



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022)

**Radicación número: 52001-23-33-000-2020-00974-01 (67.526)**

**Actor: CONSORCIO ALIMENTACIÓN ESCOLAR PUTUMAYO 2019 Y OTROS**

**Demandado: AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES -ALFM-**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (AUTO)**

*Temas: La declaratoria de incumplimiento de un contrato puede decretarse luego de terminado el plazo contractual, pero solo con el fin de hacer efectiva la cláusula penal, y hasta antes de la liquidación del contrato – MEDIDAS CAUTELARES: solo son procedentes cuando la ilegalidad del acto es evidente, al confrontarlo con la norma invocada como violada.*

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra del auto del 23 de julio de 2021, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño (índice 2 del SAMAI), por medio del cual se negó la solicitud de medida cautelar, consistente en la suspensión provisional de algunos actos administrativos.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Demanda y medida cautelar:**

Mediante demanda radicada el 24 de agosto de 2020, reformada en documento del 17 de diciembre de ese año, el Consorcio Alimentación Escolar Putumayo 2019, así como sus integrantes individualmente considerados, esto es, la sociedad Veni Vidi Vici Suministros S.A.S. y la Fundación de Profesionales al Servicio de la Seguridad Alimentaria de Colombia, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A., se dirigieron en contra de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, con el fin de que se declarara la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) la Resolución No. 1434 del 12 de diciembre de 2019, expedida por el Secretario General de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio



No. 003-019-2019; (ii) la Resolución No. 418 del 23 de abril de 2020, que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del anterior acto administrativo; (iii) la Resolución No. 579 del 1 de julio de 2020, por medio de la cual se resolvió el procedimiento administrativo sancionador 003-002-2020, y (iv) la Resolución 593 del 6 de julio de 2020, que resolvió el recurso de reposición presentado en contra de la anterior.

Asimismo, solicitó que se le devolviera el monto de la cláusula penal indebidamente impuesta, que se retiraran las sanciones inscritas en el RUP, que se declarara el incumplimiento de la parte demandada -con su correspondiente indemnización de perjuicios-, y que se liquidara judicialmente el contrato de suministro 001-010-2019<sup>1</sup>.

En documento aparte (índice 2 del SAMAI), el apoderado de la parte actora presentó una medida cautelar, por medio de la cual solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos referidos. Sumado a ello, pidió que se le ordenara a la ALFM que se abstuviera de liquidar unilateralmente el contrato, dado que en la demanda se había elevado la pretensión de liquidación judicial.

Para sustentar el decreto de la medida cautelar, se argumentó lo siguiente:

*-Las Resoluciones 579 y 593 de 2020 se expedieron sin competencia temporal:* cuando estos actos fueron proferidos, ya se había vencido el término para liquidar bilateral y unilateralmente, por lo que, desde ese momento, feneció la potestad administrativa de la ALFM para declarar el incumplimiento del contrato 001-010-2019 y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

*-La posibilidad de declarar el incumplimiento y de hacer efectiva la cláusula penal tiene un límite temporal claro, esto es, el vencimiento del plazo de liquidación:* aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha avalado que se puede iniciar el proceso de incumplimiento luego del vencimiento del contrato, el mismo solo puede orientarse a hacer efectiva la cláusula penal, y solo hasta antes del vencimiento del término de liquidación.

---

<sup>1</sup> El contrato de suministro 001-010-2019 fue suscrito el 13 de febrero de 2019, el cual tenía por objeto la entrega de 8'569.760 raciones -complementos alimentarios en la modalidad de almuerzos-, con el fin de fortalecer la permanencia escolar de los niños, niñas y adolescentes en el departamento de Putumayo. El valor del contrato era de \$27.877'429.280, incluido el IVA y demás costos directos e indirectos. Finalmente, su plazo era de 160 días del calendario escolar de 2019, contados desde el acta de inicio y sin superar el 31 de diciembre de ese año.



Como el término para liquidar venció el 29 de mayo de 2020 -porque el plazo contractual feneció el 29 de noviembre de 2019-, es claro que después de esta fecha la ALFM ya no podía imponer ningún tipo de sanción contractual.

*-Las Resoluciones 1434 y 418 fueron expedidas sin garantizarse el derecho de audiencia del contratista: una vez se notificó el pliego de cargos del proceso 003-019-2019, el consorcio no fue oído por la ALFM, ni pudo realizar sus descargos, ni solicitar pruebas, y mucho menos, controvertir las recolectadas por la entidad.*

*-La entidad demandada no tiene competencia para liquidar unilateralmente el contrato de suministro 001-010-2019, porque en la demanda se elevó la pretensión de liquidación judicial. Por lo mismo, todos los reclamos relacionados con el cumplimiento del contrato habrán de solicitarse al juez.*

## **2. Trámite de la medida cautelar y oposición de la demandada:**

En auto del 8 de septiembre de 2020 (índice 2 del SAMAI), el Tribunal Administrativo de Nariño corrió traslado a la parte accionada, por el término de 5 días, para que se pronunciara frente a la medida cautelar.

El 23 de marzo de 2021, la ALFM se pronunció frente a la solicitud de medida cautelar, oponiéndose a la misma (índice 2 del SAMAI).

Afirmó que los actos demandados se encuentran revestidos de todas las formalidades requeridas por el ordenamiento jurídico. De esta forma, el proceso administrativo sancionatorio inició y culminó dentro de los tiempos que legalmente tenía la entidad para liquidar el contrato, con independencia del vencimiento de los términos previstos en el pliego o en la minuta. Señaló, además, que: *“[...] la ALFM al momento de la expedición de las resoluciones recurridas contaba con abierta competencia temporal (ratio temporis) para el adelantamiento del proceso, toda vez que, no habían transcurrido los dos años siguientes que indica el inciso 3 del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007; ni se había notificado del auto admisorio de la demanda que tuviese como pretensión la liquidación judicial del mismo”* (índice 2 del SAMAI).

Aseguró que al contratista no se le violó su derecho de audiencia y contradicción, en tanto la diligencia administrativa se surtió con estricto cumplimiento de las garantías procesales. Precisó que la audiencia se reprogramó en varias oportunidades, por lo que la no presentación de los descargos no fue un asunto imputable a la administración.



Consideró que fue un error del apoderado del contratista desentenderse de la diligencia del 10 de diciembre de 2019, y máxime cuando la solicitud de aplazamiento, que debe presentarse con una antelación prudencial, se realizó formalmente ese mismo día -en la noche del 9 de diciembre-.

Explicó que el primer proceso administrativo inició el 13 de noviembre de 2019, durante la ejecución del contrato, por lo que en ese momento no se evidenciaron la totalidad de incumplimientos en los que incurrió el contratista, y que fueron objeto del segundo proceso sancionatorio. Por tanto, y dado que no se había abarcado la totalidad del amparo de cumplimiento ni la totalidad de la cláusula penal, fue procedente iniciar con el segundo procedimiento administrativo sancionatorio.

Aseveró que las decisiones cuestionadas fueron fundadas en pruebas, y que las aportadas por el actor fueron debidamente valoradas. Inclusive, de la valoración de ese material probatorio, se evidenció el incumplimiento del consorcio.

Señaló que la ALFM revocó el acto por medio del cual se pretendía liquidar unilateralmente el contrato de suministro debatido, dado que era consciente de que, una vez notificado el auto admisorio de la demanda, perdía competencia para liquidar.

Finalmente, sostuvo que los actos cuestionados gozaban de apariencia de buen derecho, y que el actor omitió su obligación de probar, al menos sumariamente, la existencia de los perjuicios que pretendía evitar con la petición de suspensión de los efectos de los actos administrativos.

### **3. La decisión recurrida:**

En auto del 23 de julio de 2021, el Tribunal Administrativo de Nariño negó la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados (índice 2 del SAMAI). Luego de recapitular las disposiciones que regulan esta figura, señaló que la suspensión provisional demanda la contradicción entre el acto acusado y la disposición presuntamente violada.

Aclaró que, con la solicitud de medida cautelar, no se aportaron medios de prueba, por lo que el análisis debía reducirse a confrontar los presupuestos en los que se fundamentó la solicitud y las resoluciones reprochadas. Adicionalmente, explicó que *“[...] dada la presunción de legalidad de la que goza, en principio, la actuación de la administración, corresponde a la parte activa de la Litis, cumplir con la carga argumentativa que se exige en aras de determinar una abierta y flagrante vulneración*



a sus garantías, así como al interés público, a fin de viabilizar la declaratoria de la medida solicitada” (índice 2 del SAMAI).

Bajo estos términos, coligió que el demandante no presentó elementos suficientes que permitieran establecer -con un grado de certeza- que durante los trámites administrativos que culminaron con la emisión de las Resoluciones 1434 del 12 de diciembre de 2019, 418 del 23 de abril de 2020, 579 del 1 de julio de 2020 y 593 del 6 de julio de 2020, se hubiese contrariado abierta y flagrantemente el ordenamiento constitucional, así como las normas de rango legal que rigen tales actuaciones -leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

Argumentó que, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la posibilidad de liquidar el contrato se extendió hasta el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales. Por ello, como el argumento formulado contra las Resoluciones 579 y 593 radicó en que la administración actuó por fuera del término para liquidar el contrato, existían suficientes razones para descartar el decreto de la medida cautelar<sup>2</sup>.

Sobre el cargo de violación del debido proceso, afirmó que, para la etapa procesal en la que se encontraban, no se había acreditado que la administración hubiera actuado de forma arbitraria, sino que, por el contrario, el trámite administrativo no se tornaba contrario al derecho de defensa. Así, manifestó:

*Al respecto es necesario anotar que, dentro de la solicitud de medidas cautelares la parte accionante no se preocupó por demostrar que la realización de la audiencia en la que se escucharían sus descargos, haya obedecido a una interpretación contraria a la sana crítica o las garantías propias del derecho de defensa, pues, valga resaltar, es a este extremo de la Litis, a quien le corresponde especificar la forma en que se produjo la vulneración que reclama, así como sustentar las consecuencias que produjo la presunta irregularidad.*

*Asimismo, tampoco se acreditó que la suspensión solicitada se muestre como urgente y necesaria para garantizar el objeto del proceso, pues no se presentan elementos que permitan evidenciar la configuración de un perjuicio irremediable para el demandante. Téngase en cuenta que la justificación presentada, toma como asidero varias de las reclamaciones expuestas en su escrito de demanda, tales como la vulneración al derecho de defensa, y la falta de competencia por parte de la administración, para el inicio, trámite y culminación de procesos administrativos sancionatorios por incumplimiento. [...]*

---

<sup>2</sup> En el auto recurrido se lee: “De lo anterior puede concluirse que, sin perjuicio de la estipulación de plazos establecidos para llevar a cabo la liquidación bilateral o unilateral del contrato, por expresa disposición legal, se prevé la posibilidad que dicha actuación se pueda llevar a cabo hasta tanto no opere el fenómeno de la caducidad.

“Así las cosas, comoquiera que la inconformidad que se formula frente a las Resoluciones Nos. 579 del 1 de julio de 2020 y 593 del 6 de julio de 2020, se radica en el hecho de que la administración actuó por fuera del término para liquidar el contrato, se advierte que existen argumentos jurisprudenciales y legales que, en este momento, conllevan a desechar una contradicción arbitraria al ordenamiento jurídico vigente, derivado de la presunta actuación irregular por parte de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares y que conlleven a la necesidad de suspender los efectos de dichos actos administrativos” (índice 2 del SAMAI).



*Así las cosas, en esta etapa del proceso, no se advierte claramente que para el interés público resulte más gravoso negar la medida de suspensión provisional, que concederla; tampoco emerge claro que la negativa a esta petición redunde en un perjuicio irremediable para el actor, o que existen serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios, pues tales supuestos ni siquiera fueron desarrollados por el demandante en su solicitud, sin perjuicio de lo cual, se reitera, con la petición no se allegó ningún medio de convicción tendiente a acreditar que la cautela deprecada sea idónea, necesaria, razonable y proporcional, razón por la que la misma ha de negarse (índice 2 del SAMAI).*

Sobre la solicitud de ordenarle a la ALFM que se abstuviera de liquidar el contrato, estimó que esto no era procedente, porque la misma demandada había reconocido que, una vez notificado el auto admisorio, carecía de competencia para liquidar el contrato.

#### **4. Recurso de apelación:**

El 29 de julio de 2021, el actor interpuso el recurso de apelación en contra del anterior auto, para solicitar que el mismo sea revocado parcialmente, y que, en su lugar, se conceda la suspensión provisional de las Resoluciones 579 y 593 de 2020.

Reiteró que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en precisar que, luego de vencido el plazo de ejecución del contrato estatal, la entidad pública contratante sí puede declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal, pero ello solo dentro del término previsto para la liquidación de la relación contractual, siendo este de seis meses para el caso concreto.

Aseveró que, si bien es cierto que no se aportaron pruebas, la suspensión de las Resoluciones 579 y 593 era un asunto de puro derecho, pues solo debía verificarse que, cuando fueron expedidas, ya habían transcurrido los términos de las liquidaciones bilateral y unilateral, es decir, que la administración había actuado sin competencia temporal. Sobre este tema también precisó:

*Ahora bien, se indica en el Auto recurrido que, si la competencia en cuestión puede ejercerse dentro del término de liquidación del contrato estatal, hay jurisprudencia que indica que dicha liquidación puede llevarse a cabo hasta que venza el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, aseveración que confunde dos plazos distintos y dos actuaciones administrativas que son diferenciables.*

*Una cosa es el término de liquidación del contrato estatal y otra muy distinta es el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, al punto en que este segundo plazo solo empieza a correr cuando ha vencido el primero, de ahí que no puedan confundirse como se hace en el Auto recurrido. Esta es una interpretación amplia e irrestricta que desconoce el carácter restrictivo y limitado del ejercicio del poder sancionatorio de la Administración, de manera que, en vez de interpretarse en peor o de manera contraria al sujeto Administrado, el Juez del*



*Contrato debe entender el ejercicio de las potestades públicas de manera restrictiva, esto es, interpretando y aplicando un razonamiento o hermenéutica delimitada en los casos en que debe resolver una controversia en que se cuestiona el ejercicio de un poder público (índice 2 del SAMAI).*

Así, dado el carácter especial, exclusivo y restrictivo del poder sancionatorio de la administración, la posibilidad de declarar el incumplimiento y de hacer efectiva la cláusula penal debía entenderse de manera restringida, en razón a los intereses en juego y a la garantía del debido proceso.

## **5. Trámite de segunda instancia:**

En auto del 23 de agosto de 2021 (índice 2 del SAMAI), el *a quo* concedió el recurso de apelación, y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que se surtiera el trámite correspondiente.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Régimen aplicable:**

Al presente proceso le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de presentación del recurso de apelación –*29 de julio de 2021*–, esto es, el C.P.A.C.A. –*incluyendo las modificaciones de la Ley 2080 de 2021, normativa que, salvo por las prescripciones que modificaron las competencias de los juzgados, de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado, entró a regir el 25 de enero de 2021*<sup>3</sup>– y el CGP, en los aspectos no contemplados en el primero<sup>4</sup>.

### **2. Competencia de la Sala:**

Según el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado conocerá -en segunda instancia- de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación. Por su parte, el numeral 5 del artículo 243 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, prescribe que será apelable el auto que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.

<sup>3</sup> “Artículo 86. Régimen de vigencia y transición normativa. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley [...]”.

<sup>4</sup> “Artículo 306. Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.



Finalmente, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 125 del C.P.A.C.A.<sup>5</sup>, es competencia de esta Subsección resolver sobre la apelación en contra del auto que deniega una medida cautelar -en este caso, la suspensión provisional de algunos actos administrativos-.

### 3. Problema jurídico y caso concreto:

Le corresponde a la Sala determinar si, en el presente caso, es procedente ordenar la suspensión provisional de las Resoluciones 579 y 593 de 2020, por haber sido expedidas sin competencia temporal. Lo anterior, en consideración a que fueron proferidas luego de que se venciera el término de 6 meses previsto para liquidar bilateral y unilateralmente el contrato.

Para desarrollar este asunto, es necesario precisar lo siguiente: el contrato de suministro 001-010-2019, que es objeto de análisis, tenía un plazo de 160 días del calendario escolar de 2019, contados desde el acta de inicio. El acta de inicio de este negocio jurídico fue suscrita el 15 de febrero de 2019, señalando que la vigencia se extendería hasta el 31 de octubre siguiente. No obstante, el representante del consorcio y el supervisor del contrato suscribieron el “alcance al acta de inicio” del 29 de octubre de 2019, por medio del cual precisaron que el plazo, en realidad, culminaría el 29 de noviembre de ese año.

Ahora bien, en la cláusula vigesimoquinta se estableció que “*La liquidación del presente contrato se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la ejecución del contrato*”. De esta manera, se tiene que el término acordado para la liquidación bilateral fue de 4 meses, los cuales corrieron desde el 30 de noviembre de 2019, y hasta el 30 de marzo de 2020. Como este contrato no fue liquidado de común acuerdo por las partes, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007<sup>6</sup>, la ALFM

---

<sup>5</sup> “Artículo 125. De la expedición de providencias. [Modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021]. [...] 1. Corresponderá a los jueces proferir los autos y las sentencias. 2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias: a) Las que decidan si se avoca conocimiento o no de un asunto de acuerdo con los numerales 3 y 4 del artículo 111 y con el artículo 271 de este código; b) Las que resuelvan los impedimentos y recusaciones, de conformidad con los artículos 131 y 132 de este código; c) Las que resuelvan los recursos de súplica. En este caso, queda excluido el despacho que hubiera proferido el auto recurrido; d) Las que decreten pruebas de oficio, en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 213 de este código; e) Las que decidan de fondo las solicitudes de extensión de jurisprudencia; f) En las demandas contra los actos de elección y los de contenido electoral, la decisión de las medidas cautelares será de sala; g) Las enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se profieran en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra estas; h) El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente. 3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja”.

<sup>6</sup> “Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la



podía liquidarlo unilateralmente, entre el 31 de marzo y el 31 de mayo de 2020. A partir de allí -1 de junio de 2020-, inició el término de caducidad -2 años-, tiempo durante el cual el contrato podía liquidarse bilateral o unilateralmente -a menos que se notificara el auto admisorio de la demanda-.

El pliego de cargos del proceso 003-002-2020 fue proferido el 29 de abril de 2020, en el cual se citó a audiencia al consorcio contratista, por el presunto incumplimiento del contrato 001-010-2019<sup>7</sup>. En desarrollo de este proceso, se expidió la Resolución 579 del 1 de julio de 2020<sup>8</sup>, confirmada por la Resolución 593 del 6 de julio siguiente.

La parte actora considera que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha avalado la posibilidad de declarar el incumplimiento luego del vencimiento del término contractual, pero solo con el fin de hacer efectiva la cláusula penal, y hasta antes de que se liquide el contrato o se venza el tiempo de la liquidación. Por su parte, la ALFM afirmó que, con la Ley 1150, la posibilidad de liquidar el contrato se extendió hasta el término de caducidad, por lo que, al momento de proferir las Resoluciones 579 del 1 de julio de 2020 y 593 del 6 de julio siguiente, la administración gozaba de competencia para tramitar el procedimiento administrativo sancionador.

Ciertamente, esta Corporación ha precisado que, diferente a la declaratoria de caducidad y a la imposición de las multas -que solamente pueden ocurrir durante la vigencia del contrato-, la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal puede surtirse luego del vencimiento del plazo, teniendo como único límite temporal la liquidación. Al respecto, la Sección Tercera explicó:

---

*expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A. Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”.*

<sup>7</sup> En este documento, se indicó: “Según los argumentos de hecho y de derecho que se expondrán a continuación, el contratista presuntamente incumplió con el mantenimiento correctivo de los equipos dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la solicitud por parte de la institución educativa, supervisión o el personal manipulador de alimentos; entrega de dotación al personal manipulador de alimentos; suministro de kit de canecas para manejo de residuos; realización de fumigación y desinfección a los comedores de los planteles de cada institución educativa; entrega de los alimentos a los establecimientos educativos en las cantidades requeridas, conforme a las características, condiciones de inocuidad y calidad exigidas en la ficha técnica del Anexo 1 de la Resolución 29452 del 29 de diciembre de 2017; en la no entrega de estancias alimentarias a los estudiantes de cada institución educativa y en la omisión de respuesta oportuna y verificables a los requerimientos realizados por la supervisión, motivo por el cual se cita a la señora [...] Representante Legal de [sic] CONSORCIO DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR PUTUMAYO 2019 a la audiencia el martes 05 de mayo de 2020 [...]” (índice 2 del SAMAI).

<sup>8</sup> Este acto administrativo declaró el incumplimiento del consorcio contratista, impuso una sanción pecuniaria por valor de \$1.935'624.458, e hizo efectiva la garantía de cumplimiento.



*En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante de la Administración para declarar su caducidad y, en tal virtud, en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, facultad que excluía, entonces, la posibilidad de decretar la caducidad. [...]*

*En esos eventos, luego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 62 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista<sup>9</sup>.*

Posteriormente, la Subsección C señaló:

*[...] la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria. [...]*

*En los términos indicados, queda claro que en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento<sup>10</sup>.*

Asimismo, esta Subsección expresó: “Atendiendo a esa misma lógica, en lo que atañe a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Rad.: 05001-23-26-000-1992-01369-01 (17.031).

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

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 23001-23-31-000-2000-02857-01 (24.697).



*anotará en el acápite siguiente, no podrá hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa [...]”<sup>11</sup>.*

Bajo estos términos, si bien es cierto que en vigencia del Decreto 222 de 1983 y de la Ley 80 de 1993<sup>12</sup>, la Sección Tercera estimó que la competencia temporal para hacer efectiva la cláusula penal se extendía hasta el vencimiento de los términos de las liquidaciones bilateral y unilateral, esto es, 6 meses, la Sala considera que el razonamiento no puede ser idéntico para los contratos regulados por la Ley 1150 de 2007, porque esta normativa, como ya se señaló, permite que el contrato sea liquidado durante el término de caducidad del medio de control de controversias contractuales.

En este punto, no puede olvidarse que la Sala no está realizando un análisis del fondo de la controversia, sino que su competencia se limita a definir si es procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional, la cual contempla ciertos requisitos, como pasa a explicarse:

La suspensión provisional se encuentra prevista en el artículo 238 de la Constitución Política, el cual reza: *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*. Esta figura ha sido explicada por esta Subsección en los siguientes términos: *“La suspensión provisional [...], como medida cautelar, es una figura excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad, la cual tiene por objeto suspender los atributos de fuerza ejecutoria y ejecutiva del acto administrativo, en protección de los derechos –subjetivos y/o colectivos– que se pueden ver conculcados con su expedición. En este orden de ideas, dicha figura constituye un importante instrumento*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1 de febrero de 2018, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad.: 25000-23-26-000-2009-00082-01 (52.549).

En vigencia de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983, la Subsección A señaló: *“Sea lo primero decir que la declaratoria de incumplimiento del contrato, a diferencia de la caducidad, la cual constituye una de las formas de terminación anticipada del contrato, podrá hacerse después de vencido el término del convenio, con la finalidad de permitir a la Administración el cobro de los perjuicios derivados del incumplimiento, constituidos, entre otros, por el monto de la cláusula penal pecuniaria pactada por las partes. [...] Ahora bien, como ha sido admitido por la Jurisprudencia de la Sala, la Administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que se haya vencido el plazo contractual, sin que éste hubiere ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, únicamente como medida para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. [...] Ahora bien, en cuanto a la competencia temporal que tiene la Administración para declarar el incumplimiento del contrato después de su vencimiento, la Corporación de manera reiterada ha sostenido que dicha figura opera ‘después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste’, dado que efectuada la liquidación del contrato o vencido el plazo para hacerlo por mutuo acuerdo o unilateralmente por la Administración, ésta queda despojada de sus potestades sancionatorias y cualquier incumplimiento que se le impute al contratista debe ser constatado por el juez”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de marzo de 2013, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Rad.: 25000-23-26-000-1995-01122-01 (20.628)).

<sup>12</sup> Sobre este tema en contratos regidos por la Ley 80, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad.: 52001-23-31-000-2001-01115-01 (29.741).



*para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, al menos mientras se decide de fondo sobre su constitucionalidad o legalidad”<sup>13</sup>.*

Para la procedencia de esta medida cautelar, el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 exige que se reúnan los siguientes requisitos: *“i) que la violación surja del ‘... análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud ...’ y ii) en el evento que se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, que se pruebe, al menos sumariamente, la existencia de éstos”.* <sup>14-15</sup>.

Teniendo esto presente, si se confrontan los argumentos del actor con las disposiciones invocadas como violadas -artículo 17 de la Ley 1150 y la jurisprudencia que ha precisado el límite temporal para hacer efectiva la cláusula penal- se tiene que la ilegalidad no es evidente, por cuanto la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal se extiende hasta el término de la liquidación, lo cual, con la Ley 1150, puede realizarse durante el término de caducidad.

Dado que no existe una norma que expresamente limite la competencia de la administración para hacer efectiva la cláusula penal -restrinja el ejercicio de esta facultad-, ya que el límite se reduce a que no se haya liquidado el contrato o se haya vencido dicho término, el análisis de la falta de competencia temporal, a partir del sentido del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, es un asunto que corresponderá al fondo del litigio, por lo que en esta instancia procesal -la de la medida cautelar- la suspensión provisional resulta improcedente.

Aunque es verdad, como lo precisa el recurrente, que el término para liquidar los contratos es diferente al de la caducidad, con la normativa vigente es perfectamente posible que los negocios jurídicos se liquiden durante este tiempo -salvo que se notifique el auto admisorio de la demanda-, razón que, se reitera, hace que la ilegalidad invocada no sea evidente, siendo necesario confirmar la decisión del tribunal, consistente en negar la medida cautelar.

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Auto del 6 de agosto de 2019, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad.: 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003).

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> En concreto, la disposición en comento señala: *“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos [...]”.*



#### 4. Costas:

Los numerales 1 y 8 del artículo 365 del CGP disponen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, siempre y cuando se demuestren causadas, en la medida de su comprobación.

De conformidad con la precitada disposición, la Sala condenará en costas a la parte actora, recurrente en el presente asunto, pues en esta providencia se confirma la decisión del *a quo*, que negó la suspensión provisional de algunos actos administrativos<sup>16</sup>.

Así las cosas, el artículo 361 del CGP establece que las costas están integradas por la totalidad de las expensas sufragadas durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

Por su parte, ha de señalarse que las costas serán liquidadas de manera concentrada en la secretaría del Tribunal de origen, según lo consagrado en el artículo 366 *ibídem*<sup>17</sup>.

De conformidad con lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo vigente para la fecha en que se presentó la demanda<sup>18</sup>, en materia de tarifas de agencias en derecho se tiene en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizadas por el apoderado o por la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso, y demás circunstancias especiales que permitan valorar la labor jurídica desarrollada; específicamente, fijó como tarifa de agencias en derecho en los recursos contra autos entre  $\frac{1}{2}$  y 4 S.M.L.M.V.

Según lo dispuesto en el artículo 2 del acuerdo citado, se advierte que la gestión del apoderado del extremo demandado no revistió complejidad especial. En ese sentido, se fija como agencias en derecho la suma de  $\frac{1}{2}$  salario mínimo mensual legal vigente.

Como consecuencia, se:

---

<sup>16</sup> “Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: [...] 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella [...]”.

<sup>17</sup> “Artículo 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior [...]”.

<sup>18</sup> La demanda se presentó el 24 de agosto de 2020. El Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 se encontraba vigente para ese momento.



Radicación número: 52001-23-33-000-2020-00974-01 (67.526).  
Actor: Consorcio Alimentación Escolar Putumayo 2019 y otros.  
Demandado: Agencia Logística de las Fuerzas Militares.  
Referencia: Medio de control de controversias contractuales.

## RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto del 23 de julio de 2021, proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, que negó la medida cautelar solicitada por la parte actora.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en segunda instancia a la parte actora, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la cifra de  $\frac{1}{2}$  salario mínimo mensual legal vigente.

**TERCERO:** Por Secretaría, una vez quede ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para que continúe con el trámite correspondiente.

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

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Firmado electrónicamente*  
**MARÍA ADRIANA MARÍN**

*Firmado electrónicamente*  
**JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ**

*Firmado electrónicamente*  
**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

VF