

T. 1146



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

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D. C., primero (1) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación: 250002326000200101009 01 (30589)

Demandante: Escuela Superior de Administración Pública.

Demandado: Asociación Colombiana de Administradores Públicos.

Referencia: Apelación sentencia. Acción de controversias contractuales.

Resuelve la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del tres (3) de noviembre de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en la que se decidió:

1. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2. Declarar el incumplimiento parcial del convenio de cooperación suscrito en diciembre 1 de 1993, celebrado entre la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP- y la Asociación Colombiana de Administradores – ACAP-, en su cláusula quinta, modificada mediante acta de febrero 28 de 1997.

3. Como consecuencia de la anterior declaración, se condenará a la Asociación Colombiana de Administradores – ACAP- a pagar a la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP- la suma de doscientos veinticinco millones ochocientos cincuenta y nueve mil ciento dieciocho pesos (\$225.859.118.00) moneda corriente, como excedentes por el cobro de administración.

4. Declarar judicialmente liquidado el convenio de cooperación suscrito en diciembre 1 de 1993, celebrado entre la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP- y la Asociación Colombiana de Administradores – ACAP-.

5. Como consecuencia de la liquidación judicial, se dispondrá que:



- 5.1. La ACAP reintegrará a la ESAP la suma de tres millones ciento veinticuatro mil setecientos cuarenta y ocho pesos (\$3.124.748.00) moneda corriente, en los términos expuestos en la cláusula primera del proyecto de liquidación.
- 5.2. La ESAP reconocerá a la ACAP un porcentaje del 4%, según la cláusula quinta del convenio modificada por acta de febrero 28 de 1997 y en la forma expuesta en esta sentencia, sobre las sumas recaudadas efectivamente, a las que se refieren las cláusulas cuarta y quinta del proyecto de liquidación.
- 5.3. La ACAP reintegrará a la ESAP la suma de un millón novecientos treinta y siete mil ochocientos ochenta y nueve pesos (\$1.937.889.00) moneda corriente, en los términos de la cláusula sexta del proyecto de liquidación.
- 5.4. La ACAP cancelará a la ESAP la suma de dos millones quinientos noventa mil setecientos cuarenta y siete pesos (\$2.590.747.00), de conformidad a lo expresado en la cláusula novena del proyecto de liquidación.
- 5.5. La ACAP restituirá a la ESAP la oficina y muebles entregados en desarrollo del convenio, de acuerdo con la parte considerativa de esta sentencia.
- 5.6. La ACAP reintegrará a la ESAP por rendimientos financieros, la suma que se encuentre en la cuenta No. 142-06625-7 del Banco Ganadero, Sucursal Indumil de esta ciudad, al momento del pago.
6. Negar las demás pretensiones de la demanda.
7. Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.
8. Sin costas."

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales,



presentó demanda el día nueve (9) de mayo de dos mil uno (2001)¹, contra la Asociación Colombiana de Administradores Públicos – ACAP, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. *Que se declare que la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE ADMINISTRADORES PÚBLICOS – ACAP, **INCUMPLIÓ** el convenio de cooperación suscrito el 1° de diciembre de 1993 con la ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – ESAP-.*
2. *Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la parte demandada a reconocer y pagar a la ESAP los **rendimientos financieros** que generaron los recursos dinerarios provenientes del citado convenio, los cuales fueron manejados, desde febrero de 1997, a través de la cuenta de ahorro Ganadero No. 142-60259-8 del Banco Ganadero sucursal Indumil, de Bogotá.*
3. *Que como consecuencia de la primera declaración, se condene a la parte demandada a reliquidar y devolver a la ESAP los valores cobrados de más por la ACAP por concepto de sus **comisiones por la administración del convenio**.*
4. *Que como consecuencia de la primera declaración, se condene a la parte demandada a reconocer y pagar a la ESAP los demás daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del convenio de cooperación suscrito entre las partes el 1° de diciembre de 1993 y que resulten probados dentro del proceso.*
5. *Que como consecuencia de la primera declaración, se condene a la parte demandada a reconocer y pagar a la ESAP los **intereses moratorios** y la **actualización monetaria**, causados por las sumas adeudadas y que resulten probadas dentro del proceso.*
6. *Que se declare la **liquidación judicial** del convenio de cooperación suscrito entre la ESAP y la ACAP el 1° de diciembre de 1993.*
7. *Que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 177 y 178 del C.C.A.*
8. *Que se condene en costas a la parte demandada, de conformidad con el art. 171 del C.C.A., modificado por el art. 55 de la L. 446/98.”*

¹ Folios 3 a 39 del cuaderno de primera instancia.



2. Hechos

Los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones son en síntesis, los siguientes:

- 2.1. El día primero (1) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), la Escuela Superior de Administración Pública y la Asociación Colombiana de Administradores Públicos, suscribieron el convenio de cooperación con el fin de *"promover la renovación técnica y facilitar las labores de extensión universitaria y de capacitación a los servidores públicos a través de congresos y actividades."*
- 2.2. La Asociación Colombiana de Administradores Públicos tenía, entre sus obligaciones la administración de los recursos financieros resultantes de las actividades académicas que se programaran, a través de una cuenta especial; así como la canalización de los excedentes a la Escuela Superior de Administración Pública.
- 2.3. La remuneración por concepto de administración de la Asociación Colombiana de Administradores Públicos, se pactó en 7% del total neto de cada evento, y el remanente correspondería a la demandante, para la adquisición de bienes destinados a la Subdirección Académica.
- 2.4. Se pactó como plazo del convenio cinco (5) años contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento, con la posibilidad de terminarlo anticipadamente o de prorrogarlo de común acuerdo.
- 2.5. El 28 de febrero de 1997, las partes del convenio suscribieron un acta modificatoria de la cláusula quinta, en el sentido de reducir a 4% la remuneración por concepto de administración del total neto de cada evento.
- 2.6. El 30 de noviembre de 1998, las partes contratantes prorrogaron el convenio hasta el 30 de abril de 1999, y el 15 de abril de 1999, nuevamente fue prorrogado hasta el 30 de junio de 1999.



- 2.7. El día 12 de julio de 2000, mediante escrito dirigido por auditores de la ESAP, se puso en conocimiento de la demandante la existencia de múltiples inconsistencias legales, administrativas y contables en las cifras reportadas por la ACAP e igualmente, presentaron un proyecto de acta de liquidación del convenio de cooperación, según la cual, la ACAP le adeudaba a la ESAP la suma de \$274.098.371, por concepto de comisiones incorrectamente liquidadas y por rendimientos financieros.
- 2.8. El 26 de julio de 2000, los auditores de la ESAP sometieron a consideración de la ACAP el mencionado proyecto de liquidación, por lo que la Asociación Colombiana de Administradores Públicos, el 14 de agosto de 2000 objetó el contenido de las cláusulas 2, 3 y 7.
- 2.9. Los auditores del convenio expresaron su opinión desfavorable respecto de las objeciones formuladas por la Asociación Colombiana de Administradores Públicos, reiterando la existencia de las inconsistencias e imprecisiones.
- 2.10. Mediante oficios del 23 de octubre y del 5 de diciembre de 2000, la Escuela Superior de Administración Pública remitió el proyecto definitivo del acta de liquidación con el fin de su suscripción, a lo que la Asociación Colombiana de Administradores Públicos insistió en la eliminación de las cláusulas 2, 3 y 7; por tal razón a la fecha de la presentación de la demanda, el convenio no había sido liquidado.

3. Actuación procesal

- 3.1. Mediante auto del quince (15) de junio de dos mil once (2011)², se admitió la demanda de la referencia y se dispuso notificar personalmente al representante legal de la Asociación Colombiana de Administradores Públicos y al Ministerio Público, y se ordenó fijar en lista por el término legal.

² Folio 42 del cuaderno de primera instancia.



- 3.2. El apoderado judicial de la parte demandada³, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de contrato no cumplido, carencia de causa de las pretensiones, petición indebida y caducidad de la acción contractual, y falta de competencia.
- 3.3. El ocho (8) de mayo de dos mil dos (2002)⁴, se abrió a pruebas el asunto de la referencia.
- 3.4. Mediante auto del doce (12) de febrero de dos mil cuatro (2004)⁵, se corrió traslado del dictamen pericial a las partes por el término de tres (3) días, y estas guardaron silencio.
- 3.5. El veintiséis (26) de agosto de dos mil cuatro (2004)⁶, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de diez (10) días.
- 3.6. El apoderado judicial de la Asociación Colombiana de Administradores Públicos⁷, consideró que el incumplimiento se puede pregonar de la ESAP y no de la entidad demandada, pues esta no liquidó el convenio, y tampoco le facilitó el uso de una oficina dotada con el equipo mínimo necesario para su funcionamiento. Consideró que la ACAP no estaba obligada a entregar a la demandante suma alguna diferente a la consagrada en el convenio, y siempre se informó a la demandante sobre los recaudos de los eventos y depósitos realizados, así como también tuvo conocimiento de los rendimientos económicos producto de los mencionados depósitos, los cuales fueron destinados a atender las obligaciones derivadas de la administración de los dineros que generaban los cursos, sin que al respecto se hubiera efectuado alguna observación o advertencia.

³ Folios 99 a 104 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 112 a 114 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folio 182 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 185 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Folios 186 y 187 del cuaderno de primera instancia.



3.7. A su turno, el apoderado de la entidad demandante⁸ adujo que el demandado era un mandatario de la ESAP, administrador de los recursos que se percibían en virtud de los trabajos efectivamente desarrollados, sobre los que la ESAP se comprometió a pagar un porcentaje, y que la demandada no podía apropiarse de los recursos que efectivamente se recibieran, como tampoco de los rendimientos o intereses que los mismos produjeran, sino la realización de un manejo adecuado a dichos recursos.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante sentencia del tres (3) de diciembre de dos mil cuatro (2004)⁹, accedió a las pretensiones de la demanda.

El *a quo*, consideró que la excepción de contrato no cumplido, no se encontraba llamada a prosperar, en vista de que la parte demandada no demostró que la ESAP hubiera omitido facilitarle el uso de una oficina dotada con el equipo mínimo necesario para su funcionamiento, y al contrario se adquirieron de bienes muebles de oficina con recursos del convenio.

Seguidamente, estimó que le asistía razón a la demandante de reclamar los rendimientos financieros, con base en la cláusula segunda del convenio, que estableció -como obligación principal del contratista-, la administración de los recursos financieros que se generaban como consecuencia del desarrollo del objeto contractual, obteniendo, en contraprestación, un porcentaje sobre el total neto de cada evento.

A juicio del Tribunal, en el plenario se encuentra probado un incumplimiento parcial del contrato por parte del contratista, al haberse apropiado sin justa causa de unos recursos públicos que le correspondían a la entidad contratante, conclusión a la que arriba al considerar que el contratista descontó el porcentaje

⁸ Folios 188 a 191 del cuaderno de primera instancia.

⁹ Folios 193 a 213 del cuaderno principal.



pactada por gastos de administración de los ingresos brutos, bajo el prurito de que la entidad contratante no objetó los informes ni las cuentas presentadas.

Por último, para la liquidación judicial, estableció varias pautas de conformidad con las cláusulas del proyecto de liquidación.

5. El recurso de apelación

El apoderado judicial de la parte demandada, interpuso recurso contra la anterior decisión, solicitando su revocatoria¹⁰.

El recurso de alzada fue concedido mediante auto del veintiséis (26) de enero de dos mil cinco (2005)¹¹.

6. Trámite en la segunda instancia

Mediante escrito del doce (12) de julio de dos mil cinco (2005)¹², la parte demandada sustentó el recurso de alzada, en donde consideró que de acuerdo con lo preceptuado por el decreto 393 de 1991, al convenio celebrado entre las partes le son aplicables las normas del derecho civil y no las especiales de la ley 80 de 1993, y por tal motivo la competencia radica en la jurisdicción ordinaria y no en la contencioso administrativa.

Por otra parte, consideró que existió caducidad de la acción, *"puesto que la única verdad es que el objeto del convenio SE CUMPLIÓ, así lo reconocen las partes, quienes en el acta suscrita el 30 de noviembre de 1998, dicen prorogarlo solo para efectos de su liquidación, luego si hubo o no incumplimiento como los enrostrados en la demanda la acción debió intentarse desde cuando feneció el objeto del convenio."*

Otro aspecto señalado por el recurrente, es que a su juicio, por no haber sido glosado la totalidad del proyecto de liquidación, entendió el *a quo* que se

¹⁰ Folio 215 del cuaderno principal.

¹¹ Folio 217 del cuaderno principal.

¹² Folios 231 y 232 del cuaderno principal.



entiende aceptado de manera irrevocable lo no glosado, *“en efecto se dice en el fallo que como no se glosó la cláusula octava del proyecto de liquidación lo consignado en ella no se puede desvirtuar”*.

Seguidamente sostuvo que reiterada y de manera periódica, la ACAP informó a la ESAP sobre el recaudo de los eventos, los depósitos realizados y las entidades en las cuales se realizaban los recaudos, lo que significaba una detallada información de la suerte y ejecución del contrato, sin que la ESAP hubiese formulado reparo alguno, *“pues en el espíritu del contrato y lo realmente pactado era que todo rendimiento de los recaudos pertenecía a la contratista.”*

Finalmente, si le eran aplicable las normas del estatuto de contratación pública al convenio, la Administración debió, dentro de los plazos legales, liquidar el contrato de manera unilateral, en vista de que el escenario natural para discutir los pormenores de la ejecución del convenio era la etapa de liquidación, fuera concertada o unilateral.

El treinta (30) de septiembre de dos mil cinco (2005)¹³, se admitió el recurso de alzada presentado por la parte demandada, y el once (11) de noviembre de dos mil cinco (2005)¹⁴, se dispuso correr traslado por el término común de diez (10) días para alegar de conclusión.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El demandado – recurrente, expuso nuevamente los argumentos del recurso de alzada.¹⁵

El apoderado de la entidad demandante¹⁶, tiñó de absurda la conjetura de la entidad demandada, al considerar que operó la caducidad de la acción, pues desconoce las prórrogas o adiciones de plazo de que fue objeto el contrato original, también resaltó el estudio normativo del *a quo*, y el apelante pretende un estudio descontextualizado del decreto 393 de 1991, y además se considera

¹³ Folio 233 del cuaderno principal.

¹⁴ Folio 235 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 237 a 239 del cuaderno principal.

¹⁶ Folios 243 a 245 del cuaderno principal.



que el demandado debió realizar un manejo adecuado de los recursos administrados.

La Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación, emitió concepto el quince (15) de diciembre de dos mil cinco (2005)¹⁷, en donde solicitó que la sentencia opugnada sea modificada para que la condena se realice *in genere* en vista de que lo liquidado no se ajustó de acuerdo a lo pactado de acuerdo con la expresión contenida en el convenio de "total neto" y consideró que los rendimientos correspondientes a los excedentes financieros correspondían a la entidad demandante.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de esta instancia y sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección a pronunciarse sobre el asunto de la referencia, para lo cual abordará los siguientes puntos: 1) competencia; 2) caducidad de la acción; 3) acervo probatorio; 4) análisis del caso concreto, y 5) condena en costas.

1. Competencia

1.1. Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa

Sea lo primero advertir, que la parte demandante, Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, fue creada mediante el artículo 17 de la ley 19 de 1958, y cuya naturaleza jurídica se encuentra señalada en el decreto 2083 de 1994, como un establecimiento público del orden nacional, de carácter universitario, adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y autonomía académica de conformidad con las normas que regulan el sector educativo en general y el servicio público de la educación superior en particular.

¹⁷ Folios 246 o 270 del cuaderno principal.



Por tal motivo se colige que al ser una entidad estatal hace parte de la Administración Pública e indudablemente es un organismo de naturaleza pública que tiene a su cargo actividades y funciones administrativas de forma permanente.

Es así que existe la claridad suficiente que los contratos que celebre la Escuela Superior de Administración Pública, han de ser denominados como estatales y por tal motivo las controversias que de ellos se deriven, así como los procesos de ejecución o cumplimiento, son de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa al tenor de lo dispuesto en el artículo 75 de la ley 80 de 1993.¹⁸

La circunstancia señalada en el artículo 7 del decreto 393 de 1991, que los convenios especiales de cooperación se regirán por las normas pertinentes del Derecho Privado, no implica que el juez del convenio sea el de la jurisdicción ordinaria, excluyendo a la jurisdicción contenciosa administrativa de su conocimiento. Razonar de esta forma sería caer en un entimema en donde en forma mecánica se relacionaría aplicación de normatividad privada a justicia ordinaria, y aplicación de normatividad pública a justicia administrativa.

La mencionada remisión a las normas de Derecho Privado, no tiene por este solo hecho la entidad suficiente para alterar la naturaleza pública de los negocios jurídicos que celebren las entidades estatales, pues se trata de una respuesta a los requerimientos y necesidades del mundo contemporáneo.

Por ende, la interpretación concordante con la Constitución y la ley es aquella que centra su atención en la función administrativa que realiza la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, para luego deducir que el juez del contrato corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, de conformidad con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Por lo anterior, la Subsección es competente para conocer del recurso de apelación presentado por la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación: 14202. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.



en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificada por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado, contra la sentencia del tres (3) de noviembre de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en un proceso de controversias contractuales con vocación de doble instancia¹⁹.

2. Caducidad de la acción

Considera la Subsección necesario pronunciarse a sí, en el *sub examine*, se presentó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción como presupuesto para tomar una decisión de fondo.

Respecto a dicho fenómeno, sea lo primero manifestar que la caducidad está inspirada en elementales exigencias de seguridad, certeza y estabilidad jurídica, culmina un estado de incertidumbre e impone en determinadas situaciones subjetivas al titular del derecho, la imperiosa necesidad de hacerlo valer en la forma y en el término predispuesto por la ley, so pena de perderlo.²⁰

Por consiguiente, el efecto extintivo por caducidad, actúa al verificarse el plazo, *per se, ope legis*, en forma ineluctable y por disposición o mandato normativo expreso, de *ius cogens* e imperativo, al margen de la autonomía, decisión o querer del titular.²¹

Así las cosas, la caducidad puede y debe declararse *ex officio* por el juzgador o, a solicitud de parte, pero en todo caso, su efecto se produce *per ministerium legis* sin requerir declaración alguna.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 136 numeral 10 del Código Contencioso Administrativo, establece que en la acción de controversias

¹⁹ La pretensión mayor al momento de la presentación de la demanda asciende a \$71.096.371.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del tres (3) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación: 25000232600020010501 (29895). Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto del veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013). Radicación: 08001233100020120002401 (48598). Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de De La Hoz.



contractuales *"el término de caducidad será de dos (2) años, que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: (...) b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años, siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa; (...) d) En los que requieran de liquidación (...) Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar (...)".*

En el presente asunto se observa que las prórrogas del convenio fueron suscritas con el fin de proceder a la liquidación consensual del negocio jurídico y por tal motivo, a partir del vencimiento de estas el treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), iniciaba el conteo de los dos (2) meses para que la Administración realizara la liquidación unilateral del contrato, esto es, el treinta (30) de agosto del mismo año, por lo que a partir del día siguiente comenzaba el cómputo del término de caducidad de la acción, hasta el treinta y uno (31) de agosto de dos mil uno (2001), como quiera que la demanda fue presentada el nueve (9) de mayo de dos mil uno (2001), forzoso es concluir que la demanda fue presentada en tiempo.

3. Acervo probatorio

Del material probatorio allegado al presente proceso se destaca:

- ✓ Convenio de Cooperación celebrado entre la Escuela Superior de Administración Pública y la Asociación de Administradores Públicos – ACAP, el día 1 de diciembre de 1993²²:

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONVENIO: El presente convenio tiene por objeto promover la renovación técnica y facilitar las labores de extensión universitaria y de capacitación a los servidores públicos a través de congresos y

²² folios 14 y 15 del cuaderno 2.



actividades. **CLÁUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES DE LAS PARTES:** 1) DE LA ACAP. 1. Mantener actualizado el Directorio de Egresados y previstas las necesidades de actualización profesional. 2. Diseñar y gestionar con la ESAP, programas de Educación Continuada para asociados y profesionales interesados en la Gestión Pública. 3. Procurar la generación de espacios tendientes a fomentar el conocimiento en el campo de la Administración Pública. 4. Administrar los recursos financieros que resulten de las actividades académicas que se programen y canalizar los excedentes financieros al fortalecimiento de los programas académicos investigativos y de capacitación que de acuerdo con su misión desarrolla la ESAP. 2) DE LA ESAP. 1. Facilitar a la ACAP el uso de una oficina y dotarla del equipo mínimo necesario para su funcionamiento; 2. Autorizar, a través de la Secretaría General, el trámite circulares y comunicaciones que la Asociación remita a sus afiliados y/o egresados, que tengan relación directa con el cumplimiento del objeto del Convenio. 3. Facilitar cuando se encuentren disponibles, las instalaciones físicas para programas propios del objeto del Convenio; 4. Permitir la participación de funcionarios Académicos y Administrativos en los programas que se realicen en cumplimiento del Objeto. **CLÁUSULA TERCERA. ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS:** Para la buena marcha y transparencia en el desarrollo del presente Convenio, se procederá así: 1. Se constituirá una cuenta especial de manejo separado a nombre y responsabilidad de la ACAP. 2. Las partes acordarán los mecanismos presupuestales, contables y bancarios que den agilidad al manejo de los recursos. Se deben observar las normas sobre responsabilidad señaladas en el Artículo (sic) 7º. Del Decreto 393 de 1991. En cuanto al régimen contable se aplicarán las normas vigentes para Entidades sin ánimo de lucro. **CLÁUSULA CUARTA. COORDINACIÓN:** La Dirección y Coordinación académica del presente Convenio, estará a cargo de la Subdirección Académica de la ESAP a través del Programa de Educación Continuada y la Administración a cargo de la ACAP. **CLÁUSULA QUINTA. ADMINISTRACIÓN:** La ACAP recibirá por concepto de Administración (sic) la suma que corresponda al siete por ciento (7%) del total neto de cada evento y el remanente corresponderá a la ESAP y será destinado a la Adquisición (sic) de bienes para Subdirección Académica. Cuando al evento se realice en Direcciones Regionales, el excedente beneficiará en partes iguales, tanto a la Subdirección Académica como a la Regional respectiva. La Regional destinará la parte correspondiente al mejoramiento de su actividad académica previo visto bueno del Director General. (...) **CLÁUSULA SÉPTIMA. VIGENCIA:** La vigencia de este Convenio será de cinco (5) años contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento. No obstante las partes de común acuerdo y previa observancia de las formalidades legales podrán terminarlo anticipadamente o prorrogar su vigencia en igual forma y por el tiempo que consideren necesario. También podrá terminarse por decisión unilateral de una de las partes, previo aviso oficial y formal



que ha de cursarse con antelación no menor a dos (2) meses. (...) **CLÁUSULA NOVENA. CAUSALES DE TERMINACIÓN:** El presente Convenio termina en forma regular cuando se configure una de las siguientes causales: a) La ejecución total del objeto del Convenio; b) el cumplimiento del plazo estipulado; c) el incumplimiento de las obligaciones por parte de ACAP. (...)"

- ✓ Acta modificatoria al Convenio Especial de Cooperación²³:

"(...) hemos acordado en **modificar** la cláusula quinta del convenio especial de cooperación suscrito el 1 de diciembre de 1993, la cual quedará así: "**CLÁUSULA QUINTA:** La **ACAP**, a partir del mes de marzo de 1997, recibirá por concepto de administración la suma que corresponda al cuatro por ciento (4%) del total neto de cada evento. Los remanentes corresponderán a la **ESAP** para apoyar la dotación en bienes durables y de consumo de las respectivas unidades y dependencias que ejecuten los convenios que celebre la **ESAP** para el desarrollo de actividades académicas y cuyos fondos maneje la **ACAP**. Los saldos finales de todos los convenios conformarán una sola cuenta denominada "Fondo Único de Reservas" (de la respectiva unidad ejecutora y/o podrán ingresar a los fondos comunes de la **ESAP** como ingresos por convenios interadministrativos."

- ✓ Acta de prórroga del Convenio de Cooperación²⁴:

"(...) hemos decidido de común acuerdo **prorrogar** la ejecución del **CONVENIO DE COOPERACIÓN CELEBRADO ENTRE LA ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA –ESAP- Y LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE ADMINISTRADORES PÚBLICOS – ACAP**, en cinco (5) meses más (hasta el 30 de abril de 1999) período en el que se procederá a la liquidación de los contratos ejecutados en desarrollo del presente convenio y ha (sic) rendir las cuentas sobre la administración de los recursos financieros. (...)"

- ✓ Acta de prórroga del Convenio de Cooperación²⁵:

"**PRIMERO:** Prorrogar la ejecución del convenio de cooperación celebrado entre la **ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA –ESAP- Y LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE ADMINISTRADORES PÚBLICOS – ACAP**,

²³ Folio 16 del cuaderno 2.

²⁴ Folio 17 del cuaderno 2.

²⁵ Folio 18 y 19 del cuaderno 2.



suscrito el 1 de diciembre de 1993 en dos (2) meses más, es decir, hasta el treinta (30) de junio de 1999. (...)"

- ✓ Oficio del 12 de julio de 2000, por medio del cual los auditores del Convenio informaron al Director Nacional de la ESAP, las siguientes inconsistencias:

"En nuestra opinión las cifras presentadas por la ACAP **no reflejan** razonablemente la situación financiera del Convenio por los siguientes motivos:

- Inobservancia de lo establecido en los Decretos 2649 y 2650 de 1993, y demás normas relacionadas que regulan la actividad contable en Colombia.
- Deficiente sistema de control interno que se manifiesta en hechos tales como la ausencia de segregación de funciones, inexistencia de un procedimiento interno de autorizaciones, manejo de los procesos por personal no capacitado, y carencia de manuales de funciones y procedimientos."

- ✓ Propuesta de acta de liquidación presentada por los auditores²⁶:

"CLÁUSULA PRIMERA: Liquidar el Convenio tomando como base la información financiera detallada en el Anexo 1, y que se resume así:

(...)

Implica lo anterior que queda un saldo a favor de ACAP de \$3.124.748:

CLÁUSULA SEGUNDA: La Asociación Colombiana de Administradores Públicos – ACAP se obliga a cancelar a la ESAP la suma de **\$100.924.443** (Cien millones novecientos veinticuatro mil cuatrocientos cuarenta y tres pesos) correspondientes a rendimientos financieros generados por los recursos propios de la ESAP manejados en la cuenta de ahorros Ganadiario No. 142-60259-8 Banco Ganadero Indumil, de acuerdo al detalle presentado en el Anexo No. 3 de este documento.

CLÁUSULA TERCERA: La Cláusula Quinta del Convenio mencionado estableció que la ACAP recibirla por concepto de administración la suma que corresponda al 7% del TOTAL NETO DE CADA EVENTO. De acuerdo con el acta modificatoria del 28 de Febrero (sic) de 1997 se convino que a partir de Marzo (sic) de 1997, esta

²⁶ Folios 22 a 25 del cuaderno 2.



comisión se fijaba en el 4% del TOTAL NETO DE CADA EVENTO. En vista de que la ACAP cobró comisión con base en los INGRESOS BRUTOS, resulta un saldo a favor de la ESAP inicialmente calculado en \$173.173.928 (Ciento setenta y tres millones ciento setenta y tres mil novecientos veintiocho pesos), detalle del cual se presenta el Anexo No. 4.

CLÁUSULA CUARTA: Existen cuentas por cobrar que ascienden a \$12.514.500 correspondientes a los siguientes eventos: (...)

Con el fin de continuar el proceso de cobro, la Asociación Colombiana de Administradores Públicos entregará a la ESAP los documentos que soportan los anteriores valores, y un informe de la gestión que se ha realizado para lograr su recuperación.

CLÁUSULA QUINTA: La Escuela Superior de Administración Pública cancelará a la ACAP una comisión equivalente al 4% (cuatro por ciento) de los valores relacionados en la Cláusula Cuarta en el momento en que se produzca su recaudo.

CLÁUSULA SEXTA: A la fecha se encuentran sin retirar cheques girados por la ACAP por \$1.937.889 (Un millón novecientos treinta y siete mil ochocientos ochenta y nueve pesos), según el siguiente detalle: (...)

Se acuerda que la ACAP entregará a la ESAP los recursos correspondientes al valor mencionado, y todo el material probatorio que permita soportar los pagos en el momento que la ESAP los realice.

CLÁUSULA SÉPTIMA: En vista de que en la ACAP no se estableció para el manejo de este Convenio un sistema de contabilidad específico, y por las características especiales del manejo administrativo financiero, mencionadas en el Informe de Auditoría que se presenta por separado, la Escuela Superior de Administración Pública se reserva el derecho de adelantar las acciones que estime convenientes para obtener los recursos que resultaren a su favor como consecuencia de posteriores hallazgos. Por los mismos motivos la ESAP no reconocerá suma alguna originada por pasivos no informados taxativamente en esta liquidación.

CLÁUSULA OCTAVA. En cumplimiento de la Cláusula segunda del Convenio ESAP-ACAP y que se refiere a las obligaciones de las partes, la ESAP suministró en uso a la ACAP una oficina y muebles para el adecuado desarrollo del Convenio. De acuerdo a lo anterior la ACAP compromete, una vez liquidado el Convenio, a restituir la oficina asignada y los muebles originalmente recibidos para su uso."



- ✓ Anexos que sustentan los valores consignados en el proyecto de liquidación.²⁷
- ✓ Oficio del veintiséis (26) de julio de dos mil (2000), por medio del cual se sometió a consideración de la ACAP el proyecto de liquidación.²⁸
- ✓ Oficio del cuatro (4) de agosto de dos mil (2000)²⁹, mediante el cual se requiere a la ACAP con el fin de suministrar a los auditores, comprobantes de egresos, de contabilidad y de ingreso y las consignaciones correspondientes a devoluciones hechas por la ACAP a las cuentas del Convenio por devolución de retenciones en la fuente pagadas, estando a cargo de la ACAP.
- ✓ Oficio del diez (10) agosto de dos mil (2000)³⁰, en donde se requirió nuevamente a la ACAP para que manifestara sus apreciaciones sobre el proyecto de liquidación.
- ✓ Escrito del catorce (14) de agosto de dos mil (2000)³¹, suscrito por el Presidente Ejecutivo de la ACAP:

*"De acuerdo con la solicitud de sus oficios del 26 de julio y del 10 de agosto del año en curso, anexamos las respuestas con las precisiones presupuestales y contractuales de nuestro Asesor Jurídico, con respecto a las **cláusulas segunda y tercera** del proyecto de acta de liquidación del Convenio ESAP-ACAP:*

*En cuanto a la **cláusula séptima** del proyecto de acta de liquidación, es necesario aclarar que la ACAP **sí** aplicó un sistema de contabilidad específico (no objetado por la ESAP durante toda la vigencia del Convenio ESAP-ACAP) y, a pesar de que no conocemos el informe de Auditoría, el numeral 2 de la cláusula tercera del Convenio ESAP-ACAP estableció que "**las partes acordarán los mecanismos presupuestales, contables y bancarios que den agilidad al manejo de los recursos**". Las partes, en este caso la ESAP y la ACAP, no precisaron los mecanismos contables, y en su defecto, se entiende por aceptarlo el manejo contable aplicado por la ACAP, según los informes financieros presentados a la*

²⁷ Folios 26 a 47 del cuaderno 2.

²⁸ Folio 48 del cuaderno 2.

²⁹ Folios 49 y 50 del cuaderno 2.

³⁰ Folio 51 del cuaderno 2.

³¹ Folios 52 y 53 del cuaderno 2.



ESAP e, insistimos, no objetados por ésta durante la vigencia del Convenio, según consta en los soportes documentales. (Se anexa relación general de todos los informes que la ACAP oficialmente presentó a la ESAP durante la vigencia del Convenio ESAP-ACAP). En este orden de ideas, se entienden como improcedentes las observaciones que se hacen en el sentido de que... “en la ACAP no se estableció para el manejo de este Convenio un sistema de contabilidad específico,...” desconociendo la aceptación por parte de la ESAP de los informes contables oportunamente presentados por ACAP.

*En lo referente a la cláusula octava del proyecto del acta de liquidación, manifestamos que el numeral 2.1 de la cláusula segunda del Convenio ESAP – ACAP estableció como obligación de la ESAP, “**facilitar a la ACAP el uso de una oficina y dotarla del equipo mínimo necesario para su funcionamiento.**” Sin embargo, **NO** se dio cumplimiento oficial a esta cláusula, lo que implicó que durante la vigencia del Convenio, la ACAP debió cubrir los costos relacionados con la dotación y adaptación física de oficina y adquisición de equipos para la operación del Convenio, sin que en el proyecto de acta de liquidación del mismo se haya considerado este tema. (...)*

- ✓ Oficio del veintiocho (28) de agosto de dos mil (2000)³², en donde los auditores reiteran que el acta definitiva de liquidación del Convenio debe incorporar las cláusulas segunda y tercera contenidas en la propuesta de liquidación.
- ✓ Oficio del treinta y uno (31) de agosto de dos mil (2000)³³, suscrito por los auditores:

“En cumplimiento de nuestro compromiso contractual, nos permitimos adjuntar en 4 (cuatro) hojas el Acta de liquidación del Convenio ESAP-ACAP, que en nuestra opinión debe considerarse como definitiva. (...)

Como es de su conocimiento no fue posible en esta oportunidad, lograr un acuerdo sobre lo establecido en las Cláusulas Segunda y Tercera por las razones a ustedes comentadas, que se resumen en nuestra comunicación del 29 del presente mes. (...)

³² Folios 54 a 61 del cuaderno 2.

³³ Folio 62 del cuaderno 2.



- ✓ Acta de liquidación del Convenio de Cooperación³⁴, allegada por los auditores mediante el escrito anterior, en la cual se agregó la siguiente cláusula:

"CLÁUSULA NOVENA. La ACAP se compromete a cancelar a la ESAP, la suma de \$2.590.747 (DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS), correspondientes a Retenciones en la fuente a cargo de la Asociación Colombiana de Administradores Públicos, pagadas a la DIAN con recursos del Convenio."

- ✓ Oficio OJ/1121/2000 del veintitrés (23) de octubre de dos mil (2000)³⁵, por medio del cual se remitió el proyecto de liquidación a la ACAP para su firma.
- ✓ Oficio OJ 1309/2000 del cinco (5) de diciembre de dos mil (2000)³⁶, en donde el Director Nacional de la ESAP reiteró a la ACAP, su solicitud de suscripción del acta de liquidación.
- ✓ Relación de gastos incurridos por la ACAP en el manejo del convenio, y que de acuerdo con el numeral 2° punto 1 de la cláusula segunda, debieron ser asumidos obligatoriamente por la ESAP en el marco del Convenio, por un monto de \$128.060.106, en donde discriminó adquisición de equipo de oficina, de cómputo y comunicación, adecuación e instalación, entre otros rubros.³⁷
- ✓ Oficio del siete (7) de diciembre de dos mil (2000)³⁸, en donde la ACAP manifestó lo siguiente:

"El Acta de Liquidación del Convenio de Cooperación, celebrado el 1° de diciembre de 1993 entre la ESAP y la ACAP, se debe firmar siempre y cuando se eliminen del texto del acta en mención las cláusulas segunda, tercera y séptima por ser ilegales de acuerdo con el articulado del Convenio ESAP-ACAP."

³⁴ Folios 63 a 66 del cuaderno 2.

³⁵ Folio 67 del cuaderno 2.

³⁶ Folio 68 del cuaderno 2.

³⁷ Folios 69 a 72 del cuaderno 2.

³⁸ Folios 73 a 75 del cuaderno 2.



25000232600020010100901 {30589}
Escuela Superior de Administración Pública
Acción de Controversias Contractuales

En cuanto a la cláusula segunda, en ninguna parte del articulado del Convenio ESAP-ACAP se pactan ninguna clase de Rendimientos Financieros, por lo tanto los Rendimientos que se pretenden reclamar no existen. (...)

*En cuanto a la cláusula tercera, muy respetuosamente queremos llamar la atención en cuanto a la **confusión** que tiene la Oficina Jurídica de la ESAP entre **Total Neto** y **Utilidad Neta**, puesto que:*

TOTAL BRUTO

***Menos: Impuestos** (en el caso del Convenio ESAP-ACAP lo componen el impuesto de timbre, y/o estampillas que cobran y descuentan las Entidades Públicas antes de hacer los pagos.)*

Igual a:

TOTAL NETO

Menos: costos y gastos Administrativos y Operacionales

Igual a:

UTILIDAD NETA

*Lo anterior demuestra que **TOTAL NETO** no es lo mismo que **UTILIDAD NETA**. Estos dos conceptos **NO** son sinónimos.*

En cuanto a la cláusula séptima, la inconsistencia de ésta quedó plenamente aclarada en nuestro oficio del 14 de agosto del año en curso. (...)

- ✓ Dictamen pericial rendido por peritos contadores, visible a folios 1 a 387 del cuaderno 4.

4. Caso concreto

Previo a desatar el recurso de alzada formulado por la parte demandada, la Subsección dará aplicación a lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil:



"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 aquella. (...)"

Sobre los límites del recurso de alzada y la competencia del *ad quem*, la Sala Plena de esta Sección consideró en sentencia de unificación³⁹ lo siguiente:

"Así pues, por regla general, a la luz de las disposiciones legales vigentes y según la interpretación a las mismas les ha atribuido la Jurisprudencia nacional, se tiene entonces que el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez⁴⁰.

Téngase presente que la exigencia que consagra la ley para que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, a tal punto que su inobservancia acarrea la declaratoria de desierta del recurso y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se pretende impugnar (artículo 212 C.C.A.).

*No sobra mencionar que otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatar la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.*

Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, a cuyo tenor:

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de unificación del nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación: 50001233101019970609301 (21060). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gámez.

⁴⁰ Así lo consideró la Sala en la providencia dictada el 26 de febrero de 2004, Exp: 26 261. M.P. Alir Hernández Enríquez.



"Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

"El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

Conviene puntualizar que la no reformatio in pejus –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: i).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; ii).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo "... aun cuando fuere desfavorable al apelante" (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)⁴¹.

(..)

Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resulten desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual "[l]a 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", de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho

⁴¹ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.



recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos⁴².

De esta manera resulta claro que el límite material para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, se complementa de manera diáfana y directa con la garantía de la no reformatio in pejus, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación.

En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resultó claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia⁴³ de la sentencia como el principio dispositivo⁴⁴, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la

⁴² Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

⁴³ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontarlo decidido con la impugnada en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

⁴⁴ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarla a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”

“Son características de esta regla las siguientes:

“[...] El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negritos adicionales). López Blanco, Hernán Fabia, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.



*competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'*⁴⁵.

4.1. Marco normativo de los convenios de cooperación

La Constitución Política en el capítulo 2, que trata sobre los derechos sociales, económicos y culturales, reguló lo concerniente a la ciencia y la tecnología y en especial en el artículo 69 dispuso:

"Artículo 69. (...) El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. (...)"

Seguidamente el artículo 70 Superior menciona la obligación del Estado de promover la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación, y el artículo 71 *ibídem* prescribe la creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología, así como las demás manifestaciones culturales, por lo que ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan dichas actividades.

Por lo anterior, es claro que las normas constitucionales revisten de gran importancia, el apoyo y fomento a las actividades de ciencia y tecnología, lo que implica el fortalecimiento de las instituciones y personas cuyo fin sea el desarrollo de la ciencia y la tecnología.

La ley 29 de 1990, "por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias", estableció en el artículo 1 que corresponde al Estado promover y orientar el adelanto científico y tecnológico y, por lo mismo, está obligado a incorporar la ciencia y tecnología a los planes y programas de desarrollo económico y social del país y a formular planes de ciencia y tecnología tanto para el mediano como para el largo plazo. Así mismo, deberá establecer los mecanismos de relación entre sus actividades de desarrollo científico y

⁴⁵ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.



tecnológico y las que, en los mismos campos, adelanten la universidad, la comunidad científica y el sector privado colombiano.

Dicha ley concedió facultades extraordinarias al gobierno para *"dictar las normas a que deben sujetarse la Nación y sus entidades descentralizadas para asociarse con particulares en actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías"*, así como la regulación de las modalidades específicas de contratos de fomento, de actividades científicas y tecnológicas. En desarrollo de estas facultades extraordinarias, el gobierno dictó los decretos leyes 393 de 1991 *"Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías"*, y 591 de ese mismo año *"por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas"*, los cuales se encuentran parcialmente vigentes y contienen las reglas sustanciales especiales.⁴⁶

Con posterioridad a la expedición de la ley 29 de 1990 y los decretos extraordinarios 393 y 591 de 1991, se promulgó la ley 80 de 1991 - Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; su artículo 32 define los contratos estatales como *"todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen a continuación..."*. De esta definición se desprende, claramente, que los contratos de ciencia y tecnología hacen parte de los contratos estatales, pues son actos jurídicos generadores de obligaciones, en los que una de las partes es una entidad estatal, y además están definidos como contratos por leyes especiales.

El artículo 81 de la ley 80, derogó expresamente una parte del articulado del decreto ley 591 de 1991, en la que se regulaban las modalidades específicas de los contratos para el fomento de actividades científicas y tecnológicas, dejando vigentes los artículos 2° que contiene la definición de las actividades

⁴⁶ Sobre el mencionado desarrollo ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del ocho (8) de julio de dos mil diez (2010). Radicación: 11001-03-06-000-2010-00058-00(2007). Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.



susceptibles de apoyo y por ende de contratación, 8° sobre los contratos de financiamiento, 9° que autoriza a celebrar contratos cuyo objeto sea la ciencia y tecnología, 17 sobre los convenios especiales de cooperación a que se refiere la consulta y el 19 sobre los pactos relativos a la transferencia tecnológica.

Sin embargo, la ley 80 de 1993 no derogó el decreto ley 393 de 1991, pues, como lo anotó la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de varias de sus disposiciones, mediante Sentencia C-316 del 19 de julio de 1995 y respaldar con ello también la vigencia de esta normativa, *"...el decreto 393 no constituye propiamente un estatuto de contratación. Simplemente prevé entre los mecanismos de asociación para el fomento de la investigación uno especial consistente en la celebración de convenios de cooperación; de ahí la razón por la cual la ley 80 de 1993 no se ocupó de derogar tal reglamentación..."*

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la ley 1286 de 2009, por la cual *"se modifica la ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones"*; el primer inciso de su artículo 33, dispuso:

"Artículo 33.- Las actividades, contratos y convenios que tengan por objeto la realización de actividades definidas como de ciencia, tecnología e innovación que celebren las entidades estatales, continuarán rigiéndose por las normas especiales que les sean aplicables. En consecuencia tales contratos se celebrarán directamente..."

De lo anterior se desprende que los contratos que se celebren con el objeto de fomentar la ciencia y tecnología se encuentran regulados en sus aspectos sustantivos por las *normas especiales* de los decretos 393 y 591 de 1991⁴⁷, y están sujetos a la ley 80 de 1993, en todo lo no regulado por aquellas normas con fuerza legal.

⁴⁷ En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Tercera, de esta Corporación, en el siguiente párrafo: *"los contratos que se celebren con el objeto de fomentar la ciencia y tecnología se encuentran sujetos a la Ley 80 de 1993, en todo aquello que no esté expresamente regulado en las normas especiales del Decreto ley 591 de 1991 y del Decreto ley 393 de 1991, que mantuvo vigentes dicho Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública"*. Providencia del 11 de febrero de 2009. Exp. 16.653. M.P. Dr. Ruth Stelia Correo Palacio.



De acuerdo con lo preceptuado en el decreto 393 de 1991, para adelantar actividades científicas y tecnológicas o proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, o mediante la celebración de convenios especiales de cooperación.

Así, dentro de los actos jurídicos que mencionan los decretos 591 y 393 de 1991, se encuentran los contratos para el financiamiento de actividades científicas y tecnológicas, los cuales tienen por objeto proveer al contratista o a otra entidad pública de recursos, cuyo reembolso posterior puede ser obligatorio en su totalidad o parcialmente, o puede ser condicionado en el evento de que se obtenga éxito en la actividad financiada; de la misma manera, se consagran los contratos de administración de proyectos; y, finalmente, se disciplinan los convenios especiales de cooperación por parte de la Nación con otras entidades públicas o con particulares, mediante los cuales las personas que los celebran aportan recursos en dinero o en especie para facilitar, fomentar o desarrollar en común actividades científicas y tecnológicas, sin que den lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica.

Ahora bien, el decreto 591 de 1991 señala las actividades científicas y tecnológicas susceptibles de contratar, de la siguiente forma:

1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.

2. Difusión científica y tecnológica, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.

3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metodología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.



4. *Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.*
5. *Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.*
6. *Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional.”*

Acorde con lo anterior, el régimen especial solo es aplicable cuando el contrato tiene por objeto el desarrollo de cualquiera de las anteriores actividades, lo que por consiguiente, excluye aquellas que no encuadren en alguna de ellas o les sean meramente de auxilio o apoyo.

Inclusive, en dichos contratos no es factible la incorporación de cláusulas excepcionales al derecho común, en la medida en que con carácter imperativo, el estatuto de contratación señala que se prescindirá de ellas (artículo 14, numeral 2, parágrafo, de la Ley 80 de 1993); y, por otra parte, la selección del contratante se realiza mediante la modalidad de contratación directa (art. 24, numeral 1o., letra d. de la Ley 80 de 1993, ahora modificado por el artículo 2, numeral 4, letra e., de la Ley 1150 de 2007), de suerte que no se necesita adelantar un proceso de licitación pública o un concurso.⁴⁸

En resumen, los entes estatales pueden ejecutar actividades de ciencia y tecnología mediante los siguientes tipos de contratos: **a)** convenio especial de cooperación⁴⁹, el cual es celebrado para asociar recursos, capacidades y competencias interinstitucionales, que pueden incluir el financiamiento y administración de proyectos, y cuya regulación se encuentra en los artículo 6 a 8 del decreto 393 de 1991 y el artículo 17 del decreto 591 de 1991; **b)** contratos de financiamiento, regulados en el artículo 8 del Decreto-Ley 591 de 1991 y cuyo fin es financiar actividades científicas, tecnológicas y de innovación, que tendrán los alcances definidos en el artículo 8 del decreto 591 de 1991; y, **c)** contratos

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del once (11) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación: 25000233100020001301801(16653). Consejera Ponente: Ruth Stella Carrea Palacio

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del veinticuatro (24) de enero de dos mil dos (2002). Radicación: 1384. Consejero Ponente: César Hoyos Salazar.



para la administración de proyectos, los cuales están regulados en el artículo 9 del decreto 591 de 1991 y tienen como propósito encargar a un tercero idóneo para llevar a cabo actividades de ciencia, tecnología e innovación, y la gestión y ejecución de un proyecto en dichas materias.

Sobre los mencionados convenios de cooperación, esta Subsección ha señalado:

"(...) se pueden celebrar Convenios de Cooperación, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 393 de 1991, por medio del cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, así:

"Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares convenios especiales de cooperación, que no darán lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. En virtud de estos convenios las personas que los celebren aportan recursos de distinto tipo para facilitar, fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en el artículo 2.

En este tipo de convenios, no existe régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio; - Resalta la Sala -

Precisa la Sala que en estos casos, el término convenio lo utiliza la ley para resaltar la cooperación o colaboración entre entidades públicas y entre éstas y los particulares.

Las leyes sobre ciencia y tecnología utilizan la misma expresión para referirse a los acuerdos de colaboración en esta materia, con el fin de distinguirlos de los contratos que serían aquellos estrictamente conmutativos. La literatura jurídica nacional, al igual que la práctica administrativa, usan la locución convenio para hacer énfasis en la cooperación entre entidades o con los particulares.

Así las cosas, en el artículo 2° del decreto ley 393 se enumeran los propósitos de las anteriores asociaciones, de los cuales se encuentra el de "adelantar proyectos de investigación científica" y en los artículos 6° a 8° regula el convenio especial de cooperación con los particulares, en estos términos:



"Artículo 6. Convenio especial de cooperación. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares convenios especiales de cooperación, que no darán lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. En virtud de estos convenios las personas que los celebren aportan recursos de distinto tipo para facilitar, fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en el artículo 2.

*"Artículo 7o. Reglas del convenio especial de cooperación. El convenio especial de cooperación está sometido a las siguientes reglas: 1. **No existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio. Resalta la Sala**"⁵⁰*

En consecuencia, el manejo de los recursos aportados para la ejecución del convenio se podrán ejecutar mediante encargo fiduciario⁵¹ o cualquier otro sistema de administración, como lo establece el artículo 7 del decreto 393 de 1991.

4.2. El convenio de cooperación en el caso concreto

En el presente asunto, la Escuela Superior de Administración Pública suscribió un Convenio de Cooperación el día primero (1) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), con la Asociación Colombiana de Administradores Públicos, cuyo objeto era promover la renovación técnica y facilitar las labores

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación: 25000232600019980147101 (22828). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz.

⁵¹ De acuerdo con lo preceptuado en los artículos 1226 y subsiguientes del Código de Comercio, y el artículo V de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, se entiende por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específico, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Dentro de este concepto se incluyen la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios al igual que las negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen o sustituyan. Cuando haya transferencia de la propiedad de los bienes se estará ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014). Radicación: 25000232600020011106301 (27688). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. **"Si na hay transferencia de la propiedad se estará ante un encargo fiduciario. Para la interpretación de las encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1° del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero."** Resalta la Sala.



de extensión universitaria y de capacitación a los servidores públicos a través de congresos y actividades.

Seguidamente, como una de las obligaciones de la Asociación Colombiana de Administradores Públicos se acordó que esta administraría los recursos financieros que resulten de las actividades académicas que se programaran y la canalización de los excedentes financieros al fortalecimiento de los programas académicos investigativos y de capacitación en concordancia con la misión educativa que desarrolla la Escuela Superior de Administración Pública.

Igualmente se pactó, como costos de administración, la suma correspondiente al siete por ciento (7%) del total neto de cada evento y el remanente correspondería a la Escuela Superior de Administración Pública, cuya destinación sería para la adquisición de bienes para la Subdirección de la mencionada entidad, se de anota, que el mencionado porcentaje por costos de administración, fue disminuido al cuatro por ciento (4%) de común acuerdo el veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).

El recurrente censuró de la sentencia de primera instancia la omisión de aplicar las reglas de interpretación de los contratos que menciona el Código Civil, toda vez que los remanentes correspondían a la entidad contratante para apoyar la dotación de los bienes de la ESAP y no de la ACAP como se entendió en el fallo recurrido, y por lo que se dio por cierto que la demandante suministró dotaciones y locaciones, tal como se obligó en el contrato, sin que ello se encuentre probado en el proceso.

Sobre dicho aspecto, considera la Sala que la interpretación de los contratos es labor que el legislador tiene librada a la autonomía del juzgador. Sin embargo, para que ella se pueda realizar con el mayor acierto, la propia ley dota al juez de un conjunto de herramientas y directrices tendientes a guiar su labor hermenéutica con el fin de desentrañar el verdadero contenido y alcance del clausulado contractual, la voluntad real de los contratantes y los fines buscados por ellas al perfeccionar el negocio jurídico.



Cuando el juez asume la tarea de desentrañar la intención de las partes y el alcance mismo de las cláusulas contractuales, lo realiza bajo un análisis integral y de forma sistemática, en donde no solamente debe tener en cuenta el contrato como negocio jurídico que es, sino su expresión material como manifestación de voluntades. De manera que se deberá considerar su naturaleza jurídica, su tipicidad en la ley y el conjunto de cláusulas que lo integran, propendiendo así por la eficacia de las mismas.

Inclusive se debe consultar por parte del fallador la aplicación práctica dada por las partes, y con ella, el desarrollo obligacional por los contratantes, porque no empee las obligaciones nacen en el momento mismo del perfeccionamiento de su fuente, las partes las modulan, pues pueden someter su exigibilidad a plazos y condiciones, lo cual conduce a un desarrollo escalonado que es necesario identificar cronológicamente.⁵²⁵³

Sobre la interpretación contractual se ha sostenido:

"Con la interpretación del contrato se persigue constatar el convenio comercial, la determinación de sus efectos y la integración de estos, sin comprender en ella la calificación del acto pues esto es propio de una actividad diferente como es la valoración jurídica del acto celebrado. Sin embargo no debe perderse de vista que si las partes han señalado los efectos del contrato, la verificación de este señalamiento corresponde a una labor interpretativa mientras que lo atinente a las repercusiones jurídicas de lo fijado por los contratantes harán parte de la valoración. La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no tiene como objeto primario el establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado sino la intención común de todos ellos toda vez que el contrato es en últimas el resultado de la convergencia de sus designios negociales. Esta búsqueda primordial de la común intención de las partes puede lograrse mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la doctrina, que se compendian en que conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras (art. 1618 del C.C.), que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (art. 1622 inc. 2) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (art.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del siete (7) de mayo de dos mil dos (2002). Expediente: 6181. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del cuatro (4) de septiembre de dos mil (2000). Expediente: 5420. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.



1622 inc. 3), que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1), que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (art. 1623), y que se entiende que las expresiones generales contenidas en el negocio sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619).⁵⁴

En consonancia con lo anterior, en la cláusula segunda numeral primera, se estipuló, como obligación de la Escuela Superior de Administración Pública, el uso de una oficina y la dotación del equipo mínimo necesario para su funcionamiento, y seguidamente se pactó en la cláusula quinta, que el remanente sería destinado a la adquisición de bienes para la Subdirección Académica. Al respecto, se observa en el plenario que en la información presentada por la ACAP⁵⁵, en la nota 7 un valor por \$1.7.499.428, correspondiente a desembolsos para la adquisición de bienes muebles, gastos que fueron respaldados en un anexo donde se relaciona una serie de adquisiciones de equipos para oficina.⁵⁶

No obstante, no existe medio probatorio que indique con certeza si los mencionados bienes fueron destinados para la Subdirección Académica o para el uso por parte de la ACAP; lo que sí es evidente, es que en el proyecto de liquidación definitiva -que fue allegado y comunicado a la demandada-, se dispuso en la cláusula octava que la ESAP suministró en uso a la ACAP, una oficina y muebles para el adecuado desarrollo del Convenio, cláusula que no fue objetada pues, solamente solicitó la demandada, en el escrito del siete (7) de diciembre de dos mil (2000), la eliminación del texto del acta mencionada, las cláusulas segunda, tercera y séptima.

Por otra parte, manifestó el recurrente que los rendimientos de los recaudos correspondían al contratista y que la ESAP tuvo conocimiento sobre el estado y conocimiento de las cuentas donde se depositaban los valores producto de la ejecución del convenio.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de la Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del siete (7) de julio de dos mil once (2011). Radicación: 470012331000199400-0101 (18762). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santafimio Gamba.

⁵⁵ Folios 26 a 28 del cuaderno 2.

⁵⁶ Folios 38 a 42 del cuaderno 2.



Sobre el mencionado aspecto, es de anotar que en la cláusula segunda del convenio se estableció como obligación de la parte demandada, la administración de los recursos financieros que resultaren de las actividades académicas, y la destinación de los excedentes financieros al fortalecimiento de los programas académicos, mientras que la cláusula quinta señaló que la ACAP recibiría por concepto de administración, la suma correspondiente al siete por ciento (7%) del total neto de cada evento y el remanente, como se mencionó anteriormente sería destinado a la adquisición de bienes para la Subdirección Académica.

La disparidad de criterios de los contratantes se generó en la determinación de a cuál de las partes corresponde los rendimientos financieros percibidos en cada evento, tomando como punto de partida que la cláusula tercera del convenio determinó la creación de una cuenta especial de manejo a nombre y responsabilidad de la ACAP, sin especificar qué tipo de cuenta debía ser, por lo que para tal efecto entre el primero (1) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993) y febrero de mil novecientos noventa y siete (1997), no hubo rendimientos financieros en vista de que el depósito de los recursos se realizaron en una cuenta corriente⁵⁷, pero que con posterioridad a la mencionada fecha, los dineros fueron consignados en una cuenta de ahorros del Banco Ganadero.

La Asociación Colombiana de Administradores Públicos plantea que los rendimientos financieros de los dineros depositados en la cuenta de ahorros corresponden a ella por el desarrollo de su gestión administrativa, financiera y de tesorería, mientras que la Escuela Superior de Administración Pública sostiene que de acuerdo con las cláusulas del convenio estos rendimientos debían quedar a disposición de dicha entidad.

Es claro para la Sala, que la cláusula quinta del convenio señaló de manera inequívoca la forma y el monto que debía recibir la ACAP por concepto de administración, esto es el siete por ciento (7%) del total neto de cada evento, el cual como se mencionó *ad supra*, fue modificado de común acuerdo por las partes al cuatro por ciento (4%), y si bien de la revisión del clausulado no se

⁵⁷ Código de Comercio. Artículo 1252. **Intereses sobre créditos de cuenta.** Cada uno de los valores acreditados en cuenta corriente no producirá intereses, salvo estipulación en contrario.



observa alusión alguna a los rendimientos financieros, es diáfano que la ACAP solo y exclusivamente, debió proceder a apropiarse del porcentaje antes señalado, por concepto de administración, del total neto de cada evento, excluyéndose así la posibilidad de apropiación de tales rendimientos.

Aunado a lo anterior, el artículo 718 del Código Civil menciona que los frutos civiles pertenecen al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que las naturales, para lo cual el artículo 717 *ibidem* denominó como frutos civiles, los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles.

Igualmente, de la lectura del artículo 7 numeral 4 del decreto 393 de 1991, se observa que el manejo de los recursos aportados para la ejecución del convenio se efectúa mediante encargo fiduciario u otro sistema de administración; por tal razón, en la mencionada cláusula segunda del convenio se estableció la obligación de la administración de los recursos financieros y canalización de los excedentes financieros. Sobre dicho aspecto, es palmario para la Sala que la Asociación Colombiana de Administradores Públicos cumplía funciones de administración de recursos mas no de propietario de ellos, esto es, canalizaba el capital financiero con el fin de cumplir el objeto del convenio, y dicho sea de paso, su actuación debía ser realizada de buena fe, con lealtad, con la diligencia de un buen hombre de negocios y en interés del convenio celebrado.⁵⁸

Por tales motivos, se tiene que los rendimientos de las sumas de dinero consignadas en la cuenta de ahorro, como consideró el *a quo*, deben imputarse a las utilidades que en beneficio de la Escuela Superior de Administración Pública generaba cada uno de los eventos.

Para concluir, el apelante puso de presente que la Escuela Superior de Administración Pública, debió dentro de los plazos legales, liquidar el contrato de manera unilateral y no proceder a subsanar el presunto error mediante la acción formulada.

⁵⁸ Artículo 23 de la ley 222 de 1995.



En particular el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo señala que cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá solicitar que se declare su existencia o su nulidad y se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Por otra parte el artículo 136 numeral 10, literal d, *ibídem*, prescribe que si la administración no liquidare el contrato durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, ***“el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial (...).”*** Resalta la Sala.

Es claro que la ley 446 de 1998, introdujo la posibilidad de solicitar la liquidación al regular no la acción de controversias contractuales del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, sino al referirse a la caducidad de la acción, partiendo del supuesto de que la administración era quien debía liquidar unilateralmente el contrato, pero al no hacerlo dentro del término allí señalado, el interesado puede acudir ante la jurisdicción a solicitar su liquidación.

Luego entonces, cualquiera de las partes del contrato puede acudir por vía de acción ante el juez para solicitar la liquidación del negocio jurídico dentro del término señalado en el mencionado artículo, *“pero desde luego, la facultad de la Entidad para liquidar unilateralmente, es una prerrogativa que puede y debe ejercer, en lugar de acudir a un proceso en el que se desgastaría innecesariamente. Es posible jurídicamente que la Entidad pueda demandar para que el juez liquide el contrato, renunciando al ejercicio de su poder unilateral, (...).”*⁵⁹

Por los anteriores asertos, la Subsección procederá a modificar la sentencia opugnada, únicamente para actualizar los valores concedidos por el *a quo*.

⁵⁹ Palacio Hincapié, Juan Ángel. *La contratación de las entidades estatales*. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Séptima edición. 2014. Pág. 553.



5. Costas

Como no se vislumbra temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO. Modificar los numerales 3, 5.1, 5.3 y 5.4 de la sentencia del tres (3) de noviembre de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B. Y en consecuencia se dispone:

"3. Como consecuencia de la anterior declaración, se condenará a la Asociación Colombiana de Administradores – ACAP a pagar a la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP la suma de trescientos cuarenta y tres millones quinientos treinta y dos mil doscientos setenta y seis pesos (\$343.532.276), como excedentes por el cobro de administración. (...)

5. Como consecuencia de la liquidación judicial, se dispondrá que:

5.1. La ACAP reintegrará a la ESAP la suma de cuatro millones setecientos cincuenta y dos mil setecientos cuarenta y nueve pesos (\$4.752.749), en los términos expuestos en la cláusula primera del proyecto de liquidación. (...)

5.3. La ACAP reintegrará a la ESAP la suma de dos millones novecientos cuarenta y siete mil quinientos treinta y tres pesos (\$2.947.533), en los términos de la cláusula sexta del proyecto de liquidación.



25000232600020010100901 (30589)
Escuela Superior de Administración Pública
Acción de Controversias Contractuales

43

5.4. *La ACAP pagará a la ESAP la suma de tres millones novecientos cuarenta mil quinientos treinta y dos pesos (\$3.940.532), de conformidad a lo expresado en la cláusula novena del proyecto de liquidación."*

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y **expídanse** a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado