

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"**  
**Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Proceso número: 25000232600020020008201 (**32.532**)  
Actora: Sociedad Envío Express S.A.  
Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano –IDU-  
Acción: Contractual

*Temas: Caducidad de la acción cuando el contrato está sometido al trámite de liquidación; competencia temporal de la administración para declarar la caducidad del contrato, y las exigencias de la excepción de contrato no cumplido.*

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 6 de octubre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La sociedad Envío Express S.A. solicita que se declare la nulidad de las resoluciones que declararon la caducidad y liquidaron unilateralmente el contrato de prestación de servicios de mensajería n.º 175 del 12 de noviembre de 1996, suscrito con el IDU; asimismo, pide que se declare el incumplimiento de la entidad contratante y se reconozcan los perjuicios correspondientes a esas pretensiones declarativas.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. LA DEMANDA**

El 11 de enero de 2002, la sociedad Envío Express S.A., en ejercicio de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU (fls. 1 a 29, c. ppal).

#### **1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 7 a 11, c. ppal):

1.1.1. El 12 de noviembre de 1996, el IDU y la sociedad Envío Express S.A. suscribieron el contrato n.º 175 para la prestación de los servicios de mensajería especializada y corriente, con el fin de entregar las facturas de contribución de valorización local. El plazo se fijó hasta el 31 de diciembre de 1997, con iniciación de las operaciones desde diciembre de 1996. El valor se estimó en \$600.000.000. En todo caso, su valor real se determinaría de multiplicar por el número de facturas entregadas por la tarifa pactada.

1.1.2. La entidad demandada debía entregar al contratista 35.000 facturas diarias para su distribución; sin embargo, nunca se entregó ni siquiera el 50% de ese compromiso, aun cuando el contratista contaba con toda la logística para tal fin, con los costos que significaba mantenerla dispuesta.

1.1.3. A pesar de lo anterior, el 6 de abril de 1998, a través de la resolución n.º 262, el IDU impuso una multa al contratista por incumplimiento contractual.

1.1.4. El IDU endosó irregularmente unas facturas de la sociedad Envío Express S.A. a favor de la señora Olga Lucía Castro por valor de \$85.944.361, las cuales fueron pagadas el 4 de enero de 1999.

1.1.5. El 19 de febrero de 1999, el IDU citó a Envío Express S.A. para dar cumplimiento *“a unas diligencias de tipo administrativo”*, a las cuales no pudo asistir el representante legal de la actora, por las razones que explicó en su momento.

1.1.6. El 26 de febrero de 1999, mediante la resolución n.º 176, sin mediar un nuevo requerimiento, el IDU procedió a caducar el contrato n.º 175 de 1996. Decisión que fue confirmada a través de la resolución n.º 630 del 31 de mayo de 1999.

1.1.7. El 23 de noviembre de 1999, por intermedio de la resolución n.º 1408, el IDU liquidó unilateralmente el contrato. Esa decisión fue notificada por edicto el 31 de diciembre del citado año.

## **1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 5 a 7, c. ppal):

*1. Que se declare la nulidad de la resolución n.º 0179 proferida el 26 de febrero de 1999, por el señor Director del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato 175 de 1996, suscrito entre esta entidad estatal y la firma ENVÍO EXPRESS S.A., cuyo objeto era la distribución certificada o especializada de las facturas de contribución de valorización local, en los ejes 1-5, 6-7 y 8.*

*2. Que se declare igualmente la nulidad de la resolución n.º 630 proferida el 31 de mayo de 1999 por el Director General del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU, mediante la cual se confirmó en su integridad el acto administrativo a que se refiere el numeral precedente.*

3. Que se declare la nulidad de la resolución 1408 de 23 de noviembre de 1999, proferida por el Director General del Instituto de Desarrollo Urbano-IDU, mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato n.º 175 de 1996, celebrado entre ENVÍO EXPRESS S.A. y el IDU, acto administrativo que quedó en firme el 03 de enero del año 2000, según certificación adjunta.

4. Declárese que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU incumplió el contrato n.º 175 de 1996, concertado con ENVÍO EXPRESS S.A., al pagar irregularmente a terceras personas facturas o cuentas de cobro por la suma de \$85.944.361.

5. Que igualmente la entidad estatal demandada incumplió el contrato n.º 175 de 1996 celebrado con ENVÍO EXPRESS S.A., al quitarle en forma arbitraria la distribución de correo certificado correspondiente al eje 5.

6. Que igualmente la demandada incumplió el contrato tantas veces mencionado al disminuir las entregas de correos certificados.

7. Que en consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, se declare que no hay lugar a la aplicación de la cláusula penal, como se consignó en los actos administrativos demandados.

8. Que así mismo, a título de restablecimiento del derecho, se condene al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU a pagar a favor de mi mandante la suma de \$85.944.361, más intereses y corrección monetaria desde el día 4 de enero de 1999 y hasta la fecha en que se realice el pago, los cuales corresponden a facturas pagadas en forma irregular a terceros, conforme se expondrá en el acápite de hechos.

9. Que se condene a la demandada al pago de los perjuicios que aparezcan probados dentro del proceso, por la no distribución de correos correspondientes al eje 5 y la disminución en otros ejes, los cuales se estiman en la suma de \$280.000.000.

10. Que se condene a la demandada a pagar a favor de mi procurada, cualquier perjuicio que derivado u ocasionado por los actos administrativos cuya nulidad demando, o por el incumplimiento que impetro, aparezcan probados dentro de este proceso.

11. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de 30 días contados desde su comunicación, conforme al art. 176 del C.C.A. y se tenga en cuenta lo preceptuado por el art. 177 de la misma obra.

### **1.3. Concepto de la violación**

La parte actora señaló que los actos administrativos en cuestión incurrieron en los siguientes defectos (fls. 11 a 24, c. ppal):

*(i) Falta de competencia y violación del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.* Al respecto, afirmó que como el contrato 175 de 1996 finalizó el 31 de diciembre de 1997, sólo hasta esa fecha la administración podía hacer uso de sus facultades excepcionales. En consecuencia, como lo hizo por fuera de ese plazo, actuó sin competencia temporal para expedir los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato.

*(ii) Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.* Sobre el particular, después de realizar una amplia explicación sobre el desarrollo del principio constitucional del debido proceso en las actuaciones administrativas, la parte actora señaló que el IDU se limitó a extenderle una invitación a su representante legal, con el fin de atender asuntos administrativos, sin la advertencia de que se trataba de la iniciación de la actuación administrativa encaminada a la declaratoria de caducidad del contrato. Tampoco se le otorgó ni un solo día hábil para prepararse para la diligencia y, además, se desatendió el hecho de que la esposa del representante se encontraba hospitalizada, excusa que fue presentada en oportunidad.

*(iii) Violación de los artículos 13 de la Ley 80 de 1993, 1602 y 1609 del Código Civil.* La parte actora afirmó que en el presente asunto está probada la excepción de contrato no cumplido, en tanto el IDU se sustrajo a la obligación de entregar las 35.000 facturas diarias al contratista para su distribución. Además, las que entregó efectivamente las canceló en forma irregular, al pagarlas con base en un endoso irregular.

*(iv) Incumplimiento del contrato.* Además de los incumplimientos advertidos en el cargo precedente, señaló que el IDU aceptó inexplicablemente unos endosos de

unas facturas de la contratista a favor de terceras personas, cuando ni siquiera contaba con los originales en su poder. A pesar de esa irregularidad procedió a pagarlas; asimismo, señaló que de forma arbitraria se le privó de prestar la distribución de las facturas en el eje n° 5, toda vez que en vigencia del contrato 175 de 1996, cuyo objeto comprendía esa zona, se licitó la distribución en el referido eje.

(v) *Desviación de poder.* Toda vez que la finalidad que tenían los actos administrativos demandados era ocultar el incumplimiento de la demandada, así como los perjuicios irrogados a la contratista.

(vi) *Falsa motivación.* En tanto la decisión de caducidad refiere a unos incumplimientos del contratista sin ningún soporte, cuando lo cierto es que quien incumplió fue la demandada.

## **2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El IDU (fls. 36 a 51, c. ppal), además de advertir el cumplimiento estricto de sus obligaciones, sostuvo que el mismo contratista admitió su incumplimiento, al aceptar que debido a la gran cantidad de facturas tenía dificultades para determinar las pruebas de entrega del correo certificado; las diferentes cuentas de pago demuestran que la cantidad de facturas entregadas superó exponencialmente las 40.000 que se refiere en la demanda como entregadas; la multa por incumplimiento impuesta al contratista, por su incapacidad de demostrar la entrega de la correspondencia, fue aceptada y cancelada, lo que pone en evidencia el incumplimiento enrostrado, y cuando el contratista exigió que se le entregaran las facturas del eje n.º 5, las facturas de ese tramo vial no se habían generado.

La demandada sostuvo que la apertura de una licitación pública para distribución de las facturas sobre el eje n.º 5 se explicaba en la medida que desde un comienzo se estimó necesario escoger dos contratistas, uno era la contratista aquí demandante; aclaró que los endosos fueron debidamente aceptados y pagados, además que los originales de las facturas endosadas reposan en la Oficina de Archivo y Correspondencia del IDU. Preciso que las solicitudes de endoso fueron anteriores a la fecha de concordato y al cambio del representante legal.

La demandada precisó que la citación efectuada al contratista para tratar los asuntos propios de la posible declaratoria de caducidad fue realizada el 18 de febrero de 1999, sin que fuera aceptada la excusa presentada por el representante legal el 22 de febrero siguiente, en tanto para las sociedades anónimas bien pueden actuar los suplentes.

Propuso como excepciones, (i) la caducidad de la acción, toda vez que la ejecutoria de las decisiones que caducaron el contrato se produjo el 3 de enero de 2000 y la demanda se presentó por fuera de los dos años siguientes. En todo caso, estimó que como la demanda se fundamentó en el incumplimiento de la demandada, el cual se produjo desde el inicio de la ejecución del contrato, es decir, 6 de diciembre de 1996, la demanda debió presentarse el 6 de diciembre de 1998; sin embargo, la demanda se presentó fuera de ese plazo.

(ii) La ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, en tanto estimó excluyentes las pretensiones de nulidad y restablecimiento con la de incumplimiento del contrato, sin que fueran formuladas como principales o subsidiarias, y (iii) la debida motivación y legalidad de los actos administrativos, en tanto corresponden en un todo a la ejecución contractual, la cual pone de manifiesto el incumplimiento sistemático de la contratista.

### **3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, las partes, con fundamento en el material probatorio allegado, reiteraron los fundamentos de sus intervenciones (fls. 261 a 270, c. ppal).

### **4. VINCULACIÓN DEL GARANTE DEL CONTRATO**

Mediante auto del 9 de septiembre de 2004, el *a quo* ordenó la vinculación de la sociedad Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, como litisconsorte necesario por activa, toda vez que fue quien expidió la garantía única de cumplimiento n.º 7146370, que amparaba el contrato en estudio, la misma que el IDU ordenó hacer efectiva en los términos de la resolución n.º 176 del 26 de febrero de 1999 (fls. 272 y 273, c. ppal).

La sociedad Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales coadyuvó la demanda, para lo cual remitió a sus pretensiones, hechos y concepto de la violación (fls. 283 y 284, c. ppal). En la etapa de alegaciones, guardó silencio (fl. 289, c. ppal).

## **II. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 6 de octubre de 2005 (fls. 291 a 310, c. ppal, segunda instancia), el *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo:

### *CONSIDERACIONES*

*I. Analizará la Sala, en primer término, las excepciones oportunamente propuestas:*

*a. En cuanto a la legalidad de los actos impugnados, se anota que tal medio de defensa no tiene tal naturaleza, pues los hechos que se aducen como fundamento del mismo no la conforman, ya que se limitan a negar los hechos y los supuestos fácticos y/o jurídicos en que se apoyan las*

*pretensiones formuladas en el libelo constituye una simple no aceptación de estos, pero no una excepción en el sentido propio o estricto del término (...).*

*b. No se configura ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, en la medida en que todas ellas son propias de la acción contractual, acción que se tramita por el procedimiento ordinario, son de conocimiento de este Tribunal, en la misma instancia, no se excluyen entre sí, provienen de la misma causa y se sirven de las mismos medios probatorios.*

*c. Conforme a lo dispuesto por el artículo 136, numeral 10, literal d), del C.C.A., subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en tratándose de un contrato de ejecución sucesiva que debía liquidarse y que fue liquidado unilateralmente por la entidad contratante, el término de caducidad de la acción que es de dos años, empieza correr (sic) a partir del día siguiente a la ejecutoria del respectivo acto administrativo. Tal como se desprende de la copia auténtica del respectivo edicto emplazatorio y de la constancia expedida por el IDU, la resolución n.º 1408 de 23 de noviembre de 1999 por la cual se liquidó el contrato n.º 175 de 12 de noviembre de 1996, quedó ejecutoriada el día 3 de enero de 2000, fecha para la cual los tribunales administrativos se encontraban en vacancia judicial, vacancia que terminó el día 10 de enero de 2002 y la demanda fue presentada el día 11 de enero de 2002, es decir, el primer día hábil siguiente, razón para que la acción haya sido instaurada dentro del término de caducidad de la misma (...).*

*III. Analizará la Sala los cargos formulados contra los actos administrativos impugnados, así:*

*a. Conforme a la cláusula novena del contrato, el plazo de ejecución se pactó hasta el 31 de diciembre de 1997, o hasta cuando se agote la partida presupuestal destinada para el cumplimiento de su objeto, iniciándose en la fecha en que se cumplan los requisitos para ello.*

*Como se desprende de la resolución n.º 1408 de 23 de noviembre de 1999, que liquidó unilateralmente el contrato, el valor de la reserva o registro presupuestal ascendió a la suma de \$600.000.000 y el valor ejecutado fue de \$323.829.129, es decir, que al no haberse agotado la partida presupuestal destinada al cumplimiento del mismo, el contrato no expiró a pesar del vencimiento del plazo de ejecución, ni del plazo de vigencia pactado para ello, como lo afirma la actora, razón para la entidad (sic) contratante pudiera proceder a terminarlo unilateralmente por incumplimiento, declarando la caducidad del mismo, sin incurrir en la causal de nulidad de falta de competencia temporal o racione temporis.*

*No prospera el cargo.*

*b. Como se desprende del material probatorio allegado al proceso y anteriormente relacionado, la entidad contratante en reiteradas oportunidades y lo largo de toda la ejecución del contrato, puso en*

*conocimiento del contratista los diferentes y numerosos incumplimientos de las obligaciones a cargo de esta, incumplimientos que dieron lugar a la imposición de multa, según resolución n.º 451 de 11 de octubre de 1996. A pesar de la imposición de esta sanción, la contratista continuó incurriendo en incumplimiento de sus obligaciones, siendo nuevamente requerida en forma reiterada por la entidad contratante a efecto de que diera cumplimiento a las obligaciones por ella adquiridas y, finalmente, fue citada a una reunión con el fin de oír sus explicaciones antes de tomar la decisión de declarar la caducidad del contrato, reunión ésta a la que no asistió con el argumento de que su representante debía atender una situación de orden familiar que requería su presencia, cuando lo cierto es que y, tal como se consigna en la resolución n.º 0630 de 31 de mayo de 1999, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución n.º 176 de 26 de febrero de 1999 que declaró la caducidad del contrato, si le era absolutamente imposible al Presidente de la sociedad asistir a la reunión, la representación de la sociedad correspondía al Vicepresidente de la misma, quien no atendió la citación, sin que adujera excusa alguna a tal efecto, razón para que la entidad contratante concluyera que a la sociedad contratista no le asistía interés frente a las dificultades presentadas a lo largo de toda la ejecución del contrato, dificultades que no había sido posible superar con las innumerables llamadas de atención y requerimientos, como tampoco con la sanción impuesta, por lo cual debía procederse a declarar la caducidad del contrato (...).*

*c. No encuentra la Sala acreditado el incumplimiento de la entidad contratante en cuanto a la no entrega del Eje 5 y, muchos menos, que tal incumplimiento, de haber ocurrido, hubiese determinado a su vez el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad contratista, cargo que entiende la Sala configurarían una falsa motivación de los actos impugnados, al encontrarse justificado el incumplimiento que se endilga a la contratista y que motivó la declaratoria de caducidad del contrato y la efectividad de la cláusula penal pecuniaria (...).*

*En primer lugar (...) La facturación debía entregarse simultáneamente en cada uno de los ejes materia del contrato, para lo cual la sociedad contratista debía contar con la correspondiente infraestructura administrativa y operacional que le permitiera cumplir adecuadamente sus obligaciones, cumplimiento que, como ya se dijo anteriormente, omitió la contratista.*

*En segundo lugar, no se encuentra acreditado que la entidad contratante se hubiese negado a entregar a la contratista para su operación el Eje n.º 5. A este respecto lo único que se encuentra probado es que la contratista con fecha 8 de octubre de 1998, manifiesta por escrito a la entidad contratante que se encuentra en disposición y capacidad para efectuar la distribución de la facturación correspondiente al Eje 5, por lo cual solicita su entrega, de lo cual colige la Sala que si a esa fecha no le había sido entregado el mencionado Eje para su operación, ello se encontraba plenamente justificado frente al incumplimiento de sus obligaciones de distribución de facturación en los otros ejes materia del contrato que sí le habían sido*

*entregados, es decir, ante la incapacidad para atender sus obligaciones de manera simultánea en los diferentes ejes de la ciudad materia del contrato.*

*Tampoco se encuentra la Sala justificado el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista en el supuesto incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante al haber efectuado pago de facturas en forma irregular (...). En cuanto a la irregularidad consistente en haberse efectuado el pago de tales facturas a un tercero con posterioridad a la apertura del trámite concordatario, anota la Sala que conforme se desprende del artículo 98 numeral 3 de la Ley 222 de 20 de noviembre de 1995, bien pueden efectuarse enajenaciones en el giro ordinario de los negocios de la persona que se encuentra en proceso concursal, sin autorización previa de la Superintendencia de Sociedades y, como lo afirma la misma parte actora, el crédito a favor de la persona natural a quien le fueron pagadas las facturas, se originó en la compra de acciones de la sociedad por parte de ella, es decir, deviene de una enajenación comprendida en el giro ordinario de los negocios de la sociedad en trámite o proceso concursal y destinada a la capitalización de la empresa, razón para que por este aspecto tampoco encuentre la Sala configurada irregularidad en el mencionado pago (...).*

*Aun en el supuesto de admitir que en efecto hubo irregularidad en dicho pago, teniendo en cuenta el valor total de las mismas, \$85.944.361, no encuentra la Sala la correlación necesaria y suficiente entre tal conducta que se imputa a la entidad contratante y el incumplimiento de las obligaciones del contratista, máxime si se tiene en cuenta que la ejecución del contrato se encontraba financiada en un 20% (\$120.000.000) de su valor total, en razón al anticipo que le fue entregado a la contratista y que solamente se encontraba amortizado para la fecha de terminación del contrato en un 53.27%. Es decir, que el pago a un tercero del valor de las facturas que fueron endosadas, no incidió en forma suficiente y determinante en la capacidad financiera del contratista que condujera al incumplimiento de sus obligaciones contractuales (...).*

*d. No encuentra la Sala configurada la causal de nulidad por desviación de poder que se hace consistir en que la finalidad perseguida con la expedición de los actos acusados radicó en el ocultamiento del incumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante, anteriormente reseñadas y en el ocultamiento de los graves perjuicios causados a la sociedad contratista.*

*Como ya se señaló al analizar los cargos anteriores, la contratista incumplió sus obligaciones contractuales, sin que tal incumplimiento encuentre justificación en los supuestos incumplimientos que se atribuyen a la entidad contratante, de manera que mal puede aceptarse que la finalidad perseguida al declarar la caducidad del contrato fuese la de ocultar tales supuestos incumplimientos y perjuicios. Por el contrario, ante los graves y reiterados incumplimientos de las obligaciones del contratista, la entidad contratante se vio forzosamente abocada a tomar la decisión de poner término a la relación contractual.*

### **III. SEGUNDA INSTANCIA**

#### **1. DE LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el 18 de octubre de 2005, la parte actora interpone recurso de apelación (fl. 312, c. ppal, segunda instancia). En la sustentación del recurso, la cual se cita integralmente, la apelante sostuvo (fls. 347 y 348, c. ppal, segunda instancia):

*1. Ante todo debo anotar que la providencia impugnada es susceptible de apelación, y esa H. Corporación debe conocer como juez de segunda instancia, por tratarse de una acción contractual cuya cuantía excede de \$250.000.000, todo conforme al numeral 5 del artículo 132 del C.C.A.*

*2. De otro lado, me aparto de las conclusiones a que llega el a quo, en cuanto a la conducta contractual de la administración, especialmente en lo que concierne a la facultad de la entidad estatal demandada para declarar la caducidad, imponer multas y cláusula penal, para lo cual carece de competencia, según reciente jurisprudencia del Consejo de Estado. Como observará esa H. Corporación, en la Resolución 176 de febrero de 1999, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU procedió a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en una suma equivalente a \$60.000.000, la cual incluyó en la liquidación unilateral adoptada por Resolución 1408 de 23 de noviembre de 1999. En la misma resolución incluyó multas por \$31.155.030 y se confiesa que habían descontado por el mismo concepto \$12.044.970.*

*3. Pero lo más grave, como se expondrá en el alegato de conclusión, son las graves anomalías en que incurrió el IDU, al pagar facturas sin el cumplimiento de los requisitos legales, lo que condujo a que los dineros producto del contrato fueran a parar a terceras personas y no a la entidad contratista, con lo cual se le colocó en imposibilidad de continuar ejecutando cabalmente las obligaciones contractuales.*

*Por lo brevemente expuesto, ruego a su Despacho admitir la apelación que interpusé y correr traslado para alegar de conclusión, término procesal dentro del cual ampliaré los argumentos por los cuales considero que la sentencia de primera instancia debe ser revocada.*

#### **2. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, la parte demandante reiteró la falta de competencia temporal de la demandada para declarar la caducidad e imponer las demás sanciones contractuales, toda vez que de aceptarse que el contrato se extendía hasta el agotamiento de la reserva presupuestal implicaría someterlo a un plazo indefinido y dejaría sin efectos el término fijado expresamente por las partes; igualmente, insistió en las irregularidades en el pago de las facturas endosadas a la señora Olga Lucía Castro Caballero, y, por último, solicitó estudiar los argumentos de desviación de poder y violación al debido proceso propuestos en su demanda (fls. 353 a 356, c. ppal 2).

La parte demandada reiteró los argumentos de su defensa (fls. 357 a 364, c. ppal, segunda instancia).

## **IV. CONSIDERACIONES**

### **1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

#### **1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

Toda vez que dentro de la controversia está demandada una entidad estatal<sup>1</sup>, el IDU, establecimiento público del orden distrital<sup>2</sup>, la misma es de conocimiento de esta jurisdicción. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda

---

<sup>1</sup> Literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993: *“Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: // a) (...) los establecimiento públicos (...), en todos los órdenes y niveles”*.

<sup>2</sup> Según el artículo 1 del Acuerdo distrital n.º 19 del 6 de octubre de 1972, el I.D.U. se creó como un establecimiento público del orden distrital. Visto en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=940>. El 10 de febrero de 2016.

instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos<sup>3</sup>.

Por último, a través de la acción de controversias contractuales, que fue la ejercida por la parte actora, es procedente enjuiciar la legalidad de los actos administrativos contractuales, como lo son el de caducidad y liquidación unilateral demandados, así como pedir el incumplimiento contractual de una de las partes del contrato.

## **1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos del contrato de prestación de servicios de mensajería n.º 175 del 12 de noviembre de 1996, además de ser autores y destinatarios de los actos administrativos cuestionados.

## **1.3. La caducidad**

De entrada es preciso señalar que para el cómputo de la caducidad de la acción contractual, antes y durante la vigencia de la Ley 446 de 1998, de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación distinguió los contratos que requerían de

---

<sup>3</sup> Teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue presentado el 18 de octubre de 2005, le resulta aplicable el artículo 1 de la Ley 954 del mismo año, que adelantó la aplicación de las reglas de competencia por cuantía para la jurisdicción contencioso administrativa contenidas en la Ley 446 de 1998, para aquellos recursos de apelación que se presentaran entre el 28 de abril del año en cita, cuando entró en vigencia la referida ley, y el 1 de agosto de 2006, fecha en que entraron en funcionamiento los juzgados administrativos (ver: art. 624 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887). En consecuencia, como la mayor de las pretensiones es por la suma de \$280.000.000 (fl. 6, c. ppal), es claro que para el año 2002, cuando se presentó la demanda (fl. 29 rev., c. ppal), la controversia superaba el valor exigido para que tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación, esto es por encima de \$154.500.000 (500 s.m.l.m.v., num. 6 del art. 40 de la Ley 446 de 1998). Sobre el punto ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 22 de agosto de 2007, exp. 31.450, M.P. Enrique Gil Botero.

liquidación de aquellos que no debían cumplirla<sup>4</sup>. Para los primeros, el término de caducidad dependía de si se cumplía o no con la obligación de liquidar. Cumplida esa carga, bien sea bilateral o unilateralmente, el término de caducidad tenía como referente cualquiera de esos dos momentos. Incumplida esa obligación<sup>5</sup>, las partes bien podían liquidar de común acuerdo o unilateralmente dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los plazos de liquidación bilateral y unilateral originales o recurrir al juez del contrato dentro del mismo término. Para aquellos que no requerían de liquidación, el término de caducidad tenía como referente la terminación del contrato o los motivos de hecho o derecho que dieran lugar a la reclamación judicial.

En el presente asunto, se tiene que el contrato en estudio estaba sometido al trámite de liquidación, en tanto su régimen jurídico correspondía al de la Ley 80 de 1993 y se trataba de un contrato de tracto sucesivo.

De la misma forma, es preciso aclarar que la ejecutoria de los actos administrativos atacados antes de la liquidación del contrato no da lugar al inicio del cómputo de la caducidad desde ese momento, toda vez que, se reitera, la jurisprudencia de esta Corporación tiene establecido que el término de caducidad para los contratos sometidos al trámite de liquidación, sólo empieza a computarse desde cuando este último se ha realizado, dentro del término legal, o frustrado, según el caso.

En ese orden, precisa señalar que en el presente asunto el cuestionamiento de la caducidad tiene unas implicaciones innegables frente a la liquidación

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 2000, exp. 12.513, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>5</sup> Se entendía de esa forma, si la liquidación bilateral no se verificaba dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o, en su defecto, en el plazo fijado por el pliego de condiciones o términos de referencia, o si vencido ese plazo no se liquidaba unilateralmente dentro de los dos meses siguientes.

unilateral, toda vez que el fundamento de la demanda es que fue la entidad demandada la que incumplió y, en consecuencia, solicita que se declare ese incumplimiento. De manera que de prosperar esa pretensión, el balance financiero cambiaría dramáticamente, en tanto del incumplimiento del contratista, se pasaría al del IDU.

En esa dirección, la Subsección A, en vigencia de la Ley 80 de 1993, ha precisado la relación concatenada entre los actos administrativos de declaratoria de caducidad y de liquidación unilateral, con el fin de concluir que el término de caducidad de la acción se cuenta desde el último en mención. Efectivamente, en un caso donde también se demandó la declaratoria de caducidad y la liquidación unilateral, como ocurre en el *sub lite*, dicha Subsección, con argumentaciones que en este asunto se recogen, tuvo la oportunidad de precisar<sup>6</sup>:

*2.2. Relación entre el acto administrativo de caducidad del contrato y el acto de liquidación unilateral.*

*Acerca de la noción de acto administrativo, la doctrina distingue varias categorías, de especial trascendencia en relación con la firmeza de los actos, los medios de impugnación y el control jurisdiccional de los mismos; así por ejemplo, se refiere a la clasificación por razón del contenido instrumental o sustancial entre los actos preparatorios o de trámite, los actos definitivos o resolutorios, los actos confirmatorios o reproductorios, siendo estos últimos los que simplemente confirman en todas sus partes la resolución sustancial.*

*Igualmente, en lo que importa para el caso en exámen, la siguiente clasificación, ayuda a apreciar la relación y a la vez la diferencia que existe entre el acto que declara la caducidad del contrato y el que, como consecuencia del mismo, adopta la liquidación unilateral: se distingue entre los actos resolutorios y actos confirmatorios sustantivos, los cuales tienen cada uno contenido sustancial y autónomo pero se encuentran relacionados, dando lugar a los que la doctrina ha denominado actos encadenados, así:*

*“La sustantividad propia del acto confirmatorio se da cuando se trata de un acto vinculado a otro anterior en el seno de un “iter procedimental”, como*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 31.755, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

ocurre en el caso de los actos de ejecución y los denominados “actos encadenados”.

(...)

*En el caso de los “actos encadenados” también se utiliza como criterio para aplicar o no la excepción de acto confirmatorio, la idea de que tenga o no “sustantividad impugnatoria propia”. La figura de los actos encadenados se presenta muy singularmente en los procedimientos de expropiación, contratación y selección de personal. “<sup>7</sup>*

*Se trata entonces de dos clases de actos resolutorios, esto es que cada uno contiene una decisión sustancial con efectos jurídicos diversos entre sí, los cuales presentan un contenido diferente pero encadenado o secuencial.*

*Una vez establecida la relación entre los actos administrativos que se vienen comentando –caducidad y liquidación unilateral-, se plantea ahora el problema jurídico consistente en determinar el momento en que se debe iniciar el cómputo de la caducidad de la acción en el caso de la impugnación conjunta de ambos actos, tal como sucede cuando se acude a demandarlos mediante la acción que corresponde, en este caso la acción contractual.*

*Dicho problema consiste en establecer si en el caso planteado la caducidad de la acción contractual se encuentra sometida a dos términos independientes -con plazos que, en caso afirmativo, se establecerían en forma separada de acuerdo con las fechas de ejecutoria de cada uno de los respectivos actos- **o, por el contrario, si para este evento se predica un solo término y único término de caducidad de la acción contractual, el cual correría a partir de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato.***

*Para la Sala el asunto planteado se resuelve claramente en favor de la segunda hipótesis mencionada, de conformidad con lo dispuesto expresamente en la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo<sup>8</sup>, norma legal en cuya virtud se determina la oportunidad para el ejercicio de la acción, sin distinguir entre sus posibles pretensiones, tanto las referidas al acto de caducidad del contrato como la de obtener la nulidad judicial de la liquidación unilateral que sucede como consecuencia del anterior, conclusión que se robustece con la identificación*

---

<sup>7</sup> Cita original: Muñoz Machado Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV, La Actividad Administrativa, Editado por Lustel, Madrid - España, primera edición 2011, pg.45.

<sup>8</sup> Cita original: En el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se reguló, en similar forma, la oportunidad para presentar la demanda, en tratándose de la acción contractual respecto de los contratos sujetos a liquidación, de acuerdo con el numeral 2), letra j), subliteral v) del artículo 164, contenido en la ley 1437 de 2011, vigente para las demandas y procesos que se instauren con posterioridad al 2 de julio de 2012.

de las siguientes relaciones que existen entre los mencionados actos administrativos:

*El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece el contenido del acto administrativo que decreta la caducidad del contrato y dispone que en el mismo acto se debe ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre, por lo cual se confirma aquí una secuencia obligada entre los dos actos administrativos que en este sentido se encuentran “encadenados” sin perder la sustantividad propia de cada uno y permite concluir que en el caso de la caducidad contractual, el acto de liquidación del contrato cumple, desarrolla y concreta una disposición contenida en el acto de caducidad.*

*Desde el punto de vista del contenido material, en el acto de liquidación del contrato se establece el estado financiero del mismo al momento de su terminación, el cual determina las sumas a favor o a cargo de cada una de las partes. Tratándose del acto administrativo de liquidación unilateral que se presenta como consecuencia de la caducidad, normalmente el estado financiero final arroja una cuenta por cobrar a cargo del contratista por virtud del incumplimiento contractual que se declara en la decisión de caducidad, toda vez que implica la devolución del anticipo no invertido y por lo tanto no amortizado con la obra incumplida, la exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria que se hubiere pactado, así como la exigibilidad de la garantía de cumplimiento, además de que la caducidad conlleva la exclusión o rechazo de cualquier indemnización, esto último de acuerdo con los dictados del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.*

*Es importante reflexionar que en lo sustancial el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato estatal tiene un contenido técnico, mediante el cual se concretan las cifras, con base en la realidad fáctica y jurídica, que reflejan la ejecución y terminación del contrato, acerca de lo cual se particulariza que tratándose de la liquidación que se despliega como consecuencia de la caducidad contractual, la realidad contractual se encuentra determinada por el incumplimiento decretado por virtud del acto administrativo de caducidad, el cual precisamente se cuantifica en el estado financiero de liquidación.*

*La relación estrecha que existe entre el acto administrativo de caducidad contractual y el acto de liquidación unilateral que se expide como consecuencia del primero, permite explicar que sólo cuando el acto administrativo de liquidación unilateral se expida y adquiera firmeza se habrá determinado el cuántum de las sumas que, a su favor, la Administración exige y, por lo tanto, mediante el acto de liquidación se concreta el efecto financiero directo de la caducidad impuesta.*

*Teniendo en cuenta las anotaciones anteriores, las cuales permiten confirmar la relación existente entre de los comentados actos encadenados, se encuentra la justificación plena de la pertinencia de demandar ambos actos a través de una sólo (sic) y misma acción judicial,*

caso en el cual, por razón de la misma cadena o secuencia obligada entre los actos se debe tener como único término de caducidad de la acción contractual el que estableció la Ley 446 de 1998 para los contratos sujetos a liquidación, contemplado para la época en que se presentó la demanda en el numeral 10, letra d) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo<sup>9</sup>, el cual se establece precisamente a partir de la firmeza del acto de liquidación del contrato y no desde la fecha del acto que decretó la caducidad contractual o confirmó la misma.

En este sentido se reitera la tesis jurisprudencial que ha sostenido el Consejo de Estado acerca del cómputo de la acción contractual, en el supuesto de la demanda conjunta a los actos de caducidad y liquidación unilateral:

*“Es válido sostener, como lo hace el Municipio de Gama, que el término de caducidad de la acción no puede empezar a contarse desde el momento en que la entidad resolvió la solicitud de revocatoria directa que presentó el contratista, pues si bien es cierto que cuando no se interponen recursos contra una decisión cabe formular esta solicitud, en cualquier tiempo -art. 70 CCA.-, también lo es que el artículo 72 del CCA. previene que “Ni la petición de revocatoria de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contenciosas...”.*

*De lo anterior se deduce que la respuesta a dicha solicitud no puede constituir el punto de partida del cómputo de la caducidad, y, en su lugar, deber serlo el de la decisión inicial, esto es, la que no fue recurrida.*

*No obstante, lo anterior no significa que la acción se encuentre caducada, pues si la resolución que caducó el contrato fue proferida el 1 de diciembre de 1998, **los dos años de la caducidad de la acción no se deben contar desde la fecha en que quedó ejecutoriada esta decisión -como lo sugiere el Municipio de Gama-**, pues a partir de esa fecha se debe contar el plazo para la liquidación del contrato, el cual, a falta de pacto expreso sobre el término en que las partes debían hacerlo será el legal, esto es, cuatro (4) meses para la liquidación bilateral -art. 60 de la ley 80-, y dos meses más para la liquidación unilateral -art. 136, numeral 10 literal d) del artículo 136 del C.C.A-*

*Es necesario aclarar que el deber de efectuar la liquidación de un contrato no sólo procede cuando el contrato se termina de manera normal -por cumplimiento de las obligaciones-, sino también cuando tal cosa ocurre de manera anormal, como cuando se declara la caducidad del mismo.*

---

<sup>9</sup> Cita original: Sustituido por el Artículo 164, numeral 2, letra j) subliteral v) de la Ley 1437 de 2011, aplicable a los procesos iniciados a partir de 2 de julio de 2012.

*Este deber se encuentra expresamente consagrado en el artículo 18, inc. 1, de la ley 80, el cual establece que en el acto en el cual se declare la caducidad se "... ordenará la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre."*

*De la norma citada debe entenderse que, una vez se encuentre en firme la caducidad, se debe proceder a liquidar el contrato, en forma bilateral, dentro del término pactado por las partes, o en su defecto en el previsto por la ley.*

*En caso de que no se logre la liquidación bilateral, la administración deberá hacerlo unilateralmente, dentro de los 2 meses siguientes, término a partir del cual se debe empezar a contar el plazo de 2 años para la caducidad de la acción contractual."<sup>10</sup> (Se ha destacado la negrilla) (se destaca y resalta).*

De lo anterior se ratifica la regla general para el cómputo de la caducidad de la acción para los contratos sometidos al trámite liquidatorio, esto es, desde que se liquidan o debieron liquidarse.

Con todo, precisa la Sala que podrá demandarse el acto que declara la caducidad del contrato a partir de su ejecutoria, toda vez que la liquidación contractual no es un presupuesto de la acción<sup>11</sup>; sin embargo, el término de la caducidad de la acción, en aquellos casos que requieran liquidación, solamente

---

<sup>10</sup> Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, noviembre 30 de 2006, radicación número: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832), actor: Asesoramos SCA., demandado: Municipio de Gama, referencia: acción contractual.

<sup>11</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2013, exp. 26.707, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Sobre el particular se precisó: "(iii) En todo caso y sin perjuicio que no pueden pasarse por alto, los actos que preceden a la liquidación no se confunden con ésta de modo que su mención en el acto de liquidación unilateral no tiene efecto distinto a realizar el cruce de cuentas. De modo que las controversias en contra del ejercicio liquidatorio, amén de otras decisiones contractuales, bien pueden entablarse conjunta o separadamente, pero siempre habrán de individualizarse los actos administrativos objeto de la impugnación judicial. // Vale precisar que la posibilidad de demandar separadamente tiene como limitante que, una vez presentada la demanda en contra de los actos distintos a aquellos contentivos de la liquidación final, no se puede volver sobre los primeros, así se cuestione judicialmente esta última, porque de ser así se vaciaría el objeto de la litis previamente entablada. Ese entendimiento permite a su vez superar las excepciones de pleito pendiente o cosa juzgada, toda vez que se tratan de causas complementarias, que no iguales, al punto que en su conjunto permitirán dilucidar el balance final del contrato".

empezará a computarse a partir del momento en que venció la oportunidad para hacerlo o se liquidó el contrato, como corresponde a la regla general<sup>12</sup>.

En conclusión, si los actos administrativos contractuales adquieren firmeza antes de que se venza el término para liquidar bilateral o unilateralmente el contrato, que generalmente corresponde a seis meses entre ambos trámites (salvo que se pacte un término diferente para el acuerdo entre las partes), el término de la caducidad de la acción en caso de ser demandados dichos actos y la declaratoria de liquidación unilateral, se cuenta desde el día siguiente al vencimiento del referido periodo liquidatorio, hasta el fenecimiento de los dos años para presentar la demanda, lo cual además garantiza un mayor acceso a la administración de justicia.

Al descender al caso en estudio, se tiene que la terminación del plazo contractual quedó atado a dos momentos, en los términos de la cláusula novena: hasta el 31 de diciembre de 1997 o hasta cuando *“se agot[ara] la partida presupuestal destinada para el cumplimiento de su objeto”* (fl. 39, c. 2). En tal sentido, se tiene que el valor del contrato fue de \$600.000.000 (cláusula tercera, fls. 37 y 38, c. 2) y que de ese valor sólo se ejecutó el 53.97%, según lo consignado en la resolución n.º 1408 del 23 de noviembre de 1999, por medio de la cual el IDU liquidó el contrato n.º 176 de 1996.

Lo expuesto hasta aquí, pone en evidencia que el contrato 176 de 1996 sólo se terminó cuando quedó ejecutoriada la resolución n.º 176 del 26 de febrero de

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de febrero de 2013, exp. 21.216, M.P. Enrique Gil Botero. En esta oportunidad, la Subsección C también precisó que sólo cuando se producen actos administrativos durante el término de caducidad de la acción contractual, esto es, después de vencidos los seis meses para liquidar y sólo en ese caso, es posible romper la regla general anunciada para computar la caducidad, para en su lugar contarla desde la ejecutoria de los actos administrativos proferidos en esas condiciones. En el mismo sentido, ver: Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 26 de junio de 2015, exp. 27.274, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

1999, por la cual el IDU declaró la caducidad del contrato en estudio, toda vez que aun cuando el plazo fijado ya había expirado, no así la partida presupuestal asignada, razón por la cual seguía vigente. En ese orden, el contrato en estudio terminó el 2 de julio de 1999, día siguiente a la fecha en que se venció la fijación del edicto que notificó la resolución n.º 630 del 31 de mayo de 1999 (fls. 20 y 21, c. 2, edicto y constancia de fijación), por medio de la cual el IDU desató el recurso de reposición interpuesto por la parte actora en contra de la resolución n.º 176 mencionada.

Desde el 3 de julio de 1999, las partes contaban con cuatro meses para liquidar bilateralmente, en tanto contractualmente no se pactó nada distinto, esto es, hasta el 3 noviembre siguiente. Desde el día siguiente, 4 de noviembre de 1999, la administración contaba con dos meses más para liquidar, es decir, hasta el 4 de enero de 2000. Desde el día siguiente, se tenían dos años más para pedir la liquidación judicial, los cuales vencían el 5 de enero de 2002.

Ahora, como la liquidación unilateral se produjo el 23 de noviembre de 1999, mediante la resolución n.º 1408, dentro del límite temporal admitido, y su ejecutoria se produjo el 3 de enero de 2000, según la constancia emitida por el IDU (fl. 35, c. 2), es claro que desde esa fecha y la presentación de la demanda, el 11 de enero de 2002, no había expirado el término de caducidad de la acción contractual de dos años, toda vez que se presentó el primer día hábil, en tanto el término de caducidad venció en un día de vacancia judicial.

## **2. EL PROBLEMA JURÍDICO**

La cuestión del presente asunto se concreta en el estudio de la legalidad de las resoluciones que caducaron y liquidaron el contrato de prestación de servicios de mensajería n.º 176 del 12 de noviembre de 1996; sin embargo, la Sala limitará su estudio a los cargos formulados en la sustentación de la alzada, esto es: (i) la

falta de competencia, y (ii) el presunto incumplimiento del IDU por el endoso y pago indebido de unas facturas.

La Sala no se ocupará de los cargos de desviación de poder y violación al debido proceso, ni los demás cargos de la demanda, en tanto sólo fueron propuestos en los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, momento para el cual resultaba improcedente formularlos, toda vez que la oportunidad para sustentar la apelación ya estaba vencida.

En tal sentido, vale recordar que el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en su parte pertinente, prescribe:

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

De la anterior norma, se extraen las siguientes *sub* reglas: (i) la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, razón por la cual no se podrá agravar su situación cuando se trate de único apelante; (ii) sin embargo, el superior sólo podrá enmendar o reformar la sentencia recurrida en la parte que tenga relación con el recurso interpuesto, no obstante, podrá modificar los puntos que tengan conexidad con esas enmiendas o reformas, y ,por último, (iii) cuando apelan ambas partes podrá resolver sin limitaciones, esto es, favorecer o desfavorecer a cualquiera de los extremos de la *litis*, pero sin desbordar las inconformidades expuestas en las alzadas<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31.170, M.P. Enrique Gil Botero. En esa oportunidad se precisó: “*Debe advertirse que el estudio que abordará la Sala se contrae a desatar la inconformidad de las partes. En este sentido, la Sala se circunscribirá a los aspectos arriba señalados, pues su competencia, según el art. 357 del CPC., se reduce a examinar dicho asunto, no siendo posible que aborde otros, so pena de violar el principio de la congruencia. // En ese sentido, la Sala Plena de la Sección*

### **3. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CADUCIDAD Y LIQUIDACIÓN UNILATERAL**

#### **3.1. Del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios de mensajería n.º 175 del 12 de noviembre de 1996**

De entrada, precisa advertir que para el 12 de noviembre de 1996<sup>14</sup>, cuando se firmó el contrato en estudio, el IDU se encontraba sometido a las previsiones del Decreto 1421 de 1993<sup>15</sup>, que reguló, entre otros aspectos, lo relativo a la contratación del Distrito y sus entidades descentralizadas, sin perjuicio de que en los aspectos no regulados en él se remitiera al Estatuto General de Contratación Pública<sup>16</sup>, para lo cual esas últimas normas entrarían a regir para las mencionadas entidades distritales desde su promulgación<sup>17</sup>, es decir, el 28 de

---

*Tercera del Consejo de Estado, estableció que la competencia del juez de la segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que exprese el recurrente en el escrito de apelación, de allí que, en el asunto sub examine esta Subsección se restringirá a estudiar sólo lo referente a los perjuicios reconocidos a los demandantes en primera instancia, y la concurrencia de culpas, pues en eso radican los argumentos expuestos por las partes en los recursos de apelación". Reiterada por esta Subsección, en sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 35045, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.*

<sup>14</sup> La Ley 80 del 28 de octubre de 1993, salvo algunos artículos, entró a regir desde el 1 de enero de 1994, según lo dispuso el artículo 81 de esa misma norma. Ahora, en lo que respecta al Distrito Capital esa ley entró a regir desde su promulgación, en los términos del párrafo del artículo 144 del Decreto 1421 de 1993.

<sup>15</sup> Dicha norma empezó a regir el 22 de julio de 1993 con su publicación en el Diario Oficial 40.958 de esa misma fecha.

<sup>16</sup> En su artículo 144 dispuso: "*Normas generales. Las normas del estatuto general de contratación pública se aplicarán en el Distrito y sus entidades descentralizadas en todo aquello que no regule el presente decreto. // Las operaciones de crédito público se someterán a las normas vigentes sobre la materia*".

<sup>17</sup> El párrafo del mismo artículo 144 prescribió: "*Las normas del estatuto general de la contratación pública regirán en el Distrito a partir de su promulgación, inclusive las que tengan señalada fecha de vigencia posterior en el mismo estatuto. No obstante lo anterior, las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes sólo se aplicarán a partir de la fecha prevista en el estatuto general. Entre tanto el Distrito utilizará, cuando a ello haya lugar, el registro que reglamentan las disposiciones vigentes*".

octubre de 1993. En consecuencia, el régimen jurídico del contrato en estudio deberá estarse a las particularidades expuestas.

### **3.2. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas documentales que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes; además, los documentos obran en copia simple y auténtica, siendo posible valorar los primeros en los términos de la jurisprudencia de esta Sección<sup>18</sup>. De todo ese conjunto probatorio se tiene:

3.2.1. El 12 de noviembre de 1996, el IDU y la sociedad Envío Express S.A. suscribieron el contrato de prestación de servicios de mensajería n.º 175, del cual se destacan las siguientes cláusulas (fls. 36 a 42, c. 2):

*CLÁUSULA PRIMERA- OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete para con el IDU a llevar a cabo la distribución certificada o especializada correspondiente a los ejes 1-5, 6-7 y 8, y corriente o normal correspondiente a los ocho (8) ejes notificados, de la facturas de la contribución de Valorización Local Plan de Desarrollo “FORMAR CIUDAD”, de conformidad con su propuesta presentada dentro de la Licitación número IDU-SF-03-96 y con el presente contrato. CLÁUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Además de las derivadas del presente contrato y de la ley, deberá desarrollar el objeto contratado según el cronograma de actividades, el plan de trabajo propuesto y de acuerdo con el siguiente proceso operativo: 1) Recolección de facturas, medios magnéticos, volantes, circulares o cualquier otro documentos en las instalaciones del IDU o del SICE. 2) Transporte de los documentos hasta los respectivos centros de operaciones. 3) Grapado de la factura con los volantes o el documento del caso. 4) Zonificación de las facturas a través del software de enrutamiento y simultáneamente elaboración de la respectiva guía, la cual debe anexarse a la factura correspondiente. 5) Clasificación, zonificación, distribución y manejo de los envíos. 6) Salida a terreno y entrega personalizada de las facturas, en número de treinta y cinco mil (35.000) por día calendario, la dirección del predio o del sitio de cobro y firma de la persona como*

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

constancia de entrega. 7) Actualización de la base de datos que suministre el IDU, con la información recolectada al momento de entregar las facturas, efectuando la transcripción de la información al proceso sistematizada que tenga el CONTRATISTA, indicando las facturas entregadas, devueltas, o aquella causal que no permitió su entrega; esta codificación deberá estar insertada en la base de datos, con el fin de que se puedan consultar determinadas inconsistencias durante todo el proceso. 8) Suministrar el programa que maneje la base de datos que será instalada en un microcomputador para ejercer los controles que requiera el IDU; programa que debe permitir tanto la consulta como el listado de cualquier opción requerida. 9) Elaboración de los reportes o planillas en resúmenes y detallados a nivel de facturas; aplicación que se debe contemplar en la base de datos suministrada por el CONTRATISTA. 10) Devolución al IDU de las pruebas de entrega para su correspondiente revisión y control. 11) Entrega a la Subdirección Financiera de las facturas devueltas, mediante planilla y en medio magnético, indicando las causas de la no entrega. 12) Entrega de informes parciales y/o definitivos al Subdirector Financiero del IDU o su delegado. PARÁGRAFO ÚNICO: Teniendo en cuenta que el correo certificado requiere de un manejo y tratamiento especializado, el CONTRATISTA deberá acreditar un sistema de constancia o certificación de entrega y recibido de la factura, acorde con las características establecidas en el parágrafo del artículo 6 del Decreto número 229 de 1995. Por consiguiente deberá entregar al IDU el original del listado, planilla o formato establecido, para la correspondiente revisión, vigilancia, visitas de campo y control del contrato, dentro del plazo establecido en el cronograma actividades y plan de trabajo. CLÁUSULA TERCERA: VALOR: Para efectos legales, el valor del presente contrato se estima en la suma de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$600.000.000) moneda corriente, de conformidad con la resolución de adjudicación. PARÁGRAFO PRIMERO: El costo real será el que resulte de multiplicar el número de facturas entregadas, por el valor de las tarifas certificada y corriente (...). CLÁUSULA QUINTA: FORMA DE PAGO: El IDU cancelará al CONTRATISTA el valor estipulado en la cláusula tercera, de la siguiente manera: 1) Un veinte por ciento (20%) del valor total del contrato como suma anticipada, una vez cumplidos los requisitos para iniciar la ejecución del mismo. 2) El ochenta por ciento (80%) restante, se cancelará por actas dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la orden de pago, previa presentación del informe resumen de planillas, número de facturas certificadas y normal o corriente, liquidación acompañada de las planillas de entrega y los disquetes o cintas magnéticas y las actas de cobro prenumeradas, debidamente evaluados y autorizados por el Subdirector Financiero o su delegado. PARÁGRAFO: De cada cuenta se amortizará el veinte por ciento (20%) de la suma anticipada, hasta completar el ciento por ciento (100%) de esta (...). CLÁUSULA NOVENA. PLAZO: El presente contrato deberá ejecutarse en el término comprendido entre la fecha en que se cumplan los requisitos para iniciar la ejecución del mismo y el 31 de diciembre de 1997, o hasta cuando se agote la partida presupuestal destinada para el cumplimiento de su objeto. CLÁUSULA DÉCIMA. VIGENCIA: La vigencia del presente contrato comprende el plazo para su

*ejecución y dos (2) meses más (...) CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. CADUCIDAD: El IDU declarará la caducidad administrativa de este contrato, cuando se configure la causal prevista en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, o cuando se compruebe un margen de error en la distribución de las facturas, superior al cinco por ciento (5%), sobre las muestras efectuadas por la Interventoría. PARÁGRAFO ÚNICO: El acto administrativo que declare la caducidad dará por terminado el contrato y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre y se notificará personalmente o por edicto, de acuerdo con lo dispuesto en el Libro Primero, Título I, Capítulo X del Código Contencioso Administrativo; contra dicha providencia procederá el recurso de reposición.*

3.2.2. El 15 de noviembre de 1996, la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A. expidió la póliza única de cumplimiento n.º 7146370, con el fin de garantizar la entrega del anticipo, el cumplimiento, las prestaciones sociales y la calidad del contrato n.º 175 de 1996 (fl. 184, c. 3). El 1 de julio de 1998 la referida póliza fue modificada en todas sus coberturas, las cuales quedaron con vencimiento hasta el año 2002 (fls. 409 y 410, c. 3).

3.2.3. El 6 de diciembre de 1996, mediante acta n.º 1, las partes dieron por iniciada la ejecución del contrato n.º 175 de 1996 (fls. 315 y 316, c. 3).

3.2.4. El 18 y 24 de febrero, el 7 y 14 de marzo, el 8 de abril, el 13 de junio, el 17 y 22 de julio de 1997, el interventor, dentro de las reuniones realizadas con el contratista, le manifestó las irregularidades y quejas por la entrega de la correspondencia (fls. 207 a 215, 282, 283, 299 a 302, 310 a 314, c. 3). Igualmente, entre septiembre y diciembre de 1997 y febrero de 1998, el interventor requirió al contratista sobre la entrega de las facturas de algunos contribuyentes (fls. 457 a 486, c. 3).

3.2.5. El 27 de julio de 1997, las partes suscribieron el contrato adicional n.º 1, con el fin de precisar que el contratista “se compromet[ía] para con el IDU a entregar 250.000 facturas correspondientes al cobro de valorización del eje

*número uno (1) en un término de cinco (5) días, contados a partir del 29 de julio y/o del día en que el IDU le de las instrucciones respectivas” (fl. 138, c. 3).*

3.2.6. El 1 de diciembre de 1997, mediante oficio UOC-7200-0191, el interventor del contrato solicitó a la Subdirección Legal del IDU que se le informara el procedimiento para multar al contratista, habida consideración de los reiterados incumplimientos en las pruebas de entrega de la correspondencia (fl. 337, c. 3).

3.2.7. El 19 de enero de 1998, dentro del trámite para la imposición de multas, en el acta de descargos, sobre los incumplimientos en las constancias de entrega y las quejas de los contribuyentes, el contratista, a través de su Vicepresidente comercial, manifestó que *“debido al volumen de facturas que maneja el contratista, existen dificultades para el manejo de la información que permita buscar rápidamente las pruebas de entrega del correo certificado”*. En esa misma acta, el contratista se comprometió a enviar los reportes de la gestión realizada con mayor agilidad (fls. 205 y 206, c. 3).

3.2.8. El 31 de marzo de 1998, mediante oficio UO-7200-098, el interventor del contrato reiteró a la Subdirección Legal los hechos constitutivos de incumplimiento por parte del contratista debido a la omisión de demostrar la entrega de la factura o su devolución. Igualmente, advirtió que diariamente se tenían que entregar 60 duplicados de facturas porque los contribuyentes manifestaban que no las recibían. Por último, señaló que el contratista no explicó ni remedió esos incumplimientos, razón por la cual solicitó la imposición de multas (fls. 193 a 195, c. 3).

3.2.9. El 2 de abril de 1998, el contratista rindió explicaciones al IDU sobre las pruebas de entrega de algunas facturas, así como la suerte de la entrega de las mismas (fls. 439 a 444, c. 3).

3.2.10. El 3 de abril de 1998, el contratista, a través de su representante legal Jaime Muñetón González, informó al IDU que endosaba en propiedad y de manera irrevocable las siguientes facturas cambiarias de transporte a favor de la señora Olga Lucía Castro Caballero (c. 3):

<b>FACTURA N.º</b>	<b>VALOR</b>	<b>Folios</b>
46212	\$8.003.484	38 y 39
46354	\$8.906.415	42 y 43
23088 <sup>19</sup>	\$2.544.121	59 y 61
23282 <sup>20</sup>	\$57.729.384	70 y 163

Las anteriores facturas fueron presentadas en original, de acuerdo a la certificación del 7 de octubre de 2002 expedida por el Subdirector Técnico de Tesorería y Recaudo del IDU (fls. 2 y 3, c. 3).

3.2.11. El 8 de abril de 1998, mediante resolución n.º 262, el IDU impuso una multa al contratista por valor de \$43.200.000. Para el efecto, sostuvo (fls. 109 a 111, c. 3):

*Que mediante oficio UOC-7200-0191 de diciembre 1 de 1997, el Coordinador del Contrato solicitó a la Subdirección Legal del Instituto aplicación de sanciones por el incumplimiento en el suministro de las pruebas de entrega de la facturación certificada y los informes resumidos y detallados que permitieran la supervisión del contrato.*

*Que en cumplimiento a lo solicitado por el Coordinador y teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusula décima tercera se realizó reunión de descargos el día 19 de enero de 1998, en dicha reunión se acordó, por parte del contratista, dar respuesta oportuna a los requerimientos de la interventoría y a la fecha no se ha recibido respuesta "satisfactoria" de ninguno de los requerimientos anteriormente relacionados; por respuesta satisfactoria se entiende aquella que permita determinar con exactitud la entrega de la facturación y que además sea oportuna. En cada caso se debe presentar la*

<sup>19</sup> Esta factura fue reemplazada por la n.º 47849 del 16 de junio de 1998, por errores en la facturación por parte del contratista (fls. 53, 57 y 59, c. 3).

<sup>20</sup> Esta factura fue reemplazada por la n.º 48940 del 1 de septiembre de 1998, por errores en la facturación por parte del contratista (fls. 70, 57 y 163, c. 3).

*certificación de entrega del primer envío y los controles de entrega a los courriers de las subsiguientes entregas. Esto no se ha cumplido, en concepto del interventor porque las respuestas han sido insustanciales y tardías.*

*Que a pesar de comprometerse el contratista a agilizar los reportes y optimizar el sistema de archivo, nuevamente se presentó un elevado número de reclamaciones de contribuyentes, con relación a que no se habían recibido las facturas o a que se habían recibido el mismo día de vencimiento, inclusive en días posteriores (...).*

*Que el día 22 de enero de 1998, se solicitó al contratista los informes detallados y estadísticos de las entregas, devoluciones y motivos de devolución con fecha límite para entregarlo el 26 de enero, sin embargo se amplió el plazo para entregarlo el pasado 2 de febrero, sin que el contratista hubiera entregado dicho informe.*

*Que el Coordinador mediante oficio UO-7200-098 del 31 de marzo de 1998, comunicó a la Subdirección Legal los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones cumpliendo el procedimiento establecido en la cláusula décima tercera del contrato. Este informe fue recibido por la Subdirección Legal, la cual una vez analizado consideró que es pertinente la aplicación de la multa.*

*Que adicionalmente, el área de atención al cliente debe entregar diariamente en promedio sesenta (60) duplicados de factura porque a los predios contribuyentes (excluyendo lotes) no han llegado los recibos correspondientes, lo cual implica otro incumplimiento.*

3.2.12. El 11 de mayo de 1998, el contratista, a través de su representante legal Jaime Muñetón González, informó al IDU que endosaba en propiedad y de manera irrevocable la siguiente factura cambiaria de transporte a favor de la señora Olga Lucía Castro Caballero (c. 3):

<b>FACTURA N.º</b>	<b>VALOR</b>	<b>Folios</b>
46686	\$8.022.486	45 y 46

La anterior factura fue presentada en original, de acuerdo con la certificación del 7 de octubre de 2002 expedida por el Subdirector Técnico de Tesorería y Recaudo del IDU (fls. 2 y 3, c. 3).

3.2.13. El 15 de mayo de 1998, el contratista, a través de su representante legal Jaime Muñetón González, informó al IDU que endosaba en propiedad y de manera irrevocable las siguientes facturas cambiarias de transporte a favor de la señora Olga Lucía Castro Caballero (c. 3):

<b>FACTURA N.º</b>	<b>VALOR</b>	<b>Folios</b>
47321 <sup>21</sup>	\$16.450.771	51 y 52
47.640 <sup>22</sup>	\$7.548.382	60 y 62

Las anteriores facturas fueron presentadas en original, de acuerdo con la certificación del 7 de octubre de 2002 expedida por el Subdirector Técnico de Tesorería y Recaudo del IDU (fls. 2 y 3, c. 3).

3.2.14. El 19 de mayo de 1998, mediante auto 410-3844, la Superintendencia de Sociedades ordenó la apertura del proceso concordatario de la sociedad Envío Express S.A. (fls. 430 a 435, c. 3). En consecuencia, en su artículo tercero dispuso: *“PREVENIR al deudor, que sin la autorización previa del Superintendente de Sociedades, ni por sí ni por interpuesta persona, podrá realizar enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de los negocios de la empresa, ni constituir cauciones, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, afectando bienes propios o los que provengan de sus activos, ni reformas estatutarias, de conformidad con lo previsto en el numeral 3, artículo 98 de la Ley 222 de 1995”* (fl. 432, c. 3).

3.2.15. El 23 de junio de 1998, se inscribió en el registro mercantil de la sociedad Envío Express la iniciación de su proceso concordatario y el nombramiento de la junta provisional de acreedores, tal como lo ordenó el auto n.º 410-3844 de la

---

<sup>21</sup> Esta factura fue cambiada por el contratista, debido a errores en la facturación del servicio, por la n.º 47.848 del 16 de junio de 1998 (fls. 51, 53 y 57, c. 3).

<sup>22</sup> Esta factura fue cambiada por el contratista, debido a errores en la facturación del servicio, por la n.º 47.847 del 16 de junio de 1998 (fls. 53, 57 y 60, c. 3).

Superintendencia de Sociedades arriba referido (fls. 155 y 158, c. 3, certificado de existencia y representación del 19 de febrero de 1999).

3.2.16. El 29 de julio de 1998, la Subdirectora Financiera del IDU requirió a la contratista para que aportara las pruebas de entrega de 54.503 facturas correspondientes al eje n.º 5 (fl. 109, c. 3).

3.2.17. El 14 y 18 de septiembre de 1998, el representante legal de Envío Express S.A. reiteró su solicitud para que los dineros de las facturas 46212, 46354, 46686, 47847 (47640), 47848 (47321), 47849 (23088) y 48940 (23282) se pagaran a favor de la señora Olga Lucia Castro Caballero, teniendo en cuenta su calidad de endosataria de los referidos documentos (fls. 8, 33 y 34, c. 4).

3.2.18. El 14 de octubre de 1998, los señores Alirio Barbosa Peña y Edgar Villarreal, accionistas de Envío Express S.A., dirigieron una solicitud al IDU, en los siguientes términos (fls. 103 y 104, c. 2):

*1. El representante legal de compañía, doctor JAIME MUÑETÓN GONZÁLEZ, endosó varias facturas a favor de la señora OLGA LUCÍA CASTRO CABALLERO, como consecuencia de operaciones que, en nuestro sentir, son producto de acreencias preconcordatarias;*

*2. Aunado a lo anterior, los dineros que supuestamente ingresaron a la compañía y que motivaron los endosos, no aparecen fielmente reflejados en los balances; situación que, lógicamente, hace peligrar la estabilidad económica de la empresa más aun cuando esta se encuentra en concordato preventivo;*

*3. Entendemos que los endosos no fueron hechos en la forma ni en los términos previstos en la ley mercantil ni cumplen con los requerimientos de orden interno que posibiliten el pago a favor de la citada señora CASTRO CABALLERO. Noten uds que las facturas aparecen endosadas con posterioridad a la fecha (mayo 20 de 1998) en que la Superintendencia de Sociedades admitió a ENVÍO EXPRESS S.A. en concordato;*

*4. La situación planteada fue consultada con el dr. FERNANDO SCAPERTA (sic), Contralor designado por la Superintendencia de Sociedades, quien estima que es conveniente hacer un riguroso análisis*



*para determinar si se trata o no de obligaciones anteriores al auto de apertura, caso en el cual y según las voces de la Ley 222 de 1995 tendría solución necesaria a través del concordato;*

*5. Los dineros existentes a nuestro favor se hacen necesarios para salir de la crisis económica que llevó a ENVÍO EXPRESS S.A. a solicitar el trámite concursal.*

*6. Las condiciones con que actuamos aparecen claramente reseñadas en la copia del acta de la Junta General de Accionistas, adjunta, que demuestra que representamos más del 51% de la participación en la sociedad.*

*Por lo anteriormente expuesto, comedidamente le solicitamos pagar la totalidad de las sumas adeudas a favor de ENVÍO EXPRESS S.A.*

3.2.19. El 23 de noviembre de 1998, dentro de la visita a las instalaciones de Envío Express S.A., por parte de un delegado de la interventoría, el contratista se comprometió a enviar las pruebas de entrega en el término de 24 horas. En esa misma oportunidad, informó al IDU que por decisión de la Junta Directiva desde el 19 de noviembre del año en cita el nuevo representante legal era el señor Edgar Villarreal Rubiano (fls. 364 y 365, c. 3). A través de comunicación enviada el 25 noviembre de 1998 al IDU, el contratista confirmó el cambio de representante legal (fl. 105, c. 2).

3.2.20. El 10 y 11 de diciembre de 1998, la Dirección Técnico Legal del IDU estimó procedente el pago a la señora Olga Lucia Castro Caballero, como beneficiaria del endoso de las facturas 46212, 46354, 46686, 47847 (47640), 47848 (47321), 47849 (23088) y 48940 (23282), en tanto se cumplía con las exigencias para el efecto (fls. 16 y 17, c. 3). Es de advertir que para adoptar esa decisión, el IDU solicitó concepto jurídico a la firma Edmundo del Castillo-Restrepo, que conceptuó que de verificarse que los endosos cumplieron con todas las exigencias de la legislación mercantil e interna del IDU se debían efectuar los pagos, en atención a los principios de circulación y pago de los títulos valores; de lo contrario, debían abstenerse de realizarlos, en tanto así lo prohibía la apertura del trámite concordatario (fls. 9 a 14, c. 3). Finalmente, el pago

se efectuó a la endosataria de las referidas facturas por un valor de \$85.944.361 (fls. 109 y 110, c. 2, respuesta del Subdirector Técnico de Tesorería y Recaudo del 19 de abril de 1999 y la certificación del Banco Popular).

3.2.21. En diciembre de 1998, el interventor requirió en diferentes oportunidades al contratista para que suministrara las pruebas de la entrega de las facturas de varios contribuyentes (fls. 352 a 363, c. 3).

3.2.22. El 17 de diciembre de 1998, mediante auto n.º 410-10980, la Superintendencia de Sociedades rechazó la solicitud de la contratista de pronunciarse sobre la legalidad del endoso realizado a la señora Olga Lucía Castro de Caballero de algunas facturas generadas por los servicios prestados dentro del contrato n.º 175 de 1996, en tanto no estaba dentro de su competencia (fls. 329 y 330, c. 3).

3.2.23. El 21 de diciembre de 1998, el contratista reiteró al interventor el reemplazo de su representante legal, quien *“no suministró la información requerida para poder sustentar de una forma veraz el reparto de la facturación recibida en el mes de noviembre”*; sin embargo, señaló que después de una revisión física se pudieron encontrar 3.955 pruebas de entrega de facturas de las 4.479 facturas recibidas por parte del IDU. En todo caso, advirtió que todavía seguían en la clasificación de esas 3.955 facturas y que aún tenían más facturas sin prueba de entrega (fls. 349 y 350, c. 3).

3.2.24. El 12 de enero de 1999, el interventor solicitó al contratista el informe y las pruebas de entrega de la facturación del mes de diciembre de 1998 (fl. 348, c. 3).

3.2.25. El 15 de febrero de 1999, el contratista en comunicación dirigida al IDU, además de poner de presente la existencia de varios pagos pendientes, que la

llevaron a un punto de iliquidez que le impiden ejecutar el contrato, devolvió las facturas de febrero que le suministró el IDU (fls. 85 y 86, c. ppal).

3.2.26. El 17 de febrero de 1999, a través de comunicación STOP-7200-110, el interventor del contrato solicitó a la Dirección Técnica del IDU que se declarara la caducidad del contrato n.º 175 de 1996, para lo cual advirtió que el contratista devolvió la facturación del mes de febrero y manifestó su imposibilidad de cumplir lo pactado. Igualmente, allegó todos los soportes de la ejecución, en los cuales, a su juicio, se evidenciaban los incumplimientos del contratista (fls. 81 y 82, c. ppal).

3.2.27. El 19 de febrero de 1999, el IDU citó al representante legal de Envío Express S.A. *“a la reunión que se efectuará el veintidós (22) de febrero de 1999 a las cuatro (4) de la tarde, en el piso 8 de las dependencias de la Dirección Técnico Legal del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, ubicado en la calle 22 n.º 6-27 de esa ciudad, a fin dar cumplimiento a diligencias de tipo administrativo”* (fl. 106, c. 2).

3.2.28. El 22 de febrero de 1999, el representante legal de Envío Express manifestó al IDU su imposibilidad de asistir a la reunión referida en el numeral anterior, toda vez que su esposa estaba recluida en una fundación médica para una delicada intervención quirúrgica (fl. 107, c. 2).

3.2.29. En la misma fecha, en la respectiva acta de la reunión, los funcionarios del IDU dejaron constancia de que a pesar de ser notificado, el contratista no compareció para llevar la discusión de diligencias de tipo administrativo. Igualmente, consignaron que la excusa presentada el 22 de febrero de 1999, por parte del representante legal de la firma Envío Express, relacionada con el estado de salud de su esposa, resulta inaceptable, en tanto bien podía asistir su suplente (fls. 369 y 370, c. 3).

3.2.30. El 26 de febrero de 1999, mediante resolución 0176, el IDU declaró la caducidad del contrato n.º 175 de 1996, con base en los múltiples incumplimientos advertidos anteriormente, principalmente por la omisión de suministrar las pruebas de la entrega de la correspondencia. Igualmente, se ordenó hacer efectiva la cobertura de cumplimiento y la cláusula penal pecuniaria. En esa oportunidad, consideró (fls. 1 a 5, c. 2):

*Que la interventoría después de analizar el desenvolvimiento del contrato y los resultados de la diligencia adelantada el día 23 de noviembre de 1998, en las instalaciones de la firma contratista, con el fin de establecer de manera directa el manejo de la facturación entregada para su reparto y determinar las causas de los reiterados incumplimientos, presentó la solicitud de declaración de caducidad del contrato mediante el memorando STOP-7200-110 de 17 de febrero de 1999, fundamentándose en los hechos que pudo comprobar, todo lo cual consta en el informe respectivo y en la documentación que soporta los múltiples requerimientos que se le formularon y que de por sí configuran el incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del contrato, quedando corroborado aún más con el oficio radicado en el IDU con el número 08646 de febrero 15 de 1999, mediante el cual el contratista devolvió las facturas enviadas para la distribución del mismo mes, esgrimiendo razones carentes de sustento (...).*

*Que basados en el informe de la interventoría se determinó que se encuentra configurado el incumplimiento y por lo tanto se entiende ocurrido el siniestro, dado que el contratista tan sólo ha realizado el 54% de las entregas, por lo cual la ejecución del contrato se ve afectada en el 46% de su valor total.*

*Que con el fin de ser escuchado el representante legal de la firma contratista, mediante oficio STOP-7200-145, el que fue recibido por él en febrero 18 del año en curso, se le citó a la Dirección Técnica Lega para llevar a cabo el día 22 de febrero de 1999 dicha diligencia, sin que se hiciera presente, comportamiento que llevó a la administración a establecer de manera clara y concreta su desinterés absoluto frente a los inconvenientes que se estaban presentando por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo y que afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato y por lo tanto la prestación del servicio.*

3.2.31. Esa decisión fue confirmada a través de la resolución 0630 del 31 de mayo de 1999, toda vez que se citó al representante legal de la contratista para que compareciera al trámite, quien se limitó a señalar que no podía asistir porque su esposa estaba en delicado estado de salud, sin que dispusiera la asistencia de su suplente. Igualmente, señaló que el hecho de no presentarse a la reunión, dados los antecedentes de incumplimiento, fue concluyente para tomar la decisión de caducidad, dado su desinterés en la suerte del contrato; igualmente, advirtió que el incumplimiento sistemático del contratista imposibilitó que los pagos se efectuaran en oportunidad y que causó que las facturas suministradas se redujeran, toda vez que no logró demostrar su entrega efectiva, a tal punto que faltaron 425.121 pruebas de entrega. Además, señaló que conforme se ejecutaba el contrato el número de facturas se reducía necesariamente, en tanto así lo hacían el número de predios donde debían entregarse. Por último, puso de presente el hecho de que el contratista devolviera la facturación de febrero de 1999, lo cual evidenciaba la posible paralización del contrato (fls. 11 a 19, c. 2).

3.2.32. El 23 de noviembre de 1999, mediante resolución 1408, el IDU llevó a cabo la liquidación unilateral del contrato, previo agotamiento de la etapa concertada con el contratista en la que no se llegó a un acuerdo (fl. 241, c. 3; fls. 136 a 138, c. ppal), la cual arrojó los siguientes guarismos (fls. 22 a 28, c. 2):

*ARTÍCULO PRIMERO: Liquidar unilateralmente el contrato número 175 de 1996 celebrado con la firma ENVÍO EXPRESS S.A., cuyo objeto era llevar a cabo la distribución certificada o especializada correspondiente a los ejes 1-5, 6-7 y 8, y corriente o normal correspondiente a los ocho (8) ejes notificados, de las facturas de la contribución de valorización local, plan de desarrollo "FORMAR CIUDAD" (...).*

**2. ESTADO FINANCIERO (Anexo n.º 1)**

<i>Partida presupuestal</i>	<i>N.º</i>	<i>Fecha</i>	<i>Valor</i>
<i>Disponibilidad</i>	<i>1241</i>	<i>08/11/96</i>	<i>\$1.200.000.000</i>
<i>Reserva</i>	<i>1062</i>	<i>15/11/96</i>	<i>\$600.000.000</i>

ESTADO ACTUAL DEL CONTRATO		
VALOR TOTAL DEL CTO	100%	\$600.000.000
VALOR EJECUTADO	53.97%	\$323.829.129
VALOR PENDIENTE POR EJECUTAR	46.03%	\$276.170.871

PAGOS EFECTUADOS Y PAGOS PENDIENTES		
VALOR CANCELADO / VR. EJECUTADO	98.71%	\$319.638.205
VALOR PENDIENTE DE PAGO	1.29%	\$4.190.924
VALOR TOTAL EJECUTADO	100%	\$323.829.129

ESTADO DEL ANTICIPO		
VALOR TOTAL DEL ANTICIPO	100%	\$120.000.000
VALOR AMORTIZADO (20%/PAGOS EFECTUADOS)	53.27%	\$63.927.641
VALOR PENDIENTE DE AMORTIZACIÓN	46.73%	\$56.072.359

(...)

ESTADO DE LA MULTA IMPUESTA SEGÚN RESOLUCIÓN N.º 262/98		
VALOR MULTA	100%	\$43.200.000
VALOR DESCONTADO	27.88%	\$12.044.970
VALOR PENDIENTE DESCUENTO	72.12%	\$31.155.030

3.2.33. El señor José Edgar Villareal Rubiano, quien fue socio y representante legal de Envío Express, declaró ante el *a quo* que se vieron afectados por la falta de pagos, en tanto les impidió asumir los costos de la logística que dispusieron para responder al objeto contractual, al punto que solicitaron el concordato. Refirió al endoso efectuado a la señora Olga Lucía Castro Caballero, el cual, en su criterio, fue efectuado sin los originales de las facturas. Advirtió que esa operación de endoso se hizo con el fin de inyectarle capital a la sociedad actora y que por tal razón la endosataria procedió a nombrar al gerente, quien de manera irregular endosó las facturas. Con todo advirtió que en contra de la referida señora no se inició ninguna acción legal, toda vez que el pago lo efectuó el IDU y, por consiguiente, es el responsable. Afirmó que el IDU siempre estuvo enterado del cambio de representante legal y que la sociedad actora cumplió en la medida del cumplimiento de su contraparte (fls. 115 a 118, c. 2).

3.2.34. El 4 de enero de 2004 (c. 4), el perito economista presentó el dictamen solicitado por la parte actora para (i) calcular el volumen mensual de correos distribuidos durante los años de 1997 y 1998; (ii) los costos operativos y laborales para atender la distribución de 35.000 sobres diarios, y (iii) cuál sería la utilidad por distribuir el eje n.º 5 (fl. 28, c. ppal).

3.2.34.1. En el dictamen frente al primer interrogante, el perito contestó que durante el año 1997 la actora manejó 949.069 facturas, de las cuales 286.686 fueron facturas certificadas, 657.056 facturas sin certificar y 5.237 corresponden a devoluciones y otros procesos. Para 1998, la actora manejó 576.791 facturas, de las cuales 278.761 corresponden a facturas certificadas, 281.170 sin certificar y 16.860 devoluciones y otros procesos.

En total, la actora manejó 1.526.860 facturas; igualmente, el perito precisó que en el mes de agosto de 1997, a la contratista le distribuyeron 249.932 facturas en cinco días, que correspondían a la adición del contrato n.º 175 de 1996, y, por último, señaló que de las 425.121 facturas por el eje n.º 5 sólo facturó 404.278, pero que por falta de pruebas de entrega, la interventoría le solicitó que reliquidara esa cantidad, razón por lo cual sólo facturó 200.331, de las 425.121 facturas entregadas (fl. 2, c. 4).

3.2.34.2. Frente a los costos para atender 35.000 sobres diarios, señaló que la propuesta de la actora no permite establecer el costo de personal, equipo y A.I.U., en tanto en su propuesta no señalaron. Tampoco se encontraron los soportes del valor cobrado por cada sobre. Por lo tanto, se abstuvo de realizar este cálculo (fls. 2 a 4, c. 4).

3.2.34.3. Por último, el perito señaló que es imposible determinar la utilidad por distribuir el eje n.º 5 con la información y documentos que reposan en el IDU. En

todo caso, se limitó a referir lo sucedido con el eje n.º 5, en los términos de su respuesta n.º 1.

3.2.34.4. Una vez puesto el dictamen pericial en conocimiento de las partes (fl. 250, c. ppal), estas guardaron silencio.

### **3.3. LOS CARGOS DE LA APELACIÓN FRENTE A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CADUCIDAD**

Para abordar el estudio de los cargos de la apelación, la Sala abordará (i) la competencia temporal de la administración pública para declarar la caducidad de la acción, y (ii) después la excepción de contrato no cumplido, como consecuencia del pago indebido por parte del IDU de unas facturas endosadas.

#### **3.3.1. Competencia temporal de la administración para declarar la caducidad**

Al respecto, debe señalarse que la Sección tuvo la oportunidad de unificar su criterio sobre la competencia temporal de la administración para declarar la caducidad, la cual por su importancia se cita *in extenso*, así<sup>23</sup>:

*13 La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que resulta aplicable en la actualidad, señala que “la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación”, con base en las siguientes razones:*

*a) El Legislador pretendió con la institución de la caducidad -tanto en la Ley 80 de 1993 y antes con el Decreto-ley 222 de 1983 art. 62 letras a) a la f)- la remoción del contratista incumplido, con el fin de evitar que se interrumpa o paralice la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades contratantes, y asegurar su continuidad, mediante la correcta ejecución del objeto contractual por la misma entidad o por un tercero en reemplazo del*

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, exp. 15.024, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

*contratista incumplido. b) Por el anterior motivo, la oportunidad de la medida está íntimamente relacionada con el plazo de ejecución del contrato y, por tanto, una vez culminado éste, no es viable caducarlo para el propósito previsto en la ley, y con independencia de que no se haya extinguido el contrato en virtud de su liquidación; en efecto, se destaca que: i.) La caducidad es una atribución para afrontar el incumplimiento del contrato, de manera que su ejercicio es jurídicamente viable dentro del término convencional de ejecución de las obligaciones, vencido el cual no es posible satisfacer la concurrencia de sus requisitos legales materiales; por ende, fenecido el plazo de ejecución la finalidad de la potestad se pierde y con ella la facultad para imponerla; y ii.) La etapa y el plazo de liquidación del contrato no están consagrados para ejercer esta potestad exorbitante, pues la ley no señaló que pudiera aplicarse durante ésta, sino dentro de la etapa y plazo fijado en el contrato para su ejecución; y, además, se reitera, no se trata de solucionar un problema exclusivamente económico o sancionatorio. c) Declarar la caducidad del contrato con posterioridad al fenecimiento del plazo de ejecución y en la etapa o plazo que se tiene para liquidarlo, sería reconocerle a este instituto un carácter meramente sancionatorio e indemnizatorio, dejando a un lado que con él se persigue la continuidad en la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades, en los eventos en que se presente un incumplimiento del contratista que afecte grave y directamente el contrato y amenace con su paralización. f) (sic) En definitiva, la declaratoria de caducidad del contrato por parte de la Administración sólo procede por los motivos y con los requisitos señalados en la ley, durante el plazo pactado para la ejecución y cumplimiento oportuno de las obligaciones del mismo -que incluye tanto el plazo original como los adicionales-, y no cuando éste hubiese expirado, so pena de que el acto quede afectado con un vicio de nulidad, por incompetencia<sup>24</sup>.*

*14 Al respecto, la Sala, a través de este pronunciamiento, reitera la posición jurisprudencial transcrita, en el sentido de que una vez expirado el término de ejecución del contrato no es posible decretar la caducidad y se permite añadir, por considerarlo pertinente, las siguientes reflexiones (...).*

*14.4 Sin perjuicio de lo anterior, en la contratación estatal, como resultado de los intereses generales y la utilidad pública que gravitan en torno a ella, las*

---

<sup>24</sup> Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente n.º 17.031, C.P. Ruth Stella Correa. En el mismo sentido, la providencia presenta esta argumentación: “i) Legalmente la caducidad sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista “...que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización...”. ii.) Se trata de un poder excepcional que le ha sido conferido a la Administración con la finalidad de afrontar el incumplimiento del objeto contractual y garantizar así la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos y funciones a cargo de la entidad contratante. iii.) El término o plazo concedido para la etapa de la liquidación unilateral o bilateral del contrato, no está destinado para la adopción de la caducidad del contrato. iv.) La facultad que tiene el acreedor de recibir o aceptar tardíamente o en mora el cumplimiento de la prestación, no puede ser entendida como una extensión del plazo estipulado en el contrato para ejecutarlo y que autorice, por tanto, declarar su caducidad dentro del término que se tiene para liquidarlo”.

*entidades del Estado se encuentran investidas de la facultad de decretar la caducidad del contrato en los casos previstos en la ley, en virtud del privilegio de la decisión previa. El literal f) del artículo 62 del Decreto 222 de 1983, aplicable al contrato celebrado entre el municipio de Chámeza y Nimrod Mir Ltda., prescribía que la declaratoria de caducidad era procedente, entre otras causales, “si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causan perjuicios a dicha entidad”. Posteriormente, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 definió la caducidad como “la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre...”.*

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

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

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

*14.10 Como argumento final, el bien jurídico que se ampara, esto es, la ejecución del objeto contratado, no se puede proteger mediante la declaratoria de caducidad cuando el plazo para la ejecución del contrato – pactado originariamente en el contrato o en la adición u otrosí que para el respecto se suscriba– haya expirado. Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal<sup>25</sup> –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica<sup>26</sup>.*

De lo expuesto, es claro que la declaratoria de caducidad exige que se evidencie (i) la posible paralización del contrato por el incumplimiento grave de las obligaciones y (ii) que se dé dentro del plazo de ejecución contractual.

En el *sub lite*, se tiene que el plazo contractual se pactó así: “**CLÁUSULA NOVENA. PLAZO:** El presente contrato deberá ejecutarse en el término comprendido entre la fecha en que se cumplan los requisitos para iniciar la ejecución del mismo y el 31 de diciembre de 1997, o hasta cuando se agote la partida presupuestal destinada para el cumplimiento de su objeto” (fl. 39, c. 2).

---

<sup>25</sup> Cita original: “Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (...)” “Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

<sup>26</sup> Cita original: El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.º 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

De lo expuesto, se tiene que la finalización del término de ejecución era, en principio, hasta el 31 de diciembre de 1997, salvo que para ese momento no se hubiera agotado la partida presupuestal, evento último en el que se entendía que su plazo de ejecución continuaba vigente.

La forma en cómo ejecutaron el contrato las partes da a entender que lo importante para la finalización del contrato era el agotamiento de la partida presupuestal, no de otra forma se honraba su finalidad<sup>27</sup>. Así lo entendieron las partes, cuando aun a pesar de la llegada del día señalado en el contrato, continuaron con su ejecución, comportamiento que obliga estarse a él más que a lo literal de lo pactado<sup>28</sup>.

En esos términos, como quedó establecido en la resolución n.º 1408 del 23 de noviembre de 1998, que liquidó unilateralmente el contrato, para esa fecha el contrato sólo se había ejecutado en el 53.97% (fl. 26, c. 2). De lo que se sigue que la ejecución del contrato no se encontraba terminada y, por consiguiente, para cuando se declaró la caducidad del contrato, el contrato estaba en ejecución y, por consiguiente, la referida facultad se dio en oportunidad.

Ahora, no puede entenderse que el cargo formulado tenía que ver con la competencia material para dictar la caducidad de la acción, en tanto ese cargo no fue formulado en la demanda, razón por la cual el recurso de alzada tampoco podía utilizarse para ampliar los cargos inicialmente formulados. En efecto, la parte actora en su recurso de apelación puso en entredicho la facultad de la administración para caducar, multar e imponer la cláusula penal pecuniaria. Sin

---

<sup>27</sup> El artículo 1621 del Código Civil prescribe: *“INTERPRETACIÓN POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. // Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”*.

<sup>28</sup> El artículo 1618 señala: *“PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*.

embargo, en sus alegatos precisa que se trata de la falta de competencia temporal (fls. 353 a 356, c. ppal 2).

En todo caso y en gracia de discusión, la Sala aclara que la facultad para declarar la caducidad estaba contenida en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, norma aplicable al presente contrato por remisión del artículo 144 del Decreto 1421 de 1993. Además, la primera norma en mención autoriza a la entidad estatal para que exija la cláusula penal pecuniaria como consecuencia de ese tipo de declaratoria; ahora, tampoco se cuestionó la legalidad de la multa impuesta, en tanto ninguna pretensión solicitó la nulidad de la resolución n.º 262 del 6 de abril de 1999, que la impuso. En todo caso, la Subsección ha precisado que el hecho de que se mencione expresamente ese tipo de sanciones en el acto administrativo de liquidación no releva a la parte actora de cumplir con su carga de pedir expresamente la nulidad del acto administrativo sancionatorio<sup>29</sup>, exigencia que no fue satisfecha en el *sub lite*.

### **3.3.2. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO**

En este punto, vale aclarar que la parte actora estimó que el hecho de que el IDU no le pagara las facturas endosadas a la señora Olga Lucía Castro Caballero constituye un incumplimiento de tal entidad que enervó el cumplimiento de sus obligaciones o, en otras palabras, constituyó una excepción de contrato no cumplido. En ese entendido, debe entenderse como un cargo dirigido a enervar la legalidad de la caducidad impuesta.

---

<sup>29</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2013, exp. 26.707, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Sobre el particular se precisó: “(iii) *En todo caso y sin perjuicio que no pueden pasarse por alto, los actos que preceden a la liquidación no se confunden con ésta de modo que su mención en el acto de liquidación unilateral no tiene efecto distinto a realizar el cruce de cuentas. De modo que las controversias en contra del ejercicio liquidatorio, amén de otras decisiones contractuales, bien pueden entablarse conjunta o separadamente, pero siempre habrán de individualizarse los actos administrativos objeto de la impugnación judicial*”.

En efecto, sobre la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, la Sección ha tenido la oportunidad de precisar<sup>30</sup>:

*El Consejo de Estado ha admitido de tiempo atrás la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en el régimen de contratación estatal, en desarrollo de los principios de equidad y buena fe en la ejecución contractual y a partir de la expedición de la Ley 80 abandonó por completo la discusión acerca de la procedencia de la aplicación del aludido artículo 1609 del Código Civil a los contratos estatales, toda vez que el artículo 13 del Estatuto de Contratación Estatal determinó que la normativa aplicable a los contratos estatales se integra con las disposiciones comerciales y civiles pertinentes en los asuntos no regulados por la misma ley, de manera que para el caso concreto se corrobora que el incumplimiento de una de las partes puede dar lugar a la excepción de contrato no cumplido, invocada por la parte cumplida, sin perjuicio de lo que se menciona a continuación.*

*Esta Corporación ha puntualizado –y así lo reafirma ahora- que la procedencia de la excepción de contrato no cumplido debe evaluarse frente a las circunstancias específicas de cada caso, amén de que se exigen algunos supuestos para su aplicación, toda vez que su ejercicio se debe concatenar necesariamente con los principios de la contratación estatal y la prevalencia del interés general a cuya satisfacción debe apuntar el objeto de todo contrato estatal, tal como lo ponen de presente los fines de la contratación pública definidos en el artículo 3º de la Ley 80, lo cual debe armonizarse con el principio del contratista colaborador de la Administración Pública, hoy recogido de manera positiva en el citado artículo 3º (...).*

Igualmente, se ha reconocido la aplicación de la excepción de contrato no cumplido con sujeción a los siguientes presupuestos<sup>31</sup>:

*a) La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; b) el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; y c) que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista.*

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de junio de 2013, exp. 28.729, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada recientemente, por Subsección B, en sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 28.682, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2011, exp. 18.336, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada recientemente, por Subsección B, en sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 28.682, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

*Se agrega a lo anterior que esa figura permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su co-contratante no ejecute la suya. El análisis de este presupuesto fue planteado por la Corporación dentro de los siguientes parámetros:*

*“(...) es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual”<sup>32</sup>.*

*Finalmente, debe señalarse que la Sala en la sentencia proferida el 16 de febrero de 1984<sup>33</sup>, precisó además que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo (artículo 83 de la Constitución Política).”*

En ese orden, procederá la Sala a verificar (i) la existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; (ii) el análisis del comportamiento de las partes, en tanto deberá dilucidarse el incumplimiento actual de una obligación primera en el tiempo a cargo de uno de los contratantes, que impida el cumplimiento de su contraparte, quien a su vez deberá haber cumplido con su carga obligacional previa; y (iii) que el incumplimiento de la administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista.

---

<sup>32</sup> Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de septiembre de 2000, exp. 13530, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>33</sup> Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 16 de 1984, exp. 2509. C.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

3.3.2.1. Así, el contrato de prestación de servicio de mensajería n.º 175 de 1996 comporta obligaciones recíprocas para las partes, en tanto la prestación del servicio por parte del contratista obligaba a la entidad demandada a pagarlo.

3.3.2.2. Ahora, en cuanto al comportamiento de las partes frente a su carga obligacional, la Sala estima que los pagos efectuados por el IDU de las facturas endosadas se atemperó a las exigencias mercantiles.

De entrada precisa señalar que los originales de las facturas endosadas reposan en el archivo del IDU, de acuerdo con la certificación del 7 de octubre de 2002 expedida por el Subdirector Técnico de Tesorería y Recaudo de la demandada (fls. 2 y 3, c. 3). En todo caso, las copias allegadas de las facturas fueron aportadas por el IDU, sin que su contraparte se opusiera frente a su valoración o las tachara de falsas, razón por la cual tienen plenos efectos probatorios.

En ese orden, se tiene que cada una de las facturas endosadas eran títulos valores, en tanto se denominaron como “*facturas cambiarias de transporte*” (numerales 3.2.10, 3.2.12. y 3.2.13 de esta providencia), tal como las consideraba el artículo 775<sup>34</sup> del Código de Comercio. Además, cumplían con las exigencias del artículo 776<sup>35</sup> *eiusdem*. Vale aclarar que esas normas estaban vigentes para

---

<sup>34</sup> Ese artículo prescribía: “*FACTURA CAMBIARIA DE TRANSPORTE - DEFINICIÓN. Factura cambiaria de transporte es un título-valor que el transportador podrá librar y entregar o enviar al remitente o cargador*”. Vale advertir que la Ley 1231 de 2008 unificó la factura como título valor, razón por la cual ya no es válida la distinción entre factura cambiaria de compraventa y factura cambiaria de transporte. Ver. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 17891, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

<sup>35</sup> Esa norma prescribía: “*CONTENIDO DE LA FACTURA CAMBIARIA DE TRANSPORTE. La factura cambiaria de transporte deberá contener, además de los requisitos que establece el artículo 621, los siguientes: // 1) La mención de ser “factura cambiaria de transporte”; // 2) El número de orden del título; // 3) El nombre y domicilio del remitente; // 4) La denominación y características que identifiquen las mercaderías objeto del transporte; // 5) El precio de éste y su forma de pago; // 6) La constancia de ejecución del transporte, y // 7) La expresión en letras y sitios visibles de que se asimila en sus efectos a una letra de cambio. // PARÁGRAFO. A esta factura se aplicará lo dispuesto en el artículo 773 y en el inciso final del artículo 774*”. Frente a su vigencia, vale reiterar la anotación final del pie de página inmediatamente anterior.

cuando se expidieron las facturas. En consecuencia, en los términos del artículo 651 del mismo ordenamiento podían ser objeto de endoso<sup>36</sup>, toda vez que en su texto se indicó que estaban regulados por los primeros artículos en cita y fueron expedidos a favor de la sociedad actora. Además, cada una de las facturas se acompañó de un documento donde se indicaba por parte del representante legal de Envíos Express S.A. que los endosaba a la señora Olga Lucía Castro Caballero<sup>37</sup>.

Asimismo, los endosos se efectuaron el 3 de abril, el 11 y 15 de mayo de 1998 (numerales 3.2.10, 3.2.12. y 3.2.13 de esta providencia), es decir, con anterioridad a la apertura del proceso concordatario de la sociedad actora, que se produjo el 19 de mayo de 1998, mediante auto 410-3844 de la Superintendencia de Sociedades (fls. 430 a 435, c. 3). Ahora, vale aclarar que si bien con posterioridad a los endosos de abril y mayo de 1998, se cambiaron algunas facturas por errores en su valor, el representante legal de Envíos Express S.A., Jaime Muñetón González, ratificó los endosos el 14 y 18 de septiembre de 1998 (fls. 8, 33 y 34, c. 4), fecha para la cual aún se desempeñaba como tal, según se desprende de lo informado por la actora en la visita del 23 de noviembre siguiente, donde señaló que sólo hasta el 19 de noviembre, por decisión de la junta directiva, se cambió de representante legal y se nombró al señor Edgar Villareal Rubiano (fls. 364 y 365, c. 3).

---

<sup>36</sup> Dicha norma prescribía: “*CARACTERÍSTICAS DE LOS TÍTULOS A LA ORDEN. Los títulos-valores expedidos a favor de determinada persona, en los cuales se agregue la cláusula "a la orden" o se exprese que son transferibles por endoso, o se diga que son negociables, o se indique su denominación específica de título-valor serán a la orden y se transmitirán por endoso y entrega del título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo [648](#)*”.

<sup>37</sup> El artículo señalaba: “*ENDOSO EN BLANCO - ENDOSO AL PORTADOR DE TÍTULO A LA ORDEN. El endoso puede hacerse en blanco, con la sola firma del endosante. En este caso, el tenedor deberá llenar el endoso en blanco con su nombre o el de un tercero, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora. // Cuando el endoso exprese el nombre del endosatario, será necesario el endoso de éste para transferir legítimamente el título. // El endoso al portador producirá efectos de endoso en blanco. // La falta de firma hará el endoso inexistente*”.

En conclusión, el representante legal ratificó los endosos ya efectuados sobre las facturas, razón por la cual bien podía hacerse el pago en la forma en que lo hizo el IDU, sin la limitante impuesta por el trámite concordatario, toda vez que el endoso estaba efectuado desde antes de que se abriera dicho trámite concursal; cosa distinta es que se ratificara sobre las facturas que fueron cambiadas por errores de facturación.

Lo anterior teniendo en cuenta el principio de negociabilidad de los títulos valores que impone su circulación, salvo las limitaciones que impone la ley o las partes. En efecto, el artículo 625 del Código de Comercio dispone que toda *“obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título-valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación”*. Ahora, el artículo 630 *ejusdem* prohíbe al tenedor del título valor cambiar su forma de circulación sin el consentimiento del creador del título; sin embargo, nuestra jurisprudencia ha señalado que las limitaciones de la circulación no son absolutas, en tanto *“[n]o puede el girador abusar de las posibilidades que la ley de circulación del título le ofrece, y por tanto, si bien está llamado a decidir en principio si cruza o no el cheque que expide, o si exige o no su abono en cuenta, debe retirar tales restricciones si así lo solicita la persona a cuyo favor se expide el cheque. /// (...) la facultad del librador de restringir la negociabilidad o la forma de pago del cheque no tiene un carácter absoluto y se justifica en la medida en que mediante las restricciones se protege al mismo beneficiario del instrumento negociable, evitando que sea cobrado con facilidad por un tenedor ilegítimo”<sup>38</sup>*.

Tampoco puede perderse de vista que en ningún momento el nuevo representante legal manifestó su oposición frente a los endosos, lo único que se

---

<sup>38</sup> Corte Constitucional, sentencia C-041 del 26 de enero de 2000, exp. D-2474, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

tiene son las manifestaciones de unos socios, pero sin que estos fueran los voceros legales de la actora. Efectivamente, la comunicación del 14 de octubre de 1998 la dirigieron los señores Alirio Barbosa Peña y Edgar Villarreal al IDU, como accionistas de Envío Express S.A. (fls. 103 y 104, c. 2), pero sin que para ese momento el segundo en mención hubiera sido nombrado como representante, pues tal como lo manifestó la misma actora esto sólo se produjo el 19 de noviembre de 1998 (fls. 364 y 365, c. 3).

Ahora, vale llamar la atención que el representante legal de la sociedad actora, el señor José Edgar Villareal Rubiano, precisó en su declaración ante el *a quo* que el endoso de las facturas fue el resultado de una operación de venta de acciones con la señora Olga Lucía Castro Caballero para inyectarle capital a la sociedad actora y que en razón de la misma la endosataria nombró al nuevo gerente, quien irregularmente endosó las facturas (fl. 116, c. 2). En tal sentido, debe señalarse que no se encuentra demostrado que el representante legal de la actora hubiera puesto de presente esas irregularidades al IDU, tal como quedó expuesto en precedencia.

3.3.2.3. Ahora, en gracia de discusión, de admitirse que hubo irregularidades en el pago de las facturas endosadas y pagadas por parte del IDU, lo cierto es que, como lo afirmó el *a quo*, difícilmente podría configurarse un nexo de causalidad entre ese incumplimiento y el presentado por el contratista, toda vez que sólo ejecutó el 53.97% de su carga obligacional. Además, del anticipo de \$120.000.000 tan sólo se amortizaron \$63.927.641, razón por la cual quedó un saldo por amortizar de \$56.072.359, que cruzada frente a los \$85.944.361 que se pagaron por las facturas endosadas (fls. 109 y 110, c. 2, respuesta del Subdirector Técnico de Tesorería y Recaudo del 19 de abril de 1999 y la certificación del Banco Popular), da como resultado una suma que se muestra insuficiente para señalar que fue determinante en el comportamiento contractual de la contratista, en tanto incumplió casi la mitad del contrato.

En esos términos, se impone negar la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido.

Finalmente, debe advertirse que el hecho de que no se haya desvirtuado la legalidad de la caducidad releva a la Sala de pronunciarse sobre las pretensiones de nulidad de la liquidación unilateral y de incumplimiento<sup>39</sup>.

3.4. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el art. 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado 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 “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **F A L L A**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 6 de octubre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

**SEGUNDO: SIN COSTAS**, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

---

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 21129, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esa oportunidad se dijo: *“De acuerdo con lo anterior, la declaratoria de caducidad del contrato implica que a través de esta decisión administrativa, la entidad establece el incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del contratista; por lo tanto, si este considera que quien incumplió el contrato fue la entidad contratante, deberá, en primera instancia, desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo, para demostrar a continuación, la conducta violatoria de las obligaciones contractuales que le imputa a la contratante. En tanto no sea desvirtuada la legalidad y validez que legalmente se atribuye al acto administrativo de caducidad, resulta imposible para el juez estudiar las imputaciones de incumplimiento en contra de la entidad contratante, puesto que aquella presunción de la que gozan todos los actos administrativos, opera erga omnes y aún el juez debe respetarla”*.



**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Presidenta

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
Magistrado

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Magistrado