



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B



Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C., 13 de diciembre de 2017

Expediente: 36592

Radicación: 25000-23-31-000-2002-01149-01

Actor: ICFES

Demandados: Fundación Social Científica y Tecnológica de América para la Promoción de la Salud, la Educación y la Ciencia -FUSTER- y otro

Naturaleza: Controversias Contractuales

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 27 de noviembre del 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual, en síntesis, se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada y en su lugar se declarará probada la excepción de caducidad de la acción.

SÍNTESIS DEL CASO

El ICFES solicita que se declare el incumplimiento de la Fundación Social Científica y Tecnológica de América para la Promoción de la Salud, la Educación y la Ciencia -FUSTER-, en el marco del convenio de cooperación n.º 3995 del 12 de noviembre de 1997, celebrado entre ambas partes. Sin

embargo, la acción se ejerció fuera del plazo de dos años contados a partir de la finalización del plazo contractual y legalmente previsto para la liquidación del negocio.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Mediante escrito presentado el 28 de mayo del 2002 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 3-14 c. 1), el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior-ICFES, presentó a través de apoderado demanda en ejercicio de la acción de Controversias Contractuales contra la Fundación Social Científica y Tecnológica de América para la Promoción de la Salud, la Educación y la Ciencia –FUSTER y la Compañía Agrícola de Seguros S.A., con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que se declare que la FUNDACIÓN SOCIAL CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA DE AMÉRICA PARA LA PROMOCIÓN DE LA SALUD, LA EDUCACIÓN Y LA CIENCIA-FUSTER, incumplió el Convenio de Cooperación 3995 que suscribió el día 12 de noviembre de 1997 con mi representado.

2.- Que en consecuencia de lo anterior se condene a la FUNDACIÓN SOCIAL CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA DE AMÉRICA PARA LA PROMOCIÓN DE LA SALUD, LA EDUCACIÓN Y LA CIENCIA-FUSTER, a pagar a mi representado la suma de CIENTO NOVENTA MILLONES CIENTO SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTIÚN PESOS (\$190.166.721.00), o lo que resulte probado en el proceso, debidamente actualizado y junto con los intereses moratorios respectivos.

3.- Que para el pago de la pretensión anterior, se haga efectiva la garantía única ordenándole a AGRÍCOLA DE SEGUROS el pago de la póliza 97012801, en su amparo de anticipo hasta por la suma

de CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$173.750.000.00).

4.- Que se ordene hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y en consecuencia se condene a la FUNDACIÓN SOCIAL CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA DE AMÉRICA PARA LA PROMOCIÓN DE LA SALUD, LA EDUCACIÓN Y LA CIENCIA-FUSTER, a pagar a mi representado la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$35.950.000.00) de conformidad con lo establecido en la cláusula décima segunda el Convenio de Cooperación 3995 del 12 de noviembre de 1997.

5.- Que para el pago de la pretensión anterior, se haga efectiva la garantía única ordenándole a AGRÍCOLA DE SEGUROS el pago de la póliza 97012801, en su amparo de cumplimiento por la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$35.950.000.00).

6.- Que se liquide el Convenio de Cooperación 3995 que suscrito entre las partes el día 12 de noviembre de 1997.

2. La demanda presentó como fundamento fáctico de las súplicas las siguientes circunstancias:

1.- El Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior-ICFES, establecimiento público del orden nacional, de conformidad con lo establecido en la ley 30 de 1992, celebró con la FUNDACIÓN SOCIAL CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA DE AMÉRICA PARA LA PROMOCIÓN DE LA SALUD, LA EDUCACIÓN Y LA CIENCIA-FUSTER, (representada por JOSÉ RANGEL JAIMES) el Convenio de Cooperación 3995, el día 12 de noviembre de 1997.

Simultáneamente se celebró entre las partes un “Convenio Marco de

Cooperación” con una duración de CINCO (5) AÑOS.

2.- En dicho contrato se pactó:

- Un término de ejecución de 24 meses (cláusula tercera);*
- Un valor de TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$359.500.000.00) (cláusula cuarta);*
- Como forma de pago 50% dentro de los 15 días siguientes al perfeccionamiento del convenio y 50% dos meses después de la legalización del convenio (cláusula quinta);*
- Liquidación de común acuerdo dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del convenio (cláusula octava);*
- La constitución de garantía única por parte de FUSTER, amparando cumplimiento y anticipo (cláusula décima);*
- Una cláusula penal pecuniaria equivalente el 10% del valor total, exigible en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento (cláusula décima segunda).*

3.- FUSTER constituyó garantía única, expedida por AGRÍCOLA DE SEGUROS, según consta en la póliza 97012801, en la que se ampara el anticipo por la suma de CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$179.750.000.00) y el cumplimiento por TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$35.950.000.00).

La COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. fue constituida mediante escritura pública 2001 del 16 de junio de 1952 de la notaría octava del círculo de Bogotá, se identifica con el NIT 860002527-9 y

matrícula número 00428596 de la Cámara de Comercio de Bogotá.

4.- La mencionada garantía fue aprobada el día 28 de noviembre de 1997.

5.- El 26 de enero de 1998, se suscribió otrosí al contrato, modificando la cláusula quinta en cuanto a la forma de pago.

6.- Que en cumplimiento del contrato, el ICFES entregó al contratista el valor total pactado, esto es la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$359.500.00.00), según consta en las solicitudes internas de pago Nos. 1020 de diciembre 11 de 1997 y 0005 de febrero 4 de 1998.

7.- Que en desarrollo del convenio FUSTER hizo entrega física de diferentes bienes muebles, según consta en acta del 12 de noviembre de 1997.

Que en reiteradas oportunidades el ICFES ha solicitado a FUSTER la entrega de las correspondientes licencias, facturas, soportes de nacionalización y legalización de los referidos bienes, tal como consta en los siguientes documentos:

- Oficio 15730 del 6 de septiembre de 1999, suscrito por la Subdirectora General Técnica y de Fomento:

- Acta del 23 de septiembre de 1999;

- Oficio 20788 del 5 de noviembre de 1999, suscrito por la Directora General del ICFES y dirigido a JOSÉ RANGEL JAIMES representante legal de FUSTER.

- Comunicación Interna 000271 del 23 de febrero del 2000, suscrita por la Subdirectora General Técnica y de Fomento;

8.- Que mediante oficio 000164 del 18 de abril de 2000, MARÍA PATRICIA ASMAR AMADOR, presentó en inventario de los equipos recibidos en desarrollo del convenio celebrado con FUSTER.

Que mediante comunicación Interna 000278 del 30 de mayo de 2000, la funcionaria interventora del convenio 3995 de 1997 celebrado con FUSTER, presenta informe en el que manifiesta que esta firma aún no ha entregado los documentos necesarios para la legalización de los bienes entregados.

9.- Ante lo anterior el ICFES inició actuación administrativa dentro de la cual pidió un dictamen a ASOLONJAS, para establecer el valor real de los bienes recibidos de FUSTER toda vez que las facturas presentadas no tienen un valor unitario.

ASOLONJAS determinó técnicamente que el valor total del inventario entregado por FUSTER al ICFES solo asciende a la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL PESOS (\$150.578.000.00).

10.- En el informe técnico financiero final de fecha 24 de mayo de 2002 por MARIA PATRICIA ASMAR ANDOR y MARÍA DE JESÚS RESTREPO ALZATE, se lee:

“Según documentos de importación certificados por la DIAN, en fecha marzo 15 de 2002 con número de radicación 09833, la Fundación FUSTER en la declaración de importación No. 98709-1054711, importó al país mercancía por valor total de U\$181.804.22, equivalentes en pesos colombianos a \$287.030.684, según tasa representativa en el mercado a \$1578. Dado que las facturas que soportan esta importación no tienen valores unitarios por cada bien adquirido, el ICFES a través de la Subdirección de Fomento y Desarrollo contrató los servicios de la firma ASOLONJAS con el

propósito que llevara a cabo un avalúo técnico estimativo de los equipos instalados en la Sala Multimedia, ubicada en la Hemeroteca nacional Universitaria “Carlos Lleras Restrepo” del ICFES; información indispensable que se requería brindar, para ingresar los bienes al almacén general del Instituto.

Una vez Presentado el estudio solicitado a ASOLONJAS esta arrojó la siguiente información, en cuanto a la parte financiera se refiere:

El valor total del inventario en pesos colombianos es de \$150.578.230

El valor total del inventario en dólares es de U\$82.219 (T.R.M. \$1.831.19)

Teniendo en cuenta estos antecedentes no hay coherencia entre el valor reportado en la importación por parte del contratista y el avalúo financiero que presenta la firma ASOLONJAS, el cual fue ratificado por SOLONJAS mediante comunicación de fecha 21 de mayo de 2002, enviada vía fax al Instituto como respuesta a la solicitud que se les hiciera a través de la comunicación ICFES No. 56053 del 8 de mayo del presente año”.

11. En consecuencia, sumado el valor real del inventario entregado por FUSTER al ICFES (\$150.578.230.00), y el valor de los gastos adicionales presentados por el contratista (\$18.755.049.00) se concluye que el contratista ejecutó un total de \$169.333.279.00

12.- Dado que el ICFES le entregó a FUSTER la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$359.500.000.00) y el contratista solo ejecutó \$169.333.279.00, FUSTER incumplió el contrato y ha de devolver al ICFES los dineros públicos entregados y no ejecutados que ascienden a la suma de CIENTO NOVENTA MILLONES CIENTO SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTIÚN PESOS

(\$190.166.721.00), debidamente actualizados y junto con los intereses moratorios correspondientes.

3. Se presentaron los siguientes fundamentos jurídicos:

3.1. Señaló que en razón del contrato la demandada debía invertir los dineros públicos entregados en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y entregar cuentas claras al respecto al ICFES. Sin embargo, esto no ocurrió y la ejecución del contratista no llegó a ser total del objeto, debiendo ser reintegrada la suma de \$190.166.721.00.

3.2. Al respecto indicó que de acuerdo con el artículo 1603 del Código Civil los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solo a lo expreso en ellos, sino a las cosas que emana de su naturaleza. De otra parte dado que el contrato es ley para las partes de acuerdo con el artículo 1602 y siendo la esencia del contrato estatal la equivalencia entre las obligaciones recíprocas, es evidente que los dineros entregados por el contratista debían tener una correlación total con el cumplimiento de las prestaciones por parte del contratista, pero esto no ocurrió. Indicó que esto cobra más importancia tratándose de un contrato regido por la Ley 80 de 1993, en el que los contratistas deben colaborar en el cumplimiento de los fines estatales.

II. Trámite procesal

4. El 25 de junio del 2002 se admitió la demanda (f. 20-21 c. 1) y se ordenó la notificación de la fundación FUSTER, que finalmente terminó siendo representada judicialmente por curador *ad litem*, y que el 7 de mayo del 2003 contestó la demanda. Manifestó atenerse a lo que resulte probado dentro del proceso, aceptó los hechos primero a décimo de acuerdo con los documentos traídos junto con la demanda y formuló la excepción genérica prevista en el Código de Procedimiento Civil y el Código Contencioso Administrativo (f. 49-50 c. 1).

5. El 20 de noviembre del 2003 se vinculó de oficio a la compañía Agrícola de Seguros S.A. (f. 59-60 c. 1), que el 13 de enero del 2004 interpuso recurso de reposición en contra de la admisión de la demanda al considerar que la acción estaba caducada (f. 78-81 c. 1). Sin embargo, el recurso fue resuelto de forma negativa por el *a quo* dado que varias fechas podrían ser tomadas para determinar la oportunidad de la acción y por lo tanto el asunto debía ser decidido en la sentencia (f. 110-113 c. ppl).

6. La aseguradora también contestó la demanda en la siguiente forma:

6.1. En primer lugar, alegó que de hecho el convenio sí fue cumplido por la fundación contratista y el anticipo fue correctamente invertido, según lo confirmaban varios documentos, principalmente el acta de entrega e informe liquidación y cumplimiento del convenio, los informes de interventoría y el balance contable.

6.2. Por la misma razón, es decir, la falta de prueba del incumplimiento del contrato, hay ausencia de fundamento para pretender el pago de la cláusula penal pecuniaria prevista en el contrato.

6.3. También alegó la falta de legitimación del ICFES para solicitar la liquidación del contrato. Al respecto, consideró que la pretensión de que un contrato estatal sea liquidado sólo está en cabeza del administrado y no de la entidad estatal, de acuerdo con lo previsto en la Ley 446 de 1998. Agregó que, de cualquier manera, la súplica está caducada, bajo el siguiente argumento:

Adicionalmente, aun cuando fuera posible para la actora ejercer esta pretensión, lo cierto es que, en virtud de la figura de la caducidad, su Despacho no hubiera podido acceder a ella. En efecto, si tenemos en cuenta que el término de ejecución del contrato venció el 12 de noviembre de 1999 y que los cuatro meses para obtener la liquidación bilateral vencieron el 12 de marzo de 2000 y que el término de dos meses con que contaba la administración para hacerlo en forma unilateral venció el 12 de mayo de 2000,

encontramos que para mayo 28 de 2002 (cuando se presentó la demanda) ya habían transcurrido más de dos años (caducidad de la acción contractual) (...).

6.4. También alegó que, en contravía de lo previsto en el artículo 1060 del Código de Comercio, en este caso se agravó el riesgo cubierto por la póliza que se pretende hacer efectiva, en cuanto mediante acta dos se modificó el objeto del contrato, sin que se hubiese modificado el amparo otorgado.

6.5. También alegó configurado el término de prescripción ordinaria del artículo 1081 del Código de Comercio. Explicó:

Ahora, si tenemos en cuenta que las obligaciones del afianzado debían cumplirse en un término que vencía el 12 de noviembre de 1999 y que la entidad asegurada tuvo conocimiento del incumplimiento (que pide que se declare) desde esa misma fecha y aún antes (cfr. Hecho 7 de los hechos de la demanda), concluimos que se configuran los supuestos de hecho para que opere la prescripción ordinaria.

En conclusión, las acciones derivadas del contrato de seguro prescribieron en noviembre 12 de 2001, momento en el que se completaron los dos años necesarios para que se configure la prescripción ordinaria, recogida en el art. 1081 del C. de Co.

6.6. Finalmente, pidió que, en caso de acceder a las pretensiones, se tenga en cuenta la proporcionalidad en la cláusula penal de acuerdo con lo ejecutado en el contrato.

7. El 9 de marzo del 2006 se corrió traslado para alegar de conclusión (f. 185 c. ppl), oportunidad en que actuaron el ICFES y la aseguradora, de la siguiente forma:

7.1. El ICFES (f. 187-188 c. ppl) insistió en que los documentos allegados durante el trámite logran acreditar que hubo un incumplimiento de la fundación FUSTER respecto de sus obligaciones en el convenio n.º 3995 del 12 noviembre de 1997. En concreto señaló:

CONTRARIO SENSU, a través de los documentos aportados a la demanda y a las pruebas recaudadas por el propio Tribunal, se establece claramente que la Fundación FUSTER INCUMPLIÓ con la ejecución integral de sus obligaciones contractuales al no ejecutar el valor de \$190'166.271.00 pesos de la totalidad de la suma entregada \$359'500.000.00 por el ICFES a la Fundación FUSTER, en virtud del convenio que fundamenta la demanda.

Aleatoriamente, considero señor Magistrado con todo respeto que se establece a través de los documentos allegados por el ICFES con el libelo de demanda, que el Convenio de cooperación 3995/97 no ha podido ser liquidado legalmente por causas solo imputables a la Fundación FUSTER demandada en este caso, que finalmente no efectuó la entrega al ICFES de todos y cada uno de los documentos necesarios para establecer la debida ejecución y cumplimiento del Contrato, tales como licencias, facturas, y soportes individualizados de nacionalización y legalización de los equipos entregados.

En defecto de lo anterior, el ICFES tuvo que hacer uso de una firma particular, para efectuar un “Avalúo Técnico estimativo” de los equipos entregados a la Hemeroteca Nacional a través de este convenio, para establecer el valor unitario de los bienes muebles soportados con los documentos de importación entregados y en esa medida el porcentaje de ejecución de los dineros materia del mismo.

Encontrándose comprobado también, que el procedimiento administrativo adelantado por el ICFES con relación a la reclamación tanto a la Fundación FUSTER para el reconocimiento y pago de la Cláusula Penal por razón al incumplimiento contractual, como a la

Compañía Aseguradora AGRÍCOLA DE SEGUROS para hacer efectiva la póliza 97012801 en su amparo al anticipo, fue efectuada en ambos casos de conformidad con los términos y procedimiento establecidos en la Ley 80 de 1993, considero señor Magistrado, que procede acceder a las públicas de la demanda.

7.2. Por su parte, la compañía Agrícola de Seguros S.A. (f. 190-222 c. ppl) presentó su alegato con base, principalmente, en lo que consideró falta de evidencia sobre el incumplimiento y el indebido uso del anticipo. Asimismo, reiteró la falta de fundamento para pretender el pago de la cláusula penal, falta de legitimación del ICFES para pedir al juez la liquidación del contrato, el agravamiento del riesgo asegurado y la caducidad de la acción, así como la prescripción del amparo.

8. El 27 de noviembre del 2008 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, profirió **sentencia** de primera instancia (f. 244-257 c. ppl), en la que el *a quo* declaró no probado el incumplimiento, se declaró liquidado el contrato y se negaron las demás pretensiones:

PRIMERO: Se declara no probado el incumplimiento del contrato No. 3995 de 12 de noviembre de 1997 por parte de la FUNDACIÓN SOCIAL CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA DE AMÉRICA PARA LA PROMOCIÓN DE LA SALUD, LA EDUCACIÓN Y LA CIENCIA – FUSTER.

SEGUNDO: Se declara liquidado el contrato No. 3995 de noviembre 12 de 1997 celebrado entre el ICFES y FUSTER, estableciendo que las partes se encuentran a paz y salvo por todo concepto derivado de la relación contractual.

TERCERO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por Secretaría de la Sección los gastos ordinarios del proceso, y en caso

de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a lo establecido por el Artículo 7º y 9º del Acuerdo No. 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (...).

8.1. El *a quo* inició por resolver la excepción de falta de legitimación en la causa del ICFES para solicitar la liquidación del contrato, la cual consideró no configurada porque de acuerdo con la normatividad procesal administrativa esta pretensión puede ser solicitada por cualquier interesado.

8.2. También desestimó la excepción de caducidad. Al respecto, refirió que de acuerdo con el Decreto 591 de 1991 el objeto del contrato *sub judice* implica que el mismo es de ciencia y tecnología, el cual es un contrato de tracto sucesivo por su ejecución continua e ininterrumpida durante el término pactado por las partes. Esto deriva en la necesidad de que el contrato deba ser objeto de liquidación, en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

8.3. Agregó que el término de los 2 años de caducidad establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo comenzaron a correr 6 meses después de vencido el plazo contractual, teniendo en cuenta que esta norma y el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 establecen este plazo para que el contrato sea liquidado bilateral o unilateralmente. Explicó que el convenio de cooperación n.º 3995 de 1997 finalizó el 9 de octubre de 2000 con el acta de entrega final, y por tanto el periodo para la liquidación venció el 8 de abril del 2001.

8.4. Así, la caducidad en el asunto se configuraba el 8 de abril del 2003, por lo que la presentación de la demanda el 28 de mayo del 2002 implica su radicación oportuna y por tanto la no configuración del fenómeno. Indicó al respecto:

Ahora bien, observa la Sala que de acuerdo a las pruebas practicadas dentro del proceso está demostrado que no existe caducidad de la presente acción. En efecto:

a. Dentro del plenario, está demostrado que el convenio de cooperación (contrato) No 3995 de 1997 fue suscrito entre las partes el 12 de noviembre de 1997 y tenía una vigencia de 24 meses, el cual en atención a la cláusula octava requería para su ejecución y perfeccionamiento las siguientes actuaciones:

- 1. Suscripción del contrato por las partes efectuada el 12 de noviembre de 1997.*
- 2. Registro presupuestal se certificó el 12 de septiembre de 1997.*
- 3. Publicación en el diario oficial el contratista la consignó el 17 de noviembre de 1997.*
- 4. Constitución de garantía el accionante la constituyó la póliza el 27 de noviembre de 1997.*
- 5. Pago de timbre ante la tesorería, la cual se efectuó el 20 de noviembre de 1997.*

Por lo anterior el contrato empezó ejecutarse a partir del 27 de noviembre de 1997.

b. En atención a que el contrato termina con el acta de entrega final por parte del contratista, prueba que establece la terminación real del contrato, en el presente caso la Sala tomará con fecha cierta de la terminación del contrato, el 9 de octubre de 2000, fecha en la cual en contratista (FUSTER) realizó la entrega final del contrato (f. 161 c. 2).

c. Dentro de dicho convenio de cooperación (contrato) las partes convinieron liquidar el contrato en el término de cuatro meses, es decir, el plazo para liquidar el contrato de forma bilateral culminó el 8 de febrero de 2001.

d. Vencido el anterior término, la entidad contratante (ICFES) contaba con dos meses para realizar la liquidación unilateral del contrato, el cual expiró el 8 de abril del 2001.

e. Los interesados (ICFES o FUSTER) podían acudir ante la jurisdicción para solicitar la liquidación del convenio de cooperación (contrato) 3995, dentro de los dos años siguientes, contados a partir del vencimiento del término anteriormente mencionado, es decir hasta el 8 de abril de 2003.

f. El accionante (ICFES) hizo ejercicio del derecho de acción el día 28 de mayo del 2002, cuando a la presente acción no había operado el fenómeno de la caducidad.

8.5. En lo que respecta al incumplimiento, encontró que, luego de analizarse el objeto del contrato y los compromisos puestos en cabeza de la fundación FUSTER en la cláusula segunda, la obligación principal del contratista consistía en diseñar y formular conjuntamente con la entidad contratante un programa de formación en telemática y multimedia. Por tal razón, para acreditar el incumplimiento de esta obligación el ICFES debía probar que el particular no participó en el diseño y formulación del programa.

8.6. Asimismo, señaló que también se pactaron actividades secundarias, pero las mismas eran de medio y no de resultado, pues se trataba de apoyar, colaborar y coordinar para la ejecución del objeto contractual. Agregó que dentro de sus obligaciones se hallaba la de ejecutar las acciones requeridas para el desarrollo del programa, es decir, tenía la competencia para realizar actos jurídicos para adquirir bienes y servicios para el desarrollo del objeto. Por lo tanto, concluyó que *“la entidad debe demostrar si efectivamente el contratista sus obligaciones (sic) y en especial si realizó las contrataciones necesarias (sic) para el desarrollo del proyecto”*.

8.7. Posteriormente, encontró probado que el ICFES requirió el cumplimiento de FUSTER en el marco de la ejecución del contrato, pero estos requerimientos tenían que ver con la omisión de entregar algunos soportes de la adquisición de bienes y servicios, la que no configura como tal el incumplimiento de contrato, pues este, principalmente, tenía como objeto el desarrollo de un programa.

Mediante Comunicación 20788 del 5 de noviembre de 1999 la directora general Patricia Martínez, realiza requerimiento al contratista (...) indicando:

“Como Directora General del Instituto Colombiano para el fomento de la Educación Superior ICFES, me permito requerirle al cumplimiento al numeral 5, literal A de la cláusula SEGUNDA (obligaciones de las partes) del convenio de cooperación ICFES/FUSTER 39995 de noviembre 12 de 1997, la cual se estableció su obligación de “Presentar informes técnicos y financieros periódicamente cada seis (6) meses del desarrollo del convenio, anexando los respectivos soportes que acrediten la ejecución de los dineros otorgados por el ICFES””

Igualmente en Comunicación del 6 de septiembre de 2003 la directora general Patricia Martínez, reitera la solicitud al contratista (fl 57 c2)

“Por medio de la presente y en relación con la entrega a satisfacción de los equipos y componentes del laboratorio de investigación y producción de Material Multimedia, me permito recordarle que debe entregar todas las facturas de compra de los equipos, componentes, licencias garantías que ampara su funcionamiento, así como los soportes de legalización y nacionalización de los mismos, para que sean entregados formalmente al Asesor de Procesos y Control de Inventarios del Almacén del ICFES Y AL Subdirector General de Informática”

Por lo anterior, observa la Sala que la finalidad del numeral 5 de la cláusula segunda del convenio (contrato) 3995 del 12 de noviembre de 1997, tiene como finalidad que los recursos del contrato se inviertan efectivamente en la ejecución del objeto contractual, por tanto, la omisión de no entregar los soportes de la adquisición de

bienes y servicios, por sí sola no se configura en incumplimiento del contrato por parte del contratista, por cuanto para ello se requiere que se demuestre que la adquisición de bienes y servicios no responden a la formulación de un programa de multimedia y telemática, y en ese orden de ideas, no solo basta con hacer un inventario de los recursos físicos existentes, sino que además su avalúo corresponda al costo de dichos bienes y servicio al momento de su adquisición.

8.8. A continuación, precisó se le endilgó al contratista no soportar legalmente la adquisición de equipos para la Sala de la Hemeroteca Nacional y que estos no costaron lo reportado en su informe final, pero tal circunstancia no fue fehacientemente probada por la contratante. Indicó entonces:

Precisa la Sala, que el debate de la prueba gira entorno a que el contratista no soportó legalmente la adquisición de equipos para la sala de la Hemeroteca Nacional y a juicio del ICFES no adquirió los equipos por el costo que reportó en su informe final, en ese sentido, está demostrado que la entidad no cumplió con su carga probatoria de evidencia el incumplimiento del contrato por parte de la contratista.

Dentro del plenario se en cuenta concepto técnico realizado por Asolonjas, a quien en tres oportunidades, se le solicito aclarar su dictamen pericial, por parte de la Compañía de Seguros Agrícola y no colaboró con los requerimientos realizados por el Magistrado Sustanciador, situación que redundó en quien tenía la carga de la prueba como era el ICFES.

En efecto Asolonjas, realizó un inventario de los bienes que reposan en la Hemeroteca Nacional, pero no se tiene claro cómo llega a la conclusión que equivalen a la suma de \$150.578.230.00, porque se otorga un valor a cada componente, pero no se establece bajo que parámetro se avaluaron los equipos (referencias comparativas); de igual manera se desconoce si tuvo en cuenta el valor tecnológico de los equipos al momento de su adquisición, no se manifiesta cual fue

la metodología utilizada, no se establece si con dichos equipos se puede diseñar y formular el programa de multimedia y telemática, y se desconoce cuáles fueron los conocimientos científicos, técnicos y científicos que se utilizaron para rendir el dictamen.

Por lo anterior, el ICFES, al observar tal circunstancia, que no prueba el incumplimiento del contrato por parte del contratista, debió colaborar en la práctica del medio pericial, a fin, de que se llegara a probar el incumplimiento del contratista, situación que no realizó, teniendo como consecuencia que por este medio no se prueba el incumplimiento del contrato aducido por el accionante.

En consecuencia, observa la Sala que el ICFES no cumplió con su carga probatoria, y por lo tanto no está demostrado el incumplimiento del contrato por parte del contratista, quien dentro del expediente mediante los documentales que soportan la importación de los equipos, la certificación proferida por el Banco Ganadero y el mismo informe técnico de la Dirección General del 24 de mayo 2002, se demuestra que se entregaron los equipos y por tanto estos responden al valor establecido por el contratista, teniendo en cuenta que la entidad no desvirtuó otro valor.

Así las cosas al no haberse probado el incumplimiento del contrato por parte del contratista, la Sala precisa que el contrato se entiende se encuentra liquidado, y por tanto las partes se encuentran a paz y salvo.

8.9. Por último, el *a quo* indicó que, en cualquier caso, las pretensiones del libelo no podían prosperar en la medida de que estas estaban dirigidas expresamente contra la aseguradora, pero revisado el contenido de la póliza de cumplimiento expedida por Agrícola de Seguros esta no amparaba riesgos relativos a la adquisición de bienes y servicios. En concreto afirmó:

Sin desconocer lo anterior y teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda no están dirigidas, contra el contratista sino por el contrario, en contra de la aseguradora, la Sala estudiará, si dicha entidad demanda, tiene lugar a responder, en el caso que se hubiera probado el incumplimiento del contrato por parte del contratista.

Al respecto observa la Sala que las garantías constituidas con la Compañía Agrícolas de Seguros S.A. no se pueden hacerse (sic) exigibles, habida cuenta que estas desbordan el objeto asegurado.

En efecto, si bien es cierto con ocasión del contrato 3995 el contratista podía adquirir bienes y servicios, dicha obligación no estaba pactada dentro del riesgo amparado por la aseguradora, habida cuenta que el ICFES estableció que la cobertura se realizara con base en el objeto del contractual, el cual era exclusivamente para el diseño y formulación de programa, por ende a la Aseguradora solo le era exigible cualquier tipo de incumplimiento por este concepto y de ninguna manera por el incumplimiento de no aportar facturas o de no entregar los equipos en óptimas condiciones.

En consecuencia, si la Sala hubiera declarado probado el incumplimiento del contrato por parte del contratista, debía negar las demás pretensiones de la demanda en razón a que las garantías constituidas no amparaban ese riesgo (incumplimiento por no entrega de facturas o por no entregar los computadores en óptimas condiciones).

9. La anterior decisión fue **apelada** a tiempo por la parte demandante (f. 259 y 271-272 c. ppl). En la impugnación el ICFES mostró su desacuerdo con la conclusión de la sentencia respecto de la falta de prueba del incumplimiento, dado que el contrató sí previó la presentación de los soportes como una obligación a cargo de la fundación FUSTER. Asimismo, indicó que el contratista debe responder por este incumplimiento, aun cuando este no estuviera cubierto por la garantía expedida por la aseguradora.

La Sala tomó la decisión de declarar no probado el incumplimiento del contrato No. 3995 de 12 de noviembre de 1997, por parte de la FUNDACIÓN SOCIAL CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA DE AMÉRICA PARA LA PROMOCIÓN DE LA SALUD, LA EDUCACIÓN Y LA CIENCIA FUSTER, como lo solicitó mi representada, en su escrito demandatorio, al igual que en los alegatos de conclusión, por considerar que esta no lo llevó (como Juez del contrato), a la Certeza del incumplimiento del contratista, apreciación de la cual, con todo respeto, se aparta esta representación, toda vez que obra en el plenario copia del contrato en mención el cual en el numeral 5 literal A de la cláusula SEGUNDA (obligaciones de las partes) establece la obligación a cargo del contratista de “Presentar informes técnicos y financieros periódicamente cada seis (6) del desarrollo (sic) del convenio (contrato), anexando los respectivos soportes que acrediten la ejecución de los dineros otorgados por el ICFES”.

Si bien la sala tuvo en cuenta que la directora del ICFES, en reiteradas ocasiones requirió al contratista para que diera cumplimiento a sus obligaciones contractuales en una desafortunada apreciación decide que esta omisión de no entregar los soportes de la adquisición de bienes y servicios, no se configura por si solo en incumplimiento del contrato lo cual a mi modo de ver no se deben exigir para configurar el incumplimiento del convenio No. 3995 de 12 de noviembre de 1997, pues basta con no haberse dado cumplimiento a las obligaciones, pactadas de manera simple y clara, para que se declara el incumplimiento del mismo.

Entonces tenemos que si el contratista incumplió con sus obligaciones contractuales, debe responder patrimonialmente, de acuerdo a las pretensiones presentadas en el escrito demandatorio, aun si la compañía aseguradora no lo estuviera por que las garantías constituidas no amparaban ese riesgo (...).

10. El 11 de septiembre del 2009 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad en las que estas intervinieron de la siguiente forma:

10.1. La Compañía Suramericana de Seguros S.A. (f. 277-308 c. ppl), como cesionaria de Agrícola de Seguros S.A., alegó, principalmente, que como lo concluyó la sentencia de primera instancia, las pretensiones en su contra no pueden prosperar dado que los amparos contenidos por la póliza de cumplimiento no refieren a las circunstancias descritas en la demanda. A continuación reprodujo los argumentos presentados en los alegatos de primera instancia.

10.2. El ICFES (f. 309-312 c. ppl) reiteró que la fundación FUSTER no efectuó la entrega de los documentos necesarios para establecer la debida ejecución y cumplimiento del contrato, tales como Licencias, facturas y soportes individualizados de racionalización y legalización de los bienes entregados.

10.3. Agregó que, en razón a lo anterior, debió hacer uso de una firma particular para hacer un avalúo técnico estimativo, que reveló el valor de los bienes entregados y en tal medida el porcentaje realmente ejecutado del contrato.

10.4. El Ministerio Público presentó su concepto (f. 314-325 c. ppl) y solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, al considerar que el la fundación FUSTER sí cumplió con los requerimientos del ICFES respecto de la entrega de soportes del valor de los bienes y servicios adquiridos en el marco del contrato. También encontró sin justificación el avalúo técnico de Asolonjas y lo consideró irrazonadamente distinto al valor expresado por otros documentos.

10.5. Agregó que el objeto abierto del contrato hace que, con solo ese avalúo, no se pueda acreditar el perjuicio alegado. Indicó en tal sentido:

Para esta Agencia del Ministerio surge evidente que el ICFES no cumplió con la carga de la prueba, pues la que aportó para acreditar el incumplimiento a cargo de la contratista, resulta insuficiente en

contraposición con otros elementos de juicio que evidencian, que si bien en principio la Fundación contratista fue requerida para que aportara los soportes de legalización de los bienes importados, también lo es que finalmente sí cumplió con tal solicitud. Así consta en los diferentes documentos que presentó al ICFES, adjuntos a la comunicación de 9 de octubre de 2000 (...).

En cuanto al momento del valor reclamado por la actora, el cual estima en la suma de \$190.166.721, no existe dato distinto al reportado en el estudio de ASOLONJAS, lo que igualmente hace imposible determinar que otras actividades u obligaciones fueron supuestamente incumplidas por la contratista, máxime cuando el objeto del convenio abarca conceptos indeterminados y generales, lo que a su turno impide establecer si los supuestos incumplimientos corresponden a lo pactado en dicha cláusula “Diseñar y formular conjuntamente con las Instituciones de Educación Superior, un programa de formación en Multimedia y Temática (sic) para la Educación e Investigación Pedagógica con metodología a distancia”.

Los elementos de juicio que se dejan expuestos, resultan suficientes para concluir que no es posible predicar incumplimiento del convenio a cargo de FUSTER, pues la prueba que fue aportada por la actora para reclamar la suma de \$190.166.721, junto con los intereses y para que se hiciera efectiva la cláusula penal pecuniaria, carece de verdaderos soportes técnicos y en esa medida no puede ser estimada como parámetro de convicción y de certeza frente a lo afirmado por la entidad demandante.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

11. La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual

en el que es parte una entidad estatal regida por la Ley 80 de 1993¹, según lo dispone el artículo 75² del mismo estatuto, y por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía³, tiene vocación de doble instancia.

II. Hechos probados

12. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

12.1. El 12 de noviembre de 1997 el ICFES y la Fundación Social, Científica y Tecnológica de América para la Promoción de la Salud, La Educación y la Ciencia, FUSTER, suscribieron el convenio de cooperación n.º 3995, cuyo objeto, conforme con su cláusula primera, consistió en el diseño y formulación de un programa de formación en multimedia y telemática para la educación e investigación pedagógica con metodología a distancia (copia auténtica del convenio de cooperación n.º 3995 del 12 de noviembre de 1997 –f. 116-118 c. 2-).

12.2. El contrato, que de acuerdo con su cláusula cuarta tuvo un valor total de \$359 000 000, fue pactado en la cláusula tercera con un término de ejecución de 24 meses, los cuales no se sometieron en el texto contractual a ningún tipo de plazo o condición para el inicio de su transcurso. También se acordó que el

¹ De acuerdo con el artículo 37 de la Ley 30 de 1992 y el artículo 1 del Decreto 2232 del 2003, el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. Por su parte, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 define como entidades públicas sujetas a la regulación de la Ley 80 de 1993 a los establecimientos públicos.

² “Artículo 75.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo (...)”.

³ En la demanda se estimó la cuantía del proceso, determinada por el valor del contrato que según el ICFES no fue ejecutado por la fundación FUSTER, en la suma de \$190 166 721. Por el momento de la interposición del recurso de apelación -9 de diciembre del 2008-, se aplican en este punto, los artículos 37 y 40 de la Ley 446 de 1998, que a su vez modificaron los artículos 129 y 132 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso de controversias contractuales sea de doble instancia, debe

contrato, en principio, debía ser liquidado durante los cuatro meses siguientes a su terminación de común acuerdo, así (copia auténtica del convenio de cooperación n.º 3995 del 12 de noviembre de 1997 –f. 116-118 c. 2-):

OCTAVA: Liquidación: El Presente convenio se liquidará de común acuerdo entre las partes, procedimiento que se efectuará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización o a la fecha del acuerdo que la disponga, la liquidación se efectuará mediante acta que suscribirán las partes.

12.3. La cláusula décima tercera previó la facultad de la administración de imponer multas a la fundación contratista en el evento de que se presentase un incumplimiento parcial de sus obligaciones. En concreto se indicó: (copia auténtica del convenio de cooperación n.º 3995 del 12 de noviembre de 1997 – f. 116-118 c. 2-):

DÉCIMA TERCERA. MULTAS: En el evento en que el contratista incurra en mora o incumplimiento parcial a cualquiera de las obligaciones contraídas en el presente convenio el ICFES le impondrá por cada mes de mora o fracción de mes multas sucesivas equivalentes al tres por ciento (3%) del valor total del convenio, sin que supere el treinta por ciento (30%) del valor del mismo (...).

12.4. El 26 de enero de 1998, las partes del convenio n.º 3995 del 12 de noviembre de 1997 suscribieron un otrosí en el que modificaron las condiciones y forma de pago inicialmente acordadas (copia auténtica del otrosí del 26 de enero de 1998 al convenio de cooperación n.º 3995 del 12 de noviembre de 1997 –f. 114 c. 2-).

III. Problema jurídico

ser superior a 500 SMMLV, que para la fecha del 28 de mayo del 2002, cuando se radicó el libelo, correspondían a \$154 500 000.

15. De oficio, la Sala deberá resolver sobre la configuración o no de la caducidad de la acción judicial ejercida por el ICFES para la declaratoria de incumplimiento por parte de la fundación FUSTER del convenio n.º 0003995 del 12 de noviembre de 1997.

IV. Análisis de la Sala

16. La caducidad es un fenómeno jurídico en virtud del cual el demandante pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que la ley señala. En la caducidad deben concurrir dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción.

16. Dicho término está edificado sobre el beneficio de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no. Es por lo anterior que no puede ser materia de convención antes de que se cumpla, ni puede renunciarse después de transcurrido.

17. La facultad de accionar comienza con el plazo fijado por la ley y nada obsta para que se ejerza desde el primer día, pero fenece definitivamente al terminar el plazo improrrogable, pues opera de pleno derecho dado que contiene plazos, en general, no susceptibles de interrupción ni de suspensión⁴.

18. La acción que en este caso se resuelve es la de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, que, para el momento de la introducción de este pleito, indicaba lo siguiente:

Art. 87.- Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril del 2008, expediente 16699, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.

19. Ahora, tal como lo estableció el *a quo* en la sentencia de primera instancia, la caducidad de la acción de controversias contractuales se encuentra regulada por el artículo 136, numeral 10, literal d, del Código Contencioso Administrativo, que señala lo siguiente:

Artículo 136.- Caducidad de las acciones:
(...)

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

(...)

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar(...).

20. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 indica que en los contratos que requieran de licitación, esta deberá efectuarse de común acuerdo en el plazo pactado para el efecto o en su defecto dentro de los 4 meses siguientes a su terminación.

21. En este orden de ideas, en cuanto el plazo pactado en la cláusula octava del convenio 3995 del 12 de noviembre de 1997 fue de cuatro meses en consonancia con lo previsto por el artículo 60 citado, tal como lo consideró el tribunal *a quo*, el término de caducidad de la acción que ahora se resuelve inició al vencimiento de los 6 meses siguientes a la finalización del contrato (4 meses para la liquidación bilateral y dos adicionales para la liquidación unilateral)⁵.

22. Sin embargo, las restantes consideraciones y conclusiones del tribunal de primera instancia respecto del momento en el que, en el caso concreto, debía iniciar la contabilización del término de caducidad, son erradas, según se pasa a explicar.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero del 2015, expediente 38245, C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

23. En primer lugar, debe precisarse el momento en el que inició el transcurso del plazo de convenio n.º 3995 de 1997. Equivocadamente, el *a quo*, consideró que aunque la suscripción del contrato se produjo el 12 de noviembre de ese año, en consideración a que su clausulado previó varias actividades como requisitos para el perfeccionamiento y ejecución del contrato –pago de timbre, publicación en diario oficial, constitución de garantía de cumplimiento- y teniendo en cuenta que estas sólo se terminaron de ejecutar el 27 de noviembre siguiente, sólo desde ahí iniciaba la vigencia contractual.

24. No tuvo en cuenta el tribunal de primera instancia que el plazo de vigencia corrió desde el mismo 12 de noviembre de 1997, en consideración a que, a pesar de que el convenio 3995 estableció ciertos requisitos para el perfeccionamiento, estos no tienen tal efecto, dado que, de conformidad con los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, los únicos requisitos legales para el perfeccionamiento del negocio es el acuerdo en objeto y precio, así como la elevación a escrito, circunstancias que, sin duda, se cumplieron el mismo 12 de noviembre.

25. En efecto, en el régimen contractual del Estado gobernado por la Ley 80 de 1993 se estableció claramente la solemnidad de los contratos suscritos por las entidades públicas a las que les sean aplicables sus normas, ya que su artículos 39⁶ y 41⁷ supedita su efectivo perfeccionamiento a la existencia de un documento escrito en el que se llegue a un acuerdo sobre el objeto a contratar y la contraprestación.

26. En otras palabras, el acuerdo en el objeto y la contraprestación y la elevación a documento escrito son los únicos requisitos para el perfeccionamiento del contrato. Todo otro requisito que pueda traer la Ley 80

⁶ “Art. 39.- 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.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales”.

⁷ “Art. 41.- Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito (...)”.

de 1993, otras normas relativas a contratos, o que hayan sido pactadas por las partes, pueden entenderse como requisitos para la ejecución de la obligación mas no de la existencia del contrato⁸.

27. En este orden de ideas, ante la ausencia de prueba en contrario⁹, con base en una lectura literal de la cláusula tercera del contrato, que constituye el único parámetro contenido en el acuerdo respecto de su vigencia, y que no supeditó el inicio del término de ejecución a la concurrencia de ninguna condición (ver supra párr. 12.2.), se tiene que el 12 de noviembre de 1997 inició el plazo de vigencia del convenio n.º 3995 de ese año, terminando el mismo luego de 24 meses, es decir, el 12 de noviembre de 1999.

28. Consecuencialmente, el término de 6 meses para liquidar el acuerdo bilateral o unilateralmente, corrió entre el 13 de noviembre de 1999 y el 13 de mayo del 2000; mientras que los dos años con los que se contaba para ejercer la acción de controversias contractuales transcurrió del 14 de mayo del 2000 y el 14 de mayo del 2002¹⁰, por lo que la radicación de la demanda el 28 de mayo del 2002 resulta extemporánea.

29. Ahora, el *a quo* adujo que el término de los 6 meses para realizar la liquidación del contrato debía contarse a partir del 9 de octubre del 2000, fecha en la que, en su sentir, se produjo la “*terminación real del contrato*” de acuerdo con el acta de entrega final visible en el folio 161 del cuaderno 2 del plenario.

30. Sin embargo, la terminación del contrato se deriva, indudablemente, es de la finalización del término fijado para su vigencia, el cual venció el 12 de noviembre de 1999 a falta de documento modificadorio del contrato que sugiera lo contrario, lo cual es invariable aun cuando por alguna razón irregular el ICFES hubiese permitido que el contratista siguiera ejecutando actividades

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril del 2009, expediente 29699, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹ Valga señalar que en el plenario no se observa acta de inicio de actividades.

¹⁰ Valga señalar que en el plenario no obra constancia de celebración de audiencia de conciliación prejudicial, ni ello era requisito de procedibilidad para el momento de presentación de la demanda.

propias del convenio luego de que este se finiquitara por el vencimiento del plazo previsto para su ejecución.

31 Por otra parte, revisado el contenido del documento al que hace referencia la sentencia impugnada, la Sala encuentra que este no se trata de ninguna acta de entrega, sino de una comunicación de FUSTER dirigida al ICFES, a la que adjuntó soportes contables con el fin de cumplir los requerimientos que sobre el particular le había hecho la entidad pública, por lo que bajo ninguna circunstancia puede entenderse de este que el plazo contractual fue ampliado o siquiera que las obligaciones del convenio se siguieron ejecutando más allá de los 24 meses acordados para el efecto.

32. Así las cosas, la Sala revocará la sentencia del 27 de noviembre del 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A, para, en su lugar, declarar de oficio probada la excepción de caducidad de la acción y por ende negar las pretensiones de la demanda.

33. Finalmente, también se declarará oficiosamente la nulidad de la cláusula decimotercera del contrato, en cuanto esta previó la facultad oficiosa de la entidad contratante de imponer unilateralmente multas por incumplimientos parciales imputables a la fundación contratista, competencia que en vigencia de la Ley 80 de 1993, sin las modificaciones introducidas posteriormente por la Ley 1150 de 2007, no fue otorgada a la administración por parte del legislador.

34. Al respecto se reitera que¹¹:

24. Entonces, no se puede sino concluir que durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, y antes de que la Ley 1150 comenzara a regir, la administración carecía de la potestad de imponer multas de forma unilateral, puesto que esa norma solo le permitía pactarlas en el contrato, siendo indispensable que su imposición al contratista se produjera por parte del juez natural del contrato, y en todo caso,

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril del 2015, expediente 29226, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

incluso para aquellos contratos celebrados antes de la reforma del 2007, era necesario que la imposición se diera en vigencia suya .

25. Todo lo expuesto implica que, en atención al principio de legalidad que prevalece en materia de las funciones sancionatorias a cargo del Estado, en el caso concreto debe declararse la nulidad de los actos demandados, en cuanto en ellos se ejerció una competencia que no estaba en cabeza de la entidad demandada, consistente en imponer de manera unilateral, mediante un acto administrativo motivado, una multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del actor.

26. Se reitera que a pesar de que en la cláusula décima segunda del contrato 148 del 2000 las partes otorgaron esa prerrogativa a la entidad contratante y hoy demandada, la autonomía de la voluntad de las partes no puede soslayar el principio de legalidad, el cual resulta de especial relevancia en el caso de las sanciones a particulares, dado que es claro que una disposición contractual no puede ir directamente en contra de una norma de orden público.

35. Cabe anotar que no se estudiará la excepción de prescripción propuesta por la aseguradora demandada, en cuanto ello sería del caso únicamente en el evento en que fuese necesario estudiar la viabilidad de imputar las indemnizaciones deprecadas por el ICFES a la garantía base de su vinculación al litigio, circunstancia que forzosamente se derivaría de un examen de fondo del asunto, lo cual resulta improcedente por la ocurrencia del fenómeno de la caducidad.

V. Costas

36. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se condenará en este sentido.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. Revocar la sentencia del 27 de noviembre del 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO. En su lugar, **declarar**, de oficio, probada la excepción de caducidad de la acción.

TERCERO. En consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

CUARTO. Declarar, de oficio, la nulidad de la cláusula décimo tercera del convenio n.º 3995 del 12 de noviembre de 1997.

QUINTO. Sin condena en costas.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Danilo Rojas Betancourth
Magistrado

Stella Conto Díaz del Castillo
Magistrada

Ramiro Pazos Guerrero
Presidente de Sala