

LIQUIDACIÓN DE CONTRATO ESTATAL – Término de caducidad

En el caso, bajo estudio la Administración tenía plazo para liquidar unilateralmente el contrato hasta el 30 de junio de 2002, contándose desde esa fecha el término de caducidad de dos (2) años para poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional de Estado, esto es, que la Administración lo podía liquidar hasta el 30 de junio de 2004, e igualmente para interponer la acción de la referencia, por lo que ambas demandas fueron interpuestas dentro del término de caducidad.

DECLARATORIA DE CADUCIDAD – Procedencia

[C]on la expedición de la Ley 80 de 1993, no se autorizó a las entidades contratantes en cuanto desapareció la competencia que les había sido otorgada por el Decreto-ley 222 de 1983 para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es, sin necesidad de acudir al juez del contrato.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUB SECCIÓN C

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

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

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00085-02(34650)

Actor: OPUS INGENIERÍA LIMITADA.

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR-ICETEX

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 15 de agosto de 2007, a través de la cual resolvió:

“PRIMERO: *Se declara la nulidad de las Resoluciones Nros. 0003 de 2002 y 00083 del mismo año, mediante las cuales el INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ”-ICETEX- declaró el incumplimiento del Contrato N° 98-036.*

SEGUNDO: *Se declara la nulidad de las resoluciones Nros. 00290 de 28 de*

junio de 2002 y 00371 de 20 de agosto de 2002, mediante las cuales el INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ”-ICETEX- liquidó unilateralmente el Contrato N° 98-036.

TERCERO: Se declara que la Sociedad OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA-, incumplió el Contrato N° 98-036.

CUARTO: En consecuencia, se declara terminado el Contrato N° 98-036.

QUINTO: La Sociedad OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA-, deberá rembolsar al INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ”-ICETEX-, la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CATORCE PESOS (\$977.857.214), por los pagos hechos por el ICETEX a dicha sociedad, en desarrollo del Contrato 98-036.

SEXTO: La Sociedad OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA-, deberá pagar al INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ”-ICETEX-, la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL PESOS (\$261.234.867), por concepto de la cláusula penal contenida en la adición N° 3 del Contrato 98-036.

SÉPTIMO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

OCTAVO: Sin condena en costas. (...)."

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el

16 de diciembre de 2002¹, la sociedad OPUS INGENIERIA LTDA., en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE CREDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1ª – Que son nulas las Resoluciones Nro. 00003 de 3 de enero de 2002 mediante la cual el ICETEX resolvió declarar que la firma OPUS INGENIERÍA LTDA., incumplió el Contrato Nro. 98-036, suscrito el 22 de julio de 1998, y la Nro. 00083 de 22 de febrero de 2002 por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por OPUS INGENIERÍA LTDA, contra la Resolución 0003 de 2002.

2ª – Que son nulas las Resoluciones Nro. 00290 de 28 de junio de 2002 mediante la cual el ICETEX liquidó unilateralmente el Contrato Nro. 98-036 suscrito el 22 de julio de 1998 con la firma OPUS INGENIERÍA LTDA., y la Nro. 00371 de 20 de agosto de 2002, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por OPUS INGENIERÍA LTDA., contra la Resolución 00290 de 2002.

3ª – Que se declare el incumplimiento por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ”-ICETEX- del Contrato 98-036, suscrito el 22 de julio de 1998, con la firma OPUS INGENIERÍA – OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA, OPUS INGENIERÍA LTDA.

4ª- Que se ordene la liquidación del Contrato Nro. 98-036, suscrito el 22 de julio de 1998 entre el ICETEX y la firma OPUS INGENIERÍA- OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA, OPUS INGENIERÍA LTDA.

5ª- Que se condene al INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “Mariano Ospina Pérez” ICETEX a pagar a la firma OPUS INGENIERÍA- OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA, OPUS INGENIERÍA LTDA., el valor de los perjuicios de orden material- daño emergente y lucro cesante- que le fueron ocasionados, los cuales ascienden a la suma de MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MIL

¹ FI 46 C.1.

DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$1.237.567.268.00), monto que ha de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.

6ª- A la sentencia que ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2. HECHOS

El día 22 de julio de 1998, se suscribió entre OPUS INGENIERÍA LTDA., y el ICETEX, el Contrato Nro. 98-036 cuyo objeto era: "La entrega e instalación de una aplicación informática en un esquema Cliente- Servidor, desarrollada para Oracle, como apoyo a la operación de crédito y cartera del ICETEX". Dentro de dicho contrato se estipuló un plazo de 10 meses para la entrega de los bienes, contados a partir de la aprobación de la garantía única de cumplimiento, la cual fue aprobada el día 23 de julio de 1998 y por un valor de Novecientos Cuarenta y Seis Millones Quinientos Sesenta Mil pesos (\$946.560.000.00).

En cuanto a la forma de pago, de conformidad con la cláusula quinta sería de la siguiente manera: *"1) El 40% como pago anticipado a la fecha de aprobación de la garantía, 2) El 25% al término y presentación del documento de especificaciones detalladas, 3) El 15% a la aprobación de los desarrollos específicos para ajustar el software a los requerimientos del ICETEX, 4) El 20% restante contra entrega, prueba e instalación del software y recibo a satisfacción de los productos objeto del contrato"*.

Iniciado la ejecución del contrato, se estableció mediante adición Nro. 1 al Contrato N° 98-036, que el sistema de Crédito y Cartera funcionaría en ambiente intranet y lenguaje java. Del mismo modo se acordó adicionar al plazo inicialmente pactado hasta el 30 de noviembre de 1999. No obstante por constar de aspectos de mayor labor se acordó nuevamente prorrogar el contrato hasta el 31 de mayo de 2000. A partir de la adición Nro. 2 se presentaron unos problemas derivados de la falta de soporte y mantenimiento por parte de los proveedores de la infraestructura tecnológica del ICETEX, lo que implicó que se debiera adelantar una tercera adición al contrato, ampliando el término hasta el 31 de diciembre de 2000.

Los valores cancelados a la sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., en desarrollo al objeto contractual ascienden a montos equivalentes al 65% del valor total pactado, que corresponden al pago del anticipo y a la presentación del documento de especificaciones, estando pendiente la cancelación del 35% del valor restante del total pactado.

Con el fin de pagar el saldo del contrato, el ICETEX le propuso a la sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., que presentara solicitud de conciliación prejudicial, para cancelar el saldo pendiente. La conciliación fue aprobada por el Procurador Judicial Delegado ante el Tribunal de lo Contencioso administrativo de Cundinamarca, pero dicho tribunal, mediante auto del 26 de abril de 2001, improbió el acuerdo conciliatorio; impugnando el ICETEX dicha providencia ante el Consejo de Estado, siendo confirmado el auto que rechazó el acuerdo conciliatorio el 12 de diciembre de 2001.

La sociedad demandante solicitó la cancelación del valor contratado, en especial en lo relacionado a su alto valor agregado, el cual fue expresamente reconocido en el informe de interventoría, en la suma de \$638.5000.000.

Aunque no se le impuso a la contratista multa o sanción, el ICETEX profirió la Resolución Nro. 0003 de 2002, declarando el incumplimiento del contrato Nro. 98-036, por parte de la firma OPUS INGENIERÍA LTDA., argumentando que el contratista no cumplió con la entrega del objeto contratado dentro del plazo convenido, siendo recurrida y confirmada mediante Resolución Nro. 00083 de 2002.

A través de la Resolución Nro. 00290 de 28 de junio de 2002, confirmada mediante la Resolución Nro. 00371 de 20 de agosto de 2002, el ICETEX liquidó unilateralmente el contrato, estableciendo un saldo a su favor por la suma de \$302.899.200 y estimó los perjuicios sufridos en \$345.100.000.

3. FUNDAMENTO DE DERECHO

Estimó el quebrantamiento de normas legales y constitucionales, en especial por la violación de los artículos 1602, 1609 del Código Civil y artículos 24, 13, 4 numerales 8 y 9, así como el artículo 5 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, por falta de aplicación. Al no realizar la apropiación presupuestal necesaria para pagar el saldo del valor del contrato, esto es, en el deber de mantener las medidas necesarias para el desarrollo del contrato, configurándose de esta

forma, la EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO, al no efectuar las erogaciones financieras durante la ejecución del contrato. Considera que el acta de liquidación está falsamente motivada, por no corresponder a la realidad. Finalmente, la falta del reconocimiento del valor agregado de la tecnología implementada por la sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., en ejecución del respectivo contrato, generó un ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Previamente a la admisión de la demanda, mediante auto de 27 de febrero de 2003 el a quo solicitó, de oficio, copia auténtica de las Resoluciones Nro. 00290 de 28 de junio de 2002, mediante la cual el ICETEX liquidó unilateralmente el Contrato Nro. 98-036, y la Resolución N°. 00371 de 20 de agosto de 2002, mediante la cual confirma el acto liquidatorio.

Por otro lado, mediante auto de 16 de julio de 2003, el Tribunal de instancia, en el numeral primero, negó la suspensión provisional de las resoluciones en el escrito de la demanda, pero en el numeral segundo, admitió la demanda instaurada por la Sociedad Opus Ingeniería Ltda., contra el Instituto de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior-ICETEX-. Se ordenó el trámite de Ley, por lo cual, se dispuso notificar al demandado y al agente del Ministerio Público, éste último se notificó el 21 de julio de 2003.² Por auto de nueve (9) de octubre de 2003 se admitió la adición de la demanda presentada por la sociedad Opus Ingeniería Ltda.,³ la cual fue notificada al Ministerio Público el cuatro (4) de noviembre de 2003 y notificada al ICETEX el veinte tres (23) de julio las providencias de admisión y adición de la demanda.⁴

No obstante, la parte actora previamente interpuso recurso de apelación contra la providencia de 16 de julio de 2003, el cual fue concedido mediante auto de 21 de agosto de 2003.⁵ En un primer momento el Consejo de Estado, mediante auto de 2 de diciembre de 2003, rechazó el recurso por considerarlo extemporáneo⁶, en una segunda oportunidad, abrió incidente de nulidad procesal del auto que rechazó el recurso de apelación quedando ejecutoriado el 27 de mayo de 2004,⁷ mediante auto de 10 de agosto de 2004 declaró la nulidad del auto 2 de diciembre de 2003 por el cual rechazó el recurso de

² Fl 55 C.1.

³ Fl 75 C.1.

⁴ Fl 78 C.1.

⁵ Fl 62 C.1.

⁶ Fl 69 C.3.

⁷ Fl 101 y 105 C.3.

apelación por extemporáneo y en su lugar dispuso admitir el recurso.⁸ Finalmente, a través de auto de 10 de febrero de 2005, la Corporación revocó la decisión de negar la medida cautelar mediante auto proferido por el Tribunal de instancia el 16 de julio de 2003, y en consecuencia, dispuso suspender las resoluciones por las cuales se declaró el incumplimiento y la liquidación unilateral del contrato.⁹

Mediante escrito de 19 de septiembre de 2003, la Sociedad demandante OPUS INGENIERÍA LTDA., presentó corrección de la demanda en el capítulo de pruebas, competencia y cuantía.¹⁰ Mediante auto de 9 de octubre de 2003 se admite la adición de la demanda,¹¹ notificándose al ICETEX.¹²

El ICETEX dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones por medio del escrito presentado el 7 de mayo de 2004,¹³ bajo el argumento principal de que la Sociedad Opus Ingeniería Ltda., fue quien incumplió con las obligaciones, porque el contratista no entregó ni instaló en su integridad ni a satisfacción de la entidad, el sistema informático requerido para el manejo de administración y recaudo de cartera, aun cuando el ICETEX había efectuado los desembolsos parciales.

En escrito separado el ICETEX presentó demanda de reconvención el 7 de mayo de 2004¹⁴, la cual fue admitida el 8 de julio de 2004¹⁵ y debidamente notificada tanto al Ministerio Público¹⁶ como a la demandada en reconvención, esto es, a OPUS INGENIERÍA LTDA.¹⁷ Admitiéndose la reposición de la misma, por no haberse dado traslado íntegro de la demanda con sus anexos.¹⁸

La demanda de reconvención como fundamento fáctico de las pretensiones señaló:

Producto del proceso licitatorio, se celebró entre el ICETEX y la Sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., el contrato 98-036 de 22 de julio de 1998, en cuya cláusula primera se consignó como objeto:

⁸ FI 106 C.3.

⁹ FI 123 C.3.

¹⁰ FI 66 C.1.

¹¹ FI 75 C.1.

¹² FI 78 C.1.

¹³ Fls 123-195 C.1.

¹⁴ FI 196 C. 4.

¹⁵ FI 193 C.4.

¹⁶ FI 194 C.4.

¹⁷ FI 200 C.4.

¹⁸ Fls 201 y 211 C.4.

“EL CONTRATISTA se compromete con el ICETEX a la entrega e instalación de una aplicación informática en un esquema cliente-servidor desarrollada para Oracle, como apoyo de la operación de crédito y cartera del ICETEX, de acuerdo a la propuesta presentada y a los requerimientos señalados en el pliego de condiciones elaborado para este proceso licitatorio, documentos que forman parte integral del presente contrato”.

En cuanto al plazo, conforme a la cláusula segunda, se estableció en un máximo de 10 meses contados a partir de la fecha de aprobación de la garantía contractual para la entrega definitiva del objeto del contrato, esto es, a partir del 23 de julio de 1998. No obstante, siempre a solicitud de OPUS INGENIERÍA LTDA., el Contrato 98-036 fue prorrogado en cuatro oportunidades, mediante las Adiciones Nros. 1, 2, 3 y 4, que ampliaron su vigencia a 41 meses.

Se determinó que las entregas a plena satisfacción deberán constar por escrito mediante acta suscrita por el Jefe del Grupo Usuario de Implementación y el Jefe de la División de Sistematización e Informática y que para el pago, el Instituto requiere de previa presentación de la respectiva acta de entrega suscrita por el interventor del recibo a satisfacción de los bienes adquiridos con sus respectivos soportes.

Cumplido el séptimo mes, esto es, el 23 de febrero de 1999, la Sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., propuso cambiar el sistema cliente servidor en tres niveles convencionales: El Esquema de Operación Distribuido con Visual Basic/Oracle, por un sistema construido sobre tecnología Intranet y ambiente Java, o lo que es lo mismo, por un Esquema de Operación Centralizado Intranet con Java. El acuerdo sobre dicho cambio se plasmó en la Adición Nro. 1 del contrato 98-036, como lo anterior implicaba cambiar el lenguaje de programación a Java, traía como consecuencia incurrir en un mayor tiempo adicional para revisar el diseño del sistema y reconstruir el código de manera óptima, por lo que se extendió su vigencia hasta el 30 de noviembre de 1999, pero especificando las partes que dicho cambio no causaría ningún incremento en el valor del contrato, tal y como consta en el documento que soporta la prórroga del contrato principal.

Para el 5 de octubre de 1999, faltando 25 días para el vencimiento del segundo plazo, la interventoría llamó la atención a OPUS INGENIERÍA LTDA., para que

cumpliera con la entrega de los aplicativos y en completo funcionamiento el 30 de noviembre de 1999. Sin embargo, para la fecha mencionada, la sociedad contratista, no alcanzaba el 5% de su avance. Por la gravedad del asunto, la interventoría decidió requerir al contratista, para que ajustara el desarrollo de sus compromisos al plan de trabajo, o presentara una alternativa viable para lograr el cumplimiento del objeto del contrato. No obstante, el 22 de octubre de 1999, las partes llegaron a la conclusión de la imposibilidad financiera y material de finalizar la ejecución del contrato, antes del 30 de noviembre del mismo año.

De conformidad con el informe de interventoría de 26 de octubre de 1999, el contratista no cumplió con la entrega de los módulos I, II y III del Software Crédito y Cartera, con las respectivas pruebas documentales y no cumplió con la entrega del cronograma de actividades, por lo que se decidió mediante Adición Nro. 2 de 9 de noviembre de 1999, prorrogar el contrato hasta el 31 de mayo de 2000. Sin embargo, por la complejidad de las labores y por sendas dificultades presentadas en el sistema operativo del ICETEX, el contratista solicita ampliar la vigencia del contrato, por lo que las partes acuerdan la Adición Nro. 3 el 26 de mayo de 2000 ampliar el plazo hasta el 31 de diciembre de 2000.

Al haber transcurrido 30 meses de celebrado el contrato, y sin cumplimiento del objeto contratado, no obstante las 3 prórrogas otorgadas, el ICETEX decidió contar con un concepto técnico sobre el estado del proyecto y su viabilidad para determinar si procedería a una prórroga más, o a declarar la caducidad del contrato por incumplimiento grave. La Firma KPMG LTDA., determinó que el proyecto podía ser aun viable siempre que se hiciera los compromisos respectivos, se realizara un flujo de caja más acorde ya que la situación de la sociedad contratista es inestable y se hicieran los controles respectivos en el cronograma de tareas. Con todo se resalta, el valor agregado del sistema por ser flexible a las necesidades del ICETEX.

Teniendo en cuenta el concepto emitido por la Sociedad KPMG de 19 de diciembre de 2000, el ICETEX se abstuvo de declarar la caducidad del contrato, y en su lugar, aceptó pactar una última prórroga por un año, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2001, según lo estipulado en la Adición Nro. 4, suscrita el 27 de diciembre de 2000.

Las actividades que OPUS INGENIERÍA LTDA., ejecutara, una vez cumpliera y

fueran recibidas a satisfacción por el ICETEX, de conformidad a la Modificación Bilateral Nro. 1, debían someterse a conciliación prejudicial para que en ella, bajo la dirección del Procurador Judicial, las partes de común acuerdo, reconocieran dicho cumplimiento y una vez aprobado el acuerdo conciliatorio por parte del Tribunal Administrativo, se procediera a su pago. Pero OPUS INGENIERÍA LTDA., procedió de manera distinta y antes de ejecutar la parte pendiente del contrato, pretendió asegurar por anticipado los recursos, ello significa que para el 8 de febrero de 2001, fecha en la que se presentó la solicitud de conciliación prejudicial a cargo del rubro de Sentencias y Conciliaciones, no se había causado la suma cuyo pago se pretendía (\$331.296.000.00), o lo que es lo mismo, para esa fecha no había saldos pendientes por cancelar por cuanto no se había ejecutado el contrato. Es por lo anterior, que el Consejo de Estado no aprobó la insólita conciliación formulada en los términos indicados por OPUS INGENIERÍA LTDA.

Con el Acta Nro. 001 de 3 de Agosto de 2001, de “recibo a satisfacción primer logro proyecto Crédito Cartera” se recibió, a plena satisfacción el logro Nro. 1, Versión Operativa Líneas de Crédito y Solicitudes, el cual según la Adición Nro. 4 del contrato 98-036 tenía previsto su entrega con demasiada antelación, esto es, el 15 de marzo de 2001, y en consecuencia un pago del 10% del saldo pendiente del valor del contrato.

El 26 de diciembre de 2001, la firma interventora presenta al ICETEX el informe final de interventoría, donde informa que del 100% del proyecto, el contratista sólo ejecutó un 75%. Aclara, que el ICETEX no contrató el suministro de partes o componentes de un sistema, sino el diseño, la entrega, instalación, prueba y el perfecto funcionamiento de una aplicación informática integral para apoyar el programa de crédito y cartera de la entidad, y recomendando, imponer al contratista la cláusula penal del 20% del valor del contrato. Por lo anterior, mediante Resolución Nro. 003 de 3 de enero de 2002, el ICETEX resolvió declarar que la firma OPUS INGENIERÍA LTDA., incumplió el contrato Nro. 98-036 y en consecuencia imponer el 20% del valor del contrato como cláusula penal pecuniaria, y posteriormente, resolvió liquidar el contrato, mediante Resolución Nro. 00290 de 28 de junio y confirmada mediante Resolución Nro. 00371 de 20 de agosto de 2002.

Como fundamentos de derecho, sostuvo que: “(...) *A solicitud de la sociedad*

OPUS INGENIERÍA LTDA., el Contrato debió ser prorrogado en cuatro oportunidades y del término de 10 meses que se había pactado en el Contrato Original, (...) se pasó finalmente al término de Cuarenta y Un (41) meses y ocho (8) días, al haberse prorrogado en cuatro oportunidades el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2001, con el cual se amplió más de cuatro veces el tiempo estimado, sin que en todo caso, se hubiera cumplido por parte del contratista con la única obligación pactada conforme al objeto del Contrato (...) dejando constancia de ello mediante acta suscrita por el jefe de Grupo Usuario de Implantación y el Jefe de la División de Sistematización e Informática.”

De acuerdo con las estipulaciones del contrato, el pago por parte del ICETEX debía hacerse contra entrega de los productos objeto de contrato, a su entera satisfacción; como tales entregas no se produjeron, el ICETEX no estaba obligado a realizar ningún pago y por lo mismo no había incurrido en incumplimiento alguno.

El ICETEX pagó los siguientes valores:

“(...) El 40% del valor del contrato, esto es, la suma de \$378.624.000.00, como pago anticipado, una vez fue aprobada la garantía única, hecho que ocurrió el 27 de julio de 1998.

El 25% del valor del contrato, esto es, la suma de \$236.640.000.00, al término y presentación del documento de especificaciones detalladas, hecho que ocurrió el 27 de noviembre de 1998.

Antes de la Adición N° 4, suscrita el 27 de diciembre de 2000, al ICETEX le habría correspondido pagar el 15% del valor del contrato, una vez hubiere probado los desarrollos específicos para ajustar el software a los requisitos del ICETEX, por una parte, y por la otra, el 20% restante, contra entrega, pruebas e instalaciones del software y recibo a satisfacción de los productos objeto de este contrato.

Sin embargo, como quiera que OPUS INGENIERÍA LTDA., antes del 27 de diciembre de 2000, no presentó nunca los desarrollos específicos para ajustar el software a los requerimientos. (...) en ejecución del contrato conforme a la nueva forma de pago prevista en la Adición N° 4, del total de los logros

previstos en el Nuevo Plan de Trabajo, para que procediera el pago de 35% en la forma prevista en la Adición N° 4, OPUS INGENIERÍA LTDA., no cumplió oportunamente ninguno y salvo un logro que obtuvo fuera de la programación estipulada, en los demás casos no cumplió ningún otro.

(...)

En todo caso, OPUS INGENIERÍA LTDA., sólo vino a cumplir el logro en el mes de agosto, fecha en la cual, una vez entregado el producto, facturó la obligación para proceder a su pago y en ese momento el ICETEX debía satisfacer la obligación a su cargo. Como desde el mes de enero ya se había convenido una fórmula en la Modificación Bilateral N° 1, procedía ahora si su aplicación, solo que OPUS LTDA., optó por no utilizarla y prefirió la vía del proceso ejecutivo.”

Finalmente, conforme al materia probatorio, las partes acordaron que el cambio de tecnología no implicaría mayor valor del contrato, porque el valor inicialmente pactado cubriría suficientemente el precio de la aplicación informática. Por lo anterior no hay lugar a pagar ningún valor agregado.

Mediante escrito radicado el 11 de marzo de 2005, el apoderado del ICETEX corrigió la demanda de reconvención.¹⁹

PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

1.1. “Que se declare que el Contrato N°. 98-036, celebrado entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ”-ICETEX-, por una parte y por la otra, OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA., el día 22 de julio de 1998,

¹⁹ FI 263-343 C.4. corrigiendo hechos pretensiones y adicionando pruebas. Se admite la corrección de la demanda de reconvención el 18 de mayo de 2005 (FI 360 C.4) se notifica personalmente la admisión de la corrección. (FI 362, 374. C.4.)

modificado mediante la Adición N°. 1 suscrita el 4 de mayo de 1999, la Adición N° 2 suscrita el 9 de noviembre de 1999, la Adición N° 3 suscrita el 26 de mayo de 2000, la Adición N° 4 suscrita el 27 de diciembre de 2000, la modificación bilateral N° 1, suscrita el 31 de enero de 2001 y el otro sí sin número de 6 de abril de 2001, era un contrato válido y por tanto constituía fuente de obligaciones tanto para el INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ”-ICETEX-, por una parte, como para OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA., por la otra.

1.2. Declarar que OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA., incumplió el contrato 98-036, suscrito con el INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ”-ICETEX-, cuyo objeto era entregar e instalar una aplicación informática como apoyo de la operación de Crédito y Cartera del ICETEX, que funcionara en ambiente INTRANET y lenguaje JAVA y que su esquema de operación fuera centralizado manteniendo el sistema manejador de base de datos ORACLE.

1.3. Declarar en consecuencia la terminación y consiguiente liquidación del Contrato 98-036, celebrado entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ”-ICETEX-, Y OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA., por los hechos u omisiones imputables a OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA., que originaron tal incumplimiento cuya existencia se declare conforme a la pretensión anterior.

1.4. Declarar que, como consecuencia de la terminación del contrato 98-036 y en orden a proceder a su liquidación OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA., debe pagar al INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ”-ICETEX-, el valor de los siguientes perjuicios de orden material que le fueron ocasionados los que, calculados a 31 de diciembre de 2001, fecha en que se produjo el vencimiento del contrato, ascendieron a la suma de TRES MIL NOVENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$3.091.278.627) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, monto que ha de ser

ajustado o actualizado tomando como base el índice del precio al consumidor, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, desde esa fecha hasta el momento en que se realice el pago, la cual se discrimina y desagrega así:

- La suma de \$615.264.000.00, por la entrega parcial anticipada que el ICETEX hizo del valor de la aplicación informática prevista en el Contrato 98-036, sin que finalmente le hubiera sido entregada e instalada para ser usada como apoyo a las operaciones de crédito y cartera del ICETEX.

- La suma de \$1.430.376.712.00, moneda legal colombiana, correspondiente a los costos generados por la no disponibilidad del Software en el período 23 de mayo de 1999 y el 31 de diciembre de 2001.

Tales costos se discriminan así:

Asesores y contratistas 226.350.000

Inversión total en tecnología (valor proporcional para el proyecto)839.326.870.

Concepto técnico e Interventoría KPMG 118.750.000

Complemento Software 245.949.842.

- La suma de \$ 645. 637.915.00 moneda legal colombiana, por concepto de costos financieros de los dineros entregados a OPUS LTDA., por el período comprendido entre el 27 de julio de 1998 y 31 de diciembre de 2001.

- La suma de \$400.000.000.00 moneda legal colombiana, correspondiente al costo estimado a 31 de diciembre de 2001, en que se debía incurrir para diseñar, instalar, probar y poner a funcionar, a entera satisfacción del ICETEX, una aplicación informática como la requerida.

1.5. Declarar, igualmente, que como consecuencia de la terminación del contrato 98-036 y en orden a proceder a su liquidación, OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA., debe pagar al INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR "MARIANO OSPINA PEREZ"-ICETEX-, el valor de los siguientes otros perjuicios de orden material que le fueron ocasionados, lo que a 11 de marzo de 2005, fecha en la que se presenta reforma de la demanda, ascienden a la suma de \$128.762.884.78. MONEDA LEGAL COLOMBIANA, monto que ha de ser ajustado o actualizado tomando como base el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo previsto en

el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, desde esa fecha hasta el momento en que se realice el pago, la cual se discrimina y desagrega así:

1. La suma de \$95.000.000.00 MONEDA LEGAL COLOMBIANA, que el INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR "MARIANO OSPINA PEREZ"-ICETEX- está pagando a favor de CONFIANZA Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. con NIT. N° 860.070.374-9, para hacer efectiva la póliza de seguros N°. JU-1566675 otorgada a favor de OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA., que fue retirada por éste y hecha efectiva a su favor por dicha Compañía Aseguradora, con el objeto de pagar parte del valor de la aplicación informática prevista en el contrato 98-036, conforme a decisiones judiciales adoptadas en el Proceso Ejecutivo N° 25000232600020020661-01 que se tramita en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, sin que finalmente la citada aplicación informática le hubiera sido entregada e instalada para ser usada como apoyo a las operaciones de Crédito y Cartera del ICETEX.

2. La suma de \$33.762.884.78 MONEDA LEGAL COLOMBIANA, que corresponde a la actualización del crédito ejecutivo anterior, aprobada mediante providencia de 11 de julio de 2003, dictada en el mismo Proceso Ejecutivo N°. 25000232600020020661-01, que se tramita en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, y cuyo pago tramita actualmente el INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR "MARIANO OSPINA PEREZ"-ICETEX-, a órdenes del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, Proceso Ejecutivo N° 25000232600020020661-01 y a favor de OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA.

1.6. Condenar a OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA., a pagar al INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR "MARIANO OSPINA PEREZ"-ICETEX-, dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se profiera la sentencia que así lo disponga, o a la providencia que la adicione o complemente, las sumas de dinero establecidas conforme a las pretensiones anteriores.

1.7. Condenar a OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE

SOFTWARE LIMITADA-OPUS INGENIERÍA LTDA., al pago de gastos, costas y agencias en derecho”.

El 11 de marzo de 2005, OPUS OBRAS DE INGENIERÍA LTDA., **presentó contestación de la demanda de reconvención** en la que señaló que el plan de Crédito y Cartera es tan sólo uno entre otros proyectos para la modernización sistemática del ICETEX. Con la Adición Nro. 1 de 4 de mayo de 1999, se tiene que el interés inicial del cambio de tecnología también provino del ICETEX, tal como consta en la carta suscrita por la Coordinadora del Proyecto de Crédito y Cartera y que debe reconocerse el valor agregado del sistema por su mayor complejidad y funcionalidad. En cuanto a los atrasos, no puede señalarse esto, toda vez, que se adicionaron plazos con el consentimiento del contratante, por lo que no puede afirmarse que hubo un incumplimiento por parte del contratista, más aún cuando se trata de programas tan complejos, en especial cuando el ambiente interior del ICETEX presentaba problemas, esto es, sobre los hardware y software de la institución.

Señaló que el contratante no contaba con la reserva presupuestal para cumplir con sus obligaciones y decidió, en estas condiciones, ejecutar el contrato del cual se obtuvo un significativo avance y un valor agregado tal cual como lo manifestó la firma KPMG en su estudio técnico de la viabilidad del proyecto. No obstante, aunque se había cumplido con el logro 1 de la Adición N° 4, esto es, la Construcción y ajustes líneas de crédito y solicitudes, correspondiente al 10% del saldo del 35%, el ICETEX no lo había reconocido ni tampoco el valor agregado del proyecto, desconociendo la adecuación económica del contrato, por lo que no se puede considerar el incumplimiento del contrato por parte del contratista cuando el ICETEX no efectuaba los pagos correspondientes, siendo su incumplimiento el que impidió que se llegara al *“feliz término”*.

Con la Adición Nro. 4 suscrita el 27 de diciembre de 2000, se acordó modificar la forma de pago, a cargo del 35% de saldo, al cumplirse cada uno de los logros del contrato principal y dicha adición. Pero al no contar con la apropiación del presupuesto, se presentó la conciliación prejudicial en cuanto al saldo faltante, no obstante de la expiración de la vigencia presupuestal, OPUS INGENIERÍA LTDA., hizo entrega del primer logro con valor facturado de \$94.656.000.00 equivalentes a un 10% del total del contrato. Como si lo anterior fuera poco, el Consejo de Estado improbió el acuerdo conciliatorio al considerarlo violatorio de la ley.

Hay que tener en cuenta que el contratista necesariamente debe tener un margen de utilidad, no pudiendo nunca ir a pérdida. La sociedad contratista solicitó la cancelación del valor agregado del proyecto inicialmente contratado, en varias ocasiones, que asciende a la suma de \$638.500.000.

Finalmente, propuso como excepciones, la caducidad de la acción, ya que al demandar la validez del contrato, debió contarse desde la fecha del perfeccionamiento del mismo. También señaló la excepción de cosa juzgada, al haberse declarado la invalidez del acuerdo modificadorio Nro. 1 de 31 de enero de 2001.

En la contestación de la reforma de la demanda de reconvención²⁰ insistió en lo señalado en la contestación de la demanda de reconvención, pero hizo énfasis en que: *“según el informe de Interventoría presentado por KPMG de fecha 26 de diciembre de 2001, OPUS INGENIERÍA LTDA. Entregó el 75% correspondiente a la obra real y material objeto del contrato, recibida a satisfacción por el instituto; el 25% restante, corresponde a lo que está pendiente de la obra, y que no se pudo ejecutar debido al incumplimiento del ICETEX que venía desde 1º de enero de 2000, lo que nos conduce a la conclusión lógica que el contratista jamás estuvo en mora de cumplir. La excepción de contrato no cumplido consagrada en el artículo 1609 del Código Civil, aplica a los contratos estatales por disposición del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 (...)”*.

Por auto de 15 de marzo de 2006, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.²¹ Por auto de 2 de mayo de 2007, se corrió traslado para alegatos de conclusión.²²

4.1 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El apoderado de la parte demandante, presentó escrito de alegatos de conclusión el 22 de mayo de 2007.²³ En resumen, manifestó, que de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, procede dar aplicación a la excepción de contrato no cumplido, consagrado en el artículo 1609 del Código Civil en la medida en que el ICETEX incumplió primero, desde el 1º de enero de 2000, al no efectuar el trámite obligatorio para tener los recursos presupuestales; al no efectuar los pagos una vez entregado el primer logro en los términos establecidos en la Adición Nro. 4, ni poder cancelar el saldo de 35% que restaba

²⁰ FI 375 C.4.

²¹ FIs 446-447 C.4.

²² FI 318 C.4.

²³ FI 319 C.4.

por ejecutar del contrato y al dejar de ordenar la imputación y pago del valor agregado.

Señaló que tampoco era admisible que el Contrato Modificatorio Nro. 1 de 31 de enero de 2001, le permitiera al ICETEX sustraerse de su obligación de pagar, como lo manifiesta el ICETEX en la parte considerativa de la Resolución 0083 de 2002. *“Es evidente que el modificadorio en cuestión el único efecto que tuvo fue el de mostrar un ánimo conciliatorio y no de modificar las obligaciones del ICETEX, habida cuenta que nunca se perfeccionó por falta de registro presupuestal. (...) Es importante anotar en esta parte de los alegatos que en el desarrollo de productos de software, la práctica de la ingeniería de software indica que el producto finalmente resultante es una obra que se va construyendo paulatinamente y cuyos resultados intermedios van constituyendo y conformando la obra final. Así es que, y como analogía de la obra civil, cada componente que se va obteniendo del software constituye una parte de la obra que puede ser cuantificada y valorada. De otra forma, no hubiera sido posible que la firma especializada contratada a finales del año 2000 para estudiar la viabilidad del proyecto hubiera hecho una cuantificación de la obra realizada hasta ese momento, así como en su informe final de diciembre de 2001 la misma firma en su condición de interventora cuantificara la obra real y material realizada y que quedó en poder del ICETEX en un 75%; lamentablemente el otro 25% no fue entregado por incumplimiento del ICETEX.*

(...)

“El dictamen rendido por el perito Ingeniero Roberto Bernal Quiroga debe ser rechazado por error grave, teniendo en cuenta los argumentos contundentes establecidos en los escritos de objeciones tanto al dictamen como a su complementación (...).”

En los alegatos de conclusión, el 23 de mayo de 2007, el ICETEX en su calidad de demandado, señaló en un apartado de su escrito que²⁴: *“(...) Téngase presente que para la fecha en que se firmó la última de las prórrogas citadas, esto es, el 27 de diciembre de 2000, la apropiación presupuestal prevista en el contrato para que fuera ejecutada en los años 1998-1999, ya había expirado. Empero, como la Sociedad Contratista no había cumplido con sus obligaciones contractuales, no era procedente contractual ni legalmente hacer ningún pago más a su favor, aunque sí era necesario tramitar la obtención de los recursos*

²⁴ FI 340 C.1.

necesarios para disponer de ellos dentro del nuevo plazo y entregarlos a la sociedad contratista, siempre que ésta cumpliera con su obligación en los términos y condiciones ahora señalados en la última adición.”

Lo anterior llevó al acuerdo modificatorio Nro. 1 dentro del cual las partes señalaron, que en cuanto al recargo del presupuesto, se haría sobre el rubro de SENTENCIAS Y CONCILIACIONES del presupuesto general del ICETEX para la vigencia fiscal de 2001 sobre el saldo faltante de la ejecución del contrato. Del acuerdo se desprende, que una vez OPUS INGENIERÍA LTDA., ejecutara, cumpliera y entregara a satisfacción del ICETEX los aplicativos, se debía someter a conciliación prejudicial para determinar el cumplimiento y proceder a su pago. No obstante, OPUS INGENIERÍA LTDA., quiso asegurar por anticipado los recursos con cargo a los cuales se pagaría lo que fuera ejecutado. Pero, como no se ejecutó el contrato, el ICETEX no estaba obligado a cancelar la suma precisamente porque no se había causado.

Vale agregar, que cuando el Consejo de Estado declaró improbadamente el acuerdo conciliatorio, el ICETEX, de nuevo, elevó solicitud al Director General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en busca de la aprobación del registro presupuestal.

En cuanto a los pagos efectuados por el ICETEX a favor de la Sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., pagó el equivalente al 75% del valor total pactado. Incluyendo el único logro sobre la Adición Nro. 4.

Pagos realizados por el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior “Mariano Ospina Pérez:

- \$378.625.000, por concepto de anticipo, que corresponde al 40% del valor del contrato.
- \$236.640.000 por concepto de entrega de documentos “Especificaciones Detalladas de Requerimiento del Sistema de Crédito y Cartera- Icetex-, que correspondió al 25% del valor del contrato.
- \$95.000.000, por concepto del único logro recibido de la sociedad Opus Ingeniería Ltda., luego de la Adición Nro. 4 del contrato, por concepto de la condena actualizada decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
- Total pagado: \$784.942.190.62.

5. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En relación a la excepción de contrato no cumplido por parte del ICETEX, al no realizar la aprobación presupuestal necesaria, el *a- quo* consideró:

“(...) De las pruebas anteriormente transcritas, se desprende que el contratista, OPUS INGENIERÍA LTDA., no cumplió con los logros establecidos en la Adición N° 4 de 27 de diciembre de 2000, y aunque las partes suscribieron el acta de recibo del logro N° 1 de dicha adición, se encuentra que dicha acta de recibo es de carácter meramente formal, por cuanto presentaba fallas al momento de su entrega, tal y como se evidencia por el informe de interventoría de 26 de diciembre de 2001, y en el dictamen pericial rendido por el auxiliar”.

Concluyó, en este aspecto, que el contratista fue quien incumplió primero el Contrato 98-036, dado que el logro entregado aunque fue aceptado no es funcional y los errores finalmente no se corrigieron.

En cuanto a la falta de reconocimiento del valor agregado señaló:

“(...) A la sociedad contratista, como profesional en la implementación de sistemas informáticos, le era exigible antes de presentar la solicitud de cambio del sistema de operación con visual Basic / Oracle al de tecnología Intranet y ambiente Java, y en consecuencia le era exigible antes de suscribir la Adición N° 1, prever y estimar los costos financieros y de tiempo que dicho cambio acarrearían. De ahí que para la Sala tenga plena validez lo manifestado en la Adición Nro. 1 de 4 de mayo de 1999, en la que las partes expresamente manifestaron que el cambio de tecnología no causaba ningún incremento en el valor del contrato, razón por la cual no es procedente reconocer los supuestos sobrecostos en los que incurrió el contratista.”

Agrega el Tribunal que el valor agregado adquiere vigencia cuando efectivamente satisface la necesidad, y para el presente caso, no se cumplió con el objeto del contrato. Por lo anterior no prospera la petición.

En cuanto a la nulidad de la Resolución Nro. 0003 de 3 de enero de 2002, confirmada por la Resolución Nro. 00083 de 22 de febrero de 2002, el Tribunal de instancia señaló:

“(...) por no encontrarse en la ley habilitación a favor de la Administración para declarar el incumplimiento del contrato, a no ser que dicho hecho sea el fundamento para declarar la caducidad del contrato, se procederá a declarar la nulidad de la Resolución N°. 00003 de 3 de enero de 2002, mediante la cual el ICETEX declaró que la Sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., incumplió el contrato confirmada por la Resolución N° 00083 de 22 de febrero de 2002, por la falta de competencia del ICETEX para declarar el incumplimiento del contrato 98-036.

Por otro lado, considerando que el ICETEX procedió a liquidar unilateralmente el contrato N° 98-036, como consecuencia de la declaración de incumplimiento de dicho contrato, se procederá a declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se liquidó unilateralmente el mencionado contrato, a saber, la Resolución N° 00290 de 28 de junio de 2002, confirmada mediante Resolución N° 00371 de 20 de agosto de 2002.”

En cuanto a la demanda de reconvención, el Tribunal de Instancia al dar por

acreditado el incumplimiento por parte de la Sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., sobre la ejecución del contrato, procedió a declarar la terminación del contrato conforme a dicho incumplimiento. Procedió a ordenar el reembolso de los pagos efectuados por el ICETEX por concepto de las actividades parciales ejecutadas para un total indexado de \$977.857.214. Adicionalmente procedió a reconocer la cláusula penal la cual indexada ascendió a un valor de \$ 261.234.867. Negando las demás pretensiones indemnizatorias de la demanda de reconvención por no encontrarse probados.

6. EL RECURSO DE APELACIÓN

En escrito presentado por el apoderado de la Sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., el 27 de agosto de 2007 y por parte del ICETEX el 30 de agosto del mismo año, apelaron la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007.²⁵

Mediante el 12 de septiembre de 2007, el Tribunal de instancia concede el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes demandante y demandada.²⁶

A través, de providencia de 9 de noviembre de 2007, el Concejo de Estado corre traslado a las partes para la sustentación del recurso.²⁷ Los recursos fueron admitidos por la Corporación, el 7 de diciembre de 2007.²⁸

En escrito de 23 de noviembre de 2007²⁹, el apoderado de la Sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., solicitó revocar el fallo apelado, y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demandante, y rechazar en su integridad, las concedidas en la demanda de reconvención.

En primer lugar, insistió en la excepción de la caducidad de la acción en la demanda de reconvención, de manera que para el apelante, el 6 de abril de 2003 caducó el plazo de dos (2) años para proponer la demanda de reconvención, bajo los argumentos de que no debe contarse a partir del acto ilegal, porque en

²⁵ Fls 440-441 C. 34.

²⁶ Fl 444 C.34.

²⁷ Fl 449 C.34.

²⁸ Fl 568 C.34.

²⁹ Fl 451 C.34.

el contrato no está estipulado la liquidación, y la liquidación unilateral es subsidiaria a la bilateral. Por lo que el término de caducidad debió contarse en el mejor de los casos desde el vencimiento del plazo del contrato. Luego debe declararse la caducidad ya que ésta fue presentada el 7 de mayo de 2004.

En segundo lugar, insistió en la excepción de cosa juzgada, toda vez, que el acto bilateral de modificación Nro. 1 de 31 de enero de 2001, ya fue confirmado e invalidado, por el Consejo de Estado, luego sólo se puede confirmar la invalidez sobre este aspecto.

En tercer lugar, en cuanto a los errores en que incurrió el tribunal señaló que, A). La Adición Nro. 4 del contrato 98-036, es una parte integral del contrato y no debe analizarse aisladamente. B). Cuando se acordó la Adición Nro. 4 ya se había cumplido con el 65% del contrato, estando pendiente el saldo de 35% por ejecutar. C). antes de la Adición Nro. 4, el ICETEX ya se encontraba el ICETEX incumpliendo primero, en la medida en que la operación presupuestal prevista para el efecto, correspondiente al año 1998, había expirado a partir del 1º de enero de 2000 y el instituto no había cumplido con la obligación de efectuar el trámite presupuestal necesario para contar con los recursos.

El apelante por parte de la Sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., hizo énfasis, en que la demanda principal, se rechazó la excepción de contrato no cumplido, cuando fue la propia Administración quien primeramente incumplió el deber de tener la imputación presupuestal correspondiente, lo que impedía la ejecución del contrato, sin embargo, pese a la dificultad presupuestal, el contratista ejecutó la primera actividad de la Adición Nro. 4. Tampoco es de recibo, el argumento por parte del Tribunal de instancia en el entendido que el logro Nro. 1 el cual fue aprobado por el ICETEX fue meramente formal porque este se hizo bajo el personal calificado y con los fundamentos documentales del proyecto.

Por otro lado, considera que el dictamen pericial que evaluó el sistema, tiene inconsistencias y objeciones que no fueron resueltas con claridad, y no se hizo consultando los procedimientos técnicos y sin los suficientes soportes documentales.

Insiste en el reconocimiento del valor agregado del proyecto, y para su valoración no requiere de la entrega definitiva del proyecto, *“(...) porque el método ya mencionado de análisis de puntos funcionales empleado en esa oportunidad para establecer el tamaño del software, tuvo su aplicación a partir del examen y medición de cada uno de los componentes de software construidos hasta el momento de la medición en el software de Crédito y Cartera contratado”*.

Adicionalmente, el valor agregado fue reconocido por el ICETEX en documento

suscrito por la Secretaría General del Instituto.

Por su parte el apoderado del ICETEX, solicitó en el recurso de alzada³⁰ acceder a algunas de las pretensiones de la demanda de reconvención, las cuales no fueron reconocidas por el Tribunal de instancia. Esto es, modificar la sentencia recurrida, por no acceder a los perjuicios de orden material generados por la no disponibilidad del software al no considerarse probados, ni tampoco los intereses pagados por parte del ICETEX ya que la entidad estuvo de acuerdo con el cambio del sistema de operación.

Solicitó dentro del recurso de apelación, la corrección del numeral sexto de la parte resolutive que condena al pago de \$261.234.867, en letras se señaló la cifra de Doscientos sesenta y un mil doscientos treinta y cuatro mil ochocientos sesenta y siete pesos, cuando debe ser Doscientos sesenta y un millones doscientos treinta y cuatro mil ochocientos sesenta y siete pesos.

La sentencia dispuso la actualización de la condenas únicamente hasta la fecha en que ella se profirió 15 de agosto de 2007, por lo que se solicita su modificación hasta la sentencia debidamente ejecutoriada en segunda instancia.

7. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 14 de marzo de 2008 se corrió traslado a las partes para alegatos de conclusión en segunda instancia.³¹

El apoderado de la Sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., el 22 de abril de 2008 reafirmó los argumentos en el recurso de apelación y en suma expuso:³² *“(...) contrario a lo que pretende presentar el ICETEX en la reconvención, el contratista cumplió con su objeto contractual en la medida y en los porcentajes demostrados en esta demanda, y el saldo por entregar no se pudo ejecutar por responsabilidad exclusiva del ICETEX al incumplir con sus obligaciones principales desde el 1º de enero de 2000 por las razones expuestas (...)”*.

El apoderado del ICETEX, en el escrito de alegatos de conclusión de 22 de abril de 2008,³³ se remitió nuevamente a los argumentos expuestos en el recurso de alzada en el sentido de modificar la parte resolutive de la sentencia impugnada.

El Ministerio Público, rindió concepto el 8 de mayo de 2008,³⁴ dentro del cual señaló que se debe confirmar la nulidad de los actos administrativos que declararon el incumplimiento y la liquidación del contrato, ya que la

³⁰ Fls 492-566 C.34.

³¹ Fl 572 C.34.

³² FL 574 C. 34.

³³ Fl 614 C.34.

³⁴ Fl 646 C.34.

Administración ha debido invocar su caducidad, precisamente para sustentar el incumplimiento.

Ahora bien, procede determinar cuál de las partes incumplió el contrato, y en esa medida, entrar a liquidarlo.

Señaló que las obligaciones allí convenidas son de resultado por lo que el objeto es la entrega e instalación de una aplicación informática y que en síntesis:

“la realidad contractual evidencia el incumplimiento del contrato N° 98-036, por parte de OPUS INGENIERÍA LTDA., y en esa medida y por la causa anotada resulta procedente declarar terminado el precitado contrato, lo que conlleva a su vez su liquidación por vía judicial. Siendo posible su liquidación en esta instancia judicial y ante el hecho evidente del incumplimiento total del objeto contractual por parte de la firma contratista, corresponde ahora determinar las sumas de dinero que ésta debe cancelar o rembolsar a la entidad contratante.

(...)

Revisado el balance de las actividades a cargo de la firma contratista y al constatar que el objeto contractual no se cumplió, pues el software entregado por OPUS INGENIERÍA LTDA., no fue recibido a satisfacción por la entidad contratante, en la medida que no es funcional, no cumple con los estándares de una aplicación de Crédito y Cartera, y por lo mismo hace imposible su instalación, ello conlleva a que OPUS INGENIERÍA LTDA debe rembolsar al INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR “MARIANO OSPINA PEREZ” –ICETEX-, la suma de \$615.265.000, monto que corresponde a lo recibido por concepto de anticipo (40%), más el (25%) del valor total contratado. En cuanto a la suma que recibió, producto del proceso ejecutivo que instauró en contra del ICETEX, en sentir de la Delegada, no resulta viable su reembolso al ICETEX, pues dicho pago corresponde al cumplimiento de una sentencia proferida dentro de un proceso ejecutivo, que ya hizo tránsito a cosa juzgada.

En cuanto corresponde a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, ella resulta procedente atendiendo lo pactado por las partes (...).”

El proceso entró a esta Corporación para fallo, el 9 de mayo de 2008.

8. CONSIDERACIONES

Se hace necesario estudiar, los siguientes aspectos: 8.1. Competencia; 8.2. Acervo probatorio; 8.3. Análisis del caso concreto. 8.4. Condena en costa.

8.1 Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante principal en contra de la sentencia de primera instancia, toda vez que el valor de las pretensiones por concepto de perjuicios, se estimó en la suma de \$ 1.237.567.268 y la cuantía que se requería para la época de presentación de la demanda en acción de controversias contractuales – 16 de diciembre de 2002 – para que el asunto fuera susceptible

del recurso de apelación, era de \$ 36.950.000.00.

8.2 Acervo probatorio

El acervo probatorio está integrado por las pruebas aportadas directamente por las partes y por las ordenadas por el *A quo*. Al respecto, es preciso indicar que en lo que se refiere a las copias simples que obran en el acervo probatorio, dado que han obrado a lo largo del proceso y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes conforme a los principios de buena fe y lealtad procesal que rigen toda actuación judicial, se les dará valor probatorio.

Al respecto, la Sección unificó su posición así:³⁵

(...)

“Es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.”

(...)

“Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que -a la fecha- las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 -estatutaria de la administración de justicia.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar -de modo significativo e injustificado- el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.)...”

(...)

³⁵ Consejo de Estado; Sala Plena de la Sección Tercera; Sentencia del 28 de agosto de 2013; Exp. 25022

“Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes: (...). Cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar -si lo conoce- el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.”

La Sala destaca las pruebas relevantes para el fallo:

- Original del Certificado de existencia y representación Legal de la Sociedad OPUS INGENIERÍA OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. (FI 1 C.1).

- Copia auténtica del Contrato Nro. 98-036 de 22 de julio de 1998, dentro del cual se lee: “(...) **CLÁUSULA PRIMERA-OBJETO DEL CONTRATO:** El CONTRATISTA se compromete con ICETEX a la entrega e instalación de una aplicación informática en un esquema cliente-servidor desarrollada para Oracle, como apoyo de la operación de Crédito y Cartera del ICETEX, de acuerdo a la propuesta presentada y a los requerimientos señalados en el pliego de condiciones elaborado para este proceso licitatorio, documentos que forman parte integral del presente contrato. **CLÁUSULA SEGUNDA- VIGENCIA DEL CONTRATO.** El presente contrato tendrá una vigencia de nueve meses (9) contados a partir de la aprobación de la garantía de que trata la cláusula octava. **CLÁUSULA TERCERA-LUGAR Y PLAZO PARA LA ENTREGA DE LOS BIENES:** Se establece un plazo máximo de diez meses (10 meses) contados a partir de la fecha de aprobación de la garantía contractual para la entrega definitiva del objeto del contrato, debidamente instalado y en correcto funcionamiento a satisfacción del ICETEX. (...) El plazo del contrato y la entrega de los bienes no se suspenderá ni se prorrogarán salvo fuerza mayor o caso fortuito plenamente probados. En caso de no ser comprobada la fuerza mayor o el caso fortuito por parte del ICETEX y se rechaza la adición o modificación, se hará efectiva la póliza de garantía. **CLÁUSULA CUARTA-VALOR DEL CONTRATO:** El valor del presente contrato es por la suma de NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$946.560.000) incluyendo IVA. **CLÁUSULA QUINTA-FORMA DE**

PAGO: EL ICETEX pagará el valor antes estipulado de la siguiente forma: 1) El cuarenta por ciento (40%) como pago anticipado a la fecha de aprobación de la garantía de que trata la cláusula octava del presente documento, 2) El veinticinco por ciento (25%) al término y presentación del documento de especificaciones detalladas, 3) El 15% a la aprobación de los desarrollos específicos para ajustar el software a los requerimientos del ICETEX. 4) El 20% restante contra entrega, pruebas e instalaciones del software y recibo a satisfacción de los productos objeto del contrato. (...) CLÁUSULA NOVENA- MULTAS Y CLAUSULA PENAL: En caso de retardo o mora en el cumplimiento en el plazo de entrega se impondrán multas diarias del 10% del valor del contrato hasta un límite de cuarenta y cinco (45%) del valor del contrato, llegado este límite se declarará la caducidad o incumplimiento y se hará efectiva la cláusula penal y demás sanciones de ley. CLÁUSULA DECIMO TERCERA-PERFECCIONAMIENTO: para su perfeccionamiento este contrato requiere ser suscrito por las partes. CLÁUSULA DECIMA CUARTA-EJECUCION DEL CONTRATO, para su ejecución válida este contrato una vez suscrito por las partes requiere: a) Aprobación de la garantía de que trata la cláusula octava. B) El correspondiente registró presupuestal. C) El pago de la publicación en el Diario único de Contratación a cargo del CONTRATISTA. (...)" (Fls 471-472 C.3A).

- *Copia auténtica de la Adición Nro. 1 al Contrato Nro. 98-036, del cual se lee: "(...) b) mediante oficio de fecha 23 de febrero de 1999, la firma OPUS INGENIERÍA LTDA., propuso para el desarrollo del proyecto Crédito y Cartera en ambiente INTRANET y lenguaje JAVA, la tecnología INTERNET al servicio de la organización, C) Que esta tecnología presenta innumerables ventajas para el ICETEX, no sólo desde el punto de vista de la prestación del servicio a sus clientes potenciales y beneficiarios, sino desde el punto de vista tecnológico y de recursos financieros requeridos para la puesta en funcionamiento, d) Que por Acta número 5 de fecha 13 de abril de 1999, los interventores del contrato, recomiendan el uso de esta tecnología, e) que la División de Sistematización e Informática del ICETEX también recomienda el uso de ésta tecnología, f) Que previo análisis y discusiones exhaustivas al interior del ICETEX y con entidades prestadoras del servicio de comunicaciones, el ICETEX decidió en reunión del día 5 de abril de 1999, que el sistema de crédito y cartera funcione en ambiente INTRANET y lenguaje JAVA y que su esquema de operación sea centralizado, manteniendo el sistema manejador de base de datos ORACLE. (...). h) la firma OPUS INGENIERÍA LTDA., y el ICETEX acuerdan en reunión 13 de abril de 1999 mediante documento, soporte que forma parte integral del presente contrato, que la implementación de la tecnología INTRANET y el lenguaje JAVA no causa ningún incremento en el valor del contrato principal para el ICETEX, I) Que para la implementación y puesta en funcionamiento de la Tecnología INTRANET y el lenguaje JAVA, de acuerdo con el Plan de Trabajo del Proyecto, y que forma parte integral del presente contrato, requiere prorrogar el contrato 98-036, hemos convenido de mutuo acuerdo ADICIONAR el contrato principal en el siguiente sentido: CLAUSULA PRIMERA: Adicionar el plazo inicialmente pactado en la Cláusula Tercera del contrato principal hasta el 30 de noviembre de 1999. (...)" (FI 474 C.3A).*

- *Copia auténtica de la Adición Nro. 2 al contrato Nro. 98-036, del cual se*

lee: "(...) CLAUSULA PRIMERA: Prorrogar el Contrato N° 98-036 celebrado con OPUS INGENIERÍA LTDA., hasta el 31 de mayo del año 2000. (...)". (FI 475 C.3A).

- Copia auténtica de la Adición Nro. 3 al contrato Nro. 98-036, del cual se lee: "(...) c) que con oficio de 17 de mayo de 2000, radicado en el ICETEX con el N° 013181-1102 el Representante Legal de la firma OPUS INGENIERÍA LTDA., remitió a la Directora General, con copia a los interventores del contrato. (...) manifestó entre otros aspectos: 1. Que la mayor complejidad de los requerimientos especificados respecto de la percepción que sobre estos se tenía, lo cual ha generado un mayor esfuerzo del previsto para su implementación, pruebas y entrega al Instituto. 2. Que en consecuencia, una vez definido en detalle cada requerimiento el estimativo en tiempo previsto para su diseño e implementación se incrementó como consecuencia de su tamaño y el alto grado de interrelación de estos. 3. Que el CONTRATISTA manifiesta su preocupación por optimizar al extremo cada componente del software lo que conlleva mejorar la relación a la arquitectura y la interfaz final del usuario lo que se ha acordado y se seguirá traduciendo en un mejor desempeño y una mayor amigabilidad de los componentes entregados y no obstante esto ha requerido de una mayor inversión de tiempo respecto al estimado para la construcción de cada uno de ellos. 4. Que este continuó mejorando en buena parte (sic) es consecuencia de la utilización de una tecnología de punta. Que si bien es cierto traerá grandes beneficios al producto final que recibirá el ICETEX, también es cierto que ha generado mayores esfuerzos en la construcción del sistema. (...) e) Que toda vez que es responsabilidad de las entidades estatales procurar en la búsqueda del cumplimiento de los fines estatales y de la función pública, considera esta Institución que en la medida en que los servicios y bienes adquiridos correspondan en la eficiente prestación de los servicios a su cargo, se justifica conforme a la autonomía de la voluntad de las partes procurar actuar en concordancia, f) Que previas estas consideraciones las partes acuerdan prorrogar el Contrato N° 98-036 en los siguientes términos: CLÁUSULA PRIMERA: Adicionar al plazo inicialmente pactado hasta el 31 de diciembre de 2000. (...) CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: si llega a suceder el evento de incumplimiento total de las obligaciones a cargo de las partes, deberá pagar la parte incumplida, a título de clausula penal pecuniaria, el valor correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, monto que se podrá cobrar previo requerimiento, con base en el presente requerimiento, con base en el presente documento, el cual prestará mérito ejecutivo. (...)". (FI 477 C.3A).

- Copia auténtica de la Adición Nro. 4 de 27 de diciembre de 2000 al contrato Nro. 98-036, del cual se lee: "(...) 5) Que la Junta Directiva del ICETEX avaló revisar el estado actual del proyecto y para el efecto se contrata con la firma KPMG LTDA., el siguiente objeto: El Contratista se obliga para con el ICETEX a revisar el estado actual del proyecto, la capacidad financiera-técnica, los recursos humanos y físicos dedicados exclusivamente al proyecto por parte de la firma OPUS INGENIERÍA LTDA., y emitir un concepto técnico del estado y viabilidad actual del contrato N°. 98-036 suscrito con esta firma y el ICETEX;(...) a fin de que el ICETEX pueda determinar si procede a una prórroga más del contrato o a la caducidad del mismo por incumplimiento. (...) 7) Que la firma

KPMG considera que el proyecto puede ser viable de continuar y terminar exitosamente si se cumplen los logros establecidos entre el proveedor y el ICETEX, 8) Que de acuerdo con la interventoría realizada por KPMG al proyecto contractual y al software que se encuentra instalado actualmente, consideran que tiene un 63% de avance respecto a la totalidad del proyecto y objetivo del contrato. 9) La interventoría de KPMG considera que es posible prorrogar el contrato del proyecto. (...) 11) KPMG establece que el proyecto tiene algunos componentes que pueden ser considerados como de alto valor agregado a la propuesta de la licitación, particularmente en aquellos como líneas de crédito creadas de una manera flexible para ser parametrizadas de acuerdo con las necesidades del ICETEX. (...) 13) Que mediante oficio PIC-98-036/148 de 21 de diciembre de 2000, OPUS INGENIERÍA LTDA., solicita una prórroga al contrato. (...) 14) Que previstas estas condiciones las partes acuerdan prorrogar y modificar el contrato N° 98-036 en los siguientes términos: CLÁUSULA PRIMERA: Adicionar el plazo inicialmente pactado hasta el 31 de diciembre de 2001. CLÁUSULA SEGUNDA: Modificar los numerales 3 y 4 de la Cláusula Quinta- Forma de Pago- del contrato N° 98-036 estableciendo la siguiente forma de pago del treinta y cinco por ciento (35%) restante del valor total del contrato al cumplir con los siguientes logros contemplados en el siguiente plan de trabajo: (...)

N°	ACTIVIDAD	LOGRO	INICIO	FINAL	FORMA DE PAGO SALDO
1	Construcción y Ajustes Líneas de Crédito y Solicitudes, Reportador, Con requerimientos indispensables para entrada de operación con modo de seguridad.	Versión Operativa de Líneas de Crédito y Solicitudes	09-enero-01	15-marzo-01	10%
2	Capacitación Versión Operativa Líneas de Crédito y Solicitudes.	Usuarios Capacitados.	15-marzo-01	30-marzo-01	1%
3	Instalación (Implantación Técnica) versión operativa líneas de créditos y	Versión Operativa de Líneas de Crédito y Solicitudes.	15 – marzo-01	23-marzo-01	

	<i>solicitudes.</i>	<i>Operando en la Plataforma de Operación</i>			<i>1%</i>
--	---------------------	---	--	--	-----------

(...)" (Fls 480-483 C.3A).

- Copia auténtica de la Modificación Bilateral Nro. 1 de 31 enero de 2001, al contrato principal el 31 de enero de 2001, dentro del cual se lee: "(...) *CLÁUSULA PRIMERA: Mediante el presente acuerdo se modifica la cláusula décima segunda del contrato principal (...) el cual quedará del siguiente tenor: "imputación presupuestal: los saldos a favor del contratista que no han sido cancelados con cargo al presupuesto de vigencia de 1998: 520-7000-001-020 Implantación de un Plan de Modernización del ICETEX, según certificado de disponibilidad presupuestal N° 148-1998-06-02 expedido por el jefe de Presupuesto del Instituto, se cancelarán con cargo al rubro SENTENCIA Y CONCILIACIONES del Presupuesto General del ICETEX determinado para la vigencia fiscal de 2001, una vez realizada la conciliación extrajudicial respectiva y aprobada por el Magistrado del Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca o a quien corresponda. (...)" (Fl 484 C.3A).*

- Copia auténtica del informe final del servicio de interventoría realizado por la sociedad KPMG el 19 de diciembre, sobre el contrato del proyecto de Sistematización de los Procesos de Crédito y Cartera por parte de la Compañía Opus Ingeniería Ltda. el cual sirvió de soporte a la Adición Nro. 4 del Contrato Nro. 98-036. Dentro del cual se expuso: "(...) *Conclusiones: (...) 2. Cambio de Tecnología. A petición del proveedor se realizó un cambio de tecnología frente a la propuesta inicial con la cual el proveedor ganó la licitación, aunque obtuvo la aprobación por parte del ICETEX, no se estudiaron las implicaciones de tiempo así como la experiencia del proveedor al utilizar esta herramienta. 3. Estado del Proyecto y Propuesta de Logros. De acuerdo a la revisión realizada por HPMG al proyecto contractual y al Software que se encuentra instalado actualmente, se puede considerar que tiene un 63% de avance con respecto a la totalidad del proyecto. (...) 4. Viabilidad del proyecto. Con base en los estudios realizados por HPMG podemos determinar que el proyecto puede ser aún viable de continuar y terminar exitosamente. (...). 6. Valor agregado. Los componentes de la solución han sido desarrollados en su mayoría por el proveedor utilizando una tecnología de punta como lo es JAVA. Así mismo el proyecto tiene algunos componentes que pueden ser considerados como de alto valor agregado a la propuesta de la licitación. (...). Funcionalidad. El desarrollo actual cumple el objeto del ciclo del negocio pero requiere una etapa de optimización ya que se presentan algunos errores de funcionamiento y de forma en la presentación. La versión actual del software tiene activado el modo de depuración (debug) lo que hace lenta la aplicación, así mismo, no tiene definido un mecanismo de liberación de ventanas implicando que se sature la memoria del equipo hasta el punto de tener que salir de la aplicación y reiniciar la misma, por eso, es necesario hacer la afinación respectiva (...)" (Fls 488- 507 C. 3A).*

- Copia auténtica del Acta de conciliación de 14 de marzo de 2001, Nro. 027-2001, de la Procuraduría Once Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de la cual se lee: *“(...) El objeto fundamental que persiguen las partes recurrentes a la presente audiencia de conciliación es la de precaver hacia el futuro posibles conflictos que pudieran llegar a presentarse con ocasión a la falta de recursos necesarios para cumplir por parte de la entidad contratante (ICETEX) las obligaciones derivadas del contrato N° 036-98. (...) a través de la diligencia presente legalizar la decisión de efectuar la imputación presupuestal del contrato en mención con cargo a un rubro presupuestal distinto del inicialmente previsto, toda vez que el rubro presupuestal determinado inicialmente que era el de modernización correspondía a la vigencia fiscal de 1.998, y que pudo comprometerse bajo la figura de reserva de caja en la vigencia de 1.999, a partir de la cual expiró y por tal razón a la fecha presente no existe imputación presupuestal con cargo a la cual se pueda dar cumplimiento a las obligaciones del ICETEX como contraprestación al trabajo ejecutado. (...) como quiera que en la actualidad el contrato antes referido se encuentra en ejecución, se pretende que el saldo por ejecutar restante, que se cuantifica en un 35% cuente con los recursos suficientes y apropiados para la cancelación de la contraprestación derivada del cumplimiento efectivo de las obligaciones del contratista. Es así como el ICETEX manifiesta estar en condiciones de cancelar el saldo pendiente, que es la suma de TRESCIENTOS TREINTA UN MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS (\$331.296.000.00) que corresponde al saldo del valor pactado en el contrato. (...) el cual se tendrá en cuenta al momento de liquidarse en forma definitiva el contrato referido. (...)”.* (FI 521 C. 3A).

- Copia auténtica de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 26 de abril de 2001, en la cual se lee: *“(...) En la presente conciliación no se pretende solucionar un conflicto de carácter particular y contenido patrimonial, sino por el contrario, lo solicitado y acordado en la conciliación guarda relación con competencias administrativas como la de legalizar la decisión de efectuar la imputación presupuestal del contrato en mención con cargo a un rubro presupuestal distinto del inicialmente previsto. (...)”.* (FIs 524-528 C.3A).

- Copia auténtica de la Sentencia del Consejo de Estado de 12 de diciembre de 2001 por la cual confirma el fallo proferido por el Tribunal de instancia de 26 de abril de 2001, en la cual se lee: *“(...) En otras palabras, lo que se buscaba con la solicitud de conciliar era que en principio la procuraduría y luego la jurisdicción de lo contencioso administrativo PERMITIERAN cambiar un rubro presupuestal de pago que sería afectado en FUTURO, con las obligaciones derivadas de un contrato en curso. (...) la pretensión presuntamente conciliada es la de afectar un rubro presupuestal diferente para garantizar el pago del saldo de un contrato, pero ello no es materia conciliable”.* (FI 551 C.3A).

- Copia auténtica del Acta Nro. 2001/001 de agosto 3 de 2001, en la que se lee: *“(...) En consecuencia, se recibe a plena satisfacción el logro N° 1, versión operativa Líneas de Crédito y Solicitudes, previsto en la adición N° 4 del contrato”.* (FIs 639-641 C.3A).

- Copia auténtica del oficio de 8 de agosto de 2001, suscrito por el Gerente General de la Sociedad OPUS INGENIERÍA LTDA., en la que se lee: “(...) *Adjunto a la presente, estoy haciendo entrega de la factura de venta N° 154 para su respectivo trámite, correspondiente ésta al pago de 10 %. Lo anterior, según lo previsto en la cláusula 2ª de la Adición N° 4 de fecha 27 de diciembre de 2000 al contrato principal*”. Factura de venta por valor de \$94.656.000.00. (...). (FIs 642-643 C.3A).

- Copia auténtica del Acta Nro. 2001/022 de 20 de diciembre de 2001, en la que se lee: “(...) *Realizada esta modificación se obtiene un avance en el total del proyecto Crédito y Cartera del 75% quedando pendiente por ejecutar un 25%. (...) en relación con el 25% pendiente por ejecutar Opus ratifica que como informó al Comité Financiero necesita de 6 meses para terminar y poner en funcionamiento la totalidad del proyecto. (...)*”. (FI 645 C.3A).

- Copia simple de la Resolución Nro. 0483 de 16 de julio de 1998, por medio de la cual se adjudica el contrato de la Licitación Pública N° 002 de 1998, dentro de la cual se lee: “(...) *Artículo Primero. Adjudicar el contrato de compra y venta para la adquisición de una aplicación informática. (...)*”. (FI 173 C.9).

- Copia auténtica de la Resolución Nro. 00003 de 03 de enero de 2002, por medio de la cual el ICTEX resolvió: “(...) *Artículo 1º: Declarar que la firma OPUS INGENIERÍA – OBRAS PARA USUARIOS DE SOFTWARE LIMITADA, OPUS INGENIERÍA LTDA., incumplió el contrato N°. 98-036 suscrito el 22 de julio de 1998. Artículo 2º: Imponer al CONTRATISTA, a título de cláusula penal pecuniaria la suma correspondiente a veinte por ciento (20%) del valor del contrato. (...)*”. (FI 8 C. 2A)

- Copia auténtica de la Resolución Nro. 00083 de 22 de febrero de 2002. En la parte considerativa expuso para confirmar la resolución impugnada (N° 00003 de 3 de enero de 2002) que: “(...) *como se observa, la obligación de pago de los saldos a favor del contratista, solamente era exigible una vez se aprobara la conciliación citada. No antes, como trata ahora de presentar el contratista. De otra parte, OPUS INGENIERÍA siempre incumplió todos los cronogramas y entregas parciales previstas en el contrato. Nunca cumplió las fechas establecidas, por lo tanto, ahora resulta inaceptable invocar el artículo 1609 del C.C. El recurrente trata de justificar su incumplimiento con la supuesta demora por parte del ICETEX en el pago de una factura de \$94.656.000 sin tener en cuenta que esa factura correspondía a una entrega parcial que el contratista debió entregar en abril de 2001 y tan solo entrego en agosto, además como ya lo expresamos, la obligación de pagos parciales, solamente era exigible para el ICETEX después de aprobada la conciliación ya citada. (...) se observa que OPUS INGENIERÍA no acató las disposiciones del contrato, pues precisamente al expirar el plazo no cumplió con la obligación principal, como era la entrega total del objeto contratado. (...) la finalización del plazo, fue un hecho incuestionable, que para el momento de la expedición de la Resolución recurrida, no admitiría otro camino distinto al de la declaración de incumplimiento. (...) en cuanto al valor agregado que reclama el contratista, nos remitimos a la parte precedente de esta resolución donde se hizo alusión.” (...) RESUELVE:*

ARTÍCULO 1º: No reponer la Resolución 00003 de 3 de enero de 2002, por la cual se declaró el incumplimiento del contrato. (...). (FI 27 C.2A).

- Copia auténtica de la Resolución Nro. 000290 de 28 de junio de 2002, por medio de la cual se liquidó unilateralmente un contrato del cual se resalta de la parte resolutive: "(...) Que de acuerdo con el Acta de la reunión del Proyecto Crédito Cartera, celebrada entre el CONTRATISTA, EL ICETEX y la INTERVENTORIA, el día 21 de junio de 2002, no hubo acuerdo sobre la liquidación de mutuo acuerdo del Contrato N° 98-036." Por lo que procedió a liquidarlo unilateralmente: "(...) El total instalado está de acuerdo con el Acta N° 2002/01 (junio 18/02) de entrega por el Dr. Miguel A. García Calderón como interventor del contrato, por parte del ICETEX, y no firmada por el contratista, con una entrega parcial del 75% en el total del proyecto. De este porcentaje el ICETEX, sólo ha recibido a satisfacción el 33%, sin que OPUS INGENIERÍA lo haya puesto en producción; el 42% restante corresponde a lo instalado en los equipos del Instituto para la realización de pruebas y que se quedó sin corregir por parte de OPUS INGENIERIA. Mediante Acta del 29 de octubre de 1998, se recibió a satisfacción el documento de especificaciones detalladas, contenido en el Proyecto como "complementación y ajuste al análisis, elaboración especificaciones, prototipo y diseño del sistema", con una ponderación de avance del 19.00 equivalente a un 5% de avance en el total del Proyecto. Mediante Acta N°. 2001/001 de agosto 3 de 2001, el ICETEX RECIBIÓ A SATISFACCIÓN EL 46.77% del software construido, equivalente al 28% de avance en el total del proyecto. OPUS INGENIERÍA generó la factura N°. 00154 de agosto 3 de 2001, por valor de \$94.656.000, de acuerdo con la cláusula segunda de la Adición N° 4 al contrato principal del 27 de diciembre de 2000. En conclusión, el total recibido a satisfacción por el ICETEX en actas asciende al 33% en valores así:

Valor total del contrato - \$946.560.000

Valor recibido a satisfacción por el ICETEX (33%)- \$312.364.800

VALOR TOTAL PAGADO AL CONTRATISTA:

A OPUS INGENIERÍA se le han cancelado los siguientes valores:

FECHA	COMPROBANTE DE PAGO	CONCEPTO	VALOR
Agosto 4/98	0942	40% pago anticipo	\$378.624.000
Noviembre 27/98	1473	25% segundo pago	\$236.640.000
Total pagado	-----	-----	\$615.264.000

VALORES A CARGO DEL CONTRATISTA:

Dineros entregados al contratista: \$ 615.264.000

Valor recibido a satisfacción (33%) \$312.364.800

RESUMEN:

- *Valor recibido a satisfacción (33%) \$ 312.364.800*
- *Pagos al contratista \$ 615.264.000*
- *Saldo a favor del ICETEX \$ 302.899.200*

(...) El saldo a favor del ICETEX por \$302.899.200 corresponde a los valores a cargo del contratista. (...). Por otro lado, en cuanto a la calificación y cuantificación del perjuicio, lo valoró en \$345.100.000 por concepto de interventoría, asesorías y contratistas sobre el Contrato 98-036. En cuanto a los perjuicios por incumplimiento señaló: *“El ICETEX se reserva el derecho de demandar ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el pago de esta clase de perjuicio”*. (Fls 31- 33 C.2A).

- Copia simple de la Resolución Nro. 00371 de 20 de agosto de 2002, por medio de la cual se resuelve el recurso contra el acto administrativo de liquidación unilateral. Dentro de la cual se resalta: *“(...) No es cierta la afirmación de OPUS INGENIERÍA que el 75% de ejecución del Proyecto haya sido recibido a satisfacción por el ICETEX, porque los únicos documentos donde constan recibidos a satisfacción son el acta de 29 de octubre de 1998, mediante la cual se recibió únicamente las especificaciones detalladas, equivalente a un 5% del capítulo correspondiente a complementación y ajuste al análisis, elaboración especificaciones, prototipo y diseño del sistema, y el acta N° 2001/001 de agosto 3 de 2001, en la cual se recibió el primer logro, equivalente al 28% de avance en el total del proyecto, para un 33% recibido a satisfacción por parte del ICETEX y un 42% sin corregir. (...) RESUELVE: ARTÍCULO 1°: No reponer la Resolución 00290 de 28 de junio de 2002, por la cual se liquida unilateralmente el contrato. (...)”*. (Fls 47- 63 C. 2A).

- Copia auténtica del Pliego de Condiciones o Términos de Referencia- del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior- Mariano Ospina Pérez, en la que se lee: *“(...) 41. CLAUSULAS EXCEPCIONALES. El ICETEX, durante la relación precontractual, contractual y poscontractual, podrá aplicar las normas y las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios”*. (FI 154 C. 2A).

- Copia simple del Acta Nro. 2002/001 de la Entrega y recibo definitivo del Proyecto Crédito Cartera, soporte del acta de liquidación. (Fls 34-45 C. 2A).

- Copia simple del oficio suscrito el 5 de noviembre de 1999 por OPUS INGENIERÍA LTDA., por medio del cual solicita prórroga del contrato por la complejidad de las operaciones. (FI 236 C.14).

- Copia simple del oficio suscrito por el Director General del ICETEX, del cual se lee: *“Ante el estado actual de avance en el desarrollo del proyecto crédito Cartera y teniendo en cuenta que el plazo contractual vence el día 31 de mayo del presente año, reitero el compromiso adquirido por usted en la reunión del día de ayer, sobre la instalación del software y puesta en funcionamiento para la realización de pruebas por parte del grupo usuario a marzo 31 de 2000”*. (FI 260 C.14).

- Copia simple del memorial suscrito por OPUS INGENIERÍA LTDA., y EL ICETEX el 1 marzo de 2000, en el cual queda plasmado el avance del proyecto

en la primera y segunda adición así: “(...) *El ICETEX insiste en que de acuerdo con la experiencia que se ha tenido con el proceso de instalación es conveniente que este sea continuado, en razón a que se está tomando mucho tiempo el cual no estaba previsto en el cronograma, y lo que falta de software es bastante para poder terminar, instalar y revisar en un término de 30 días. (...) ICETEX insiste en la disponibilidad de los Ingenieros para que la modificaciones y correcciones del software sea más rápida, así como las instalaciones del software, con el fin de ayudar al avance del proyecto dentro del término del contrato, dado que el tiempo faltante es de tan solo tres meses*”. (FI 275 C.14).

- Copia simple del memorial suscrito por OPUS INGENIERÍA LTDA., y EL ICETEX el 17 de marzo de 2000, en el cual se lee: “El ICETEX insiste en que OPUS debe redoblar esfuerzos para que en el tiempo faltante pueda terminar de desarrollar, probar, corregir e instalar el software y que el grupo de usuarios realice las pruebas integrantes; igualmente reconoce que la presencia del nuevo Ingeniero de Opus genera positivamente.” (FI 280 C. 14).

- Copia simple del oficio de 9 de mayo de 2000 suscrito por la Directora General del ICETEX, dirigido a OPUS INGENIERÍA LTDA., en que se lee: “Observamos con gran preocupación que a la fecha no se ha dado cumplimiento a los compromisos adquiridos por ustedes, relacionados con la instalación del software crédito Cartera con las correcciones de las fallas reportadas y puestas en funcionamiento en el ambiente ICETEX (...)”. (FI 283 C.14).

- Copia simple del oficio de 23 de mayo de 2000 suscrito por la Directora General del ICETEX, dirigido a OPUS INGENIERÍA LTDA. Dentro del cual se lee: “(...) *Lo tratado en reunión del día 18 de mayo del presente año, donde acordamos la prórroga del contrato por un término de 7 meses con base a los argumentos planteados por ustedes, consideramos de gran importancia comunicarle que no es posible incluir modificaciones a la cláusula de forma de pago del contrato, máximo cuando a la fecha no ha sido posible ver en funcionamiento la parte fundamental del software Crédito Cartera (...)*”. (FI 285 C 14).

- Copia simple del memorial suscrito por OPUS INGENIERÍA LTDA., y EL ICETEX el 17 de septiembre 12 de 2000, sobre el contrato Nro. 98-036 y las adiciones N° 1,2 Y 3. Dentro de la cual se resalta: “(...) *El ICETEX contesta las inquietudes planteadas por OPUS, insistimos en que el resultado de las evaluaciones realizadas al avance del proyecto es que aunque en el último año se ha avanzado, no es lo suficiente, dado que lo que falta es mucho, frente al plazo faltante de tan solo 3 meses, por lo tanto, se requiere incrementar el tiempo de dedicación de los ingenieros. (...) realmente el avance no supera el 65%, lo que indica que lo faltante es mucho para ser ejecutado dentro del plazo pactado.*” (FI 303 C.14).

- Copia simple del oficio de 20 de diciembre de 2000 suscrito por la Directora General OPUS INGENIERÍA LTDA., dirigido al ICETEX, por medio del cual solicita: “una compensación integral, completa y razonable de todos aquellos mayores costos en lo que debe incurrir para lograr la ejecución del contrato 98-036”. (FI 316 C.14).

- Copia simple del OTRO Sí, por medio del cual ICETEX nombra interventoría externa, así: “(...) *CLÁUSULA PRIMERA: La cláusula Decima Secta del contrato principal quedará así: La interventoría del contrato principal estará a cargo de la firma KPMG PEAT MARWICK LTDA., quien deberá cumplir con sus funciones de acuerdo con la Ley 80 de 1993*”. (FI 336 C.14).

- Copia simple del contrato de consultoría modalidad de interventoría celebrado entre el ICETEX y KPMG LTDA., el 26 de marzo de 2001. Dentro del cual se lee: “(...) *OBJETO DEL CONTRATO: EL CONTRATISTA se obliga para con ICETEX a realizar la Interventoría al contrato suscrito entre el ICETEX y OPUS INGENIERÍA LTDA, para el desarrollo, instalación y puesta en funcionamiento de la aplicación informática en esquema cliente/servidor. (...)*”. (FI 136 anexo 24).

- Copia simple del contrato de prestación de servicios suscrito entre el ICETEX y la Compañía KPMG LTDA., el 4 de diciembre de 2000. En el que se lee: “(...) *CLAUSULA PRIMERA- OBJETO DEL CONTRATO: El CONTRATISTA se obliga para con el ICETEX a revisar el estado actual del proyecto, la capacidad financiera- técnica, los recursos humanos y físicos dedicados exclusivamente al proyecto por parte de la firma OPUS INGENIERÍA LTDA., y emitir un concepto técnico sobre el estado y viabilidad actual del contrato. (...)*”. (FI 7. Anexo 24).

- Copia simple del acta Nro. 2001/016 de 25 de octubre de 2001, por medio de la cual la interventoría y el Contratista establecieron: “Opus informa que el Proyecto está avanzando a un ritmo muy bajo, dado que la conciliación continúa en trámite ante el Consejo de Estado, y por tanto, aún no ha sido posible recibir el pago de la factura del primer logro que se entregó al ICETEX en el mes de agosto, razón por la cual la Compañía no ha podido concretar ningún refuerzo al Proyecto, que entre apoyar a los dos Ingenieros que actualmente están desarrollando. La Interventoría manifiesta su preocupación por el estado actual de ejecución del proyecto, y denota que el ánimo ha sido siempre el de salvarlo, pero que es necesario mostrar resultados, por lo tanto solicita a OPUS que informe al comité, cual es el equipo con el que dispone, y requiere que se elabore un plan de trabajo real con dichos recursos. Igualmente manifiesta que de no conseguirse un ritmo adecuado de avances, sería conveniente revisar una posible liquidación del contrato con OPUS, y por ende, una terminación del contrato de Interventoría con KPMG. (...) La interventoría insiste en que el avance en el trabajo de los Ingenieros de enero a octubre no se refleja con el tiempo transcurrido. Por lo tanto, OPUS debe exigir mayor rendimiento a sus ingenieros, en razón a que son ellos quienes con su rendimiento en el desarrollo, van produciendo los resultados del proyecto. (...) En cuanto al valor agregado, manifiesta la interventoría que se está analizando, aunque no sea su responsabilidad. OPUS considera que el contrato debe tener extensión en tiempo y en dinero, y que si no se dan estas condiciones, el futuro del proyecto estaría comprometido. (FIs 23- 25 Anexo 9).

- Testimonio rendido por MARIA TRANSITO GIL BOCIGA, de profesión en economía especializada en finanzas, como coordinadora general del proyecto para la entrega e instalación de la aplicación informática para el sistema de

crédito y cartera, en el que se expuso: PREGUNTADO: Sírvase infórmale sucintamente al Tribunal por qué el proyecto que usted coordinó y cuyo (sic) ejecución se pactó con OPUS para 10 meses contados a partir del mes de julio 1998 con vencimiento el 23 de mayo de 1999 se debió ampliar hasta el 31 de diciembre de 2001 CONTESTADO: El contrato fue necesario prorrogarlo hasta 41 meses en razón a que la firma OPUS INGENIERÍA LTDA no dio cumplimiento a la (sic) pactado, cuál era la entrega de una aplicación informática de crédito de cartera para el ICETEX y haciendo un breve recuento de lo sucedido en cada etapa o prórroga fue lo siguiente: durante la vigencia del contrato inicial se elaboraron las especificaciones generales del proyecto en forma detallada. (...) en el mes de enero y febrero la firma OPUS INGENIERÍA propuso al ICETEX el cambio de tecnología del proyecto a tecnología internet y lenguaje Java hasta esa fecha no se había recibido ninguna de parte de software construido (...) el cual fue aprobado por el ICETEX y junto con la solicitud de prórroga del contrato se suscribió la adición de prórroga N° 1 prorrogado hasta noviembre de 1999, durante ese lapso de tiempo se inició el desarrollo del proyecto el cual fue necesario volver a empezar desde un principio por el cambio de tecnología-(...) el número de ingenieros asignados por OPUS al proyecto se disminuyeron considerablemente , llegando a disponer de tan solo dos ingenieros hasta el vencimiento del contrato. CONTESTADO: los inconvenientes que impidieron dar cumplimiento al contrato de orden técnico fueron: el cambio de tecnología propuesto por la firma OPUS INGENIERÍA, la falta de experiencia por parte de los ingenieros que estaban desarrollando el proyecto en esa nueva tecnología. (...) las dificultades en el ambiente de pruebas. (...) De orden financiero: especialmente en la última prórroga se alcanzaba a observar dificultades de orden financiero por parte de la firma OPUS para asignar recursos humanos al proyecto y finalmente (...) no se disponía del número suficiente de ingenieros para el desarrollo del software. (...) PREGUNTADO: En todo caso una aplicación informática técnicamente se puede y debe construir por módulos y se puede instalar, probar y entregar por partes. En consecuencia explíqueme al Tribunal si OPUS INGENIERÍA LTDA entregó al ICETEX el ciento por ciento de los módulos que integraban la aplicación informática y si al final del proceso se integró cada uno de los módulos con los demás para ser entrega total del software contratado. CONTESTADO: OPUS INGENIERIA LTDA, no entregó el cien por ciento de los módulos establecidos para conformar el total del sistema y menos fueron integrados o puestos en operación en el ICETEX, aclaro que lo único que entregó a satisfacción fue el módulo correspondiente a líneas de crédito y solicitudes pero este no fue puesto en operación precisamente porque desde el punto de vista técnico se necesitaba la entrega de todos los módulos ósea el sistema de crédito y cartera contratado. PREGUNTADO: la entrega parcial que según usted equivale al 28% por ciento de las obligaciones a cargo de OPUS le permite al ICETEX resolver las necesidades de sistematización para el crédito y cartera o dicha entrega parcial puede ser complementada por la propia entidad o en su defecto es o no es utilizable. CONTESTADO: (...) esa entrega no le permite al ICETEX resolver las necesidades de sistematización para el crédito y cartera, en cuanto a que si puede ser complementada para eso se requiere que el ICETEX disponga de los programas fuentes para ser modificados (...) y que para ponerlo a producción desarrolle o construya los demás módulos hasta llegar al ciento por ciento del sistema crédito y cartera, por lo tanto no considero viable la terminación de este aplicativo". (FIs 61-65 C.3).

- Documento original del Dictamen Pericial rendido por el Ingeniero Roberto Bernal Quiroga, del cual se lee en la conclusión: *“Las evidencias recaudadas y analizadas me permiten concluir que el contratista aportó las variables que con mayor fuerza impactaron al proyecto en forma negativa y lo llevaron a colapsar técnicamente y por lo tanto al incumplimiento del objeto del contrato No 98-036, celebrado entre ICETEX y OPUS INGENIERÍA LTDA”.* (FI 45 C. 22).
- Copia simple del Certificado incumplimiento del contrato suscrito por el grupo de evaluación técnica oficina de informática del ICETEX, en el que se lee: *“que OPUS INGENIERÍA LTDA., en desarrollo del contrato 98-036 de 22 de julio de 1998. (...) NO CUMPLIÓ con la entrega de una aplicación de Crédito y Cartera de acuerdo con las especificaciones pactadas. (...) OPUS INGENIERÍA LTDA., solamente entregó el primer logro de la aplicación contratada, nunca realizó entrega formal de toda la aplicación, ni de base de datos, así como tampoco entregó procesos o procedimientos definitivos para realizar migración de datos de un sistema a otro. (...) Actualmente no se dispone del ambiente de producción en razón a que nunca existió. Lo que estaba instalado en el servidor era un ambiente de pruebas del cual no disponemos de los manuales necesarios para realizar el montaje, los cuales no fueron entregados por la firma OPUS INGENIERÍA LTDA.”.* (FIs 1- 13 Anexo 6)
- Oficio del ICETEX dirigido al Departamento Nacional de Planeación el 1 de febrero de 2000, donde se anexa los documentos que se detallan los diferentes proyectos que se desarrollan en el presente año y que son continuación de la vigencia del año 1999. (FI 6 Anexo 4).
- Oficio del ICETEX dirigido al Departamento Nacional de Planeación en el que señaló: *De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 568 de 21 de marzo de 1996, atentamente solicito aprobación presupuestal para efectuar un traslado en el Presupuesto de Gastos de Inversión, con recursos administrados por valor de \$331,286,000. (...).* (FI 22 Anexo 4).
- Oficio del ICETEX dirigido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de 10 de mayo de 2001, en el que se lee: *“Acudimos a su despacho con el fin de que nos indique el trámite a seguir para obtener la viabilidad presupuestal para cancelar el saldo pendiente por \$331.296.000.00 y llevar a buen término el proyecto de Crédito y Cartera, contrato N° 98-036 y sus adiciones Nors. 1 2, 3 y 4 celebrado entre OPUS INGENIERÍA LTDA., y el ICETEX, ya que la conciliación recomendada por la Subdirección de Desarrollo Social del Ministerio de Hacienda fue improbadada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (...) Es importante anotar que al no obtener la aprobación de la conciliación por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Institución se encuentra frente a un conflicto que puede generar mayores daños y un eminente desequilibrio económico, que coloca en peligro la terminación y entrega del proyecto Crédito Cartera, al no disponer de la viabilidad presupuestal para cancelar los saldos pendientes. (...) conflicto que cobra vigencia al momento cuando la firma contratante entre el primer logro”.* (FI 72 Anexo 4).
- Copia Simple informe de interventoría de KPMG de 26 de diciembre de 2001, se destaca: *“(...) Logro 1: Entregado con 141 días de atraso (4.7) meses.*

(...)" (Fls 116 y ss Anexo 5).

8.3. Análisis del caso concreto

Como aspecto procesal previo, debe la Sala precisar que al haber sido recurrida la sentencia por ambas partes, conforme al artículo 357 del C.P.C.,³⁶ el *a quem* resolverá sin limitación alguna de conformidad con la jurisprudencia de la Sala plena de la Sección Tercera.³⁷

Como presupuesto procesal, la demanda principal fue presentada el 16 de diciembre de 2002, y el contrato terminó por vencimiento del plazo en diciembre 31 de 2001. Por otro lado, la demanda de reconvenición fue presentada el 7 de mayo de 2004.³⁸ Frente a esta última, el apoderado judicial de la Sociedad Opus Ingeniería Ltda., señaló que no puede contarse el cómputo de la caducidad de la acción contractual a partir de la Resolución en firme Nro. 00371 por la cual se liquidó el contrato, porque no se acordó en el contrato ni en el pliego de condiciones la liquidación del mismo, y que en el peor de los casos, debe contarse a la fecha de vencimiento del plazo contractual, esto es, el 31 de diciembre de 2001.

En el presente caso, la controversia versa sobre un contrato de compraventa³⁹ que tiene como objeto: *"la entrega e instalación de una aplicación informática."* Al tenor del artículo 44 (numeral 10) de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136 del C.C.A., aplicable al asunto sub examine, el término de caducidad de la acción

³⁶ "Artículo. 357. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones..."(Subraya la Sala)

³⁷ NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, consultar Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, exp. 21060.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "B", Auto del 4 de junio de 2009, Radicación Nro. 25000-23-25-000-2007-90577-02, Nro. Interno 2012-08, CONSEJERO PONENTE GERARDO ARENAS MONSALVE *"La demanda de reconvenición constituye el ejemplo típico de una acumulación de pretensiones; dicha demanda debe reunir los requisitos de toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa y supone, además, el agotamiento de la vía gubernativa y que la acción que se instaura no se encuentre caducada. La Sala reitera que es necesario que la acción no se encuentre caducada al momento de presentar la demanda de reconvenición pues es necesario cumplir con todos y cada uno de los requisitos de la demanda principal independientemente de que ésta se haya presentado en el término de fijación en lista de la demanda principal."* Mírese recientemente: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Auto del 14 de agosto de 2013, Radicación Nro. 25000-23-26-000-2009-01045-01, Nro. Interno 45191, CONSEJERO PONENTE HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

³⁹ DIAZ BRAVO, Arturo: Contratos Sobre Bienes Inmateriales. Serie Contratos Mercantiles En el Tercer Milenio. Ed, IURE, Tomo 5. México, 2005.p. 428. "(...) Es por lo anterior, que parece necesario admitir, que el contrato de transferencia de tecnología, en todas sus manifestaciones, es un contrato de naturaleza propia. No debe olvidarse, sin embargo, que con frecuencia se presenta combinado otras convenciones, como compraventa, prestación de servicios, comisión mercantil y otras, frente a las cuales asume el carácter de principal o de accesorio, pero conserva su autonomía.

contractual es de dos (2) años, contados “a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.”⁴⁰ Ahora bien, dicho artículo en el numeral 10 establece:

“(…) En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplir el objeto del contrato, b) en los que requiere liquidación a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa, c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos años contados desde la firma del acta, d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la Administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la Administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por ley. (…)”. (Subraya la Sala)

En este sentido, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos disponía:

“Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.”⁴¹ (Subraya y negrilla de la Sala)

Ahora bien, el contrato de compraventa por regla general es de ejecución instantánea como es el pago de contado y la tradición del bien. No obstante, cuando la forma pactada implica la manifestación de prestación adicional de servicios periódicos por parte del proveedor, y se establecen porcentajes o cuotas periódicas de pago, estaremos frente a una obligación de tracto sucesivo.

En el caso bajo estudio, se tiene que el contrato estableció, inicialmente, un plazo de 10 meses, y que posteriormente, llegó a extenderse mediante las adiciones 1, 2, 3 y 4 hasta por un plazo 41 meses, además que dentro de dicho tiempo, se acordó un cronograma de trabajo y objetivos para la instalación efectiva del software, esto es, porque por la misma naturaleza de la prestación, esto es, su instalación, no puede ser entregada inmediatamente.⁴² Por lo anterior, dicho

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación número: 63001-23-31-000-2000-01156-01(27776). Bogotá, doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014).

⁴¹ **Inciso derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, excepto el texto subrayado. [Modificado por el art. 217, Decreto Nacional 019 de 2012.](#)**

⁴² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, OSPINA ACOSTA, Eduardo: Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Ed. Temis. Bogotá D.C.2000. p. 76. “Igualmente, un contrato puede pertenecer lógicamente a la clase de los de ejecución sucesiva, como la compraventa, cuyo precio debe pagarse en varias cuotas o instalamentos escalonados en un tiempo más o menos largo, y sin embargo, ser susceptible de resolución con efectos retroactivos, sencillamente porque la naturaleza de la prestaciones que le son propias permiten tal efecto”.

contrato es susceptible de ser liquidado por la Administración aún en el caso de no haber sido acordado por las partes, lo anterior por ministerio de la ley, que ordena la liquidación de los contratos cuando estos lo requieran, situación que se configuró para el presente caso.

En este sentido, en cuanto al cómputo del término de caducidad de la acción recientemente la Sala puntualizó:

“(…) En lo relativo a la competencia temporal de la administración para liquidar los contratos estatales, conforme a lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 con la reforma introducida por la ley 446 de 1998, se tiene que una vez vencido el plazo contractual la administración dispone de 4 meses para efectuar la liquidación bilateral, en caso de no realizarse así tiene 2 meses más para hacerlo unilateralmente y en el evento en que así no lo hubiere hecho, podrá intentarla hasta antes de que transcurra el término de 2 años más para que opere la caducidad de la acción contractual. Y esto es así aún en el caso de los contratos interadministrativos, pues la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal pero no de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante ya que la Ley 80 de 1993 en ninguna parte la enlista como tal. (…)”.⁴³ (Subraya la Sala)

En el caso, bajo estudio la Administración tenía plazo para liquidar unilateralmente el contrato hasta el 30 de junio de 2002, contándose desde esa fecha el término de caducidad de dos (2) años para poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional de Estado, esto es, que la Administración lo podía liquidar hasta el 30 de junio de 2004, e igualmente para interponer la acción de la referencia, por lo que ambas demandas fueron interpuestas dentro del término de caducidad.

El apoderado de Opus Ingeniería Ltda., excepcionó la cosa juzgada, toda vez, que el Consejo de Estado, en providencia debidamente ejecutoriada de 12 de diciembre de 2001, improbió el acto conciliatorio el cual tenía como objeto apropiar unos recursos presupuestales bajo el rubro de SENTENCIAS Y CONCILIACIONES, y por tanto, la modificación bilateral Nro. 1 del contrato Nro. 98-036 la cual estipulaba la apropiación presupuestal en dichos términos quedo sin fundamento. Situación que la Sala tendrá presente en la resolución de la presente controversia, en el entendido, que ya hubo pronunciamiento improbando el acta de conciliación.⁴⁴

En cuanto a las consideraciones de fondo, lo que debe abordar la Sala como problema jurídico, es determinar, en primer lugar, si procede o no la nulidad las

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 52001-23-31-000-2003-00665-01(32797). Bogotá D.C, dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015).

⁴⁴ Fl. 45 C.7.

Resoluciones Nro. 00003 de 3 de enero de 2002 y Nro. 00083 de 22 de febrero de 2002, por medio de las cuales la Administración declaró el incumplimiento del contrato e impuso el cobro de la Cláusula Penal Pecuniaria, nulidad que alega el apoderado de Opus Ingeniería Ltda., al considerar, que ésta obedece a una falsa motivación, toda vez, que durante la ejecución del contrato operó la excepción del contrato no cumplido, al no tener la Administración los recursos presupuestales debidamente apropiados al momento de suscribir las adiciones del Contrato N° 98-036, y en todo caso, el Tribunal de Instancia declaró la nulidad de las resoluciones por no tener competencia para declarar el incumplimiento.

En segundo lugar, determinar si opera o no la nulidad de las Resoluciones Nro. 00290 de 29 de junio de 2002 y Nro. 00371 de 20 de agosto de 2002, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato sin que se hubiere decretado la caducidad del contrato.

En tercer y último lugar, si en la ejecución del contrato se presentó o no un desequilibrio económico el cual haya impuesto mayores cargos al contratista con la modificación en la tecnología implementada.

En cuanto al primer cargo, la Sala revocará la nulidad declarada por el Tribunal de instancia sobre las Resoluciones Nro. 00003 de 3 de enero de 2002 y Nro. 00083 de 22 de febrero de 2002, toda vez, que en reciente jurisprudencia se expuso:

“(...) En ese orden, se ha reiterado que en cuanto la Ley 80 de 1993⁴⁵ no facultó a las entidades estatales para declarar incumplimientos por fuera de la caducidad del contrato⁴⁶, éstas perdieron la competencia que les asignaba el Decreto 222 de 1983, sin perjuicio del incumplimiento con fines declarar el siniestro y así mismo hacer efectiva la garantía⁴⁷, como ocurrió en este asunto.

⁴⁵ Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, esta situación quedó revaluada en tanto a partir de su vigencia se admite que, previo pacto de las cláusulas multas y penal pecuniaria, la administración tenga la competencia para declararlas unilateralmente y, por tanto, pronunciarse sobre el cumplimiento contractual.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2005, exp. 25.765, M.P. María Elena Giraldo Gómez. *EN CUANTO A LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO toda vez que la ley 80 de 1993 no otorga competencia a la Administración para declarar el incumplimiento del contratista; sólo erige este hecho como supuesto de la declaratoria de caducidad del contrato condicionado a que “afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización” (art. 18). Por ello se encuentran infringidos abiertamente los artículos 6 y 121 constitucionales relativos, respectivamente, a que “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” y a que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.*

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 16.494, M.P. Enrique Gil Botero. *“(...) En primer lugar, lo dicho supone tener claro que el numeral 4 del art. 68,*

*Esto es así porque una vez verificado el incumplimiento al vencimiento del convenio, surgió la necesidad de hacer exigibles las obligaciones derivadas del contrato de seguro”.*⁴⁸

En esta misma línea jurisprudencial la Sección tercera abordó el problema jurídico señalando *in extenso*:

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

“Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste

que se encuentra parcialmente vigente, como se deduce de la sentencia de agosto 24 de 2000 - Exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo-, en la que señaló: ‘La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, sí derogó el numeral 4º de la norma, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integran título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso. El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal.’ (...) “En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación. // “Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo –aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico –ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva. // “Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado –sin exclusión- prestan mérito ejecutivo; y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación. // “Con mayor razón un análisis finalístico de los numerales 4 y 5 citados ratifica esta posición, pues del haz de amparos que contienen las garantías a favor del Estado, resultaría que sólo en algunos casos -caducidad, terminación y liquidación- pudiere declararse el siniestro, lo que iría en contra de la filosofía de estos preceptos y del privilegio que ellos mismos pretenden otorgar a la administración pública (...).”

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-11818-01(27712). Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015).

y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario.

“En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos⁴⁹ y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.

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

“(..)

“Así, puede observarse entonces, que la ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

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

“(..)

“Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon, establecieron que la imposición de aquellas se haría “...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto”⁵⁰ y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva “directamente por la

⁴⁹ Original de la Sentencia en cita: Artículo 365 de la Constitución Política.

⁵⁰ Cita original. Artículo 71, Decreto 222 de 1983.

entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento”⁵¹ y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva⁵². Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.

“Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado⁵³, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general⁵⁴:

“(…)

“Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición⁵⁵ de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998⁵⁶ y del 20 de junio de 2002⁵⁷, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de

⁵¹ Cita original. Artículo 72 ibídem.

⁵² Cita original. Artículo 73 ibídem.

⁵³ Cita original. Salvo los artículos 108 a 113, referidos a la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres. Al respecto, véase el artículo 81 de la Ley 80.

⁵⁴ Cita original. De manera específica, las cláusulas excepcionales allí consagradas se encuentran desarrolladas por los artículos 15 y siguientes de la misma Ley 80.

⁵⁵ Se refiere al artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

⁵⁶ Cita original. Exp. 13988.

⁵⁷ Cita original. Exp. 19488.

1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.”⁵⁸ (Subrayas añadidas).

De conformidad con las jurisprudencias citadas se puede observar que con la expedición de la Ley 80 de 1993, no se autorizó a las entidades contratantes en cuanto desapareció la competencia que les había sido otorgada por el Decreto-ley 222 de 1983 para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es, sin necesidad de acudir al juez del contrato.

No obstante, la jurisprudencia de la Corporación reorienta su línea jurisprudencia, cuando entra en vigencia la Ley 1150 de 2007. Así en reciente pronunciamiento la Corporación señaló⁵⁹:

“(…) Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual modificó algunos de los artículos de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales recobraron la potestad legal para imponer unilateralmente multas, así como para declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; en efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 atribuyó competencia a las entidades estatales para imponer unilateralmente este tipo de sanciones, de acuerdo con el procedimiento que la misma norma indica:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 20 de 2005, Expediente 14.579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Radicación número: 18001-23-31-000-1997-01006-01(27096). Bogotá, D.C., abril treinta (30) de dos mil catorce (2014).

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

Respecto de la aplicación de la Ley 1150 de 2007, inclusive a contratos regidos por la Ley 80 de 1993, celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150, se ha pronunciado la Jurisprudencia de esta Sala de Subsección, en los términos que se expresan a continuación⁶⁰:

“La Ley 1150 de 2007 consagró la facultad de imponer y de hacer efectivas las multas que hubiesen sido pactadas en el contrato y de declarar su incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, potestad que hizo extensiva respecto de aquellos contratos que se hubieren celebrado con anterioridad a la expedición de esta ley y “en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.”

“Observa la Sala que el contenido del párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 hace referencia a lo que la Corte Constitucional llamó ‘las consecuencias nuevas de un hecho antiguo’, dado que faculta a las entidades para imponer y hacer efectivas multas y para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria – consecuencia nueva- respecto de aquellos contratos celebrados antes de la expedición de la ley, en los cuales se hubieren pactado y previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas –hecho antiguo-.

“Tal como sostuvo la Corporación en la ante citada sentencia de julio 30 de 2008, se trata ‘de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella.’⁶¹

Ahora bien, en el caso bajo estudio, se observa que en la Cláusula Novena del contrato Nro. 08-036 se estipuló desde un inicio y con su respectiva adición, la Cláusula Penal Pecuniaria y se consagró, textualmente, la posibilidad de declarar el incumplimiento. La Administración con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez terminó el plazo del contrato, declaró el incumplimiento del mismo mediante las Resoluciones Nro. 00003 de 3 de enero de 2002 y Nro. 00083 de 22 de febrero de 2002.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto de febrero 21 de 2011, Expediente 39643.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 30 de 2008, Expediente 21574, C.P. Enrique Gil Botero.

De conformidad con lo expuesto, si bien la Administración había perdido competencia desde la expedición de la Ley 80 de 1993 hasta con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, lo cierto es que aún en los contratos celebrados con anterioridad a la Ley 1150 de 2007, de haberse pactado la cláusula penal, la Administración podía declarar su incumplimiento para hacerla efectiva, esto es, sin restringirla solo al evento de la caducidad del contrato.

Ahora bien, alega el apoderado de Opus Ingeniería Ltda., que las anteriores resoluciones son nulas por falsa motivación, toda vez, que la Administración, primeramente, había incumplido su obligación ya que no contaba con el registro presupuestal para poder hacer el pago, por lo que considera que lo que realmente operaba era la figura jurídica de la excepción de contrato no cumplido.

La Sala observa que el registro o reserva presupuestal es un requisito a cargo de la entidad contratante para la ejecución del contrato. Así, en reciente jurisprudencia, la Sala manifestó:

“En relación con el perfeccionamiento de los contratos estatales (...) la jurisprudencia de esta Corporación, de forma variable, ha sostenido dos tesis, ambas en vigencia de la Ley 80 de 1993. La primera (...) afirmó que el perfeccionamiento del contrato exigía, además del escrito contentivo del acuerdo contractual, la existencia del respectivo registro presupuestal (...) Y la segunda, (...) señaló que para perfeccionar un contrato estatal bastaba cumplir los requisitos dispuestos en el primer inciso del artículo 41 de la ley 80, esto es: acordar el objeto y la contraprestación y elevarlo a escrito. La discusión procedía de la lectura del art. 41 de la Ley 80, concordado con el 71 del Decreto 111 de 1996. (...) Hasta 1996 esta disposición no ofreció complejidad –porque estaba claro cómo se perfeccionaba el contrato estatal-, pero con el Decreto 111 de 1996 –norma que compiló el estatuto presupuestal, disperso en varias leyes- el tema se hizo difícil, pues para muchos operadores jurídicos el art. 71 modificó el art. 41 de la Ley 80, creando un requisito de perfeccionamiento de los contratos. Sin embargo, no es correcta aquella posición que señalaba que el art. 41 fue modificado por el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 -que estableció que los actos administrativos que involucren gastos se perfeccionan con el registro presupuestal-, porque, de un lado, se refiere al perfeccionamiento de los “actos administrativos” –inciso primero-, no al de los contratos estatales, de allí que no es pertinente aplicarla a una institución o figura completamente distinta, como es la contratación estatal. En efecto, los contratos estatales no son actos administrativos, por esta razón la norma no le aplicaba. En tal sentido, un acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, amén de las otras características, al paso que los contratos son, por definición, actos bilaterales, de manera que por este sólo presupuesto falla la

identificación de estas dos formas de manifestación de la voluntad de la administración. De otro lado, la ley 80 reguló de forma especial el tema del perfeccionamiento del contrato estatal, de modo que existiendo requisitos propios y autónomos, no se explica la razón por la cual se acude a otra normativa para exigir elementos extraños a dicho estatuto. (...) a manera de tercer argumento -hoy más evidente y claro que antes-, con la vigencia de la ley 1150 de 2007 el legislador ratificó que el requisito presupuestal se necesita para la “ejecución” del contrato, no para el “perfeccionamiento”, pues señaló que “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes...”. (...) Esta norma, se insiste, mantiene intacto el primer inciso del art. 41 de la ley 80, de allí que el perfeccionamiento del contrato estatal sigue como estuvo regulado desde la vigencia de la norma inicial. Pero también conserva la idea de que el registro presupuestal es un requisito de ejecución del contrato, luego hoy no puede sostenerse que lo sea de perfeccionamiento, so pena de desatender el sentido del artículo citado. Afortunadamente esta postura es la que rige, tesis imperante que señala que el contrato estatal se perfecciona con el acuerdo de voluntades, elevado a escrito (...) el art. 41 de la Ley 80, vigente al momento de celebrarse el contrato de prestación de servicios profesionales sub iudice, efectivamente disponía que los requisitos de perfeccionamiento, que son distintos a los de ejecución, no incluyen la existencia del registro presupuestal. (...) el registro presupuestal no es requisito de perfeccionamiento de los contratos, sino condición para ejecutarlos, porque los negocios jurídicos de las autoridades se reputan perfectos cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y éste se eleva a escrito. (...) la Sala mantiene la tesis vigente, que proviene de la lectura del art. 41 original de la Ley 80 de 1993, e inclusive de su reforma.”

(...)

[E]l registro presupuestal no es requisito de perfeccionamiento de los contratos, sino de ejecución, de manera que no se necesitan más explicaciones para entender por qué no se comparte el análisis del tribunal, así que se remite al estudio realizado sobre los arts. 41 de la Ley 80 de 1993 y 71 del Decreto 111 de 1996. Lo expresado significa que existió el contrato de prestación de servicios que celebraron Darío Piedrahita Giraldo y el Municipio de El Retiro, es decir, se perfeccionó, porque en términos del art. 41 de la Ley 80 –aplicable al caso, porque el contrato se suscribió en 1997- hubo acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y se hizo constar por escrito. Claro está que la Sala comprende la posición que asumió el a quo –pero no la comparte-, porque orientado por el art. 71 del Decreto 111 de 1996, expedido recién se había suscrito el contrato, entendió que esa disposición modificó la Ley 80 de 1993, yerro en el que también incurrió temporalmente la Sección Tercera – como se explicó atrás-, pero finalmente corrigió la posición, para mantener pacífica la tesis de la vigencia plena del art. 41 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, como existió el contrato de prestación de servicios, y constituyendo el registro presupuestal un requisito de ejecución, su ausencia no produce inexistencia del negocio, ni siquiera lo vicia de nulidad, porque el papel que cumple –según el inciso segundo del art. 41- es autorizar el inicio de una etapa del contrato que no incide en su formación: la ejecución de las obligaciones. Inclusive, también es requisito de ejecución la aprobación de la

*garantía única que constituye el contratista, defecto o ausencia que de ninguna manera produce inexistencia del contrato, ni siquiera nulidad, se trata de una falla que genera otras consecuencias, pero no las dos mencionados. De aceptarse la tesis del tribunal se concluiría que la falta de póliza y/o de su aprobación produce la nulidad absoluta de contrato, y que la administración puede terminarlo unilateralmente, al amparo del art. 45 de la Ley 80. Semejante conclusión es inaceptable, porque los incumplimientos de algunas obligaciones en que incurran las partes para empezar la ejecución del contrato, e incluso posteriores a ésta, generan consecuencias de otra índole, pero no la extinción del contrato.
(...)*

En los términos del art. 71 del Decreto 111 de 1996, cuando se exige registro presupuestal y la entidad no lo obtiene, la sanción que se aplica no afecta al acto o al contrato sino a la persona que incumple la obligación. Dispone el inciso final de dicha norma -luego de señalar que los compromisos económicos del Estado deben contar con registro presupuestal (...) La sanción por la violación a esta norma es clara: el funcionario que omita el requisito responde disciplinaria, penal y fiscalmente, incluso patrimonialmente -alcance personal de la conducta-, por ejecutar un contrato sin respaldo presupuestal; pero de allí no se desprende que cualquier vicio asociado a este requisito -exigible a todos los actos o contratos que involucren gastos- se sancione con nulidad. Un entendimiento amplio o extendido de las consecuencias derivadas de los defectos de este requisito produciría, inclusive, la nulidad un acto administrativo de contenido laboral que reconozca un pago sin tener el registro presupuestal de respaldo. Semejante alcance es inaceptable, porque es claro que la validez del acto y la responsabilidad del funcionario que lo expide sin cumplir esta obligación son aspectos diferentes. (...) la Sala confirma y consolida (...) que la ausencia de disponibilidad y con mayor de registro presupuestal no producen ni inexistencia ni nulidad del contrato estatal.”⁶²

La falta del registro presupuestal puede configurar el incumplimiento del contrato, no obstante puede haber justificación de la falta de cumplimiento legal del registro presupuestal previo. Así la Sección Tercera puntualizó en una oportunidad:

“(...) Lo anterior significa, en primer lugar, que cuando se realiza la operación de registro presupuestal el contrato debe hallarse previamente perfeccionado, de lo contrario, no podría afectarse de manera definitiva la apropiación, pues la obligación aún no habría nacido jurídicamente y en segundo lugar, si perfeccionado el contrato la entidad estatal omite realizar la operación del registro presupuestal, ello conduce a que no pueda iniciarse la ejecución del contrato, porque la entidad no podría atender, desde el punto de vista presupuestal, las obligaciones dinerarias contraídas, de manera que la omisión en tal sentido comporta una responsabilidad personal del funcionario que tiene la obligación de realizarlo, pero no tiene la virtualidad de afectar la validez o la eficacia del negocio jurídico, tal como se desprende del inciso final

⁶² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565). Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014).

de la citada norma que debe interpretarse de manera sistemática con el artículo 41 de la ley 80 de 1993 que lo prevé únicamente como requisito de ejecución del contrato. Tal omisión, desde luego afecta la regularidad en la ejecución del contrato con la consecuencia contingente del incumplimiento del mismo por parte de la administración. Conforme a la posición que actualmente sostiene la jurisprudencia de la Sala los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal son dos: a) Que exista acuerdo de voluntades en cuanto al objeto del contrato y la contraprestación del mismo y, b) Que el acuerdo sea elevado a escrito; por otra parte sostiene que los requisitos de ejecución son: a) Constitución y aprobación de las garantías b) Registro presupuestal c) Y hoy día la acreditación del pago de los aportes parafiscales, de conformidad con los artículos 41 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007⁶³. (Subraya la Sala)

En otra oportunidad la Sección Tercera de la Corporación en un caso de falta de registro presupuestal indicó:

“(…) En tal sentido, la falta del registro presupuestal que hizo legalmente imposible la ejecución del convenio en aquello que correspondía al desembolso de los recursos para el proyecto 1739, constituye un claro y evidente incumplimiento de las obligaciones del FIS, explícitamente comprendidas en la cláusula quinta, letra B, en virtud de la cual la entidad demandada asumió la obligación de girar los recursos a la cuenta corriente abierta para la ejecución del convenio, “una vez legalizado el convenio y surtidos los trámites internos para giro”. La conclusión anterior indica que las pretensiones de la entidad demandante, el Departamento de Risaralda, están llamadas a prosperar, en razón del incumplimiento del FIS consistente en la falta de gestión para la obtención de su registro presupuestal; no obstante lo cual, es necesario adelantar otro análisis acerca de las razones que habrían podido conducir a que el FIS no contara con el registro presupuestal para el proyecto 1739 y determinar si tales causas constituyen una justificación legal para su falta de cumplimiento contractual.

(…)

La Sala encuentra que la reversión ordenada por el Decreto 2372 de 1996 no constituye causa legal alguna que justifique la falta de cumplimiento del FIS respecto de su obligación de efectuar el registro presupuestal, debido a que la “contracreditación” fue ordenada por el Decreto 2372 de 1996 el 27 de diciembre de 1996, es decir más de tres meses después del perfeccionamiento del “CONVENIO No. 2506/96” y de su “ANEXO No. 1”, la cual tuvo lugar el 20 de septiembre de 1996. La Sala encuentra que hubo incuria y negligencia de parte de la entidad demandada, puesto que no cumplió con las obligaciones legales que regulan la materia ni con aquellas en igual sentido dispuestas en el convenio mencionado respecto del registro presupuestal y dejó transcurrir un período excesivo sin efectuarlo, cuestión que finalmente no hizo y que a la postre trató convenientemente de escudar en la orden del Decreto 2372 de 1996. La Sala concluye lo anterior con fundamento en la lectura de las obligaciones contraídas por las partes, así: (i) En la “Cláusula Décima Sexta: Perfeccionamiento y Ejecución”, se observa claramente que allí se precisó que el convenio “se perfecciona con la

⁶³CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA .Consejera ponente (E): GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00616-01(29402). Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010).

suscripción de las partes intervinientes”, lo cual significa que el acuerdo extendido por escrito y firmado por las partes el 20 de septiembre de 1996 hacía el contrato perfecto, es decir plenamente válido y exigibles por entero sus obligaciones; (ii) complementa de manera clara lo dicho en la cláusula, el “ANEXO No. 1” del “CONVENIO No. 2506/96”, al indicar que los aportes del FIS se harían de acuerdo con los porcentajes, valores y condiciones siguientes: un primer desembolso equivalente al 30%, por una suma de “\$27.435.000, al perfeccionamiento del convenio”; un segundo desembolso del 40%, por una suma de “\$36.580.000, en diciembre sujeto a disponibilidad PAC” y el saldo del 30%, por un valor de “\$27.435.000, al informe del ente territorial”. La Sala afirma que de manera inmediata con posterioridad a la suscripción del “CONVENIO No. 2506/96”, el 20 de septiembre de 1996, el registro presupuestal había debido ser efectuado por el FIS para poder realizar el primer desembolso del 30% antes mencionado, motivo por el cual, ante la falta de registro presupuestal para esa fecha, se acredita el incumplimiento del convenio por parte de la entidad demandada y se desestima la expedición del Decreto 2372 de 1996 como causa legal para el incumplimiento. Si el registro presupuestal se hubiere efectuado de manera correcta y oportuna habría tenido lugar el efecto legal prescrito en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto-ley 111 de 1996 y en el artículo 20 del Decreto 568 de 1996, esto es que en tal caso sí se habría afectado de manera definitiva la apropiación presupuestal, de suerte que los recursos destinados para el proyecto 1739 habrían quedado comprometidos para la finalidad convenida. Téngase presente que el Decreto 2372 de 1996 reversó solo aquellas apropiaciones que fueron “certificadas por los órganos respectivos como disponibles a la fecha y hora en que se surtió la notificación de la sentencia [C-685/96 del 5 de diciembre de 1996, mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 59 de la Ley 224 de 1995]” y, en tal sentido, de haberse efectuado el registro presupuestal correspondiente al referido proyecto en los términos acordados en el “CONVENIO No. 2506/96” no se habría podido “contracreditar” suma alguna por ese concepto, en atención a que el artículo 115 del Decreto 111 de 1996 (Ley 38/89, artículo 84; Ley 179/94, artículo 55 inciso 6o) permite la reversión de las “apropiaciones afectadas”, pero no así la de las sumas comprometidas definitivamente mediante un registro presupuestal.”⁶⁴ (Subraya la Sala)

Descendiendo al caso concreto, observa la Sala, que la afirmación hecha por parte de la Sociedad Opus Ingeniería Ltda., de que la Administración primeramente incumplió con el deber del certificado presupuestal para poder asumir sus obligaciones, resulta contraria a la realidad de conformidad con el acervo probatorio, dado que, en primer lugar, para la fecha en que se suscribió el contrato inicial Nro. 98-036 el 22 de julio de 1998, la Administración contaba con la reserva presupuestal Nro. 148-1998-06-02 para amparar las obligaciones durante el plazo acordado (10 meses), tanto es así, que giró, el 4 de agosto de 1998, el respectivo anticipo del 40% del total del contrato, por valor de \$378.624.000 y aun estando retrasado en el cronograma de trabajo, se

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860). Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010)

efectuó el 27 de noviembre del mismo año un segundo pago al contratista de 25% por valor \$236,640.000.

Ahora bien, la Administración, al considerar la solicitud de adición al plazo del contrato planteada por el contratista, con ocasión de las nuevas disposiciones tecnológicas, decidió ampliar el plazo del contrato hasta el 30 de noviembre de 1999, con respaldo en recursos presupuestales bajo la figura de la reserva de caja. No obstante, el plazo pactado fue insuficiente según manifestación del contratista por la complejidad del proyecto, y que por tanto, requería de un mayor tiempo para su ejecución.

La Administración, en aras de buscar los fines esenciales por los cuales está instituida, y por tratarse de un proyecto esencial para la modernización de la gestiones de crédito y cartera, así como con fundamento en la solicitud del contratista de otorgarle un mayor término, decidió adicionar por segunda vez al contrato un plazo mayor, el cual fue otorgado hasta el 31 de mayo de 2000, y posteriormente, mediante adición Nro. 3, un plazo hasta el 31 de diciembre de 2000, año durante el cual la Administración no contaba con el respectivo registro presupuestal, dado que aquel que respaldaba el contrato había expirado el primero de enero de 2000. Sin embargo, lo cierto es que el contrato se venía ejecutando sin que a la fecha del plazo convenido el contratista tuviera tampoco un avance significativo que diera lugar al pago.

Así, observa la Sala, que la demora en la ejecución del contrato, llevó al contratista a solicitar ampliación del plazo previsto por ambas partes, y en aras de evitar la caducidad del contrato por el incumplimiento, la Administración llegó al punto de hacer un estudio de la viabilidad del proyecto por medio de la firma KPMG, la cual rindió concepto favorable, y de manera laxa, el ICETEX acordó la Adición Nro. 4 por medio de la cual se definió como plazo final la fecha de 31 de diciembre de 2001, se modifica los porcentajes de pago, y mediante Modificación Bilateral Nro. 1 de 31 enero de 2001, se pretendió amparar el registro presupuestal mediante el rubro denominado sentencias y conciliaciones siendo resuelta en acta de conciliación ante el Ministerio Público, pero improbadamente finalmente por la Corporación. Lo anterior, se efectuó, porque pese a los trámites correspondientes ante el Departamento de Planeación y a la solicitud ante el Ministerio de Hacienda y Crédito público, no se pudo contar con el respectivo rubro.

Por lo anterior, la expiración de la vigencia del certificado presupuestal, no puede ser imputable a la Administración, toda vez, que el Contratista, pese a la

complejidad del proyecto, decidió voluntariamente proponer y acordar un cambio de la tecnología implementada para el cumplimiento del objeto, proyecto que no pudo llevar a cabo durante del plazo acordado dentro de la vigencia presupuestal, muy seguramente por la falta de personal y experiencia de los ingenieros según los informes de interventoría para la instalación de ese tipo de tecnología. Más aún, cuando después de la expiración del registro, la Administración hizo todos los trámites tanto técnicos como presupuestales para seguir adelante con el proyecto.

Se resalta, que para el presente caso, no se está en la falta del registro presupuestal, sino en la pérdida de vigencia que no puede ser imputada a la entidad contratante, toda vez, que ésta obró siempre en beneficio y a solicitud del contratista, ampliando el plazo para el logro de los fines contratados y en atención a mitigar la mora en que venía incurriendo el propio contratista.

Sin duda alguna, la omisión del registro presupuestal da lugar a la irregularidad de la ejecución del contrato, y por ende, dicho incumplimiento podrá afectar de manera ostensible o total la prosperidad del proyecto, lo que puede generar los respectivos perjuicios al contratista por su inejecución. Pero lo cierto es, que para el caso concreto, el contrato Nro. 98-036 inició su ejecución con el pago anticipado⁶⁵ del 40% sobre la totalidad del valor y vigencia del contrato, subsistiendo inclusive, aún después de expirado el registro presupuestal dentro de su vigencia.

En este orden de ideas, la “*exceptio non adimpleti contractus*” alegada por el apoderado de Opus Ingeniería Ltda., con fundamento en el artículo 1609 del Código Civil, no se configuró en este evento, porque conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, se ha señalado, que únicamente tendrá lugar

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01597-01(24812). Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil seis (2006). *Esta tesis ha tenido como fundamento la diferencia que tradicionalmente ha hecho la jurisprudencia de esta Corporación, entre el anticipo y el pago anticipado de sumas dinerarias al contratista desde la perspectiva de la titularidad patrimonial de esos recursos y el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato estatal. En la primera hipótesis, se han considerado públicos u oficiales los recursos y de la exclusiva propiedad del ente estatal constituyéndose en un adelanto, avance o anticipo del precio no causado para la iniciación del objeto contractual, los trabajos o servicios, la atención de los gastos preliminares y su aplicación a los fines del contrato, que sólo se incorporan al patrimonio del contratista e implican un pago en la medida de su amortización. Por el contrario, en el pago anticipado, se ha señalado que es un pago del precio y, por tanto, se incorpora al patrimonio del contratista y es de su propiedad. Bajo estas premisas, la Sala ha desestimado el reclamo de intereses moratorios cuando la administración no cumple en la oportunidad legal con el anticipo, la procedencia de la ejecución coactiva para el pago de la prestación dineraria y se ha determinado la necesidad de solicitar y acreditar otros perjuicios, en tanto, la admite respecto del pago anticipado.*

en los contratos sinalagmáticos cuando el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave y determinante en la cual sitúe al contratista en la imposibilidad de ejecutar sus obligaciones.⁶⁶ Se itera, que en el caso bajo estudio, pese a la pérdida de la vigencia del registro presupuestal, el contratista, para ese momento, tenía obligaciones pendientes con base en la transferencia del pago del precio anticipado. Aunado a que, la pérdida de dicha reserva fue consecuencia, en su mayor parte, de la demora en la instalación del software.

Si bien es cierto, la Administración incumplió con efectuar oportunamente el pago parcial del 10% conforme al acta de aceptación del logro Nro. 1, el cual cumplió de manera tardía el contratista, tampoco dicho incumplimiento por parte de la Administración es manifiestamente grave con relación a la magnitud de los recursos pagados al contratista y la demora en la entrega e instalación del software, más aun estando el contratista a escasos 3 meses para finalizar el contrato (31 de diciembre de 2001) y con las serias inconsistencias que sufría el sistema ejecutado.

En segundo lugar, no procede tampoco la nulidad de las Resoluciones Nro. 00290 de 29 de junio de 2002 y Nro. 00371 de 20 de agosto de 2002, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato con fundamento al incumplimiento del contrato.

En cuanto al concepto técnico del acto de liquidación la Sala señaló:

(...)

La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH. Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217). Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013). “El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La *exceptio non adimpleti contractus* tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones.”

asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. (...) liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.

(...)

La liquidación bilateral supone un acuerdo de voluntades, cuya naturaleza contractual es evidente, porque las mismas partes del negocio establecen los términos como finaliza la relación negocial. Ahora bien, la liquidación unilateral se materializa en un acto administrativo, por ende, como su nombre lo indica, no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista -jamás a la inversa- acerca de la forma como termina el negocio jurídico. Se trata, ni más ni menos, que de una exorbitancia en manos públicas, porque la entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato. Desde este punto de vista, es decir, del contenido del acto, no existe diferencia entre la liquidación bilateral y la unilateral, porque la una como la otra están llamadas a concluir el negocio mediante la determinación concreta y clara de los aspectos técnicos, económicos y financieros que quedan pendientes, como de lo ejecutado y recibido a satisfacción. Además, tanto un acto como el otro tienen naturaleza contractual, de allí que la distinción sólo reside en que el uno es bilateral y el otro es un acto administrativo, es decir, es unilateral. Incluso, en todos los estatutos contractuales se ha permitido que el acto bilateral o unilateral de liquidación establezca el monto de la indemnización que una parte pagará a la otra, como consecuencia de lo sucedido durante la ejecución del contrato.

(...)

En condiciones ideales, el contrato celebrado y ejecutado -según lo acordado-, conduce a que se liquide satisfactoriamente para ambas partes. Sin embargo, en ocasiones la ejecución se caracteriza por una serie de irregularidades, contratiempos y demás circunstancias sobrevenidas en esta etapa, que alteran las condiciones normales de desarrollo, lo que hace que una o ambas partes queden insatisfechas, y que por ende la liquidación no sea tranquila o normal, como pudo desearse cuando se celebró el contrato. En este último caso, las partes suelen formularse reproches, que se espera -no obstante- resolver mancomunadamente en la liquidación, y por eso intentan establecer cómo quedan los derechos y las obligaciones al terminar el contrato, usualmente por su ejecución total. En este último caso, el esfuerzo que realizan puede frustrarse, es decir, no conducir a una liquidación de consuno, porque las diferencias pueden ser tan profundas que impiden suscribir un documento que concilie la situación. Cuando esto acontece, la ley

contempla la posibilidad de que la administración liquide el contrato, es decir, que lo haga unilateralmente, asumiendo el poder excepcional de declarar el estado en que queda el negocio jurídico. Es bueno precisar que si bien lo normal es que la liquidación se produzca tan pronto finaliza la ejecución del contrato, existen situaciones en las que ocurre antes. Es el caso en que termina por una razón distinta a la ejecución normal y satisfactoria: como cuando las partes lo logran de común acuerdo, o lo hace el Estado en forma unilateral, o porque se declara la caducidad, o se presenta otra circunstancia imprevista que imposibilita continuar la ejecución. En estos, y en otros eventos de naturaleza similar, la liquidación procede en los términos indicados. Pero cualquiera sea la causa o forma como se llegue a la liquidación bilateral, lo cierto es que la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que cuando esto acontece no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez.”⁶⁷

Por lo anterior, una vez vencido el plazo contractual, la Administración debe proceder a la liquidación del contrato, cuando sean susceptibles de liquidación, en un primer momento de manera bilateral y de no proceder el mutuo acuerdo, lo hará de manera unilateral determinando el balance final de cuentas de manera detallada y precisa.

En el presente caso, como balance final se estableció, en el acta de liquidación, un saldo a favor de la Administración por valor de \$ 302.899.200, ya que de los pagos efectuados la Administración tan sólo reconoció satisfacción por la labor realizada en un 33% de la entrega, y aunque se entiende que la entrega es un sistema integrado, del 75% de avance, tan sólo el 33% quedó parcialmente instalado, del cual la Administración puede sacar provecho de conformidad con las actas de recibo a satisfacción pese a la mora en la ejecución de conformidad a los informes de interventoría del cual se destaca el rendido el 26 de diciembre de 2001, el cual estipuló los días de retraso de los logros y del dictamen pericial que señaló que no el sistema no es funcional, y más aún cuando obra certificado por la coordinadora del proyecto de Crédito y Cartera en la que señaló el 9 de diciembre de 2006, que no se dispone del ambiente de producción ya que este realmente nunca existió.

Lo anterior, sin tener en cuenta el pago de la factura de venta Nro. 154 de 8 de agosto de 2001 por la suma de \$94.656.000, correspondiente al 10% prevista en la cláusula segunda de la Adición Nro. 4 de 27 de diciembre de 2000 y relacionada con el primer logro y que mediante proceso ejecutivo contra el ICETEX, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca libró, mediante providencia

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777). Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014).

de 16 de mayo de 2002, mandamiento de pago a favor de la firma Opus Ingeniería Ltda. Finalmente el Tribunal el 22 de mayo de 2003, aprobó la liquidación del crédito en la suma de \$121.175.027, lo cual constituye cosa juzgada.

En el acta de liquidación se viene cobrando un valor de \$ 345.100.000 por concepto de interventoría y asesorías. Observa la Sala, que esta pretensión no está llamada a prosperar, en la medida que los costos que tuvo que sufragar el ICETEX por concepto de la interventoría, corresponde a un contrato aparte, que si bien se estableció para supervisar y ejercer el control de calidad y entrega de las obras pactadas, no por ello se puede pretender que OPUS INGENIERÍA LTDA., asuma los pagos que se realizaron con ocasión del mismo, cuando se trata de un deber independiente del grado o no del cumplimiento del contrato supervisado.

En la misma acta de liquidación, se estipuló una cláusula abierta de establecer otra clase de perjuicio a parte de la Cláusula Penal, no obstante dentro del expediente, no se tiene debidamente acreditado otra clase de perjuicio, en especial, por falta de soporte documental del dictamen pericial que sustente la cuantiosa suma allí establecida por el concepto de no disposición del software.⁶⁸

Por lo anterior, el valor de la liquidación deberá reducirse y limitarse conforme al material probatorio obrante en el proceso, esto es, sobre el reembolso parcial del monto del anticipo del 40% y del pago parcial del 25%, tal cual lo señaló el acto administrativo de conformidad con el bajo grado de cumplimiento por parte del contratista.

Finalmente, el apoderado de Opus Ingeniería Ltda., solicita el reconocimiento del valor agregado de la tecnología puesta a disposición. En este sentido, acoge la Sala el concepto rendido por el Ministerio Público, pues lo cierto es que OPUS INGENIERÍA LTDA., fue quien bajo su propia iniciativa planteó el cambio de tecnología INTRANET y lenguaje JAVA, quien conocía por su actividad comercial

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12756-01(27879).Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013). CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. *“Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 12723. Santa Fe de Bogotá, veintidós (22) de junio del dos mil (2000).La jurisprudencia ha sido uniforme en torno a que el acto de liquidación del contrato, bilateral o unilateral, debe contener el ajuste definitivo de cuentas entre el contratante y el contratista, para establecer qué deudas y qué acreencias corresponden a cada una de las partes contratantes, por causa o con ocasión del desarrollo del contrato, o de su infracción por el contratista. La Sala considera que la liquidación del contrato debía, de una parte, hacerse con base en actas en las cuales se determinaron las sumas de dinero que recibió el contratista y la ejecución de la prestación de su cargo y, de otra parte, en la liquidación debían señalarse: las obligaciones que quedan a cargo de las partes de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato”.*

los costos financieros y de tiempo que el cambio acarrearía, los que a su sentir no incrementarían el valor del contrato, y fue en esa misma medida que se aceptó la primera adición por parte de la Administración. Y en gracia de discusión, la jurisprudencia actual de la Corporación sostiene en cuanto a solicitar el equilibrio económico del contrato, que debe hacerse la salvedades oportunamente al momento de presentarse la modificaciones o adiciones;⁶⁹ sin embargo, para el caso concreto la parte contratista expresamente señaló que el contrato no se incrementarían por el empleo de la tecnología.

Al margen de lo anterior, por las condiciones como se entregó el sistema, es evidente que no existió tal valor agregado, toda vez, que lo que se está reconociendo son perjuicios precisamente por la falta de cumplimiento en el objeto contractual, que éste quedó incompleto por causas exclusivas en la tardanza del contratista para la instalación del software, y así los componentes tengan las mejores aptitudes estos finalmente no prestaron ninguna utilidad a la entidad.

Finalmente, la Sala reconocerá los valores indexados de las resoluciones demandadas, pero de conformidad a la parte motiva de esta providencia así:

$$Ra = S \frac{If}{Ii}$$

$$Ra = 189.312.000 \frac{122.08236 \text{ (Junio 2015)}}{68.10520 \text{ (Febrero 2002)}} = 339.352.292$$

$$Ra = 302.899.200 \frac{122.08236 \text{ (Junio 2015)}}{69.92820 \text{ (Junio 2002)}} = 528.808.823$$

8.4. Condena en costas

No hay condena en costas a la parte actora, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a su imposición, cuando

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809). Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014).

alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso no se vislumbra que aquella hubiese actuado de esa manera, no se hará condena alguna en ese sentido.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 15 de agosto de 2007, en su lugar se dispone:

“**PRIMERO: declarar** que la firma OPUS INGENIERÍA LTDA., debe pagar la suma equivalente al 20% del valor del contrato, a título de la Cláusula Penal Pecuniaria con ocasión a la declaración del incumplimiento, esto es, por valor de **339.352.292** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: *Modificar* el valor del acta de liquidación por valor de \$ de **\$528.808.823** de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: *Denegar* las demás pretensiones de la demanda principal y la de reconvencción, de conformidad con la parte motiva de esta providencia”.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA