, facultad que se derivaba del carácter ejecutivo de los actos administrativos según el artículo 64, 77 y 23 del Código Contencioso administrativo y de los artículos 4º ordinal 2º, 22 inciso 5º, 22.1. y 13 de la ley 80 de 1993.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 del 21 de octubre de 1994, Exp. 9.288, Auto del 20 de febrero de 1997, Exp. 12.669.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Así las cosas, la postura a la que se alude se derivaba de facultades “implícitas” otorgadas a la administración, pues se estimaba que para que ésta pudiera imponer y hacer efectivas las multas ante incumplimientos parciales en los que incurrieran los contratistas no se requería de una norma legal que expresamente la autorizara para ello, sino que de la sola interpretación integral de las normas jurídicas contenidas tanto en el Código Contencioso Administrativo, como en la Ley 80 de 1993 y demás normas de derecho privado se podía estructurar un verdadero régimen de multas en los contratos estatales y la competencia de las entidades estatales para imponerlas unilateralmente.

Al respecto se señaló:

“(…)

La ley 80 de 1993 se refiere a las multas en el contrato estatal en los artículos 4º ordinal 2, 22 inciso 5º y 22.1, al señalar de una parte, que las entidades estatales “adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías contra los servidores públicos, contra el contratista o lo terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual “ y de la otra, que en las certificaciones que expidan las cámaras de comercio en relación con los contratos ejecutados por las personas inscritas en el registro de proponentes debe constar “el cumplimiento del contratista en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, **multas y sanciones impuestas y el término de su duración**” (resaltado de la Sala), de acuerdo con información que semestralmente deben suministrar las entidades estatales.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y esta muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio).

“(…)

De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes de un contrato puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa) en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor.

Los contratos estatales, cualquiera que sea su objeto de acuerdo con la clasificación del artículo 32 de la ley 80, son ante todo contratos, y como tales, vinculan a las partes contratantes que están obligadas a cumplirlos en su tenor y en



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

ellos tienen plena aplicación los principios que recogen los artículos 1602 y siguientes del Código Civil. En consecuencia, tanto la entidad como el contratista deberán cumplirlos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, cuyas condiciones jurídicas, técnicas y económicas en principio son inalterables.

Tampoco puede perderse de vista que todo contrato celebrado entre el Estado y un particular tiene como propósito fundamental el desarrollo de los fines y principios que orientan a la administración pública por mandato de los artículos 2º y 209 de la Constitución Política, 2º del Código Contencioso Administrativo y 3º de la ley 80 de 1993.

(...)

Para la Sala la administración si tiene competencia para imponer por si y ante si, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos.

En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 “en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales”.

A su vez, el artículo 23 del mismo estatuto prevé dentro de los principios con arreglo a los cuales se desarrollan las actuaciones contractuales, los particulares del derecho administrativo.

Si la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista”⁵⁷.

5.3. Tercera postura:

Con sujeción al principio de legalidad se estimó que si bien las partes sí tenían la posibilidad de convenir multas ante incumplimientos parciales en los que pudiera incurrir el contratista, no era posible que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la administración pudiera imponerlas y hacerlas efectivas de forma unilateral “por carecer de la atribución legal de una competencia expresa que las habilitara para

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 4 de junio de 1988, Exp. 13.988 “La administración tiene competencia para imponer unilateralmente, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del decreto ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos”, Sentencia del 20 de junio de 2002, Exp. 19.488, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

el ejercicio de ese poder sancionatorio y exorbitante”.

Al respecto se señaló:

“...Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente”^{58, 59}

En relación a la declaratoria de incumplimiento, ha sostenido la Sección:

“Encuentra la Sala que si bien en el contrato número 143 de 1994 se estipuló una cláusula penal pecuniaria, este se celebró bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 -con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007-, época para la cual la Administración **no tenía la potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se declarara el incumplimiento del contrato, con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria**, toda vez que para ello debía acudir al juez de contrato, tal como ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Corporación desde el año 2005⁶⁰, cuyo lineamiento permaneció hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007:

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2005, Exp. 14.579 (Cita original de la sentencia proferida el 7 de octubre de 2009, Exp. 17.936).

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de junio de 2015, rad. 38797. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 20 de 2005, Expediente 14.579, C.P. Germán Rodríguez Villamiz.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

“Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

“Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario.

“En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos⁶¹ y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.

“Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma ley,

“(…)

“Así, puede observarse entonces, que la ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las

⁶¹ Original de la Sentencia en cita: Artículo 365 de la Constitución Política.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

“En esta orientación, especial preocupación tuvo el tema de las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión; Así, se dijo en el artículo 60 de esta norma:

“(…)

“Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon, establecieron que la imposición de aquellas se haría “...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto”⁶² y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva “directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento”⁶³ y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva⁶⁴. Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.

“Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado⁶⁵, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general⁶⁶:

“(…)

“Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición⁶⁷ de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto

⁶² Cita original. Artículo 71, Decreto 222 de 1983.

⁶³ Cita original. Artículo 72 ibídem.

⁶⁴ Cita original. Artículo 73 ibídem.

⁶⁵ Cita original. Salvo los artículos 108 a 113, referidos a la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres. Al respecto, véase el artículo 81 de la Ley 80.

⁶⁶ Cita original. De manera específica, las cláusulas excepcionales allí consagradas se encuentran desarrolladas por los artículos 15 y siguientes de la misma Ley 80.

⁶⁷ Se refiere al artículo 14 de la Ley 80 de 1993.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998⁶⁸ y del 20 de junio de 2002⁶⁹, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.”

De conformidad con la Sentencia citada, cuyo contenido reitera la Sala en esta oportunidad, con la expedición de la Ley 80 de 1993 – antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007- si bien se habilitó a las partes del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, para pactar la cláusula penal pecuniaria, no autorizó a las entidades contratantes –en cuanto desapareció la competencia que les había sido otorgada por el Decreto-ley 222 de 1983- para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato -con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria-, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es sin necesidad de acudir al juez del contrato”⁷⁰.

Posteriormente, esta Subsección tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, que por su relevancia se transcribe *in extenso*:

“Competencia de la entidad estatal para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria

El artículo 1592 del Código Civil, consagra que la cláusula penal “(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

⁶⁸ Cita original. Exp. 13988.

⁶⁹ Cita original. Exp. 19488.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de marzo de 2011, Rad. 19.446.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

La cláusula penal configura una tasación anticipada de perjuicios, en virtud de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de quien las asume en una relación contractual.

En cuanto a esta figura esta Corporación ha manifestado:

“De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.”⁷¹

Es así, que la administración puede imponer unilateralmente la cláusula penal, no sólo porque así se encuentra previsto en el contrato, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que también en ejercicio del privilegio de la decisión previa consagrada en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo.

2.6. Competencia de las entidades para declarar la ocurrencia del siniestro

El contrato de seguro se encuentra regulado en los artículos 1036⁷² a 1162 del Código de Comercio y entre las características principales señaladas por la ley, encontramos que es un contrato consensual, bilateral oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de naturaleza indemnizatoria porque está encaminado a reparar los daños causados por el siniestro hasta el monto del valor asegurado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio, el asegurado debe demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, mientras que el asegurador debe probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

En reiteradas ocasiones, esta Sección ha abordado el tema, y ha sostenido que las entidades estatales pueden declarar los siniestros que se cubren con las pólizas de seguros que los contratistas constituyen para amparar a las entidades estatales por los riesgos que corren con ocasión de la ejecución del contrato.

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2005. Radicación (15011. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁷² **Artículo 1036. Contrato de Seguro.** El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Sobre dicho aspecto, la Subsección trae a colación la siguiente providencia, la cual se cita *in extenso*:

“Lo anterior, sin embargo, no obsta para considerar, como lo hizo la Sala en la sentencia del 24 de mayo de 2001, que son válidos los actos administrativos por los cuales la entidad contratante decidió hacer efectiva la póliza que garantiza la estabilidad de la obra contratada, al declarar la ocurrencia del riesgo amparado. En efecto, no cabe duda de que aquella contaba, para hacerlo, con una facultad legal expresa, prevista en los numerales 4º y 5º del art. 68 del C.C.A., en los cuales se relacionan los actos que prestan mérito ejecutivo, y allí se incluyeron, entre otros:

“4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de las entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad o la terminación según el caso.

“5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación’.
(Se subraya).

“Para la Sala, estas dos normas contemplan la posibilidad de que las garantías constituidas a favor de las entidades estatales, incluida la de estabilidad de la obra, presten mérito ejecutivo, con las siguientes precisiones:

“En primer lugar, lo dicho supone tener claro que el numeral 4 del art. 68, que se encuentra parcialmente vigente, como se deduce de la sentencia de agosto 24 de 2000 -Exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo-, en la que señaló: ‘La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, sí derogó el numeral 4º de la norma, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso. El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal.’

“De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala, se circunscribe a la atribución de



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

competencias, para los procesos ejecutivos a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que si quedó derogado fue el hecho de que dicho actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

“En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.

“Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo –aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico –ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.

“Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado –sin exclusión- prestan mérito ejecutivo; y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación.

“Con mayor razón un análisis finalístico de los numerales 4 y 5 citados ratifica esta posición, pues del haz de amparos que contienen las garantías a favor del Estado, resultaría que sólo en algunos casos -caducidad, terminación y liquidación- pudiese declararse el siniestro, lo que iría en contra de la filosofía de



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

estos preceptos y del privilegio que ellos mismos pretenden otorgar a la administración pública.

“De hecho, el Consejo de Estado ha dicho, respecto a la posibilidad de hacer efectivas las pólizas de cumplimiento, por medio de actos administrativos dictados por la administración, que indiscutiblemente esto es viable, teniendo en cuenta que:

“De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, y proyecta su eficacia en el tiempo solo si el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato.

“Lo anterior permite deducir que una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción, como pasa a exponerse.” (Subrayas fuera de texto. Sentencia de agosto 24 de 2000, exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo)

“Como se advierte, para la propia Sala ha sido claro que la facultad de declarar el siniestro de una póliza no es un problema nuevo; al contrario, la potestad de hacerlo ha sido analizada en oportunidades como la citada. Ahora, esta facultad no tiene por qué reducirse a algunos tipos de amparos de la póliza o garantía, pues, de hecho, ni siquiera la Sala lo ha restringido, y tampoco el CCA lo hace.

“Así, puede considerarse que la Administración sí tiene una facultad especial consagrada en la ley, de declarar ocurrido el riesgo amparado en virtud de las garantías que en su favor se hayan otorgado, facultad que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual y que, por esa razón, constituye una auténtica prerrogativa del poder público, que no es más que un privilegio de que goza la administración⁷³. Se aclara, entonces, que no es cierto lo expresado por el apelante, en el sentido de que el Tribunal consideró que las facultades exorbitantes de la Administración no son taxativas. Es evidente que las mismas -que, más que facultades exorbitantes, son prerrogativas de poder público-, tienen tal carácter, sin perjuicio de que puedan encontrarse establecidas en normas diferentes a los artículos 60 y siguientes del Decreto 222 de 1983 o a los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

(...)

⁷³ Cfr., en este sentido, sentencia de la Sección Tercera del 10 de julio de 1997, radicación 9286.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

“Ahora bien, en el caso concreto, teniendo en cuenta los hechos probados en el proceso, así como las consideraciones expuestas anteriormente, se concluye que el Director Ejecutivo del FOSOP, en su condición de representante legal de la entidad, tenía competencia para declarar el siniestro referido a la inestabilidad de la obra contratada, a través de un acto administrativo debidamente motivado, como en efecto lo hizo, así como para evaluar el monto de las fallas presentadas y ordenar allí mismo el pago correspondiente. Al respecto, además de lo expresado, se precisa que el citado funcionario, conforme a los artículos 5, 8 y 9 del Acuerdo 21 de 1990, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá –que obra en el expediente en copia auténtica–, era el mismo Secretario de Obras Públicas del Distrito y tenía, entre sus funciones, la de suscribir, como representante legal del Fondo, los actos y contratos necesarios para dirigir, coordinar, vigilar y controlar la ejecución de todas las funciones o programas del mismo. Por esa razón, es obvio que, contrario a lo expresado por el demandante, resultaba pertinente la invocación de estas disposiciones en la Resolución 0311 de 1993. y que, al expedir ésta y la Resolución 0598 de 1994, no se violó el artículo 6º de la Carta Política, en la medida en que el Director Ejecutivo del FOSOP no infringió la Constitución o la ley, ni incurrió en extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”⁷⁴

Igualmente, en providencia del año 2009, se consideró:

“Lo anterior no significa que la entidad pública pueda, al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.

Con esta lógica resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2005. Radicación: 13599. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional.⁷⁵ (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que según lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, la administración conserva la facultad unilateral de declarar el siniestro de las garantías, “aunque su exigibilidad sólo sea posible por la vía ejecutiva judicial, temas perfectamente diferenciados –la declaración del siniestro y el cobro ejecutivo (...)”⁷⁶
⁷⁷.

2.7. Competencia de la entidad para declarar la ocurrencia del siniestro cuando el amparo es el de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

De esta manera, están perfectamente claros y diferenciados, los alcances de las facultades conferidas por la ley a las entidades, en materia de imposición de multas, aplicación de la cláusula penal pecuniaria y declaratoria de ocurrencia del siniestro con la consecuente exigibilidad de la garantía contenida en la póliza.

No obstante, en esta oportunidad, el cuestionamiento que debe absolver esta Sala es el relacionado con la facultad de la entidad para declarar la ocurrencia del siniestro, cuando éste se relaciona con el amparo de incumplimiento.

En efecto, si de acuerdo con la tesis jurisprudencial la declaratoria de incumplimiento del contrato está reservada al juez del contrato, qué sucede cuando la entidad debe declarar la ocurrencia del siniestro, no por los otros amparos que pueden contenerse en la póliza, como el de buen manejo del anticipo o estabilidad de la obra, sino específicamente por el incumplimiento del contratista. Es posible entonces, que la entidad se pronuncie sobre el incumplimiento del contratista con miras a declarar la ocurrencia del siniestro y como consecuencia de ello haga efectiva la póliza.

A juicio de la Sala, la respuesta debe ser positiva, teniendo en cuenta el análisis normativo arriba efectuado, respecto de la facultad para declarar la ocurrencia del siniestro, que se aplican plenamente a cada uno de los amparos que puede contener la póliza otorgada por el contratista, es decir que, la entidad puede autónomamente,

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 22 abril de 2009. Radicación 14667. C.P. Myriam Guerrero De Escobar.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de junio 23 de 2010. Radicación 16494. C.P. Enrique Gil Botero.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2015. Radicación: 40789. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 29 de julio de 2015, Radicación 38602, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

mediante acto administrativo debidamente motivado, establecer que se cumplieron los presupuestos que configuran la ocurrencia del siniestro porque así lo autoriza expresamente los numerales 4° y 5° del art. 68 del C.C.A.

Adicionalmente debe considerarse que una interpretación diferente llevaría a un absurdo, cual es que en tratándose del amparo de incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, la entidad no esté facultada para hacer efectiva la garantía que se le otorga, caso en el cual la garantía resultaría inane, porque carecería de eficacia y como consecuencia de ello, se pondrían en riesgo los bienes y dineros públicos invertidos en el contrato.

Sumado a lo antes expuesto, cabe señalar que no puede exigirse a la entidad que acuda primero al juez del contrato para solicitar la declaratoria del incumplimiento, antes de declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, ya que los términos de prescripción que rigen en materia de seguros harían nugatorio el derecho de la entidad a hacer uso de ese aval⁷⁸. (Resaltado fuera del texto original).

De lo expuesto, es claro que en vigencia de la Ley 80 de 1993, la autoridad administrativa no tenía la potestad para imponer multas ni tampoco para declarar el incumplimiento contractual, sin embargo sí podía pronunciarse al respecto para efectos de declarar la cláusula penal pecuniaria y hacer efectiva la póliza de garantía.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que modificó parcialmente a la ley 80 de 1993, nuevamente se introdujo la facultad de la administración de imponer multas y declarar el incumplimiento del contrato, conforme a lo establecido en el artículo 17, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2015, Rad. 37.935.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

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

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”. (Resaltado fuera del texto).

Así las cosas, en vigencia de la Ley 1150 de 2007, es el mismo legislador quien expresamente le otorgó a las entidades estatales la facultad o competencia para imponer y hacer exigibles unilateralmente las multas y declarar el incumplimiento por medio de acto administrativo, pero dicha norma únicamente sería aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su expedición, siempre y cuando los actos administrativos por medio de los cuales se impuso la multa o se declaró el incumplimiento hubieran sido proferidos posteriormente a su entrada en vigencia.

6. Declaratoria oficiosa de la causal nulidad del acto administrativo por falta de competencia del funcionario

En la legislación colombiana los actos administrativos solo pueden ser objeto de nulidad simple que puede afectar la totalidad del acto o particularmente alguna de sus disposiciones.

Conforme lo establece el artículo 84 de Código Contencioso Administrativo se podrá demandar la nulidad de los Actos administrativos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las cuales debía fundarse; II) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; III) Cuando se expidan de forma irregular; IV) Cuando sean expedidos con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir, con violación al derecho al debido proceso; V) Cuando estén falsamente motivados; y VI) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Dentro de los vicios de los elementos externos del acto administrativo, que tienen la fuerza para invalidarlo, se encuentran aquellos que son generados por la incompetencia del sujeto que lo expide. A este respecto la doctrina ha Clasificado ese tipo de vicio del acto así:

“En el derecho positivo colombiano, a diferencia de otros ordenamientos, no se hacen gradaciones respecto de los efectos de la incompetencia. Entre nosotros, la incompetencia es una sola y produce un solo efecto: la nulidad del acto. No obstante, en razón de los eventos en que se estructura, la podemos clasificar en las siguientes clases: en cuanto a la materia; el territorio; el tiempo; el grado de horizontalidad; el grado de verticalidad; por usurpación de poder; por la presencia de funcionarios de hecho. La anterior clasificación no es excluyente, por lo que la existencia de un vicio cualquiera puede ser adecuada a varias de las modalidades indicadas

INCOMPETENCIA RATION MATERIAE

Se caracteriza esta incompetencia porque se concreta sobre la materia u objeto específico del acto, esto es, sobre las potestades otorgadas por el ordenamiento a los órganos o sujetos de la administración. Constituye la regla general en materia de incompetencia y puede decirse que, en su mayoría, las otras modalidades de incompetencia son especificidades suyas”.

[..]

“INCOMPETENCIA “RATIONE LOCI” O TERRITORIAL

Como su nombre lo indica, es el ejercicio de competencias con violación de las circunscripciones territoriales o ámbito territorial asignado a cada órgano o funcionario de la Administración Pública; puede depender de las siguientes circunstancias

- Por proferirse actos, por una autoridad administrativa, para que surtan efectos en el espacio territorial de otra; como lo indica ESCOLA, en estas oportunidades el “órgano pretende ampliar su ámbito de acción dictando actos que sean aplicables o produzcan sus efectos naturales de los límites territoriales que tienen señalados.
- Por proferirse, por una autoridad administrativa, decisiones por fuera de las demarcaciones geográficas de la entidad a que pertenece; se configura el vicio porque, a no dudarlo, la capacidad o competencia orgánica va unida indisolublemente a la jurisdicción territorial”

[..]

“INCOMPETENCIA RATIONE TEMPORIS



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Se presenta en los casos en que las competencias asignadas a un órgano o funcionario deben ser ejercidas bajo condición temporal. Estaremos frente a una incompetencia de esta clase cuando dichas competencias son ejercidas en las siguientes oportunidades: antes del tiempo o momento en que legalmente le correspondía actuar al funcionario respectivo; con posterioridad al vencimiento de la oportunidad en la cual podía válidamente, la administración, adoptar la decisión”.

[...]

“INCOMPETENCIA EN RAZÓN DEL GRADO DE HORIZONTALIDAD

En estos casos se configura el vicio en razón de la violación, por parte de la administración, de la independencia funcional de que gozan los poderes legislativo y judicial. ... El órgano administrativo en estos casos invade el ámbito de acción de algunas de las ramas del poder público...”

[...]

“INCOMPETENCIA EN RAZÓN DEL GRADO DE VERTICALIDAD

Al contrario de lo anterior, en este tipo de incompetencia existe algún grado de jerarquización entre los organismos y entre los sujetos de la Administración Pública en los cuales se presenta la usurpación funcional... La competencia no puede ser modificada sino por quien la ha instituido. Consecuentes con este planteamiento, baste indicar que el grado de jerarquía existente entre funcionarios administrativos o entre organismos de la Administración Pública”

[...]

COMPETENCIA DE LOS FUNCIONARIOS DE HECHO

Se trata de una interesante excepción a la teoría de la incompetencia. En nuestro medio, el funcionario de hecho es un servidor público que no genera, respecto de los actos que produzca, vicio alguno, en razón de las deficiencias con que ejerce el cargo. Se presenta en los casos de existir un funcionario público que aparentemente ejerce las funciones públicas que le corresponderían si hubiere sido designado de manera legítima, creando la impresión en el conglomerado social, no obstante existir en sus condiciones o procedimientos de designación graves violaciones de la ley”⁷⁹.

Ahora bien, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es de carácter rogada, por tanto, el pronunciamiento del juez debe estar atado a lo solicitado en la demanda y debe respetar el principio de congruencia.

⁷⁹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, Bogotá, 2003 págs. 370 y ss.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Sin embargo, al estudiar los vicios de un acto administrativo, el juez de forma oficiosa, puede declarar su nulidad cuando este fue proferido por un funcionario que carecía de competencia para proferir la decisión objeto de control judicial.

Lo anterior en razón al principio de legalidad establecido en los artículo 6º y 121⁸⁰ de la Constitución Política que solo permite hacer al funcionario aquello que le está autorizado por el ordenamiento jurídico y en consecuencia constituye el vicio más grave de que puede adolecer un acto administrativo⁸¹.

Así lo ha determinado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sección acerca de que la administración sólo puede declarar la caducidad del contrato durante la vigencia del mismo. En el caso que se examina se encuentra que la extemporaneidad alegada no fue objeto de las pretensiones de la demanda y esta consideración sólo la hace la parte actora en el alegato de conclusión ante esta instancia. Sin embargo, por tratarse del cargo de incompetencia temporal o *ratione tempore* que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador⁸².

En igual sentido, se ha sostenido:

⁸⁰ Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 12 de julio de 2012, Rad. 15.024.

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999, exp. n.º 10.196, C.P. Ricardo Hoyos. En otros pronunciamientos la Sala ha declarado la nulidad por falta de competencia de los actos administrativos expedidos en desarrollo de un contrato estatal, aun cuando no haya sido pedido en la demanda. Así, en sentencia del 15 de abril de 2010, exp. n.º 18.292, C.P. Mauricio Fajardo, se indicó: *“Toda vez que la parte actora solicitó, entre otras, la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad pública demandada liquidó unilateralmente el contrato, para la Sala resulta importante examinar el tema relacionado con la competencia ratio temporis de la entidad para el ejercicio de esta potestad. Lo anterior en razón a que: primero, la naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional o administrativa, exige un control de aquellos eventos en los cuales éstas se transgreden, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad; y segundo, teniendo en cuenta que la liquidación constituye el finiquito del contrato administrativo, resulta igualmente necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen del punto, aún cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Con base en lo expuesto y considerando la naturaleza de orden público, propia de las normas que regulan y atribuyen competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos casos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad”*.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

“La Sala ha precisado en reiteradas oportunidades que *“...La competencia de las autoridades estatales constituye un ingrediente vital del Estado de Derecho que nos rige y del cual es una manifestación el principio de legalidad, que impone límites a las actuaciones de aquéllas, consistentes en que los funcionarios estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados por la Constitución y la ley...”*⁸³. Así lo disponen el artículo 6 de la Constitución Política, según el cual *“...Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”* y el artículo 121 ibídem que dice *“... Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”*.

Ese marco de la actuación de las autoridades que define la Constitución Política debe observarse desde los ámbitos material, temporal y territorial, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico positivo, pues estos factores determinan la esfera de atribuciones que las entidades y órganos del Estado pueden y deben ejercer legítimamente; por lo mismo, la competencia está delimitada por normas de orden público, de carácter imperativo, las cuales constituyen garantía para los administrados frente a los posibles abusos o excesos de poder de las autoridades públicas.

Así, la competencia constituye un presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos⁸⁴, de manera que, al hallarse afectado el acto por la ausencia de la misma, la nulidad emerge sin que exista posibilidad de ser saneada.

El vicio por incompetencia es, pues, el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos⁸⁵ y, por tal razón, esta Corporación ha sostenido que, en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso⁸⁶. Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, en principio, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección del

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13414.

⁸⁴ Ibídem.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196.

⁸⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.367



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

citado derecho fundamental de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política”⁸⁷.

7. Competencia temporal para la liquidación del contrato estatal

La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato⁸⁸, o aquella etapa del contrato que sigue a su terminación, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, bien por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “*dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial*”⁸⁹

En últimas la liquidación del contrato estatal es una figura o etapa contractual mediante la cual lo que se procura es finalizar la relación negocial mediante la realización de un balance final o un corte definitivo de las cuentas, para determinar quién le debe a quién y cuanto y puede ser de carácter bilateral si se realiza de común acuerdo por las partes, unilateral si es efectuada por la administración de forma unilateral, o judicial si quién realiza el corte definitivo de las cuentas es el funcionario judicial.

7.1. Las diferentes modalidades de liquidación del contrato estatal

La liquidación bilateral del contrato estatal

La liquidación bilateral es el negocio jurídico mediante el cual las partes de común acuerdo definen las prestaciones, derechos y obligaciones que aún subsisten a su favor o a su cargo y a partir de allí realizan un balance final de cuentas para de ésta forma extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron del contrato estatal precedentemente celebrado.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2012, Rad. 26.140.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 16.293.

⁸⁹ Ibídem.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

Con otras palabras, la liquidación bilateral es un negocio jurídico mediante el cual se da por terminado otro negocio jurídico estatal precedentemente celebrado que es el contrato estatal que se liquida.

Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había señalado al respecto que:

“Pues bien, nótese que esa finalidad de la liquidación del contrato consistente en finiquitar las cuentas, para utilizar la expresión que con frecuencia se emplea, resulta ya hoy una verdad averiguada y por lo tanto no da lugar a discusión alguna.

(...)

Se podría definir ese acto de liquidación bilateral como el acuerdo que celebran las partes de un contrato estatal para determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, todo con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal precedentemente celebrado.

Siendo ésta la descripción ontológica de ese acto, no se remite a dudas que la liquidación bilateral de un contrato estatal es un negocio jurídico de la estirpe de los contratos pues en ella se presentan los rasgos distintivos de esta especie negocial a saber: **a)** El acuerdo entre dos partes; y **b)** La finalidad, en este caso, de extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial o, lo que es lo mismo, de contenido económico.

En efecto, a las voces del artículo 864 del Código de Comercio “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”, de donde se desprende que los contratos no sólo pueden crear relaciones jurídicas sino que también pueden estar destinados a regularlas o a extinguirlas, cosa ésta última que es la que precisamente ocurre en los actos de liquidación bilateral de los contratos estatales.

Con otras palabras, al término de la vida de un contrato estatal puede presentarse otro contrato, como lo es el negocio jurídico de liquidación, si las partes que inicialmente contrataron se avienen luego a determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de ellas, con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas esas relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal que precedentemente celebraron.

Y no se olvide que la discusión decimonónica sobre la diferencia entre contrato y convención (según la cual aquel creaba obligaciones y ésta las extinguía) quedó enterrada en el ordenamiento jurídico colombiano desde que se acogió la elaboración conceptual que elaboró BELLO sobre el contrato el señalar que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

cosa...⁹⁰, dando a entender que contrato y convención son la misma cosa.

Luego, en síntesis, el acto de liquidación bilateral de un contrato es a su vez un contrato pues mediante él se persigue extinguir definitivamente las relaciones jurídicas de contenido económico que aún pudieran subsistir a la terminación de la relación contractual precedentemente celebrada⁹¹.

La liquidación unilateral del contrato

La liquidación unilateral es una actuación administrativa posterior a la terminación normal o anormal del contrato que se materializa en un acto administrativo motivado mediante el cual la administración decide unilateralmente realizar el balance final o corte final de las cuentas del contrato estatal celebrado, determinando quién le debe a quien y cuanto y; que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ya sea porque el contratista no se presentó a ésta o porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre las cuentas a finiquitar⁹².

De ésta forma, se entiende que la liquidación unilateral del contrato es de carácter subsidiario, pues sólo resulta procedente en tanto no se haya podido llevar a cabo la liquidación bilateral.

La liquidación Judicial

La liquidación judicial es aquel balance, finiquito o corte de cuentas que realiza el juez sobre un determinado contrato estatal dentro de un proceso judicial y, que sólo resulta procedente en tanto no se haya podido realizar la liquidación bilateral, ni unilateral del respectivo contrato estatal celebrado.

Ya en anteriores oportunidades la Sección Tercera de ésta Corporación al referirse a ésta modalidad de los contratos estatales había precisado que:

⁹⁰ Artículo 1495 del Código Civil colombiano (Original del fallo que se cita).

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de julio de 2012, Exp. 22.221

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 15.239.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

“(…) es aquella que realiza y adopta el juez del contrato, en desarrollo de un proceso judicial o arbitral, según corresponda, en ausencia de alguna de las modalidades de liquidación antes mencionadas.

El juez deriva su competencia sobre esta materia, entre otras disposiciones legales, tanto de los dictados del artículo 87 como de lo dispuesto en la mencionada letra d) del numeral 10 del artículo 136, ambas normas del Código Contencioso Administrativo –C.C.A.-.

En efecto, el citado artículo 87 del C.C.A., en su inciso 1º, al consagrar la acción de controversias contractuales -acción por cuya virtud las partes de un contrato quedan habilitadas para acudir ante el juez del mismo-, de manera explícita dispone que en ejercicio de dicha acción y en relación con el correspondiente contrato estatal, pueden pedirse “otras declaraciones y condenas”, aspecto genérico este dentro del cual, como es natural, tiene cabida perfectamente la posibilidad de solicitar la liquidación del respectivo contrato, norma legal que, a su vez, faculta al juez para hacer los pronunciamientos que correspondan en relación con tales pretensiones.

La norma legal en cita encuentra perfecto complemento en la disposición de la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., la cual, al ocuparse de definir el término de caducidad de las diferentes acciones judiciales faculta al interesado para que – en los casos en los que se cumplan los presupuestos procesales correspondientes, incluidos en esa misma norma, pueda acudir ante la jurisdicción, es decir ante el juez del contrato, para obtener de éste la liquidación correspondiente”⁹³

Ahora bien, en lo relativo a la competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60⁹⁴ y 61⁹⁵

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 9 de octubre de 2013, Exp. 30.680.

⁹⁴ **Artículo 60º.- De Su Ocurrencia y Contenido.** [Modificado por el art. 217, Decreto Nacional 019 de 2012.](#) Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

de la Ley 80 de 1993 con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción contractual.

8. Caso concreto

Como se afirmó en líneas precedentes, la administración no se encontraba facultada para declarar el incumplimiento del contrato de prestación de servicios 020 de 2004, puesto que bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993, era obligatorio acudir al juez para que fuere este el que declarara el incumplimiento.

Así las cosas, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – Fonprecon no podía proferir el numeral primero de la Resolución 0367 de 6 de marzo de 2006 y debió demandar al contratista por su incumplimiento, configurándose así un vicio de incompetencia del acto administrativo, que como lo ha reiterado la jurisprudencia en diversos pronunciamientos, puede ser declarado de oficio por el juez pese a no haber sido expresamente alegado en la demanda.

Ahora bien, tal como se expuso al inició de estas consideraciones, sí le era viable al contratista, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y en consecuencia hacer efectiva la póliza de garantía que amparaba el contrato. Por tanto, se encuentra ajustado a la legalidad el numeral segundo de la Resolución demandada.

En consecuencia, se declarará la nulidad parcial de la Resolución 0367 de 2006, esto es el numeral primero de la misma; en igual sentido debe entenderse anulada parcialmente la Resolución 0762 de 19 de mayo de 2006, que confirmó el recurso de reposición interpuesto por el contratista, en lo que respecta a la declaratoria de incumplimiento del contrato.

⁹⁵ **Artículo 61º.-** *De la Liquidación Unilateral.* Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

En cuanto a las pretensiones económicas de la parte actora, respecto a la falta de remuneración por la ejecución del contrato 020 de 2004, se tiene que no hay lugar a acceder a dichas pretensiones puesto que en primer lugar está plenamente demostrado el incumplimiento del contratista respecto a sus obligaciones contractuales.

En efecto, el contratista sustituyó los poderes inclusive para la presentación de las demandas, sin que obre prueba en el expediente que volvió a reasumir los mismos, cuando en el numeral octavo cláusula segunda del negocio jurídico se estableció que era posible sustituir en casos de fuerza mayor y caso fortuito, que no están probadas en el proceso, y de forma temporal.

También se encuentra demostrado que el actor no presentó los informes de gestión mensuales a los que estaba obligado, pues solo presentó 12 informes, como él mismo lo reconoce, cuando debieron ser 24 dado el plazo de duración del contrato. Aunado a lo anterior, los informes no se entregaron en la forma exigida por la entidad, presentaron inconsistencias y varios de ellos no reflejaron la realidad de los procesos surtidos.

Asimismo, en el proceso no logró demostrarse que alguno de los procesos iniciados por el actor haya culminado en forma favorable y con condena en costas a favor de la entidad, caso en el cual el contratista podía obtener la remuneración pactada. Debió el demandante continuar con el seguimiento a los procesos judiciales para que en caso de condena en costas que le fueran benéficas hacer la respectiva petición a la entidad, puesto que la misma reconoce el derecho que tenía el contratista sobre esos dineros.

Tampoco demostró la parte actora algún tipo de incumplimiento de la entidad demandada o que los procesos judiciales no hayan llegado a un resultado beneficioso para sus intereses por culpa del ente contratante.

Así las cosas, no se encuentra demostrado el desequilibrio económico del contrato, el cumplimiento por parte del actor ni el incumplimiento de la entidad y por tanto, no hay lugar a reconocer valor alguno.



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

En relación al enriquecimiento sin justa causa, este no es procedente, toda vez que existió un acuerdo bilateral entre las partes, con unas prestaciones recíprocas que no fueron cumplidas por el actor.

Finalmente, respecto al acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato y el que lo confirmó en todas sus partes, conforme a lo expuesto, se tiene que la entidad podía proferir la decisión hasta antes del vencimiento del término de caducidad, esto es hasta el 9 de septiembre de 2008, y los actos administrativos que liquidaron el contrato y confirmaron la decisión, fueron proferidos el 13 de febrero y el 7 de mayo de 2007, por tanto, gozaba la entidad de competencia para adoptar los mismos y en consecuencia, no se encuentran viciados de ilegalidad.

13. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no se efectuará condena en costas alguna.

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

F A L L A

PRIMERO: Revocar parcialmente la sentencia del 26 de mayo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, la cual quedará así:

“Primero: Declarar la nulidad del numeral primero de la de la Resolución No. 0367 del 6 de marzo de 2006, acto administrativo por medio del cual Fonprecon declaró el incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales No. 020 del 8 de marzo de 2004 celebrado con el Dr. Guilombo, ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y dispuso la publicación de la misma decisión.

Segundo: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0762 del 19 de mayo de 2006, mediante la cual Fonprecon resolvió el recurso de



Radicación número: 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665)
Actor: Jeinner Guilombo Gutiérrez

reposición interpuesto por el contratista contra la Resolución No. 0367 del 6 de marzo de 2006, confirmándola en todas y cada una de sus partes, en lo relacionado a la declaratoria de incumplimiento del contrato.

Tercero: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto: Sinn condena en costas”.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

TERCERO: Expedir copias conforme a la ley procesal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE