

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 47001-23-31-000-2002-01022-01 (43086)

Actor: EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS –FERROVÍAS-

Demandado: CONSORCIO ODEBRECHT – CONCIVILES

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: cómputo del término de caducidad de la acción contractual

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 20 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena que declaró la nulidad del inciso 2° parágrafo primero de la cláusula décima quinta del contrato de obra pública 01-0060-0-95; condenó al consorcio al pago de una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y de sus adiciones y, negó las demás pretensiones. Respecto de la demanda de reconvención presentada por el Consorcio Odebrecht–Conciviles en contra de Ferrovías, declaró probada la excepción de caducidad.

SÍNTESIS DEL CASO

La Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferroviás- solicitó la declaratoria de nulidad absoluta del inciso 2° parágrafo primero de la cláusula décimo quinta del contrato de obra pública 01-0060-0-95 celebrado con el Consorcio Odebrecht-Conciviles, que estableció la obligación a cargo de Ferrovías de pagar la contribución especial equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y de sus adiciones, obligación que legalmente le correspondía al contratista, de conformidad con el artículo 123 de la Ley 104 de 1993.

A su turno, el Consorcio Odebrecht-Conciviles, integrado por la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Construcciones Civiles S.A., formuló demanda de reconvención y solicitó declarar el desequilibrio económico del contrato por el pago de la contribución especial, porque el tributo no existía al momento de presentar su propuesta.

I.- ANTECEDENTES

1. Demanda

El 4 de octubre de 2002 (fls. 3-29, c. 3), la Empresa Colombiana de Vías Férreas – Ferrovías-, a través de apoderado (fl. 2, c. 2), presentó demanda de controversias contractuales contra el Consorcio Odebrecht–Conciviles, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Que se declare la nulidad total de los apartes que se indican del inciso segundo (2°) del párrafo primero (1°) de la cláusula décima quinta (15) del contrato de obra pública No. 01-0060-0-95, suscrito entre FERROVÍAS y el CONSORCIO NORBERTO ODEBRECHT –CONCIVILES S.A.-, inciso que textualmente reza:

‘De conformidad con la Ley 104 de 1993, EL CONTRATISTA está obligado a pagar la contribución especial del cinco por ciento (5%) en la forma que para tal efecto determine esta Ley. Como esta contribución no está incluida en los precios unitarios del contrato por haber sido creada después del cierre de la licitación, la misma será cancelada directamente por Ferrovías, sin ningún descuento al CONTRATISTA por este concepto’. (Subrayamos íntegramente la parte del inciso acusado).

1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare igualmente, que el CONSORCIO demandado es el único responsable de pagar íntegramente el monto de la contribución especial de que trata el artículo 123 de la Ley 104/93, derogado por el artículo 62 de la Ley 241 de 1995, derogado a su vez por el artículo 120 de la Ley 418 de 1997 y prorrogado éste último por virtud de lo señalado en la Ley 548 de 1999, valor éste que deberá ser girado a FERROVÍAS, para que esta a su vez, proceda a girar los recursos respectivos con destino al FONDO NACIONAL DE SEGURIDAD Y CONVIVENCIA CIUDADANA, cuenta especial sin personería jurídica, administrada por el MINISTERIO DEL INTERIOR, o en su defecto, se ordene al CONSORCIO cancelarlos directamente al citado FONDO, monto éste equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato de obra pública No. 01-0060-0-95, cuyo objeto fue la reconstrucción y mantenimiento de la red férrea en el tramo La Loma-Santa Marta, vía férrea del orden nacional, así como los respectivos contratos adicionales de mantenimiento, que modificaron y/o ampliaron su monto definitivo, junto con la actualización y/o intereses que eventualmente lleguen a exigirse por parte del FONDO NACIONAL DE SEGURIDAD Y CONVIVENCIA CIUDADANA, cuenta especial sin personería

jurídica, administrada por el MINISTERIO DEL INTERIOR, respecto del monto total de la contribución especial que se encuentra pendiente de ser cancelada.

1.3. Que en el evento de resultar procedente, se condene al CONSORCIO demandado al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico señaló lo siguiente:

1. El 16 de marzo de 1992, a través de la Resolución 365, Ferrovías ordenó la apertura de la licitación pública internacional LPI-001-92, con el fin de contratar la ejecución de las obras para la reconstrucción de la vía férrea nacional en el tramo comprendido entre La Loma y Santa Marta. El 8 de octubre de 1992, fue el cierre de la licitación.
2. El 19 de marzo de 1993, a través de la Resolución 470, se adjudicó el contrato al Consorcio Odebrecht-Conciviles, integrado por la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Construcciones Civiles S.A.
3. El 29 de marzo de 1995, Ferrovías y el Consorcio Odebrecht-Conciviles suscribieron el contrato de obra pública 01-0060-0-95, con un plazo de ejecución de 18 meses –entre el 11 de mayo de 1995 y el 11 de noviembre de 1996- y por un valor de \$33.616'870.606,53 más US\$24'339.441,86.
4. Entre la adjudicación del contrato -19 de marzo de 1993- y la suscripción del mismo - 29 de marzo de 1995-, el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 104 del 30 de diciembre de 1993, *“Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*. Esta norma dispuso en su artículo 123, que todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, les corresponde pagar a favor de la Nación, departamentos o municipios, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.
5. Teniendo en cuenta lo anterior, las partes acordaron introducir en el inciso 2° párrafo primero de la cláusula décimo quinta del contrato, la previsión consagrada en la Ley 104 de 1993 en relación con la contribución especial. Sin embargo, en dicha cláusula se estipuló que la misma sería a cargo de Ferrovías cuando la ley ordenaba que dicha

obligación estaba a cargo del contratista. Al respecto, el aparte de la cláusula demandada señalaba:

DÉCIMA QUINTA: COSTOS DEL CONTRATISTA Y PRECIOS DEL CONTRATO. EL CONTRATISTA se obliga para con FERROVÍAS a ejecutar, a los precios estipulados en el Anexo No. 1, todos los trabajos y obras necesarios para la correcta realización, estabilidad, funcionamiento, seguridad y adecuación a su objeto de la obra contratada (...).

PARÁGRAFO PRIMERO: En la componente pagadera en pesos Colombianos deben incluirse los impuestos, aranceles, tasas y contribuciones de carácter municipal, departamental o nacional vigentes en la fecha de/ cierre de la licitación. Las modificaciones, y/o complementaciones a los impuestos y tasas vigentes en la fecha de cierre de la licitación serán a cargo o a favor, según el caso, de FERROVIAS y pagados o abonados por su costo real. En caso de que FERROVIAS obtenga la reducción o eliminación de impuestos, aranceles, tasas y contribuciones u otros costos que en las condiciones actuales deben ser cubiertos por el CONTRATISTA, los valores correspondientes serán excluidos de los respectivos pagos a EL CONTRATISTA.

De conformidad con la Ley 104 de 1993, EL CONTRATISTA está obligado a pagar la contribución especial/ de/ cinco por ciento (5%) en la forma que para tal efecto determine esta Ley. Como esta contribución no está incluida en los precios unitarios del contrato por haber sido creada después del cierre de la licitación la misma será cancelada directamente por Ferrovías, sin ningún descuento al CONTRATISTA por este concepto. (Subrayado el aparte del inciso acusado).

6. El 25 de julio del 2000, previo a la liquidación del contrato, Ferrovías solicitó a la Dirección General de Presupuesto Público Nacional los recursos tendientes a cancelar la contribución especial correspondiente al 5% del valor del contrato de obra suscrito con el Consorcio Odebrecht-Conciviles.

7. El 4 de agosto de este mismo año, la Dirección General de Presupuesto Público Nacional dio respuesta a la solicitud formulada por Ferrovías, en la cual explicó la imposibilidad de dar trámite a la petición, como quiera que el sujeto pasivo de la contribución especial era el contratista, por lo que no le correspondía a Ferrovías legal y contractualmente asumir esta obligación.

8. El 28 de agosto de 2000, las partes suscribieron el acta de liquidación del contrato de obra pública 01-0060-0-95. En el acta, Ferrovías dejó constancia de que demandaría la legalidad del aparte de la cláusula décimo quinta del contrato de obra que señalaba que Ferrovías debía asumir el valor de la contribución especial. Por su parte, el Consorcio Odebrecht–Conciviles dejó la salvedad de que defendería la legalidad de la mencionada

cláusula y en caso de que se declarara su ilegalidad, demandaría la ruptura del equilibrio económico del contrato.

9. Según certificación expedida por el Jefe de la División de Contabilidad de Ferrovías, el valor de la contribución especial por concepto del contrato de obra y sus adicionales, al momento de la presentación de la demanda, asciende a la suma de \$8.519'.206.381.

10. Durante la ejecución del contrato, Ferrovías realizó reconocimientos económicos al Consorcio Odebrecht–Conciviles a través de dos laudos arbitrales y una conciliación prejudicial administrativa¹. Estos reconocimientos también estarían sujetos a grabarse con la contribución especial del 5% a cargo del contratista:

a) Laudo Arbitral proferido el 30 de Octubre de 1997, en el que se condenó a Ferrovías a pagar la suma de \$3.067'729.275, por concepto de los sobrecostos ocasionados al Consorcio Odebrecht–Conciviles por la demora en la suscripción del contrato.

b) Conciliación prejudicial administrativa de la Procuraduría Delegada ante el Honorable Tribunal Administrativo del Magdalena, aprobada por esa Corporación el 19 de febrero de 1998, por ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública 01-0060-0-95, en la que se autorizó un pago a favor del Consorcio Odebrecht-Conciviles por valor de US6'695.692,49.

c) Laudo Arbitral proferido el 11 de diciembre de 2001 y Laudo complementario del 19 de diciembre de ese mismo año, en los cuales se condenó a Ferrovías a pagar la suma de \$12.276'632.425 y US23.249,40, por concepto de los sobrecostos ocasionados al Consorcio Odebrecht–Conciviles por desequilibrio económico del contrato y otros conceptos.

La parte demandante adujo que el inciso 2° párrafo primero de la cláusula décimo quinta del contrato 01-0060-0-95 de 1995, era ilegal, por haberse expedido con “*desviación de poder*”, y concretamente, por haber desconocido las siguientes normas: artículos 2 (inciso 2), 6, 13, 95 (numeral 9), 121, 209, 338 de la Constitución Política y los artículos 4 (numeral 8 y 9), 5 (numeral 1°), 13, 40, 44 y 47 de la Ley 80 de 1993.

¹ La contribución especial no fue objeto de pronunciamiento.

El 14 de noviembre de 2002, el Tribunal Administrativo de Magdalena admitió la demanda y dispuso su notificación al Consorcio Odebrecht–Conciviles y al Ministerio Público (fl. 537, c. 2). El 5 de febrero de 2010, el *a quo* integró el contradictorio, en consecuencia, ordenó notificar la demanda a los integrantes del consorcio: Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Construcciones Civiles S.A. (fls. 797-798, c. 2).

2. Contestación de la demanda

2.1. El 16 de febrero de 2005, el Consorcio Odebrecht-Conciviles contestó la demanda (fls. 63-69, c. 5). Se opuso a sus pretensiones. Como razones de su defensa, manifestó:

-. El demandante no sustentó la solicitud de declaratoria de nulidad alegada. Simplemente se limitó a hacer referencia a la violación de algunas normas constitucionales y de la contratación estatal en que incurrieron Ferrovías y el Consorcio Odebrecht-Conciviles.

-. Con la modificación de la cláusula acusada, no se evadió el pago del tributo a cargo del Consorcio Odebrecht-Conciviles, sino que, se buscó una alternativa de pago, que permitiera dar viabilidad a la ejecución del contrato y así evitar la interposición de demandas judiciales para obtener el restablecimiento de la ecuación contractual.

-. Ferrovías con la demanda violó el principio que establece que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, en tanto, fue quien propuso y estableció como alternativa para solucionar el sobrecosto oneroso e imprevisible generado con la creación de la contribución especial a cargo del contratista, la modificación a la cláusula décimo quinta del contrato en los términos en que lo hizo.

Propuso las excepciones que denominó *“caducidad de la acción”, “falta de agotamiento de la etapa de conciliación prejudicial por no haberse citado a la totalidad de los demandados”, “falta de legitimación en la causa” e “inexistencia de las obligaciones demandadas”*.

(i) Caducidad de la acción. Por tratarse de una acción que pretende la nulidad absoluta de algunos apartes del inciso 2° parágrafo primero de la cláusula décimo quinta del contrato, el término para presentar la demanda se debe contar a partir del

perfeccionamiento del mismo -29 de marzo de 1995-, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 10 literal e)² del artículo 136 del C.C.A., que estableció un término igual al de la vigencia del contrato, sin que en ningún caso exceda de 5 años. En el presente caso, habían transcurrido más de 5 años para el ejercicio oportuno de la acción.

(ii) Falta de agotamiento de la etapa de conciliación prejudicial por no haberse citado a la totalidad de los demandados. La parte demandante no convocó a audiencia de conciliación prejudicial a las sociedades que hacen parte del Consorcio Odebrecht-Conciviles: Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Construcciones Civiles S.A.

(iii) Falta de legitimación en la causa. Ferrovías no está facultada para efectuar el cobro del denominado impuesto de guerra contenido en la Ley 104 de 1993 al Consorcio Odebrecht-Conciviles.

(iv) Inexistencia de las obligaciones demandadas. El contrato de obra y la actuación del Consorcio Odebrecht-Conciviles fueron legales, razón por la cual es improcedente el reconocimiento de las pretensiones consignadas en la demanda.

2.2. El 17 de enero de 2011, las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Construcciones Civiles S.A., empresas que conforman el Consorcio Odebrecht – Conciviles, contestaron la demanda (fls. 837-850, c. 2); se opusieron a sus pretensiones y, como razones de su defensa, manifestaron:

-. Pese a que la demanda trae a colación una supuesta violación a normas de rango constitucional, lo cierto es que, la intención de Ferrovías es la revocatoria de su propio acto enmarcada dentro de una acción contractual caducada.

² El numeral 10 literal e) del artículo 136 del C.A.A. dispone: “e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley “por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

-. El contratista realizó las reclamaciones pertinentes por concepto de la contribución especial sobreviviente y, obtuvo como resultado la estipulación que se plasmó en el acuerdo contractual, que hoy pretende la demandante dejar sin efecto.

-. El contratista no está obligado a asumir el pago de la contribución especial sin el reconocimiento de dichos recursos por parte de la administración, ni la falta de previsión de la entidad respecto de la disponibilidad de los recursos para su pago, dado que este hecho fue posterior a lo válidamente convenido por las partes.

-. El demandante no alegó la nulidad del acto de liquidación como negocio jurídico independiente, teniendo en cuenta que la prosperidad de las pretensiones depende de las declaraciones, salvedades y reconocimientos que se hubieren estipulado en dicho acto.

Propusieron las siguientes excepciones:

(i) Caducidad de la acción. Como el contrato de obra pública 01-0060-0-95 fue liquidado por mutuo acuerdo entre las partes el 28 de agosto de 2000, el término de caducidad de 2 años contados a partir de la firma del acta, expiraba el 27 de agosto de 2002, fecha en la cual no se había interpuesto la demanda.

(ii) Improcedencia de la acción de nulidad impetrada. La contribución especial es de creación legal y las obligaciones fiscales que por dicho medio nacen a la vida jurídica no son objeto de declaratoria por vía judicial.

3. La demanda de reconvención

El 16 de febrero de 2005 (fls. 642-656, c. 2), en escrito separado y, estando dentro del término de fijación en lista³, el Consorcio Odebrecht-Conciviles presentó demanda de reconvención en contra de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías-. En el libelo de reconvención, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA.- Declarar que por causas no imputables al CONSORCIO ODEBRECHT-CONCIIVILES, se rompió la ecuación económica contractual, al momento de la

³ Según constancia secretarial, la fijación en lista fue el 3 de febrero de 2005 (fl. 672, c. 2).

celebración del contrato de obra pública 01-0060-0-95, suscrito entre la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS –FERROVÍAS- y el CONSORCIO ODEBRECHT-CONCIIVILES, como consecuencia del pago de la contribución especial del cinco por ciento (5%) que estableció en el artículo 123 y subsiguientes de la Ley 104 de 1993, no existente al momento de presentar el hoy contratista, su propuesta dentro de la licitación pública internacional LPI-001-92.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FERREAS –FERROVÍAS EN LIQUIDACIÓN-, a restablecer la ecuación económica financiera del contrato de obra pública 01-0060-0-95, pagando al CONSORCIO ODEBRECHT-CONCIIVILES, la totalidad del valor correspondiente a la contribución especial del cinco por ciento (5%) que estableció el artículo 123 y subsiguientes de la Ley 104 de 1993, generada por la ejecución del mencionado contrato y el pago de actualizaciones o intereses si el FONDO NACIONAL DE SEGURIDAD Y CONVIVENCIA CIUDADANA, beneficiario del mismo, así lo exige.

TERCERA.- En el evento de resultar procedente se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FERREAS –FERROVÍAS EN LIQUIDACIÓN-, a la suma que se determine y liquide por concepto de costas y agencias en derecho que se causen en el presente proceso.

Como fundamento fáctico señaló lo siguiente:

1. Previo a la suscripción del contrato de obra pública⁴, Ferrovías y el Consorcio Odebrecht-Conciviles negociaron los términos para restablecer el equilibrio económico del contrato afectado por la contribución especial exigida en la Ley 104 de 1993, toda vez que el impuesto no fue incluido en los precios ofertados.
2. El Consorcio Odebrecht-Conciviles presentó como alternativa para equilibrar las cargas económicas del futuro contrato originadas con ocasión de la referida contribución especial, que se aumentaran los precios unitarios y por consiguiente el valor total del negocio jurídico.
3. Ferrovías no aceptó la alternativa económica presentada por el Consorcio Odebrecht-Conciviles. En su defecto, propuso que la entidad a nombre del consorcio efectuaría directamente el pago de dicha contribución pero no a título de cesionaria de la obligación tributaria, sino simplemente como mecanismo de pago de la misma.

⁴ Por causas ajenas a la responsabilidad del consorcio, el contrato de obra pública no se suscribió en las fechas pactadas.

4. Como consecuencia de las negociaciones, las partes acordaron adicionar el siguiente texto al parágrafo de la cláusula décimo quinta de la minuta del contrato de obra pública 01-0060-0-95:

De conformidad con la Ley 104 de 1993, EL CONTRATISTA está obligado a pagar la contribución especial del cinco por ciento (5%) en la forma que para tal efecto determine esta Ley. Como esta contribución no está incluida en los precios unitarios del contrato por haber sido creada después del cierre de la licitación, la misma será cancelada directamente por Ferrovías, sin ningún descuento al CONTRATISTA por este concepto.

5. La Dirección General del Presupuesto Público Nacional se abstuvo de adicionar los recursos a la entidad para el pago de la contribución especial, con base en que el gasto no constituye una obligación a cargo de Ferrovías.

6. En el acta de liquidación del contrato 01-0060-0-95, las partes contratantes, en el capítulo VI – “ACLARACIONES Y CONSTANCIAS”, estipularon que la referida contribución especial se encontraba pendiente de pago. El Consorcio Odebrecht-Conciviles dejó constancia, en síntesis, de lo siguiente: (i) el impuesto no existía al momento del cierre de la licitación y por lo mismo no había podido ser considerado en sus precios; (ii) el consorcio presentó como alternativa que se aumentaran los precios unitarios y el valor del contrato; (iii) Ferrovías no accedió a la alternativa propuesta y prefirió encargarse directamente del pago de la contribución, no a título de cesionaria de la obligación, sino como mecanismo de pago de la misma.

Como fundamentos de derecho, el Consorcio Odebrecht-Conciviles argumentó el desequilibrio económico del contrato a raíz de la nueva carga impositiva creada por la Ley 104 de 1993. Alegó que dicho tributo no correspondía a un alea normal y previsible para el contratista al momento de presentar su propuesta, como quiera que para esa fecha, dicha carga no existía y, por lo tanto, no la pudo prever dentro de sus precios. Añadió que al suscribir el contrato las partes actuaron de buena fe, pero a pesar de la prevención que desplegaron, inevitablemente se causó un daño al contratista, esto es, el desequilibrio económico contractual.

El 5 de julio de 2005, el Tribunal Administrativo de Magdalena admitió la demanda de reconvención y dispuso su notificación a la Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías- y al Ministerio Público (fl. 674, c. 2).

4. Contestación de la demanda de reconvención

El 4 de julio de 2007, Ferrovías contestó la demanda de reconvención (fls. 735-739, c. 2). Se opuso a sus pretensiones, al considerar que no cumplen con los presupuestos para alegar la presunta ruptura del equilibrio económico del contrato.

Propuso las siguientes excepciones:

(i) Caducidad de la acción. De conformidad con el numeral 10 literal c) del artículo 136 del C.C.A. el término de caducidad para aquellos contratos que requieran liquidación y esta haya sido efectuada de común acuerdo entre las partes, es de dos años, contados desde la firma del acta. Como el acta de liquidación se suscribió el 28 de agosto de 2000, la demanda de reconvención debió ser promovida a más tardar el 28 de agosto de 2002 y, como se presentó en febrero de 2005, ya habían transcurrido 2 años y 6 meses más del plazo máximo previsto para tal efecto.

(ii) Falta de jurisdicción. El juez no cuenta con la jurisdicción para resolver el asunto, porque operó el fenómeno de caducidad de la acción.

El 22 de agosto de 2008 y 11 de marzo de 2011 se dio apertura a la etapa de pruebas (fls.746-748 y 942-943, c. 2) y el 29 de abril de 2011 se corrió traslado para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto (fl. 960, c. 2).

5. Alegatos de conclusión

5.1. La parte demandada (fls. 970-974, c. 2) reiteró los argumentos expuestos en la demanda de reconvención.

5.2. El Ministerio Público conceptuó que se deben negar las pretensiones de la demanda (fls. 975-978, c. 2). Sostuvo que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 265 del 5 de febrero de 1993, la contribución especial debía ser pagada por *“los contratistas cuando la respectiva licitación hubiese sido abierta con posterioridad al 1° de enero de 1993 o, en los casos en que no hubiese realizado la licitación, cuando la oferta o cotización se hubiese presentado a las entidades de derecho público a partir del 1° de*

enero de 1993”. En el presente caso, la licitación se realizó antes del 1° de enero de 1993, razón por la cual, el Consorcio Odebrecht-Conciviles no era sujeto pasivo del pago de la contribución especial.

5.3. La Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- guardó silencio.

6. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Magdalena profirió sentencia el 20 de octubre de 2011 (fls. 980-999, c. ppal), en la cual decidió:

1.- DECLÁRESE la nulidad absoluta del inciso 2° del parágrafo de la cláusula décima quinta del contrato de obra pública No. 01-0060-0-95 celebrado entre la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FERREAS –FERROVÍAS- y el CONSORCIO NORBERTO ODEBRECHT –CONCIVILES S.A., de conformidad con las consideraciones de este proveído. En consecuencia:

2.- ORDÉNESE a la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. Y CONSTRUCCIONES CIVILES S.A. pagar a favor de la NACIÓN, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato y de las respectivas adiciones, de conformidad con lo previsto en los artículos 123 a 125 de la Ley 104 de 1993, y demás normas vigentes al momento de la celebración de los mismos.

3.- Las sumas liquidadas correspondientes a la anterior condena devengará intereses moratorios desde la fecha de ejecutoriada la sentencia hasta el día del pago total, según los artículos 176 y 177 del C.C.A.

4.- Niéguese las demás pretensiones.

5.- Declárese probada la excepción de caducidad de la acción de controversias contractuales, frente a la demanda de reconvencción presentada por el CONSORCIO NORBERTO ODEBRECHT – CONCIVILES S.A. en contra de la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS –FERROVÍAS-, por los motivos expuestos en esta providencia.

6.- Sin condena en costas para las partes.

Como sustento de esta decisión, el Tribunal *a quo* consideró:

1. En relación con la excepción de caducidad de la acción contractual presentada por Ferrovías en contra del Consorcio Odebrecht–Conciviles S.A. estimó que la demanda se ajustaba a lo dispuesto en el numeral 10 literal c) del artículo 136 del C.C.A. que determina un término de caducidad de dos años contados a partir de la firma del acta de liquidación bilateral del contrato.

2. Frente al término de caducidad de la demanda de reconvención presentada por la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Construcciones Civiles S.A. concluyó que opero el fenómeno de la caducidad de la acción, porque se interpuso fuera del lapso establecido en el numeral 10 literal c) del artículo 136 del C.C.A. que señalaba un término de caducidad de dos años contados a partir de la suscripción del acta de liquidación.

3. Argumentó que la estipulación contenida en el inciso 2° párrafo primero de la cláusula décimo quinta del contrato 01-0060-0-95, contraría lo establecido en el artículo 123 de la Ley 104 de 1993, en tanto dicha estipulación fijó como sujeto pasivo del tributo a la entidad pública. Como consecuencia, declaró la nulidad absoluta del aparte demandado, por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

4. Finalmente, el *a quo* refirió que la contribución especial o impuesto de guerra no es un factor determinante para el rompimiento de la ecuación contractual. Por lo tanto, ordenó a las sociedades demandadas pagar a favor de la Nación la contribución especial equivalente al 5% del valor del contrato y sus adiciones.

7. El recurso de apelación

De manera oportuna⁵, la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Construcciones Civiles S.A., integrantes del Consorcio Odebrecht-Conciviles, presentaron recurso de apelación (fls. 1002-1015, c. ppal), para que se revocara la sentencia y se condenara en costas a la demandante. Agregaron que en el evento de confirmar la sentencia apelada se deben acoger las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención. Como fundamento señalaron lo siguiente:

a) En relación con la demanda:

⁵ El recurso fue presentado y sustentado el 22 de noviembre de 2011, esto es, dentro del término otorgado para tal fin, habida cuenta de que aquel se interpuso al noveno día siguiente a la desfijación del edicto.

- El Tribunal declaró la nulidad absoluta del inciso 2° parágrafo primero de la cláusula décimo quinta del contrato de obra pública 01-0060-0-95 con fundamento en que el contrato fue celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal por presunta violación a la Ley 104 de 1993; causales de anulación diferentes a las invocadas por la parte actora –desviación de poder y normas constitucionales y contractuales-.

- El sujeto pasivo de la contribución especial no era objeto de debate, porque la norma en ningún momento ha sido violada ni desconocida por el consorcio. La oposición consistió en que el consorcio de buena fe aceptó el mecanismo formulado por el demandante para realizar el pago del impuesto, perjudicando el equilibrio económico del contrato.

- El juez no es competente para determinar el sujeto pasivo de los impuestos y contribuciones, esta facultad le fue atribuida constitucionalmente al legislador.

- La acción incoada se encuentra caducada, porque lo pretendido por el demandante es la nulidad absoluta de un aparte del contrato. En tal sentido, se debe aplicar el término de caducidad previsto en el numeral 10 literal e) del artículo 136 del C.C.A.

b) En relación con la demanda de reconvención:

- El término de caducidad no puede iniciar a contarse desde la suscripción del acta de liquidación sino desde la notificación de la demanda porque fue en este momento que el Consorcio Odebrecht-Conciviles tuvo conocimiento del desequilibrio económico del contrato.

- La entidad acordó realizar el pago de la contribución especial a nombre del contratista, pero no a título de cesionaria de la obligación sino como mecanismo de cancelación del tributo.

- El contrato, las adiciones y el acta de liquidación gozan de plena validez, lo que conduce a la procedencia de las pretensiones de la demanda de reconvención dirigidas a la protección de la seguridad jurídica del contratista.

- El *a quo* no tuvo en cuenta en la providencia que se encontraba debidamente probado en el plenario el detrimento patrimonial del contratista como consecuencia del desconocimiento de lo estipulado contractualmente.

- La entidad estatal propuso el mecanismo de pago que se acordó en el contrato. Con la interposición de la demanda, Ferrovías desconoció el principio que señala que nadie puede alegar a su favor su propia culpa.

- La demandante no alegó la nulidad del acta de liquidación del contrato como negocio jurídico independiente, por lo tanto la validez y eficacia de las declaraciones allí contenidas deben ser tenidas en cuenta por el juez al analizar la procedencia de la acción incoada y las pretensiones de la demanda.

8. Trámite en segunda instancia

El recurso de apelación fue concedido mediante providencia del 9 de diciembre de 2011 y admitido por esta Corporación el 20 de febrero de 2012 (fl. 1039, c. ppal). Asimismo, mediante auto del 11 de abril de 2012 se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 1041, c.ppal).

8.1. La parte demandada reiteró, en síntesis, lo expuesto en el trámite de primera instancia y en el recurso de apelación (fls. 1042-1066, c. ppal).

8.2. La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

II.- CONSIDERACIONES

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984-, toda vez que la demanda se interpuso el 4 de octubre de 2002, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto.

1. Presupuestos procesales

1.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2⁶ y 75⁷ de la Ley 80 de 1993. Así mismo, esta Corporación es competente en razón de la cuantía, pues a la fecha de presentación de la demanda -4 de octubre de 2002- la pretensión mayor debía superar los 500 SMLMV, es decir, \$154.500.000⁸ y como en este caso equivale a \$8.000'000.000 el proceso tiene vocación de doble instancia ante esta Corporación.

1.2. Legitimación en la causa

1.2.1. En lo referente a la legitimación en la causa por activa, advierte la Sala que la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferroviás-, hoy liquidada, ostentó vocación procesal para integrar el extremo demandante, toda vez que fungió como entidad pública contratante en el negocio jurídico objeto de controversia.

Ahora bien, en la presente instancia del juicio, la representación de los intereses de la extinta Ferroviás es ejercida por la Nación–Ministerio de Transporte- en virtud de lo dispuesto en el Decreto N° 1791 del 26 de junio de 2003, en el cual se ordenó la supresión de la indicada empresa y se dispuso que una vez culminada su liquidación, el Ministerio

⁶ Mediante Decreto 1588 de 1989, fue creada la Empresa Colombiana de Vías Férreas -Ferroviás-, como una empresa industrial y comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte (artículo 1°). En este orden de ideas, Ferroviás es una de las entidades estatales enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que estipula: *“Definición de entidades estatales, servidores y servicios públicos. Para los efectos de la presente ley:*

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles (...).”

⁷ Artículo 75 de la Ley 80 de 1993: *“Del juez competente. 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 contenciosa administrativa (...).”*

⁸ El salario mínimo legal mensual que rigió en el año 2002 era de \$309.000, por disposición del Decreto 2910 del 31 de diciembre de 2001.

de Transporte asumiría la totalidad de los procesos judiciales en que aquella interviniera como parte⁹.

La liquidación de Ferrovías culminó el 11 de marzo de 2009¹⁰, de suerte que a partir de esa fecha, la atención del proceso judicial debía ser ejercida por el Ministerio de Transporte, como parte demandante y demandada en reconvención y en tanto sucesor procesal de la suprimida empresa.

Es de advertir que, habida la anterior circunstancia, se debe dar aplicación al artículo 60, inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto establece:

Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores del derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.

Por tanto, si bien en audiencia de pruebas del 11 de marzo de 2011 (fls. 946, c. 2) le fue reconocida personería al apoderado judicial de la Nación—Ministerio de Transporte-, resulta necesario reconocer a esta entidad como sucesora procesal de Ferrovías, lo cual será declarado por la Sala en la presente sentencia, a la luz del citado artículo 60, inciso 2 del CPC.

1.2.2. El contratista, Consorcio Odebrecht-Conciviles y sus miembros: Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Construcciones Civiles S.A., están legitimados por pasiva, en cuanto fungieron como parte en el contrato de obra pública 01-0060-0-95 del 29 de marzo de 1995.

2. Oportunidad de la demanda

⁹ Artículo 19 del Decreto 1791 del 26 de junio de 2003: “El Liquidador deberá continuar atendiendo dentro del proceso de liquidación los procesos judiciales y demás reclamaciones en curso o los que llegaren a iniciarse dentro de dicho término, hasta tanto se efectúe la entrega de inventarios al Ministerio de Transporte. Así mismo, deberá presentar al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Defensa Judicial de la Nación, un inventario de todos los procesos judiciales y demás reclamaciones en las cuales sea parte la entidad, como también, cuando ello sea procedente, deberá archivar los procesos y reclamaciones con sus respectivos soportes y en los términos señalados por las disposiciones legales vigentes. // El Ministerio de Transporte asumirá, una vez culminada la liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas -Ferrovías en Liquidación, la totalidad de los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte dicha entidad, al igual que las obligaciones derivadas de estos”.

¹⁰ Según el acta final publicada en el diario oficial número 47329 del 23 de abril de 2009.

En el presente asunto, corresponde a la Sala determinar si la acción de controversias contractuales se intentó dentro del plazo preclusivo previsto en la ley, toda vez que, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales y evitar que las situaciones queden indefinidas en el tiempo, el legislador estableció unos plazos razonables para que las personas acudan ante la jurisdicción, con el fin de satisfacer sus pretensiones, término cuyo vencimiento trae como consecuencia la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad, lo cual, a su vez, implica la pérdida de la facultad de accionar y de hacer efectivos los derechos.

En el presente caso, la pretensión aducida en la demanda, es la de nulidad parcial de un contrato celebrado en 1995, lo cual, aunado al hecho de que se produjo un tránsito legislativo en las normas procesales de caducidad de la acción contenidas en el Código Contencioso Administrativo, -que se causó con la expedición de la Ley 446 de 1998-, hace necesario establecer cuál es la norma que se debe aplicar para efectos de determinar si en el presente caso, la demanda fue presentada oportunamente.

Para la época de presentación de la demanda, 4 de octubre de 2002, el artículo 136 del C.C.A., que establece la caducidad de las acciones que proceden ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya había sido modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. Y en cuanto a la acción contractual, disponía:

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contarán 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:

- a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;*
- b) En los que no requieran liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;*
- c) en los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos años contados desde la firma del acta;*
- d) En los que requieran de liquidación y esta 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 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;

e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fue superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley 'por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2631 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y extinguen normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia';

f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.

Es decir, que, si la pretensión es de nulidad del contrato, la misma, según esta norma, será de 2 años contados a partir de su perfeccionamiento, a menos de que el término de su vigencia sea superior, caso en el cual el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin exceder en ningún caso de 5 años.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en relación con el tránsito de legislación de las normas procesales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, dispone que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir –aplicación inmediata de las nuevas normas procesales-; no obstante, esta estipulación señala algunas excepciones¹¹, entre las que se encuentran los términos que hubieren comenzado a correr, los cuales se rigen por las normas que se hallaban vigentes cuando el término inició a correr.

¹¹ El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, dispone: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.

Teniendo en cuenta que en el presente caso, la pretensión es de nulidad parcial del contrato de obra pública 01-0060-0-95, se observa que el mismo se celebró el 29 de marzo de 1995, -esto es, antes de la expedición de la Ley 446 de 1998, que modificó, entre otros, el artículo 136 del C.C.A., tal como se explicó, cuando el artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, en relación con la acción de controversias contractuales, establecía: “[l]as relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”.

Al respecto, dicha estipulación establecía que las acciones relativas a contratos caducarían en 2 años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que les sirvieran de fundamento. Así, si lo que se pretendía era, como en el presente caso, la declaratoria de nulidad total o parcial del contrato, dicho término empezaba a correr a partir de su celebración.

En efecto, como la demandante lo que pretende es la de nulidad del contrato, pues a su sentir se celebró con violación de las normas legales y como el análisis de validez de los contratos se realiza, precisamente, en el momento en que surgen a la vida jurídica, es decir, a partir de su celebración, el término de dos años para presentar la demanda, de conformidad con el artículo 136 del C.C.A. vigente para la fecha de celebración del contrato –año de 1995- debe contarse a partir “...de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento” y como en el *sub examine* el motivo de derecho que le sirve de fundamento es la celebración del contrato, la cual se realizó el 29 de marzo de 1995, es a partir de esta fecha que se contará el término de caducidad.

Claro lo anterior, debe decirse que en el *sub-lite* el término de caducidad para demandar la nulidad de la estipulación contractual impugnada, teniendo en cuenta que el contrato se celebró el 29 de marzo de 1995, venció el 29 de marzo de 1997 y, como la demanda se presentó el 4 de octubre de 2002, ya habían transcurrido más de los 2 años concedidos en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 para interponer la acción.

En relación con la aplicación de la ley en el tiempo, específicamente con el tránsito de la legislación procesal en materia de caducidad de la acción, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido¹²:

En criterio del Despacho, la demanda objeto de estudio se presentó en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), por lo cual, en principio, las normas procesales que deben aplicarse al caso concreto son las contenidas en ese cuerpo normativo.

Sin embargo, no puede perderse de vista que una cosa es la aplicación de las normas sustanciales y procesales en atención a la fecha de presentación de la demanda, y otra muy distinta es la regla de aplicación de la ley en el tiempo cuando, previo al ejercicio del derecho de acción, se encontraba corriendo un término, como en este caso es el de caducidad, evento en el cual resulta imperioso remitirse a las normas que regulan la materia.

Así pues, el artículo 40 de la ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del CGP, prevé lo siguiente:

‘Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

‘Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

‘La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad’.

Con fundamento en la norma transcrita, el Despacho encuentra que el entendimiento que de la misma efectuó el Tribunal de instancia obedece más a una interpretación de su redacción que al alcance plasmado en ese artículo, habida cuenta de que, el tenor literal de aquella disposición no permite establecer la diferencia que advirtió el operador judicial de primer grado, puesto que no contempla el requisito de existencia de un proceso judicial en curso para dar aplicación a las excepciones en materia de términos que hubieren empezado a correr.

En este orden de ideas, dado que la norma no hizo distinción alguna al respecto, tampoco era viable para el intérprete darle un alcance que no fue contemplado por el legislador, razón por la cual la conclusión a la que arribó el Tribunal no es acogida en esta instancia, por no evidenciarse que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 contenía una referencia procesal a términos judiciales, como lo afirmó el magistrado sustanciador en la audiencia inicial.

En punto de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, para la determinación de la regla de caducidad cuando se presentan conflictos entre normas que, en principio, regulan la misma situación, esta Corporación puntualizó:

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 24 de abril de 2017, exp. 56902, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

'(...) la Sala considera que el 40 -se refiere al artículo- de la Ley 153 de 1887 debe aplicarse para definir el conflicto en el tiempo respecto de la aplicación de normas sobre caducidad, en tanto se trate de términos que ya hubieren empezado a correr sin que haya iniciado el respectivo proceso. En efecto, cuando el artículo 40 ibídem se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, está haciendo mención a las normas procesales, entre otras, a las normas de caducidad que, tal y como lo indica dicha norma, son de aplicación inmediata. Teniendo en cuenta lo anterior, se modifica lo dicho por la Sala en la providencia del 27 de mayo de 2005, en los términos de este proveído, de manera que, en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración salvo cuando se trate de leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del mismo, entre las cuales se consideran incluidas las normas que establecen términos de caducidad para el ejercicio de las acciones, que por ser de carácter procesal, son de aplicación inmediata. En este orden de ideas, se tiene que la norma de caducidad aplicable deberá ser la vigente al momento en que ya hubieren empezado a correr los términos contemplados en normas legales anteriores, las cuales se aplicarán de manera preferente'¹³.

En pronunciamiento más reciente se reiteró esta posición y, en tal sentido, se expuso:

'Según lo planteado, comoquiera que para el momento en que fue adoptada la Ley 1437 de 2011, ya había iniciado a correr el término de caducidad, toda vez que el contrato n.º 175 y la resolución 1567 fueron proferidos antes de esa fecha -7 de junio de 2011 y 4 de mayo de 2011-, entonces es preciso que dicho término continúe rigiéndose por lo señalado en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984, sin perjuicio de que en los demás asuntos procesales le sea dispuesto lo establecido en el Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo'¹⁴.

Con fundamento en las anteriores citas jurisprudenciales, se concluye que le asiste razón al recurrente al sostener que el cómputo de caducidad en el caso bajo estudio debió efectuarse a la luz de las disposiciones contenidas en el CCA, porque, como se verá más adelante, el término de caducidad empezó a correr en vigencia de este cuerpo normativo, a pesar de que la demanda se hubiere presentado cuando ya había empezado a regir el CPACA.

Lo anterior se traduce en que, en este caso, la caducidad debe analizarse a la luz de las previsiones que sobre el particular se encuentran contenidas en el artículo 136, numeral 10, literal e), del CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, norma que regula la caducidad, tratándose de pretensiones de nulidad absoluta del contrato estatal, en los siguientes términos:

'(...) 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:

'La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere

¹³ "[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez, providencia del 11 de octubre de 2006, Exp: 30.566".

¹⁴ "[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Auto de fecha 5 de marzo de 2015, M.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp: 49.307".

superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento’.

En el asunto bajo estudio se observa que el contrato cuya nulidad se pretende fue suscrito el 29 de mayo de 2008, circunstancia que, a la luz del artículo 41 de la Ley 80 de 1993¹⁵, se tradujo en su perfeccionamiento, negocio jurídico que, según sostuvieron las partes en el curso de este proceso, se encontraba vigente¹⁶ a la fecha de la presentación de la demanda¹⁷.

En este orden de ideas, partiendo de la premisa de que el término de caducidad, en los casos en que se pretende la nulidad absoluta del contrato, no puede exceder de cinco años, contados a partir de su perfeccionamiento -29 de mayo de 2008, fecha en la que se encontraba vigente el CCA-, es dable concluir que la demanda debía ser presentada por el IDU, a más tardar, el 29 de mayo de 2013.

Revisado el expediente, el Despacho advierte que la demanda fue presentada el 15 de julio de 2013, esto es, cuando el término de cinco años con que contaba para tal fin había fenecido, razón por la cual operó el fenómeno jurídico procesal de caducidad y así debió haberse declarado en la audiencia inicial.

Aparte de lo anterior, se observa que, en materia contractual, el artículo 55 de la Ley 80 de 1993 –vigente para la fecha de celebración del contrato-, disponía: “[l]a acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 53 de esta ley prescribirá en el término de veinte (20) años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos...”. No obstante, esta disposición fue derogada por la Ley 446 de 1998, por lo que también habría que analizar la procedencia o no de su aplicación.

Al respecto, se observa que el término de prescripción previsto en la mencionada normativa, era aplicable a los eventos de responsabilidad allí dispuestos¹⁸, más no para

¹⁵ “[10] Norma que dispone que: “los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

¹⁶ “[11] Como es bien sabido, la noción de vigencia del contrato estatal tiene que ver con el período durante el cual el acuerdo de voluntades goza de validez y surte efectos jurídicos para las partes; en este sentido, es razonable sostener que la vigencia de un contrato se predica desde su perfeccionamiento hasta su liquidación, en aquellos eventos en que esta se requiere (Sobre el particular se pueden consultar, entre otras, la sentencia del 16 de marzo de 2015, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 32.820)”.

¹⁷ “[12] El contrato objeto de estudio aún se encuentra vigente -pues no ha sido liquidado-, tanto así que en las pretensiones de la demanda se pidió la liquidación judicial del mismo; incluso, según dijo la parte demandante, a la fecha de la presentación de la demanda, ni siquiera habían culminado la obligaciones pactadas en el marco del objeto contractual”.

¹⁸ Los artículos relacionados en esta norma se refieren a: (i) Las entidades, que responderán “por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas” (artículo 50); (ii) El servidor público, que responderá civilmente “por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la ley” (artículo 51); (iii) Los contratistas, que responderán civilmente “por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de ley”, incluyendo los consorcios y uniones temporales, que responderán por las acciones y

aquellas controversias en las que se discutieran pretensiones distintas, como la de nulidad del contrato, que seguía rigiéndose por el Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, si bien para la fecha de celebración del contrato regía el artículo 55 de la Ley 80 de 1993, esta disposición no puede ser aplicada al caso concreto, porque, como atrás se explicó, ella regulaba el término para interponer en tiempo la acción en los eventos de conductas antijurídicas en que incurrieran las partes en desarrollo de la actividad contractual y que comprometieran su responsabilidad patrimonial y, como el presente asunto, se está impugnando la validez parcial del contrato estatal, resulta aplicable el término de caducidad previsto en el artículo 136 del C.C.A.

3. Oportunidad de la demanda de reconvención

La demanda de reconvención es un acto procesal que consiste en la formulación o presentación de un nuevo litigio entre las partes; se diferencia de la excepción, por cuanto esta va encaminada a cuestionar o atacar las pretensiones del demandante, mientras que aquella desencadena una controversia diferente.

Lo que se pretende es que la demanda principal y la de reconvención se tramiten y se decidan en el mismo proceso, razón por la cual esta es una figura en la que se da aplicación al principio de economía procesal, dado que permite la acumulación de acciones.

El Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984- vigente al momento en que se presentó la demanda de reconvención -16 de febrero de 2005- , en su artículo 217¹⁹, establece que en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, durante el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención, siempre

omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esa ley (artículo 52); y (iv) Los consultores, interventores y asesores, que responderán civilmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría (artículo 53).

¹⁹ Artículo subrogado por el artículo 54 del Decreto 2304 de 1989 “Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo”.

que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

A su turno el artículo 145²⁰ del mismo código, dispuso lo siguiente:

Demanda de reconvención. Durante el término de fijación en lista, el demandado podrá proponer demanda de reconvención contra uno o varios de los demandantes, siempre que sea de competencia del mismo juez y pueda tramitarse por la vía ordinaria. Sin embargo, se podrá reconvenir sin consideración a la cuantía y al factor territorial. Si se reconviniere por una cuantía superior al límite de la competencia del juez, éste ordenará remitir el expediente al tribunal para que se resuelva sobre la admisión y continúe su trámite si fuere el caso.

La reconvención deberá reunir los requisitos de toda demanda y será admisible cuando de formularse en proceso separado procedería la acumulación.

Vencido el término de fijación en lista, se resolverá sobre la admisión de la reconvención y, si fuere el caso, se aplicará el artículo 143 de este código. Si la admite, la fijará en lista. En lo sucesivo ambas se sustanciarían conjuntamente y se decidirán en la misma sentencia.

De conformidad con la norma transcrita, la demanda de reconvención se debe proponer dentro del término de fijación en lista y debe reunir los requisitos formales de toda demanda.

El artículo 143²¹ del C.C.A. señala las causales de inadmisión y rechazo de la demanda, así:

Inadmisión y rechazo de la demanda. Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpa los términos para la caducidad de la acción.

No obstante, si la demanda se presenta dentro del término de caducidad, el ponente, por auto susceptible de reposición, expondrá los defectos simplemente formales para que el demandante los corrija en un plazo de cinco (5) días. Si así no lo hiciera, se rechazará la demanda.

Se rechazará de plano la demanda cuando haya caducado la acción (...).

²⁰ Modificado por el artículo 47 de la Ley 446 de 1998 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

²¹ Modificado por el artículo 45 de la Ley 446 de 1998.

En síntesis, la demanda de reconvención debe cumplir ciertos requisitos para su admisión, entre los cuales, se resaltan: (i) presentación dentro del término de fijación en lista; (ii) cumplir los requisitos de toda demanda y, (iii) formularse dentro del término de caducidad de la acción, -so pena de ser rechazada-.

En el presente asunto, el Consorcio Odebrecht-Conciviles, dentro del término de fijación en lista, interpuso demanda de reconvención contra Ferrovías con el fin de que se declarara el desequilibrio económico del contrato por el pago de la contribución especial, como quiera que el impuesto no existía al momento de presentar su propuesta.

Sin embargo, sostuvo en el recurso de apelación que el término de caducidad debe iniciar a contarse desde la notificación de la demanda, porque fue en ese momento que el Consorcio Odebrecht-Conciviles tuvo conocimiento del desequilibrio económico del contrato.

La Sala precisa que el derecho al acceso a la administración de justicia conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos de caducidad para el ejercicio de las diversas acciones que proceden ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, el fenómeno jurídico de la caducidad está fundamentado en la necesidad de señalar un plazo objetivo para garantizar la seguridad jurídica por lo que no tiene en consideración situaciones particulares o subjetivas sino el término objetivo fijado en la ley.

En relación con la noción de caducidad de la acción, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido²²:

Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador colombiano instituyó la figura de la caducidad, en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico, esquema que ha utilizado dentro del régimen del derecho público particularmente para las acciones que se tramitan ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (artículo 136 del C.C.A.). Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley, y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

El fenómeno de la caducidad busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso. Por esta razón, la efectividad del

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 16491, C.P. Ruth Stella Correo Palacio.

*derecho que se persigue con su ejercicio puede verse afectada. La caducidad es una figura procesal que extingue la acción por el no ejercicio de la misma en el término perentorio establecido por el legislador, y está consagrada por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas.*²³

*En el contencioso administrativo, el señalamiento de un plazo de carácter preclusivo, evita la incertidumbre que representa para la administración la revocación o anulación de sus actos, y se encuentra establecido en interés general de la colectividad que debe prevalecer sobre el individual de la persona afectada.*²⁴

Así las cosas, se tiene que:

i.) La caducidad es una institución de orden público, por ende, no puede ser materia de renuncia y opera de pleno derecho transcurrido el tiempo fijado por la ley, de manera objetiva, esto es, por la sola inactividad o falta de ejercicio, con independencia del sujeto titular de la relación o situación a la que se aplica, de suerte que puede ser declarada de oficio por el juez (arts. 85 y 304 del C. de P. C, en armonía con los arts. 136 y 164 C.C.A.).

ii.) La caducidad en cuanto al cómputo de su término atiende a la ocurrencia de lo previsto en la ley, a fin de iniciar el plazo respectivo, consagrado como límite objetivo para el ejercicio de la acción. No admite la suspensión del término, que cursa de manera inexorable, salvo la excepción con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, consagrada en las leyes 446 de 1998 y 678 de 2001.

iii.) La caducidad, es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado por la ley para el ejercicio de la acción; obra independientemente y aún contra la voluntad del titular de la acción, está edificada sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, sin consideración a situaciones personales, y no puede ser materia de convención.

Teniendo en cuenta la naturaleza y características de la caducidad de la acción, resulta improcedente la afirmación del apelante, en cuanto al momento a partir del cual se debe contabilizar su término en el presente caso, pues es la ley la que lo establece.

Ahora bien, la Sala precisa verificar si la demanda de reconvención se propuso dentro del término de caducidad, para lo cual debe tenerse en cuenta que sus pretensiones no se refieren a la validez del contrato, razón por la cual, la norma aplicable, es la vigente al momento de presentación de la demanda, época para la cual, estaba vigente el artículo 136 del C.C.A., con las modificaciones introducidas en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

²³ “[4] BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, 4 edición, Señal Editora, 1996, pág.134”.

²⁴ “[5] BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Ob cit.* pág.134”.

Dicha norma, como ya se vio, dispuso que en los contratos que requieran de liquidación y esta se lleva a cabo, el término de caducidad se contará a partir de la misma: “...*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: (...) c) en los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos años contados desde la firma del acta; d) En los que requieran de liquidación y esta 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 meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar (...).*”

En este orden de ideas, encuentra la Sala que el contrato de obra pública estableció en la cláusula vigésima quinta, el plazo para realizar la liquidación del contrato, en los siguientes términos:

CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA. - LIQUIDACIÓN. Una vez recibidas a satisfacción de Ferrovías las obras se procederá a la liquidación del contrato (...). PARÁGRAFO PRIMERO. La liquidación del contrato se realizará mediante acta que suscribirán Ferrovías y el contratista, dentro de los 60 días siguientes a su terminación (...).

La entrega de la obra, según el acta de liquidación suscrita por las partes²⁵, fue el 28 de abril de 2000. Al día siguiente, tal como se dispuso en la cláusula vigésima quinta del contrato, empezó a correr el término de 60 días para liquidar el contrato de común acuerdo, que vencían el 28 de julio de 2000.

No obstante, se tiene que, el 28 de agosto de 2000 las partes deciden liquidar el contrato 01-0060-95-0 de mutuo acuerdo (fls. 185-255, c. 3).

Al respecto, se advierte que, mediante auto del 1° de agosto de 2019²⁶, la Sala Plena de la Sección Tercera, en relación con el término de caducidad del medio de controversias

²⁵ Según el acta de liquidación del contrato visible a folio 201, c. 3, se lee lo siguiente: “1.20. RESUMEN DE EJECUCIÓN:

-. Fecha de entrega de los trabajos de rehabilitación vía férrea: 25 de abril de 1998.

-. Fecha de entrega de los sistemas de telecomunicaciones, control y señalización: 28 de abril de 2000”.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, auto del 1° de agosto de 2019, exp. 62009, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

contractuales en contratos con liquidación bilateral extemporánea, determinó que, en el evento en que la liquidación bilateral del contrato se haya practicado luego de vencido el término pactado en el contrato pero dentro de los 2 años de caducidad de la acción, el término para presentar la demanda debe iniciar a contarse a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato. Al respecto, la Sala señaló:

[C]onsiderando las pautas de interpretación restrictiva de los términos de caducidad, y de favorabilidad bajo los principios pro homine, pro actione y pro damato, la Sala recoge parcialmente su jurisprudencia para establecer una forma unificada que: en el evento en que la liquidación bilateral del contrato se haya practicado luego de vencido el término pactado o supletorio (de 4 meses) para su adopción por mutuo acuerdo y del período (de 2 meses) en que la administración es habilitada para proferirla unilateralmente, pero dentro de los dos (2) años posteriores al vencimiento del plazo para la liquidación unilateral, el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato, conforme al ap. iii del literal j.

Con base en lo expuesto, el contrato objeto de la controversia, se enmarca en el supuesto previsto por el numeral 10 literal c) del artículo 136 del C.C.A, el cual establece que el término de caducidad de la acción contractual debe contarse, para el caso de los contratos objeto de liquidación y que esta sea realizada de forma bilateral, a partir del día siguiente de la firma de la respectiva acta.

En este orden de ideas, dando aplicación a la normativa en mención, vigente para el momento en que se suscribió el acta de liquidación de mutuo acuerdo -28 de agosto de 2000- del contrato 01-0060-0-95, encuentra la Sala que el término para interponer la demanda, inició a contarse el día siguiente de la suscripción del acta referida, esto es, el 29 de agosto de 2000 hasta el 29 de agosto de 2002 y, como la demanda de reconvención se presentó el 16 de febrero de 2005, fuerza concluir que había operado el fenómeno preclusivo de la caducidad para ese momento.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar, declarará probada la excepción de caducidad de la acción tanto de la demanda principal como de la demanda de reconvención, en virtud de las anteriores consideraciones.

4. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 – aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para

resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA

REVOCAR la sentencia del 20 de octubre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de caducidad de la acción de la demanda principal y de la demanda de reconvención.

SEGUNDO: RECONOCER como sucesor procesal de la liquidada Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías- a la Nación–Ministerio de Transporte-, de conformidad con el artículo 60 del CPC.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 47001-23-31-000-2002-01022-01 (43086)

Actor: EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS –FERROVÍAS-

Demandado: CONSORCIO ODEBRECHT – CONCVILES

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 74²⁷ y siguientes del Código General del Proceso, se reconoce personería al abogado Lorena del Pilar Segura Rojas, identificada con cédula de ciudadanía 40'048.463 de Tunja, portadora de la tarjeta profesional 132.159 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Construcciones Civiles S.A., integrantes del Consorcio

²⁷ “Artículo 74.Poderes. El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas”.

Odebrecht-Conciviles, en los términos y para los efectos del poder que le fue conferido, obrantes a folios 851 y 924 del cuaderno 2.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada