

## **CONTRATACIÓN ESTATAL – Finalidad – Constitución**

Ya en anteriores oportunidades se había resaltado que según los artículos 2º, 209 de la Constitución Política, el Estado tiene como fines esenciales, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; que la función administrativa ésta al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

## **CONTRATACIÓN ESTATAL – Servicios públicos – Constitución política**

Por su parte, el artículo 365 de la misma Carta Política dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado, que es su deber asegurar que su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y que podrán ser prestados por éste directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares y que “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

## **CONTRATACIÓN ESTATAL – Normatividad – Ley 80 de 1993**

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que “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 colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C. veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00094-01(41891)**

**Actor: MIEMBROS DEL CONSORCIO FARCON**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las sociedades integrantes del Consorcio Farcon contra la Sentencia del 25 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declararon como no probadas las excepciones propuestas y se acogieron parcialmente las súplicas de la demanda.

## I ANTECEDENTES.

### 1. Lo pretendido.

El 18 de diciembre de 2002<sup>1</sup> el **Consortio Farcon** integrado por las **Sociedades Construcciones y Vías de Colombia – Convicol Ltda., Fardila y Cia. Ltda.**, y el **Ingeniero Luis Enrique Torres Rojas** instauraron demanda contra el **Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-** solicitando que se declarara el incumplimiento del contrato No. 444 de 1999 suscrito entre estos, así como la nulidad de las Resoluciones Nos. 1667 del 8 de septiembre de 2000 y la No. 2032 del 21 de noviembre de 2000, por medio de las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad del contrato y se resolvió el correspondiente recurso de reposición.

Pide también que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 2125 del 29 de agosto de 2001 y la No. 2493 del 8 de octubre de 2001, mediante las cuales, respectivamente, se ordenó la liquidación unilateral del contrato y se resolvió el correspondiente recurso de reposición.

Solicita en consecuencia, que se declare la terminación del contrato y se ordene su liquidación.

Pide, como consecuencia de todas las anteriores declaraciones, que se condene al demandado al pago de la sumas equivalentes a \$84.094.001,00, por concepto de Daño emergente; a la suma de \$323'571.675,00, a título de lucro cesante; a la suma de \$12.118'000.000,00, por concepto de pérdida de oportunidad y a la suma equivalente a \$278'100.000,00, por concepto de daños morales ocasionados, sumas debidamente actualizadas y con los correspondientes intereses moratorios causados.

Solicita además que se condene en costas y agencias en derecho al demandado.

### 2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

El 30 de junio de 1999 se celebró entre el consorcio demandante y el demandado el Contrato No. 444 de 1999, que tuvo por objeto la realización de obras de

---

<sup>1</sup> Folios 4 a 27 del C. No. 1.

rehabilitación y mejoramiento de las vías en pavimento flexibles en las localidades de San Cristóbal, Usme y Rafael Uribe, zona 5, bajo la modalidad de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste.

Como plazo contractual se fijó el término inicial de 6 meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación, esto es, desde el 28 de julio de 1999, por un valor inicial de \$1.382'000.000.

Dicho plazo se extendió a través de la suscripción de los contratos adicionales No. 1 del 12 de enero de 2000 por un mes más, es decir hasta el 28 de febrero de 2000<sup>2</sup>, por medio del cual también se adicionó su valor y el No. 2 del 25 de febrero de 2000<sup>3</sup> por 32 días calendario más, es decir hasta el 30 de marzo de 2000.

Por medio de la cláusula décima quinta las partes acordaron que el IDU declarararía la caducidad del contrato en los términos previstos en el artículo 18 de la ley 80 de 1993.

A su vez, mediante la cláusula décima octava las partes convinieron que el contrato se liquidaría en los términos previstos en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

Por medio de la Resolución No. 0679 del 13 de abril de 2000 el IDU le impuso una multa al contratista por valor de \$35'932.000,00, decisión que fue confirmada a través de la Resolución No. 1559 del 24 de agosto de 2000.

Mediante la Resolución No. 1667 del 8 de septiembre de 2000 el Instituto de Desarrollo Urbano declaró la caducidad del contrato, ordenó su liquidación e hizo efectivas las garantías constituidas argumentando que el consorcio contratista había incurrido en una serie de incumplimientos que se concretan en el abandono de las zonas objeto de realización de las obras y la no ejecución de la totalidad de las obras a su cargo.

Contra dicha Resolución tanto la parte demandante como la Aseguradora Colseguros instauraron los recursos de reposición, los cuales fueron resueltos mediante la Resolución No. 2032 del 21 de noviembre de 2000 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

---

<sup>2</sup> Folio 10 del C. No. 2 de pruebas.

<sup>3</sup> Folio 11 del C. No. 2 de pruebas.

A través de la Resolución No. 2125 del 29 de agosto de 2001 el Instituto de Desarrollo Urbano ordenó la liquidación unilateral del contrato, contra el cual se interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 2493 del 8 de octubre de 2001, en el sentido de confirmarla en todas sus partes.

Manifiesta que el demandado incurrió en una serie de incumplimientos contractuales que se concretan en la omisión al establecer con eficiencia las vías a intervenir y las especificaciones de construcción, la no entrega oportuna de las vías objeto de rehabilitación y mejoramiento, su entrega dosificada, la falta de planeación y estudio de los suelos objeto de las obras, el no pago oportuno de las actas de avance de las obras y algunos problemas con las funciones de interventoría del contrato.

### **3. El trámite procesal.**

Admitida que fue la demanda y noticiado el demandado Instituto de Desarrollo Urbano-IDU- del auto admisorio, éste le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por las partes y por el Consorcio nueva era.

## **II LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

En sentencia del 25 de mayo de 2011 el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca declaró como no probadas las excepciones formuladas por el demandado y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, pues declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 1667 del 8 de septiembre de 2000 y la No. 2032 del 21 de noviembre de 2000 mediante las cuales, respectivamente, se declaró la caducidad del contrato y se resolvió el correspondiente recurso de reposición y negó los restantes pedimentos.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación el Tribunal de primera instancia pronunciándose sobre la procedibilidad de la acción, su competencia, la legitimación en la causa de las partes y la caducidad de la acción para señalar que teniendo en cuenta que la Resolución No. 2493 del 8 de octubre de 2001 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución que liquidó unilateralmente el contrato No. 444 de 1999 se notificó el 8 de noviembre de 2001, para la fecha en que se presentó la demanda, esto es, 18 de diciembre de 2002 aún no habían transcurrido los 2 años previstos en la Ley para que operara la caducidad.

Declara improcedente la excepción de inexistencia del demandante fundada en que el consorcio contratista ya no existe al estimar que ésta se subsanó por medio del auto del 15 de agosto de 2007, a través del cual el Tribunal ordenó vincular a todos los integrantes del Consorcio accionante quienes comparecieron al proceso como personas jurídicas y naturales.

En lo relativo a la excepción de ineptitud de la demanda por la falta de requisitos formales al no indicarse en ella los hechos y las omisiones en que incurrió el accionado, también la declara improcedente por estimar que si bien los accionantes no habían sido claros en su demanda, de la interpretación integral de ésta se podían establecer claramente los hechos en los cuales fundaban sus peticiones y las omisiones que le endilgaban al demandado.

En cuanto a la excepción de incumplimiento del contratista estima que teniendo en cuenta que ésta se encontraba dirigida a controvertir el fondo del asunto, se resolvería al momento de proferir sentencia de mérito.

Luego de hacer un recuento de los hechos, de las pruebas allegadas al plenario y de hacer referencia a algunas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación relativas a la competencia temporal de la administración para el ejercicio de potestades exorbitantes, entre estas, la declaratoria de caducidad y la imposibilidad de declararla en la etapa de liquidación del contrato, concluye señalando que teniendo en cuenta que en el presente asunto se fijó como plazo de ejecución del contrato 6 meses contados a partir del 28 de julio de 1999 y que éste se prorrogó en 2 ocasiones hasta el 30 de marzo de 2000, era evidente que para la fecha en que se expidió la Resolución que declaró la caducidad del contrato, esto es, 8 de septiembre de 2000, la administración carecía de competencia para ello, circunstancia que imponía la declaratoria de nulidad de las

Resoluciones Nos. 1667 del 8 de septiembre de 2000 y la No. 2032 del 21 de noviembre de 2000.

Se abstiene de ordenar la devolución del valor de la cláusula penal pecuniaria pactada por la suma de \$35.064.70 teniendo en cuenta que por medio del No. 3º de la Resolución No. 1667 del 8 de septiembre de 2000 la administración había ordenado descontar dicho valor de la garantía única constituida.

Precisa que resulta procedente en el presente asunto declarar la nulidad de las Resoluciones referidas aún sin la presencia de la Aseguradora Colseguros S.A., pues si bien ésta podía verse afectada con ésa decisión, tal como lo había sostenido ésta Corporación en sus diversas providencias, no existía un litisconsorcio necesario por activa entre ésta y el consorcio contratista.

Que la Entidad aseguradora no participó en el proceso ni en calidad de litisconsorte facultativo ni en calidad de tercero interesado en calidad de coadyuvante del consorcio demandante, pues por un lado no cumplió los requisitos de los artículos 145 del C.C.A. y 157 del C.P.C., y de otro, se encontró demostrada la existencia de una *“decisión que hizo tránsito a cosa juzgada donde el magistrado sustanciador dejó sin efectos la vinculación de la susodicha aseguradora (fl.152,c.principal), previo análisis de los argumentos expuestos por la misma”*.

Niega reconocimientos adicionales a la devolución de los dineros por concepto de la cláusula penal pecuniaria pactada por estimar que si bien en el testimonio rendido por el señor Jesús Orlando Guzmán Ávila éste manifestó que la declaratoria de caducidad le había generado perjuicios morales y económicos al señor Luis Enrique Torres Rojas, no existían en el expediente otros elementos materiales probatorios a través de los cuales se pudiera acreditar la causación de los perjuicios alegados por los accionantes.

En cuanto a las pretensiones de incumplimiento del demandado empieza por señalar que la conducta de las partes resultaba reprochable y totalmente contraria al principio de planeación al celebrar el contrato asumiendo el riesgo de no especificar las vías o los lugares donde debían ejecutarse las obras contratadas al momento de suscribirlo, razón por la cual ni el contratista ni la administración

podían jurídicamente imputarse un incumplimiento por un riesgo que voluntariamente asumieron.

Encontró demostrado que sólo a 3 días del vencimiento del plazo de ejecución del contrato la interventoría le indicó al contratista las vías que debía intervenir y que a sólo 7 días la administración le negó la solicitud de prorrogar el plazo de ejecución advirtiéndole que dicha prórroga debía solicitarla con 20 días de anticipación, circunstancias éstas que se constituían en una situación de imposible cumplimiento para el contratista, aunado a lo cual según en el acta No. 12 de terminación de la obra el valor de las obras no ejecutadas, esto es, \$35.064.701 resultaba irrisorio frente al valor de las obras ejecutadas equivalente a \$1.748'437.999.26.

Dice que resulta totalmente demostrativo de la falta de coordinación entre las partes que éstas hayan suscrito unas actas donde se comprometían a prorrogar el término de ejecución del contrato más allá del 30 de marzo de 2000, que el contrato adicional No. 3 al principal sólo se haya firmado por el IDU, que sólo una vez vencido el contrato se le haya informado al contratista que ése adicional No. 3 se encontraba listo para su firma desde abril de 2000 y que finalmente éste nunca se haya suscrito.

En cuanto al no pago oportuno de las actas parciales de obra encontró demostrado que el contratista presentó una reclamación el 28 de marzo de 2000 que se radicó el 18 de enero de 2000 por el no pago de las actas del mes de diciembre de 1999, pago que debía ser verificado por el IDU a finales de febrero, es decir dentro de los 30 días siguientes a su presentación.

Tanto el contratista como la administración incurrieron en incumplimiento de sus obligaciones, pues aquel fue requerido en diversas oportunidades para que mejorara la calidad de las obras, las cuadrillas y los frentes de trabajo y ésta a su vez no dio cumplimiento al principio de planeación, pues no entregó oportunamente las vías a intervenir, no le dio al contratista las instrucciones adecuadas para que éste realizara las labores de construcción y no canceló oportunamente las actas parciales de obra.

Con base en lo anterior el Tribunal denegó las pretensiones relativas a la declaratoria de incumplimiento del contrato y la consecuente condena a la

indemnización de los perjuicios ocasionados, por estimar que de las pruebas arrojadas al expediente se había logrado acreditar que tanto el IDU como el consorcio contratista habían incurrido en un incumplimiento simultáneo de sus obligaciones, razón por la cual ninguna de éstos podía imputar mora al otro conforme a lo previsto en el artículo 1609 del Código Civil y la postura adoptada por la Sección Tercera de ésta Corporación.

Concluye señalando las obligaciones incumplidas por las partes contratantes tenían una relación inescindible entre ellas, razón por la cual ambas eran simultáneamente acreedores y deudores de las obligaciones emanadas del contrato.

Por último, niega las pretensiones de nulidad del acto por el cual se ordenó la liquidación unilateral del contrato y se confirmó dicha decisión, señalando que el consorcio no expuso argumentos diferentes a los esbozados para solicitar la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato y se confirmó dicha decisión, que ésta no tuvo incidencia alguna en el balance final del contrato, pues por medio de la resolución No. 2493 del 8 de octubre de 2001 se precisó que del saldo adeudado al contratista sólo se descontaría el valor de la multa más no de la cláusula penal pecuniaria derivada de la caducidad y que además no se había logrado acreditar que el balance financiero vertido en los actos administrativos impugnados resultara contrario a las ejecuciones efectuadas y a los descuentos autorizados legalmente.

Niega también la pretensión de condenar en costas a la parte vencida en el proceso conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A.

### **III. LOS RECURSOS DE APELACION**

Contra lo así resuelto tanto el señor Luis Enrique Torres Rojas, como las Sociedades Construcciones y Vías de Colombia – Convicol Ltda.- y Fardila y Cia. Ltda., integrantes del consorcio Farcon y el demandado instauraron los recursos de apelación.

#### **3.1. El recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Enrique Torres Rojas y la Sociedad Construcciones y vías de Colombia Ltda.**

Para sustentar éste recurso los recurrentes expusieron las siguientes razones:

Trae a cuento una sentencia proferida el 14 de septiembre de 2000 por ésta Corporación bajo el radicado No. 13530 relativa a la excepción del contrato no cumplido en los contratos estatales y reitera algunos de los argumentos expuestos en su demanda relativos a los incumplimientos en los que incurrió el IDU en la ejecución del contrato, para luego concluir que en el presente asunto se reunían los requisitos para que procediera la aplicación de la referida excepción en favor de los miembros del consorcio demandante.

Dice que entre las partes se celebró un contrato de carácter sinalagmático, que ambas incumplieron sus obligaciones, que el incumplimiento en que incurrió el demandado fue grave y significativo y condujo a que el consorcio demandante también incurriera en un incumplimiento de sus obligaciones aunque siempre estuvo dispuesto a ejecutar las obras dentro de los términos acordados y que el IDU fue el primero que incumplió al no cancelar los avances de obra dentro de las oportunidades pactadas y no señalar las vías que debían ser objeto de intervención.

Con fundamento en lo anterior propone la excepción de contrato no cumplido, señalando que en caso de que se le pudiera endilgar incumplimiento alguno, fue el IDU quién en primer lugar incumplió sus obligaciones.

Señala que teniendo en cuenta que a todo contrato celebrado por entidades estatales le son aplicables las disposiciones previstas en el derecho privado, la excepción de contrato no cumplido y el artículo 1609 del Código Civil debían aplicarse al presente asunto sin restricción alguna.

Hace referencia a la figura de la caducidad para luego señalar que *“fue un hecho notorio y además publicado por los diferentes medios, radiales, televisivos y escritos que el Director del IDU de esa época Dr. Camargo todo lo resolvía ordenando la caducidad de los contratos, sin tener en cuenta el perjuicio que ocasionaba a sus contratistas...”*.

Con la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 1667 del 8 de septiembre de 2000 y la No. 2032 del 21 de noviembre de 2000 se evidenciaban los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes con la declaratoria de

caducidad del contrato, afirmación que refuerza por medio de unas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación el 4 de diciembre de 1995 bajo el radicado No. 9206 y el 18 de marzo de 2004 bajo el radicado No. 15936 al respecto.

En efecto, la declaratoria de caducidad le ocasionó al consorcio contratista una serie de perjuicios con ocasión de la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años (pérdida de oportunidad), además perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, y morales, los cuales debían ser resarcidos por el IDU.

Manifiesta que con sujeción al principio de congruencia la declaratoria de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró la caducidad del contrato, trae como consecuencia necesaria la condena al pago de los perjuicios ocasionados con su expedición.

Afirma que el hecho de que no se hubieran cuantificado algunos valores en la demanda, ello no le impedía al funcionario judicial emitir una condena en abstracto conforme a lo previsto en el artículo 172 del C.C.A.

Trae a cuento algunas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación al respecto para luego señalar que el sólo hecho de que se hubiera declarado la caducidad del contrato con la consecuente inhabilidad que produjo su declaratoria se debía condenar al demandado al pago de los perjuicios morales, pues era evidente que cuando una empresa desaparecía del mundo comercial *“las personas físicas que la integran quedan sumidas en la peor depresión al ver frustrado su futuro”*

Pide que el demandado también sea condenado al pago de los perjuicios materiales ocasionados y que sí bien no fueron reconocidos por el Tribunal de primera instancia los demandante sí habían logrado acreditar su causación.

Por último, dice que las decisiones deben ser proferidas con sujeción a lo pretendido en la demanda, razón por la cual el Tribunal de primera instancia no podía soslayar las pretensiones indemnizatorias teniendo en cuenta que con ocasión de la declaratoria de caducidad del contrato el consorcio demandante y sus integrantes quedaron inhabilitados por el término de 5 años, circunstancia que necesariamente les ocasionó perjuicios.

Con base en lo anterior, los apelantes solicitan que se revoque lo dispuesto en los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia impugnada y que en su lugar se condene al demandado al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados y que mediante el trámite incidental previsto en el artículo 172 del C.C.A. se concrete la condena referida.

### **3.2. El Recurso de apelación interpuesto por el demandado Instituto de Desarrollo Urbano-IDU-**

Inicia su argumentación el recurrente por referirse a la figura de la caducidad contractual, para señalar que si ésta es considerada como una medida de carácter sancionatorio frente a los incumplimientos del contratista puede ser declarada incluso en la fase de liquidación del contrato, por el contrario si se entiende que ésta figura se constituye en un medio para garantizar la protección del interés público y asegurar la consecución de los fines del estado, sólo podrá ser declarada en la fase de ejecución del contrato.

Dice que si bien en vigencia del Decreto 222 de 1983 e incluso de la Ley 80 de 1993 se mantuvo una postura jurisprudencial conforme a la cual la administración sólo podía ejercer las facultades excepcionales al derecho común durante el plazo de ejecución del contrato, dicha postura se modificó por medio de la sentencia del 6 de junio de 1996, según la cual teniendo en cuenta que el vencimiento del plazo contractual y la terminación de la relación jurídica eran diferentes, la administración podía hacer ejercicio de esas facultades hasta tanto el contrato siguiera produciendo sus efectos.

Trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 13 de septiembre de 1999 según la cual teniendo en cuenta que era la fase de liquidación del contrato la que determinaba la extinción de la relación jurídica entre los contratantes, la administración podía hacer ejercicio de sus facultades hasta ese momento, postura ésta que posteriormente se modificó mediante la Sentencia proferida el 20 de noviembre de 2008.

Con base en lo anterior, afirma que si bien la jurisprudencia actual señala claramente que la caducidad sólo puede ser declarada en vigencia del contrato, para la fecha en que se expidieron las Resoluciones por medio de las cuales se

declaró y se confirmó dicha decisión, es decir entre los años 1999 y 2000, se encontraba vigente la postura jurisprudencial a la que se hizo referencia en líneas anteriores, razón por la cual el IDU sí ostentaba la competencia temporal para declararla y observó el derecho al debido proceso.

Solicita en consecuencia que se revoque la sentencia apelada en lo relativo a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato y se confirmó dicha decisión.

No es cierto que en el presente asunto se haya presentado un incumplimiento mutuo de las partes contratantes, pues se logró demostrar que el consorcio demandante conocía las especificaciones técnicas de ejecución de las obras contratadas incluso desde el pliego de condiciones y que las aceptó, tampoco es cierto que el instituto le haya entregado el listado de las vías a intervenir sólo 3 días antes del vencimiento del plazo contractual, pues éstas se encontraban señaladas en el mismo pliego.

Existieron múltiples incumplimientos por parte del contratista tal como lo señaló ingeniero interventor y lo manifestó el mismo contratista a través de sus diferentes escritos, en los cuales afirmaba que estos se originaban en el paro de los trabajadores, la insuficiencia de materiales y la inexistencia de pagos por parte del IDU, circunstancia que no justificaban el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Por último, dice que las circunstancias de incumplimiento del consorcio contratista se concretan en que su representante legal desconoció el contenido del pliego de condiciones en el que se señalaban claramente las vías a intervenir; incumplió el pliego de condiciones al no contar con la maquinaria, los equipos y las cuadrillas de trabajo necesarias para la ejecución de las obras; no las terminó ni las entregó a tiempo; no cumplió con los estándares de calidad de las obras ni con la mezcla asfáltica, ni con los frentes de obra, no tuvo organización, no suministró los materiales y no cumplió con las normas de señalización.

Señala también que la interventoría conocía las vías a intervenir, que sí entregó un listado de estas 3 días antes del vencimiento del plazo del contrato fue por solicitud del contratista y que las fallas presentadas en las obras no fueron

consecuencia de las malas relaciones entre el interventor y el constructor sino de los incumplimientos del contratista.

Con base en lo anterior, el apelante solicita que se revoque la sentencia apelada y que en su lugar se declaren como probadas las excepciones por éste formuladas.

### **3.3. El recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Fardila y Cia. Ltda.**

Empieza el recurrente por señalar que el IDU no podía desconocer el principio de planeación previsto en el artículo 84 del Decreto ley 222 de 1983 y el No. 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, normativa según la cual la administración previamente a dar apertura a un proceso de licitación o a celebrar un contrato debe elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos.

Dice que resulta totalmente contrario a la realidad material y procesal desconocer que el IDU incurrió en incumplimiento de sus obligaciones, pues de haber dado cumplimiento a éstas no se hubieran presentado los inconvenientes alegados y la ejecución del contrato hubiera continuado normalmente dentro de los plazos inicialmente pactados.

Al suscribir el contrato el consorcio contratista no le exigió al IDU que le indicara las vías a intervenir, pues entendió que el interventor las entregaría oportunamente una vez se terminaran algunas de las obras rehabilitadas o mejoradas y ello no ocurrió por la demora en que incurrió el IDU para firmar los contratos adicionales y al tramitar el acta No. 5 correspondiente al pago del mes de diciembre de 1999; por la mora en el pago de las actas correspondientes a los meses de febrero y marzo de 2000 y por el vencimiento del contrato de interventoría el 20 de abril de 2000.

Afirma que junto con la demanda se allegaron diversas comunicaciones contentivas de los innumerables reclamos, exigencias y aclaraciones dirigidas al IDU y a la firma interventora y hace referencia de forma específica a unas comunicaciones presentadas ante el IDU el 17 de julio de 2000 y el 21 de marzo de 2000.

Trae a cuento una sentencia proferida el 31 de agosto de 2006 bajo el radicado No. 14.287 por la Sección Tercera de ésta Corporación relativa a la excepción del

contrato no cumplido para luego señalar que en el presente asunto se reunían los presupuestos para que el Tribunal declarara como probada dicha excepción en favor del contratista, pues éste justificadamente incurrió en demoras en la ejecución de las obras contratadas ante los incumplimientos del IDU al entregar de forma desordenada e inoportuna las vías a intervenir y por no cancelar oportunamente las actas de obra.

Aduce que fue la actitud omisiva y negligente del demandado la que condujo a que el consorcio contratista incurriera en incumplimiento de sus obligaciones, razón por la cual no podía ahora venir a exigirle que cumpliera cuando ésta no cumplió las suyas, para lo cual hace referencia al artículo 1609 del Código Civil y a una sentencia proferida al respecto por la Sección Tercera de ésta Corporación.

Manifiesta que si bien la declaratoria de caducidad del contrato es una potestad de carácter discrecional la administración no tiene competencia para declararla cuando también ha incumplido sus obligaciones o cuando el incumplimiento en que incurrió el contratista no es de carácter culposo, pues si la situación de incumplimiento se generó por fuerza mayor o caso fortuito no hay lugar a declararla, para lo cual hace referencia a algunas providencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación al respecto.

Hace referencia también a la sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 3 de marzo de 1994 bajo el Radicado No. 7223, conforme a la cual en aquellos eventos donde se acredita el cumplimiento de las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido, se desvirtúa el incumplimiento del contratista en el que la administración funda la declaratoria de caducidad del contrato en su contra.

Por otro tanto, señala que cuando la administración ha declarado la caducidad del contrato con falsa motivación o abuso o desviación de poder, su actuación es ilegal, estando entonces legitimado el contratista para reclamar los perjuicios derivados de ésta, los cuales resultan procedentes por el sólo hecho de haberse declarado la nulidad de los actos mediante los cuales se declaró dicha caducidad y siempre y cuando se acredite adecuadamente su causación.

La declaratoria de nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato conduce a que se reconozca una indemnización de los perjuicios ocasionados al contratista con esa declaratoria.

Concluye señalando que *“No puede afirmarse que incurre en ilegalidad alguna la Administración cuando declara la caducidad a un contratista de manera precipitada o cuando decide no declararla a quién ha incurrido en incumplimientos, pues a fin de cuentas la caducidad es una potestad o facultad de la cual puede hacer o no uso la administración, luego al tomar cualquiera de esas determinaciones no estará contrariando norma alguna del estatuto contractual”*.

Con base en lo anterior, la apelante solicita que declarado el incumplimiento del contrato por parte del IDU y la nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad contractual y se confirmó dicha decisión, debe condenarse al demandado al pago de los perjuicios ocasionados conforme al artículo 172 del C.C.A.

#### **IV EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El señor agente del Ministerio Público opina que debe confirmarse la sentencia apelada en lo relativo a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 1667 del 8 de septiembre de 2000 y la No. 2032 del 21 de noviembre de 2000, por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato No. 444 de 1999 y se confirmó dicha decisión y que a título de indemnización debe devolverse a los integrantes del Consorcio contratista el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada, reconocer los perjuicios morales única y exclusivamente a favor del señor Luis Enrique Torres y negar las restantes súplicas de la demanda.

Para ello el Ministerio Público expuso las siguientes razones:

Trae a cuento la sentencia T-537/09 proferida por la Corte Constitucional y la Sentencia del 2 de octubre de 2003 bajo el Radicado No. 14.936 proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación relativas a la excepción del contrato no cumplido, precisando que para que ésta pueda ser declarada el contratista debe acreditar que la situación de imposibilidad de ejecutar el contrato fue determinada por el incumplimiento grave de la entidad contratante, para luego concluir que en el presente asunto no resultaba procedente su declaratoria teniendo en cuenta

que los accionantes no habían logrado acreditar la mora en el pago de las actas parciales de obra por parte del IDU, pues los referidos retrasos se originaron por la devolución de algunas de las actas por falta de claridad y explicación en los cálculos de la obra y porque sólo se radicaron en febrero de 2000 y cursaron su trámite dentro del plazo previsto para ello.

Señala que en las condiciones referidas no era posible afirmar que la presunta mora en el pago de las actas parciales de obra hubiera sido la causa determinante para que el contratista no cumpliera sus obligaciones contractuales, para lo cual bastaba con revisar los informes de la firma interventora y del Director Técnico de Malla Vial del IDU, a partir de los cuales se lograba evidenciar que el contratista no cumplió con el número de frentes exigido en el numeral 5.22 del pliego de condiciones lo que dio lugar a que se le impusiera una multa por medio de la Resolución No. 0679 del 13 de abril de 2000.

Hace un breve recuento de las diferentes tesis jurisprudenciales relativas a la competencia temporal de la administración para el ejercicio de potestades excepcionales para luego señalar que en el presente asunto era aplicable la tesis jurisprudencial vigente y conforme a la cual la administración puede declarar la caducidad y ejercer las demás potestades excepcionales únicamente en vigencia del contrato.

Dice que en aplicación de la tesis jurisprudencial vigente era evidente que el IDU no tenía la competencia temporal para declarar la caducidad del contrato, pues para la fecha en que se expidieron las Resoluciones Nos. 1667 del 8 de septiembre de 2000 y la No. 2032 del 21 de noviembre de 2000, el plazo de ejecución del contrato ya había finalizado teniendo en cuenta que el plazo de ejecución de 6 meses convenido se inició el 28 de julio 1999 y se prorrogó en dos ocasiones, la primera por un mes y la segunda por 32 días, finalizando entonces el 30 de marzo de 2000.

No le asiste razón al IDU afirmar que la jurisprudencia aplicable al contrato era aquella según la cual la administración sí tenía competencia para declarar la caducidad una vez vencido el plazo del contrato, pues tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas de la forma que más se ajuste a las normas constitucionales y a la ley, a partir de lo cual concluye que en

el presente asunto era evidente que las resoluciones referidas se encontraban viciadas de nulidad por falta de competencia temporal.

En consecuencia, se abstiene de realizar un estudio respecto de los demás cargos de nulidad alegados, así como de estudiar los cargos de nulidad frente a los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó la liquidación unilateral del contrato y se confirmó dicha decisión, afirmando que teniendo en cuenta que el Tribunal los había encontrado ajustados a derecho y que los recurrentes no manifestaron reparo alguno al respecto, la presunción de legalidad de la que se encontraban revestidos permanecía incólume.

En lo relativo a la indemnización de perjuicios materiales señaló que resultaba procedente ordenar la devolución de la suma equivalente a \$35.064.701 por concepto de la cláusula penal pactada, pues si bien por medio del artículo 3º del acto administrativo declarado nulo se ordenó su descuento de la Póliza única de seguros constituida, ésta no se afectó tal como lo había aceptado la misma Aseguradora al aclarar que el IDU al expedir la Resolución No. 2493 del 8 de octubre de 2001 ordenó descontar el valor de la multa impuesta de las sumas que resultaren a favor del contratista.

Consideró improcedente el reconocimiento de los perjuicios por concepto de pérdida de oportunidad al considerar que los accionantes no habían logrado demostrar su causación, pues sólo señalaron en su demanda el promedio de la contratación negociada por cada uno de los integrantes del consorcio durante los años 1998 a 2000 y lo facturado por cada uno de ellos según contratos suscritos con algunas entidades, pero no allegaron copia de esos contratos así como tampoco los estados financieros, circunstancia que impedía establecer el movimiento económico de sus actividades y por ende la situación económica real en la que se encontraban antes y después de la declaratoria de caducidad.

Que si bien solicitaron la práctica de una prueba pericial con el fin de establecer los perjuicios ocasionados y que ésta fue decretada por el Tribunal, no se practicó por culpa de los demandantes al no cancelar los gastos periciales respectivos.

Concluye señalando que en los términos referidos el daño reclamado era hipotético, incierto o eventual y por lo tanto no susceptible de indemnización, pues los demandantes no allegaron prueba alguna a través de la cual logran

demostrar los eventuales negocios que quedaron frustrados como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato y aquellos que no se pudieron ejecutar en razón de la inhabilidad sobreviniente para contratar con el estado.

En cuanto a los perjuicios morales consideró que su reconocimiento sólo resultaba procedente en favor del señor Luis Enrique Torres según el testimonio rendido por el ingeniero civil Jesús Orlando Guzmán Ávila, en la cuantía que de manera razonada y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales estimara prudente el funcionario judicial.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes.

## V CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Competencia; **2)** Las potestades excepcionales como mecanismos de regulación, control y vigilancia de la prestación de los servicios públicos en ejercicio de la actividad contractual; **3)** Las potestades excepcionales y su inclusión en los contratos estatales en vigencia de la Ley 80 de 1993; **4)** La caducidad como potestad excepcional al derecho común en los contratos estatales; **5)** La competencia temporal de la administración para declarar la caducidad del contrato; **6)** La excepción del contrato no cumplido como condición que desvirtúa el incumplimiento del contratista en el que la administración funda la declaratoria de caducidad del contrato; **7)** Los hechos probados; **8)** La solución del caso concreto.

**1.** Previamente a resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto, ésta Subsección reitera el criterio fijado por la Sala Plena de ésta Corporación respecto del alcance de la competencia del fallador, postura conforme a la cual en desarrollo de los principios de congruencia de la sentencia, así como también el principio dispositivo, el ámbito competencial del juez de segunda instancia se ve delimitado o condicionado a los puntos de discordancia señalados por el

recurrente en el escrito de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia, salvo ciertas excepciones permitidas<sup>4</sup>.

En el presente asunto, ésta Sala limitara su análisis a las pretensiones de nulidad de las Resoluciones Nos. 1667 del 8 de septiembre de 2000 y la No. 2032 del 21 de noviembre de 2000, por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato y se confirmó dicha decisión, la relativa al posible incumplimiento del contrato y a las pretensiones indemnizatorias.

No se efectuara análisis ni pronunciamiento alguno respecto de las pretensiones de nulidad de las Resoluciones Nos. 2125 del 29 de agosto de 2001 y la No. 2493 del 8 de octubre de 2001, mediante las cuales se liquidó el contrato y se confirmó dicha decisión teniendo en cuenta que dicha pretensión no fue objeto de los recursos de apelación interpuestos.

## **2. Las potestades excepcionales como mecanismos de regulación, control y vigilancia de la prestación de los servicios públicos en ejercicio de la actividad contractual.**

Ya en anteriores oportunidades se había resaltado que según los artículos 2º, 209 de la Constitución Política, el Estado tiene como fines esenciales, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan<sup>5</sup>; que la función administrativa ésta al servicio de los intereses generales y que se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad<sup>6</sup>.

Por su parte, el artículo 365 de la misma Carta Política dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado, que es su deber asegurar que su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y que podrán ser prestados por éste directa o indirectamente, por comunidades

---

<sup>4</sup> Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sala Plena, Sentencia del 9 de febrero de 2012, Exp. 21.060

<sup>5</sup> Artículo 2º de la Constitución Política.

<sup>6</sup> Artículo 365 de la Constitución Política.

organizadas, o por particulares<sup>7 8</sup> y que *“en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”*

Pues bien, de las normas referidas se encuentra que la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados, a la promoción y prevalencia de los intereses generales y a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que *“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 colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*<sup>9</sup>

De otro lado la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley.<sup>10</sup>

Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que el contrato estatal se constituye en un instrumento de la administración para la satisfacción de las finalidades estatales, pues por medio de éste el Estado persigue la adecuada prestación de los servicios públicos en colaboración con el contratista.

---

<sup>7</sup> Artículo 365 de la Constitución Política.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 8 de agosto de 2012, Exp. 23.358.

<sup>9</sup> Esta es la redacción con que quedó la norma después de la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>10</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.

### 3. Las potestades excepcionales y su inclusión en los contratos estatales en vigencia de la Ley 80 de 1993.

En lo relativo a las cláusulas excepcionales y su inclusión en los contratos estatales en vigencia de la Ley 80 de 1993, ya ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar:

*“El contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes<sup>11</sup>.*

*Recordemos que bajo el anterior régimen contractual, esto es, el influenciado por los trabajos franceses en la materia hacían del contrato propiamente administrativo, el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública que se traducían en cláusulas no pactadas, sino imperativamente impuestas en los contratos y que facilitaban el ejercicio del poder público unilateral sobre el contrato y el contratista, esto como presupuesto fundamental y justificativo de la pregonada sustantividad del contrato administrativo, marcando con esto fronteras y diferencias entre el contrato público y el propio de los particulares y justificando por lo tanto un régimen diferente de derecho público para el mismo.*

*En este sentido, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida que se entienden pertenecerle por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para los mismos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501<sup>12</sup> del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual<sup>13</sup>.*

---

<sup>11</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, en Banco de datos jurídicos, cit.: “El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general...” (Original del texto que se cita).

<sup>12</sup> Código Civil. Artículo 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (Original del texto que se cita).

<sup>13</sup> Sobre el ejercicio de cláusulas excepcionales y su carácter limitado, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de febrero de 2012, Rad: 19730. [...] la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos que debe mantener el Estado se concreta en la contratación estatal en las cláusulas exorbitantes de terminación unilateral, interpretación y modificación unilateral, caducidad y sometimiento a las leyes nacionales consagradas en los artículos 14 y siguientes de la mencionada ley. Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos y que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general. Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio

*Conforme a lo dispuesto en el artículo 14<sup>14</sup> de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales al celebrar un contrato se sujetan a un específico principio de legalidad en esta materia. El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales. El marco jurídico de este régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas, y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista<sup>15</sup>.*

---

público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o ad nutum. Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden.”

Consultar entre otras, las Sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de marzo de 2004, Rad: 15936, Sentencia del 21 de abril de 2004, Rad. N° 10875, Sentencia del 21 de abril de 2004, Rad. N° 12852, Sentencia del 20 de octubre de 2005, Rad. N° 14579, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Sentencia del 5 de diciembre de 2007, Rad. N° 16704, Sentencia del 1 de diciembre de 2008, Rad. N° 15603, Sentencia del 23 de abril de 2009, Rad. N° 16372, Sentencia del 17 de marzo de 2010, Rad. N° 18394, Sentencia del 7 de octubre de 2010, Rad. N° 18496, Sentencia del 24 de enero de 2011, Rad: 15940, Rad: 17557, sentencia del 8 de mayo de 2013, Rad: 24510, sentencias del 23 de junio de 2013, Radicados 26637 y 24580 (Original del texto que se cita).

<sup>14</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 14 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:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley (Original del texto que se cita).

2o. 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.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales (Original del texto que se cita).

<sup>15</sup> En lo relativo a la sujeción al derecho del debido proceso en materia sancionadora del estado o en ejercicio de facultades excepcionales y con sujeción a la Doctrina asentada sobre el tema por el Tribunal Constitucional, se ha señalado: “[...] con anterioridad a la imposición de la sanción debe concedérsele al interesado la oportunidad para que exprese sus puntos de vista y ejerza su derecho de defensa y es por esta razón que no es suficiente que esas decisiones estén debidamente motivadas y que sean notificadas, pues hay un procedimiento de imperativo cumplimiento que debe surtirse en todas las actuaciones administrativas para garantizar el debido proceso. [...] no sólo se declaró la caducidad del contrato sin que el contratista pudiera ser oído previamente, sino que también sin haber sido notificada esa decisión, la Asamblea Departamental de Casanare procedió de inmediato, y por supuesto también sin audiencia de aquel, a liquidar unilateralmente el contrato, comportamiento este que nuevamente viola el derecho al debido proceso del señor Luis Carlos Leonel Jiménez López. Estas vulneraciones sucesivas del derecho al debido proceso implican que

*Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, según el cual: [Se] 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”.*

*En estos contratos, siempre y necesariamente existirán cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en esta norma o se refiere a los tipos de contrato también expresamente indicados, no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.*

*El segundo grupo se caracteriza porque el régimen de excepción es discrecional. Señala el inciso 2º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 que las entidades estatales podrán pactar las cláusulas de excepción en los contratos de suministro y de prestación de servicios; luego, si no se pactan de manera expresa, estos contratos no podrán quedar sujetos a dicho marco jurídico de excepción. En estos casos, el legislador le otorga confianza a las entidades estatales para que, teniendo en cuenta ante todo al contratista, le permitan celebrar el contrato en un plano de igualdad con la entidad estatal.*

*El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores y, adicionalmente, los que de forma expresa señala el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993: “En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales*

*Respecto de los contratos en los que son obligatorias las cláusulas de excepción, el legislador ha establecido un sistema de protección a los intereses generales, que consiste en que, de llegar a faltar la correspondiente estipulación normativa en el contrato, la cláusula excepcional, por mandato legal, se entiende incorporada. De esta manera, nunca un contrato de los que señala el artículo 14.2 del estatuto de la contratación pública quedará sin régimen de excepción. Cosa contraria ocurre frente a los contratos de suministro y prestación de servicios, donde para la procedencia de la cláusula excepcional, ésta deberá estar contemplada en forma expresa en el texto del contrato; de lo contrario, lo único que se presume es la igualdad entre la entidad estatal contratante y el contratista.*

*En tratándose del tercer grupo, por simple respeto al principio de legalidad, consideramos improcedente incorporar cualquier cláusula excepcional o pensar siquiera en una aplicación de las mismas. En estos casos, la celebración y ejecución de los contratos se sujeta plenamente al derecho privado; no así la escogencia de los contratistas pues, de acuerdo con las reglas expuestas, procedería licitación pública o contratación directa, debiendo, por lo tanto, estar dominada en esta etapa contractual por los principios de planeación, transparencia y, en especial, selección objetiva.”<sup>16 17</sup>*

---

los mencionados actos sean nulos así como aquellos otros actos administrativos que negaron la revocatoria directa, aprobaron la liquidación unilateral del contrato y resolvieron el recurso de reposición que se interpuso contra ésta determinación.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 25 de julio de 2011, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad: 19150. Ver entre otras, Consejo de estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de abril de 2011, Rad: 17259, sentencia del 8 de junio de 2011, Rad: 17858, sentencia del 21 de febrero de 2011, Rad:16105, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Original del texto que se cita).

<sup>16</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. En: Revista De Doctrina, Jurisprudencia, Legislación Y Práctica (Argentina), 2008, v.67 p.33 – 83 (Original del texto que se cita).

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de marzo de 2015, Exp. 33.223.

#### **4. La caducidad como potestad excepcional al derecho común en los contratos estatales.**

Mediante el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 la ley le otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades estatales y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

Dentro de los mecanismos a los que se hace alusión se consagra la caducidad del contrato como una potestad excepcional al régimen de derecho común, en desarrollo del cual se faculta a la administración para que dé por terminado el contrato estatal cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que pueda afectar la ejecución de éste o conduzca indefectiblemente a su paralización.

En efecto, el artículo 18 de la ley 80 de 1993 define la figura de la caducidad contractual como aquella estipulación por virtud de la cual se le otorga competencia a la administración para que mediante un acto administrativo motivado pueda dar por terminado unilateralmente el contrato celebrado y ordenar su liquidación cuando advierta que el contratista incurrió en un incumplimiento grave de sus obligaciones que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que se evidencie que tales hechos constitutivos de incumplimiento puedan conducir a la paralización del contrato estatal; *“evento éste caso en el cual no hay lugar a indemnizaciones, el contratista se hace acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley y se constituye el siniestro por incumplimiento.”*<sup>18 19</sup>

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio *“Esta definición representa una importante modificación frente al régimen anterior del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 61 a 6520), en el que la caducidad se encontraba establecida por la ocurrencia de varios supuestos establecidos en causales que no reflejaban la esencia de este instituto, pues, además de proceder por el incumplimiento de las obligaciones del contratista del que se derivaran consecuencias que hicieran imposible la ejecución del contrato o causaran perjuicios a la entidad pública contratante (art. 62 -f), podía declararse por la muerte o la incapacidad física permanente del contratista, o su interdicción judicial, o la disolución de la persona jurídica contratista, o su incapacidad financiera” (original del fallo que se cita).*

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 6 de mayo de 2015, Exp. 35.766.

Así, de la normatividad se desprende que los requisitos para que la administración pueda declarar la caducidad del contrato son: i) Que se presente un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, es decir que se trate de obligaciones esenciales; y ii) Que éste afecte de forma grave y directa la ejecución del contrato, es decir que el incumplimiento sea de tal magnitud que se haga nugatoria la posibilidad de continuar ejecutando el contrato, conduzca a la paralización de la prestación del servicio público a cargo de la administración o imposibilite el cumplimiento del objeto contractual.

## **5. La competencia temporal de la administración para declarar la caducidad del contrato.**

Si bien entorno a éste asunto se suscitaron diversas posturas jurisprudenciales teniendo en cuenta que previamente a la expedición de la sentencia del 20 de noviembre de 2008 bajo el radicado No. 17.031 se consideraba procedente que la administración declarara la caducidad del contrato incluso en la etapa de liquidación del contrato, por medio de dicha providencia se estimó que en atención al objeto y finalidades que caracterizan la figura de la caducidad contractual su declaratoria sólo resultaba procedente en vigencia del contrato respectivo.

Al respecto ésta Corporación señaló:

“(…)

*El motivo legal que da lugar a la caducidad, en esencia, es el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones que incide seriamente en la “ejecución del contrato”, de manera que, razonablemente, se infiera que no se podrá continuar con el objeto contractual y, por tanto, que no se obtendrá el fin requerido con el negocio jurídico estatal. Sus efectos, como se recuerda, consisten en la terminación del vínculo contractual, sin indemnización alguna a favor del contratista; la liquidación del contrato; la configuración del siniestro del incumplimiento y, por ende, la exigibilidad de las garantías; la efectividad de la cláusula penal pecuniaria; la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años, y en general la pérdida de los derechos que emanaban para aquél del contrato. Y, para el ejercicio de esta facultad la Administración debe analizar la gravedad del incumplimiento y el peligro que representa para la ejecución del contrato, de modo que puede abstenerse de decretarla y, en cambio, adoptar las medidas de control e intervención necesarias para superar la situación.*

(…)

***En este contexto, al examinar nuevamente los límites temporales de este poder exorbitante, la Sala concluye que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: en primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, que***

***el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo(...)***

*(...)si la declaratoria de caducidad resulta viable únicamente cuando se determina por parte de la Administración que el incumplimiento del contratista es de tal magnitud y gravedad que conducirá indefectiblemente a la paralización del contrato, o sea, que irremediablemente no se cumplirá en el tiempo esperado y requerido con el objeto contractual, ello presupone que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte “la ejecución del contrato” y se presente su “paralización” cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él. La caducidad supone, entonces, un contrato ejecutivo, en curso y de ningún modo un contrato ejecutado, cumplido o finalizado el plazo o el término fijado por las partes para llevarlo a cabo en oportunidad debida”<sup>20</sup> (Resaltado propio).*

De lo citado se desprende que la finalidad primordial del ejercicio de la facultad excepcional de la caducidad es que la Administración conjure el grave incumplimiento en que incurrió el contratista y garantice el cumplimiento del objeto contractual y en últimas la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos.

Así las cosas, teniendo en cuenta los requisitos de procedencia y la finalidad primordial de la figura de la caducidad contractual, se evidencia que su ejercicio no tiene sentido alguno una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, pues mal podría pretenderse terminar por la vía de la caducidad lo que ya se terminó por la vía de extinción del plazo, razón, entre otras, por la cual una vez que esto ha acaecido se extingue la competencia de la administración para declararla.

Posteriormente, dicha postura fue reiterada mediante la Sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de ésta Corporación el 12 de julio de 2012 bajo el radicado No. 15.024, providencia mediante la cual se reconoció que uno de los asuntos que más había generado inquietudes respecto de la facultad para declarar la caducidad del contrato era la competencia temporal de la administración para hacerlo, reiterando que *“la falta de competencia constituye el más grave de los vicios que puede afectar la validez de un acto y, por tal razón, puede ser declarado de oficio”<sup>21</sup>.*

En lo relativo a la Competencia temporal de la administración para declarar la caducidad del contrato se señaló en la precitada providencia:

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de noviembre de 2008, Exp. 17.031, Sentencia del 10 de marzo de 2011, Exp 16.856, entre otras.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999, Exp. 10.196, Sentencia del 15 de abril de 2010, Exp. 18.292.

(...) se podrá decretar la caducidad cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista haga imposible la ejecución total del contrato –en los términos del Decreto 222– o “afecte grave y directamente la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización” –en los términos de la Ley 80–.

La Sala aprecia que en los textos referidos el legislador diferenció claramente los conceptos de “obligación” y “contrato”, puesto que el incumplimiento lo predica de las obligaciones, no del contrato en su totalidad, y respecto de éste indica que lo que dará lugar a decretar la caducidad será la imposibilidad o la afectación grave y directa de su ejecución, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones.

(...)

(...) la Sala concluye que las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.

De tal forma, al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista...” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato –pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal<sup>22</sup> –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> “Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (...)” “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

<sup>23</sup> El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.º 15596 (Original del fallo en cita)

## **6. La excepción del contrato no cumplido como condición que desvirtúa el incumplimiento del contratista en el que la administración funda la declaratoria de caducidad del contrato.**

Ya ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar al respecto que:

*“El ejercicio de este poder excepcional [haciendo referencia a la caducidad contractual] supone una decisión motivada que sea el resultado de un procedimiento administrativo en el que se haya garantizado el debido proceso.*

*De otro lado, la entidad estatal estará imposibilitada para declarar la caducidad del contrato si ha puesto al contratista en situación de incumplimiento o si no ha cumplido con las obligaciones que previamente estaban a su cargo.<sup>24</sup>*

*Esta imposibilidad se ha hecho derivar de la facultad que tiene el contratista, en ciertas circunstancias, de invocar en su favor la excepción de contrato no cumplido*

*Una de tales circunstancias es precisamente cuando corre a cargo de la entidad estatal la entrega previa de terrenos, planos, levantamientos topográficos, etc.*

*Puede acontecer sin embargo que en el contrato concurren incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista.*

*En este supuesto habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aún en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su co-contratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto.*

*Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incurso en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe.*

*Ahora, esto que se acaba de afirmar cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal.*

*En esa especialísima situación en que ambos contratantes han de tenerse como incumplidos, se siguen las consecuencias que señala el artículo 1609 del Código Civil, esto es que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir los perjuicios ni la cláusula penal que hayan pactado pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del C. C.<sup>25</sup>*

## **8. Los hechos probados.**

**8.1.** En lo relativo a las pretensiones de nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad de la acción y se confirmó dicha decisión se encontraron probados los siguientes hechos:

---

<sup>24</sup> Sentencias de abril 7 de 1978 (Expediente 1870), marzo 3 de 1994 (Expediente 7223), marzo 15 de 2001 (Expediente 13415), noviembre 20 de 2008 (Expediente 17031), entre otras(original del fallo en cita).

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de febrero de 2011, Exp. 16.105,

Que entre el demandante y el demandado se celebró el contrato No. 444 de 1999 el 30 de junio, que tuvo por objeto la realización de obras de rehabilitación y mejoramiento de las vías en pavimento flexibles en las localidades de San Cristóbal, Usme y Rafael Uribe, zona 5, bajo la modalidad de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste (Fols. 1 a 6 del C. No. 2 de pruebas).

Como plazo contractual se fijó el término inicial de 6 meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación (Fols. 3 y 4 del C. No. 2 de pruebas), esto es, desde el 28 de julio de 1999, por un valor inicial de \$1.382'000.000 (Fol. 3 del C. No. 2 de pruebas).

Dicho plazo se extendió a través de la suscripción de los contratos adicionales No. 1 del 12 de enero de 2000 por un mes más (Fol. 10 del C. No. 2 de pruebas), es decir hasta el 28 de febrero de 2000 por medio del cual también se adicionó su valor y el No. 2 del 25 de febrero de 2000 (Fol. 11 del C. No. 2 de pruebas) por 32 días calendario más, es decir hasta el 30 de marzo de 2000.

A folio 12 del Cuaderno No. 2 de pruebas aparece el contrato adicional No. 3 al principal sin fecha, mediante el cual presuntamente se prorrogaría el plazo inicial de ejecución del contrato principal por 20 días calendario más que únicamente se encuentra suscrito por el Director General del demandado.

Por medio de la cláusula décima quinta las partes acordaron que el IDU declararía la caducidad del contrato en los términos previstos en el artículo 18 de la ley 80 de 1993 (Fol. 5 del C. No. 2 de pruebas).

A través de la Resolución No. 0679 del 13 de abril de 2000 el IDU le impuso una multa al contratista por valor de \$35'932.000,00 (Fols. 129 a 131 del C. No. 2 de pruebas) decisión que fue confirmada a través de la Resolución No. 1559 del 24 de agosto de 2000.

Mediante la Resolución No. 1667 del 8 de septiembre de 2000 el Instituto de Desarrollo Urbano declaró la caducidad del contrato, ordenó su liquidación e hizo efectivas las garantías constituidas argumentando que el consorcio contratista había incurrido en una serie de incumplimientos que se concretan en el abandono

de las zonas objeto de realización de las obras y la no ejecución de la totalidad de las obras a su cargo (Fols. 117 a 120 del C. No. 2 de pruebas).

Contra dicha Resolución tanto la parte demandante como la Aseguradora Colseguros instauraron los recursos de reposición, los cuales fueron resueltos mediante la Resolución No. 2032 del 21 de noviembre de 2000 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes (Fols. 121 a 127 del C. No. 2 de pruebas).

Pues bien, de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron se logra evidenciar que el término de vigencia o el plazo de ejecución del contrato venció el 30 de marzo de 2000, razón por la cual si la declaratoria de caducidad del contrato ocurrió el 8 de septiembre de 2000, esto es, aproximadamente 5 meses después, fácil es concluir que la entidad demandada profirió la caducidad por fuera de la oportunidad prevista en la ley, es decir por fuera del ámbito temporal que tenía para el ejercicio de esta potestad exorbitante.

En conclusión la Resolución No. 1667 del 8 de septiembre de 2000, mediante la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato, es nula por falta de competencia temporal de la administración y en consecuencia también lo será la Resolución No. 2032 del 21 de noviembre de 2000 por medio de la cual se confirmó dicha decisión.

Como así lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada será confirmada en éste punto aunque por las razones expuestas en esta providencia.

**8.1.1.** Ahora bien, en cuanto a los perjuicios derivados de la declaratoria ilegal de la caducidad del contrato, la Sala considera que está debidamente acreditado que los miembros integrantes del Consorcio demandante estuvieron inhabilitados para contratar con el Estado por espacio de cinco años.

A pesar de lo anterior, no hay certeza sobre el monto o cuantía de los referidos perjuicios ocasionados a los miembros integrantes del Consorcio demandante, pues no allegaron prueba alguna a través de la cual pudieran acreditar éste, pues si bien solicitaron la práctica de una prueba pericial por medio del numeral 7.4 de la demanda (Fol. 26 del C. No. 1) y que ésta fue decretada por el Tribunal mediante auto del 10 de junio de 2004 (Fols. 155 y 156 del C. No. 1), ésta se tuvo

por desistida por el no pago de la suma que se fijó como gastos periciales a través del auto del 21 de abril de 2005 (Fol. 169 del C. No. 1).

Pero además, revisadas las demás pruebas documentales arrimadas tampoco se logró demostrar el monto de los perjuicios económicos causados a los miembros integrantes de consorcio demandante con la declaratoria ilegal de caducidad del contrato y la consecuente inhabilidad, pues no se acreditó ni la celebración de otros contratos ni su cuantía, ni la existencia de posibles negocios jurídicos truncados; no se allegó la propuesta, ni se arrimaron los pliegos de condiciones, así como tampoco se allegaron otras pruebas a través de las cuales se pudiera determinar que la situación financiera de los demandantes se desmejoró una vez decretada la caducidad ni en que monto.

Pero adicionalmente no se allegaron documentos o pruebas mediante las cuales el juez pudiera recaudar elementos o parámetros objetivos para proferir una condena en equidad por ésta tipología de perjuicios.

Así las cosas, la Sala negara el reconocimiento de los perjuicios ocasionados con la declaratoria ilegal de caducidad del contrato, y como así lo vio el Ministerio Público y lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser confirmada en éste punto.

**8.2.** En lo relativo a las pretensiones de declaratoria de incumplimiento y las demás pretensiones indemnizatorias se encuentra probado:

Mediante Oficios No. 1659 del 20 de agosto de 1999, el No. 1728 del 10 de septiembre de 1999, el No. 1787 del 1 de octubre de 1999 el No. 1837 del 15 de octubre de 1999, el No. 2171 del 2 de febrero de 2000 la interventoría remitió ante el contratista listados diferentes de las vías a intervenir (Fols. 18 a 22 y 34 del C. No. 2 de pruebas).

En comunicación del 20 de octubre de 1999 que se radicó bajo el No. 65695, el contratista requiere al IDU para el pago de una cuenta de las obras ejecutadas que se había radicado el 6 de septiembre de 1999, manifestando que ésta debía ser cancelada el 15 de octubre de 1999 (Fol. 23 del C. No. 2 de pruebas), a su vez por medio de comunicación del 3 de noviembre de 1999 que se radicó bajo el No. 69512 y del 8 de marzo de 2000 que se radicó bajo el No. 21262 requirió

nuevamente al IDU para el pago de las cuentas respectivas (Fol. 26 y 47 del C. No. 2 de pruebas).

En escrito del 10 de marzo de 2000 que se radicó con el No. 2723 el contratista le solicita a la interventoría la remisión de un listado definitivo de las vías a intervenir (Fol. 48 del C. No. 2 de pruebas).

A través de comunicación del 21 de marzo de 2000 radicada bajo el No. 25833 dirigida al IDU el consorcio contratista manifiesta que el retraso en la ejecución de las obras se origina, entre otras circunstancias, por la no financiación de las obras ante la cancelación extemporánea o demoras en los trámites de pago y por el suministro lento y dosificado de la información técnica requerida para la realización de las obras (Fols. 101 a 104 del C. No. 1).

Mediante comunicación del mismo 21 de marzo de 2000 radicada bajo el No. 26098 el contratista solicita ante la interventoría la prórroga del plazo de ejecución del contrato por 15 días más, manifestando que el retraso en la ejecución de las obras se debe, entre otras circunstancias a las jornadas laborales no trabajadas por paros estatales, precipitaciones lluviosas, suministro técnico y dosificado de la información técnica requerida, Falta de financiación económica, cambios en los programas de construcción y rehabilitación (Fol. 105 del C. No. 1).

En memorando No. STM-4200-865 del 22 de marzo de 2000 dirigido por el Director Técnico de Malla Vial del IDU al Director Técnico Legal se avala la imposición de una multa pecuniaria en contra del contratista solicitada por el interventor del contrato mediante Oficio No. STM-4200-0898 (Fols. 124 a 127 del C. No. 1) ante los incumplimientos en los que había incurrido el contratista respecto de las obligaciones especificadas en los pliegos de condiciones (Fols. 121 y 122 del C. No. 1).

A través de los Oficios del 10 de marzo radicado bajo el No. 22390 (Fols. 133 y 134 del C. No. 1), del 17 de marzo de 2000 radicado bajo el No. 25347 (Fol. 132 del C. No. 1), del 22 de marzo de 2000 radicado bajo el No. 26061 (Fol. 131 del C. No. 1) dirigidos al IDU la interventoría da cuenta de los incumplimientos en los que estaba incurriendo el contratista en la ejecución de las obras objeto del contrato.

A su vez por medio de los oficios del 13 de agosto de 1999 radicado bajo el No. 1632, del 19 de agosto de 1999 radicado bajo el No. 1655, la interventoría requiere al contratista para que de cumplimiento a sus obligaciones (Fols. 211, 214 y 215 del C. No. 3 de pruebas).

También por medio de los Oficios del 26 de enero de 2000 radicado bajo el No. 2127, del 27 de enero de 2000 radicado bajo el No. 2139, del 2 de febrero de 2000 radicado bajo el No. 2170, del 4 de febrero de 2000 radicado bajo el No. 2191, del 8 de febrero de 2000 radicado bajo el No. 1039, del 15 de febrero de 2000 radicado bajo el No. 2253, del 21 de febrero de 2000 radicado bajo el No. 2260, del 23 de febrero de 2000 radicado bajo el No. 2277, del 24 de febrero de 2000 radicado bajo el No. 2284, del 6 de marzo de 2000 radicado bajo el No. 2319 (Fols. 131 a 148 del C. No. 1).

En memorando No. STM-4200-1642 del 31 de mayo de 2000 el Director Técnico de Malla vial solicita al Director Técnico legal del IDU concepto favorable para declarar la caducidad del contrato por los incumplimientos contractuales del contratista (Fols. 122 a 123 del C. No. 3 de pruebas).

Por medio de la comunicación del 17 de julio de 2000 y en respuesta al Oficio No STCO-6300-835 del 22 de junio de 2000 que el IDU dirigió al contratista por el presunto abandono de la ejecución de las obras en las *“vías de la carrera 8 entre calles 5 sur y 6 sur (incluye bahía); de la calle 10 A sur entre carreras 3 y 5 y obras de arte en las vías determinadas en el acta de terminación por vencimiento del plazo”*, la actora manifiesta que las circunstancias de retraso en la ejecución de las obras es imputable única y exclusivamente al IDU y la interventoría por la no entrega oportuna de las vías a intervenir, no pago oportuno de las actas y la negativa a prorrogar los plazos de ejecución inicialmente acordados, entre otras (Fols. 110 a 120 del C. No. 1).

**8.2.1.** Pues bien, las pruebas referidas se muestran suficientes para que ésta Sala encuentre demostrado que ambas partes incurrieron en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, razón por la cual teniendo en cuenta que tanto el Consorcio Farcon como el IDU se encuentran en la especialísima situación en la cual ambos deben tenerse como incumplidos, deben entonces asumir las consecuencias que dicha situación conlleva conforme al artículo 1609 del Código Civil, esto es, que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir

los perjuicios ni la cláusula penal que hayan pactado pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del mismo Estatuto.

Si a esto se aúna la regla contenida en el artículo 1757 del Código Civil según la cual incumbe probar la existencia o la extinción de las obligaciones a quien alega aquella o esta, resulta que el actor ha debido demostrar su cumplimiento cosa que aquí no ha hecho pues de los innumerables Oficios y documentos atrás referidos lo único que se logra demostrar es que los miembros integrantes del consorcio incumplieron sus obligaciones al no entregar las obras contratadas dentro del plazo previsto para ello y no cumplir con las especificaciones contenidas en el pliego de condiciones.

Pues bien, siendo todo lo anterior así resulta que tanto los demandantes como el demandado incumplieron el contrato, el primero al no satisfacer las prestaciones que estaban a su cargo y el segundo al decretar la caducidad de forma extemporánea, es decir con falta de competencia temporal para ello.

Se presenta entonces esa especialísima situación en que ambos contratantes han de tenerse como incumplidos y por esa razón se siguen las consecuencias que señala el artículo 1609 del Código Civil, esto es, que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir los perjuicios ni pedir la cláusula penal pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del C. C.

Y como así lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser confirmada en el sentido de declarar la nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato No. 444 de 1999 y se confirmó dicha decisión y negar los restantes pedimentos pero por las razones expuestas en ésta providencia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada pero por las razones expuestas en ésta providencia.

**DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

**OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**  
Presidenta de la Sala de Sección C

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Consejero Ponente