

ACCION CONTRACTUAL - Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL - Caducidad administrativa del contrato / AUTORIDADES PUBLICAS - Potestad para declarar la caducidad administrativa del contrato / CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Incumplimiento del contratista

Para realizar los fines del Estado las autoridades públicas gozan de potestades constitucionales, legales y reglamentarias, entre ellas de la potestad de declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, por incumplimiento del contratista y en orden a la satisfacción del interés general comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual.

CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Declaratoria / FACULTAD DECLARATORIA - Límite temporal / TEMPORALIDAD - Recuento jurisprudencial / TEMPORALIDAD DE LA FACULTAD DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Vigencia del contrato. Reiteración jurisprudencial

Respecto de la temporalidad de la facultad de declarar la caducidad en materia contractual, la Corporación ha tenido, en síntesis, dos posiciones. En la primera de ellas, la jurisprudencia contencioso administrativa, de manera reiterada, estableció que la declaratoria de caducidad procedía únicamente durante la vigencia del contrato, pues su propósito tenía que ver con posibilitar a la administración para liquidar anticipadamente el vínculo jurídico existente en búsqueda de la realización del frustrado objeto contractual. De conformidad con lo anterior, las entidades públicas contratantes tenían un límite temporal para el ejercicio de las potestades exorbitantes de caducidad, interpretación, modificación o terminación unilateral, cuál era la vigencia del contrato. En efecto, la Sección Tercera se manifestó en múltiples oportunidades en que se trató con uniformidad el tema en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983

NOTA DE RELATORIA: Sobre el límite temporal para declarar la caducidad del contrato durante su vigencia, consultar sentencia de 21 de febrero de 1986, expediente número 4550; sentencia de 29 de enero de 1988, expediente número 3615; sentencia de 9 de abril de 1992, expediente número 6491; sentencia de 15 de febrero de 1991, expediente número 5973; sentencia de 18 de julio de 1997, expediente número 10703; sentencia de 4 de junio de 1998, expediente número 13988 y sentencia de 13 de septiembre de 1999, expediente número 10264 Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque. Sobre el poder exorbitante que puede ejercer la administración para declarar la caducidad administrativa del contrato, consultar sentencia de 9 de abril de 1992, expediente número 6491, Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo.

CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Declaratoria / FACULTAD DECLARATORIA - Límite temporal / TEMPORALIDAD - Recuento jurisprudencial / TEMPORALIDAD DE LA FACULTAD DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Etapa de liquidación. Reiteración jurisprudencial

En la segunda posición, la jurisprudencia señaló que dicha potestad podía ejercerse en la etapa de liquidación, inclusive, porque no era razonable restarle a la administración sus potestades sancionatorias frente al contratista incumplido, precisamente en la etapa que le permitía con mayor propiedad hacer el balance

final de derechos, obligaciones y deberes satisfechos y pendientes de resolución. Así, se concluyó que en el contrato celebrado por la Administración existía un plazo de ejecución, que una vez transcurrido permitía conocer el real cumplimiento del mismo; y otro plazo para su liquidación, siendo este último el que terminaba jurídicamente el contrato y durante el cual, por tanto, podía la entidad pública sancionar al contratista con la caducidad del contrato, pues en esta etapa se encontraba aún vigente y, por ende, no estaba ausente la potestad de autotutela para declarar su incumplimiento.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el límite temporal para declarar la caducidad del contrato en la etapa de liquidación, consultar sentencia de 13 de septiembre de 1999, expediente número 10264 y sentencia de 18 de marzo de 2004, expediente número 15936, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque

CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Declaratoria / FACULTAD DECLARATORIA - Procedencia / FACULTAD DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Durante la vigencia del contrato. Tesis adoptada por la Sala. Reiteración jurisprudencial / DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO - Procedencia

En sentencia de 20 de noviembre de 2008, la Sala retoma la primera posición al señalar que la declaratoria de caducidad sólo procede en vigencia del contrato y fundamentada exclusivamente en el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones, que incida de manera grave en la ejecución de las obras e impida continuar con el objeto contractual. (...) En consecuencia, en el presente caso la Sala reitera el planteamiento expuesto en la sentencia de 20 de noviembre de 2008 para concluir que la declaratoria de caducidad por fuera de la vigencia contractual, en cuanto innecesaria para la realización de los derechos e interés generales comprometidos en la extinguida vinculación, precisamente por su finalización, extralimita las potestades sancionatorias de la Administración. Por ello, fenecido el plazo o realizado el objeto contractual, se extingue el contrato y con él la facultad de la administración de darlo por terminado en ejercicio de potestades exorbitantes, al margen del incumplimiento contractual. Ahora bien, el Instituto Colombiano Agropecuario ICA y la Sociedad Aljor S.A., convinieron en que la sociedad entregaría el laboratorio de bioseguridad LIMV terminado, el 20 de mayo de 1988, es decir 365 días después de suscrita el acta de iniciación de la obra a que se refiere el contrato CD-1-01-87, pero luego de sucesivos contratos adicionales la entrega debía ocurrir el 13 de mayo de 1989. Siendo así y en consideración a que el Instituto contratista declaró la caducidad del contrato el 25 de abril de 1989, huelga concluir que la entidad actuó en oportunidad, es decir en el ámbito de sus potestades exorbitantes

NOTA DE RELATORIA: Sobre la declaratoria de caducidad del contrato durante su vigencia, por incumplimiento del contratista, consultar sentencia de 20 de noviembre de 2008, expediente número 17031, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio

CONTRATO ESTATAL - Caducidad administrativa / CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Causales / CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Falsa motivación / FALSA MOTIVACION - Improcedencia

La entidad demandada fundó su declaratoria de caducidad en las causales establecidas en los literales e) y f) del artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983 y las pruebas allegadas al plenario encuentra debidamente fundamentada la

decisión. Efectivamente, conforme lo disponen los literales e) y f) del artículo 62 del estatuto contractual entonces vigente, las entidades públicas podían dar por terminados los contratos por incapacidad financiera del contratista o incumplimiento, ya fuere por inejecución de obligaciones laborales o embargos, siempre que los hechos permita suponer consecuencias negativas sobre la debida ejecución del contrato. El Instituto Colombiano Agropecuario ICA, además de señalar las causales antes relacionadas, fundamentó su decisión en los documentos y testimonios que obran en el proceso, los cuales permiten afirmar que la sociedad contratista incumplió repetidamente el pago de sus obligaciones labores hasta el punto de propiciar que sus trabajadores suspendieran en más de una ocasión las labores encomendadas; fue sujeto de embargos judiciales y se abstuvo de suministrar los elementos y el personal necesario para realizar los trabajos a su cargo. Lo anterior porque así lo indican los informes no desmentidos, del interventor, del asesor jurídico de la entidad y del Comité de obra dirigidos al Gerente y al mismo contratista. (...) Todo lo anterior dio lugar a que el Instituto Colombiano Agropecuario ICA con sobrada motivación, porque lo acontecido así lo indicaba, hubiese considerado la incapacidad financiera del contratista y optado por declarar la caducidad del contrato, en los términos establecidos en el literal e) del artículo 62 de Decreto Ley 222 de 1983. No puede en consecuencia argüirse falsa motivación para impetrar su nulidad, porque las Resoluciones 1427 y 1973 de 1985 se fundaron debidamente y, en este sentido, la sentencia de primera instancia, en cuanto despacho el cargo desfavorablemente habrá de confirmarse.

CONTRATO ESTATAL - Caducidad administrativa / CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO - Desviación de poder / DESVIACION DE PODER - Improcedencia

Igual suerte corre el cargo de desviación de poder alegado por la parte actora, toda vez que no se probó que el móvil de la entidad haya sido uno distinto al propio de la caducidad, en cuanto, declarada la terminación, la entidad convino con Seguros del Estado S.A. la terminación de la obra, consiguiendo así la ejecución del objeto contractual.

CONTRATO ESTATAL - Acta de liquidación / ACTA DE LIQUIDACION - Nulidad / NULIDAD DEL ACTA DE LIQUIDACION - Justificación. No se demostró

Sin justificar su aserto, ni demostrar vicio alguno, la Sociedad Aljor S.A. invoca la nulidad del Acta de Liquidación que suscribiera el 7 de septiembre de 1989 con el Director General del Instituto Colombiano Agropecuario ICA y el interventor, en el ámbito del contrato para la construcción de un laboratorio de bioseguridad, a precios unitarios y plazo determinado. Siendo así y habida cuenta que el a quo niega la pretensión fundado en el carácter definitivo del acta que el actor controvierte, suscrita sin salvedades ni observaciones y que no se vislumbra vicio que desvirtúe su legalidad, la providencia recurrida, también por este aspecto será confirmada.

CONTRATO ESTATAL - Convenio de subrogación y liquidación final. Aseguradora / CONVENIO DE SUBROGACION Y LIQUIDACION - Vicios del consentimiento. Improcedencia / CONVENIO DE SUBROGACION Y LIQUIDACION - Carácter bilateral / NULIDAD DE ACTOS BILATERALES - Motivación. Inexistencia

Respecto del convenio y de su liquidación, se comparte el concepto del Ministerio Público. La vista fiscal echa de menos los cargos por vicios del consentimiento, dado el carácter bilateral de los mismos y aún más, a juicio de la Sala, en cuanto la sociedad actora cedió su posición contractual a la Aseguradora, sin condicionamiento, dando lugar a que ésta asuma la calidad de contratista respecto de la ejecución de la obra a ella inicialmente contratada, adolece de falta de interés para invocar la nulidad de los acuerdos suscritos entre la cesionaria y la contratante cedida. Sabido es que los contratos son ley para las partes, como quiera que de ellos surgen vínculos que no traspasan la esfera de los contratantes y conocido se tiene que estos pueden retirarse cediendo su posición, salvo que no les estuviere permitido hacerlo. Siendo así y habiéndose retirado Aljor S.A. del contrato CD-1-01-87 suscrito el 29 de enero de 1987, nada puede aducir sobre el Convenio de Subrogación surgido con posterioridad a su retiro y resulta ajena a su liquidación, así la considere contraria a sus intereses. (...). La Sala puntualiza que, al no haber indicado el motivo de ilegalidad de los actos bilaterales, cuya nulidad se pretende, no puede avocar conocimiento de fondo sobre el asunto y en este sentido se pronunciará.

CONTRATO ESTATAL - Incumplimiento del contrato / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Excepción / EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Procedencia con reservas o exigencias. Reiteración jurisprudencial / CONTRATOS BILATERALES - Condición resolutoria a favor del contratante cumplido. Improcedencia en contratos estatales / CONTRATO ESTATAL - Incumplimiento del contrato. Indemnización de perjuicios

La sociedad Aljor S.A. asegura que el Instituto demandado, en cuanto incumplió con la entrega del anticipo, con los pagos de las actas de avance de obra y demoró los planos y especificaciones técnicas, dio lugar al incumplimiento que le endilga a la contratista, actuando por fuera de la regla que rige los contratos bilaterales, según la cual el contratante cumplido no puede verse compelido por cuenta del incumplimiento del otro, prevista en el artículo 1609 del Código Civil. La jurisprudencia de la Sala ha admitido la aplicación en las controversias surgidas en el ámbito de la contratación estatal de la excepción de contrato no cumplido que invoca la actora, con algunas reservas o exigencias. Es oportuno precisar que, si bien de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria a favor del contratante cumplido, para invocar en caso de incumplimiento del otro la resolución o la satisfacción de lo convenido con indemnización de perjuicios, en materia de contratos estatales no resulta posible demandar de la entidad pública dicha satisfacción, puesto que el artículo 87 del C.C.A. no prevé sino la declaratoria de incumplimiento, con la consecuente indemnización de perjuicios. Siendo así y comoquiera que la actora no logró demostrar en el plenario grave e injustificado incumplimiento de la administración, en tanto que ésta demostró de manera contundente el suyo, conforme al artículo 1546 del Código Civil, huelga concluir que la sociedad no puede hacer uso de la excepción contractual que invoca.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1546 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1609 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87

NOTA DE RELATORIA: Sobre excepción de contrato no cumplido, consultar sentencia de 31 de enero de 1991, expediente número 4739; sentencia de 15 de septiembre de 1983, expediente número 3244; sentencia de 25 de junio de 1987, expediente número 4994; sentencia de 15 de mayo de 1992, expediente número 5950; sentencia de enero 17 de 1996, expediente número 8356 y sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente número 13530

DICTAMEN PERICIAL - Objeción por error grave / OBJECION POR ERROR GRAVE DEL DICTAMEN PERICIAL - Procedencia

La Sala comparte la declaración de error grave, adoptada por el a quo, para resolver la objeción formulada en contra del dictamen pericial practicado en el proceso, toda vez que los peritos, en lugar de limitarse a contestar el cuestionario explicando las razones técnicas de sus respuestas, se extendieron en conceptos jurídicos y económicos sin soporte alguno, restándole objetividad a sus apreciaciones. Razones que llevaron al Tribunal a disponer un nuevo experticio, con igual resultado, en cuanto los peritos incurrieron en iguales desatinos. En consecuencia, la Sala comparte el análisis realizado en la sentencia impugnada, sobre desproporción y exorbitancia de las supuestas utilidades calculadas en las experticias, razón suficiente para confirmar la decisión en cuanto el experticio se aparta de la realidad contractual.

CONTRATO ESTATAL - Declaratoria de caducidad / DECLARATORIA DE CADUCIDAD - Acto administrativo / ACTO ADMINISTRATIVO - Resolución que declara la caducidad del contrato. Notificación

En lo que tiene que ver con la notificación de la Resolución 1427 de 25 de abril de 1989, el artículo 64 del Decreto 222 de 1983 prevé la notificación de la declaratoria de caducidad, cuando no resulte posible surtirla personalmente, mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación nacional con inserción de su parte resolutive. Figura en el expediente que mediante comunicación escrita el Instituto Colombiano Agropecuario ICA puso a la sociedad Aljor S.A. al tanto de la expedición de la Resolución 1425 del 25 de abril de 1989 y se conoce que procedió a publicar el aviso, a que alude la norma antes transcrita, en el diario El Espectador, en la edición del 12 de mayo de 1989. De manera que las afirmaciones de la parte actora, sobre el proceder indebido de la entidad demandada no son de recibo, porque, sin perjuicio de lo expedita y garante de los derechos de defensa y contradicción de la notificación personal, lo cierto es que ésta no se adelantó porque el representante legal de la Sociedad Aljor S.A. no concurrió al llamado. Mal puede, en consecuencia, dolerse de la publicación, más aún cuando la notificación así realizada cumplió con su objetivo, cual era dar a conocer la decisión al interesado directo y ser oponible a terceros.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1991-07182-01(16856)

Actor: SOCIEDAD ALJOR S.A.

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO ICA

Referencia: CONTRACTUAL

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 6 de mayo de 1999, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO. Decláranse no probadas las excepciones formuladas en la contestación de la demanda por el apoderado del Instituto Colombiano Agropecuario ICA.

SEGUNDO. Declárase probada la objeción por error grave que se formuló contra el dictamen pericial presentado por los ingenieros civiles Francisco Moreno Valderrama y César Augusto Zapata Vinasco. En consecuencia, una vez en firme esta providencia, los peritos deberán restituir los honorarios que les fueron cancelados dentro del término previsto por el artículo 239 del C. de P.C.

TERCERO. Deniéganse las pretensiones de la demanda en su totalidad.

CUARTO. Condénase a la parte actora al pago de las costas procesales causadas al Instituto Colombiano Agropecuario ICA y a Seguros del Estado S.A. Líquidense por la Secretaría” (folios 502-503 cuaderno principal).

I. ANTECEDENTES

La parte actora pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 1427 de 25 de abril de 1989 y 1973 de 8 de junio del mismo año, por las cuales la entidad accionada declaró la caducidad del Contrato No. DC-1-01-87 y que se liquide y se ordene la indemnización de perjuicios, porque la entidad demandada incurrió en desviación de poder y falsa motivación.

1.- HECHOS PROBADOS

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, la Sala encuentra acreditado los siguientes hechos:

- El 29 de enero de 1987 el Instituto Colombiano Agropecuario ICA y la Sociedad Aljor S.A. celebraron el Contrato No. CD-01-87 para la construcción del laboratorio de bioseguridad LIMV a precios unitarios y plazos determinados, quedando el contratista obligado a entregar las obras totalmente terminadas en 365 días, contados a partir del acta de iniciación de 20 de mayo de 1987.

- A solicitud del contratista y con concepto favorable de la interventoría, el 12 de mayo de 1988 las partes acordaron mediante contrato adicional prorrogar el plazo de ejecución en 120 días calendario, quedando el contratista obligado a entregar la obra el 14 de septiembre de 1988. Y, el 13 de septiembre siguiente, en circunstancias similares, las partes ampliaron el plazo de entrega de las obras hasta el 15 de noviembre del mismo año.

- El 26 de septiembre de 1988 las partes acordaron incluir nuevas obras, mediante la suscripción de un tercer contrato adicional por un valor de \$140.726.996.00 y ampliar el plazo de entrega hasta el 13 de febrero de 1989. Y, el 6 de febrero siguiente, a través de un nuevo contrato convinieron en señalar el 13 de mayo de 1989 para la entrega definitiva de la obra.

- Según se desprende de los informes de interventoría y de los testimonios recibidos en el proceso, desde el inicio de la obra ALJOR S.A. incurrió en incumplimientos parciales del programa de trabajo, situación que se reiteró durante los plazos adicionales. Y, no obstante el incumplimiento, el ICA pagó actas de obra con avance inferior a lo pactado en el contrato, en algunos casos con intereses de mora, por retardos en el pago.

- Mediante oficio de 21 de abril de 1989 la interventoría informó al ICA sobre la imposibilidad de que el 13 de mayo de 1989 la sociedad contratista entregase la obra, de acuerdo con lo pactado.

- Durante la ejecución del contrato, la sociedad contratista incumplió repetidamente con el pago de salarios y aportes a la Seguridad Social y a la Caja de Compensación Familiar, dando lugar a protestas con suspensión de labores de parte de los trabajadores.

- Las cuentas pendientes de pago a favor de la sociedad actora fueron embargadas hasta \$40.000.000.00 y \$960.000.00 por los Juzgados 18 Civil del Circuito y 34 Civil Municipal de Bogotá respectivamente.

- El 25 de abril de 1989 el Director General del ICA resolvió declarar la caducidad administrativa del contrato DC-1-01-87 y hacer efectivas las garantías, en los términos de la Resolución No. 1427 de 25 de abril de 1989. Y mediante

telegramas de 26 de abril y 2 de mayo del mismo año requirió la comparecencia del representante legal de la sociedad ALJOR S.A. con fines de notificación. Diligencia surtida mediante aviso publicado en el diario El Espectador, en su edición del 12 de mayo del mismo año, dada la inasistencia del llamado, en los términos del artículo 64 del Decreto 222 de 1983.

- El 26 de mayo de 1989 el representante legal de la Sociedad ALJOR S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución 1427, aduciendo, entre otros aspectos, que la notificación por aviso la hace extemporánea, por no haber sido notificada personal y oportunamente.

- El Director General del ICA, por medio de la Resolución No. 1973 de 8 de junio de 1989 confirmó en todas sus partes la declaratoria de caducidad.

- Seguros del Estado S.A., como garante del cumplimiento de las obligaciones del contratista, se comprometió a culminar la obra contratada, en los términos del Convenio de Subrogación suscrito con el ICA el 28 de septiembre de 1989. Y, el 12 de octubre siguiente la sociedad contratista cedió su posición contractual a la aseguradora, inclusive “ (..) *todos los créditos que pueda tener a su favor contra el ICA (..)*”, representados en actas pendientes de pago.

- El 7 de septiembre de 1989 el ICA y ALJOR S.A. sin observaciones ni salvedades de las partes, suscribieron acta de liquidación del contrato, la cual arrojó a favor de la entidad pública demandada un saldo de \$15.336.837.00.

- El 19 de junio de 1990 el ICA y Seguros del Estado S.A. liquidaron el Convenio de Subrogación, a entera satisfacción de las partes.

2. MATERIAL PROBATORIO

2.1 Prueba documental

- Contrato No. DC-I-01-87 del 29 de enero de 1987, suscrito entre Gabriel Montes Llamas, Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario-ICA y Jorge Navas Pinzón en nombre y representación de la sociedad ALJOR LIMITADA, para la construcción a precios unitarios y plazos determinados del Laboratorio de Bioseguridad-LABORATORIO DE INVESTIGACIONES MÉDICO VETERINARIAS,

en Bogotá, el cual fue objeto de aprobación por parte del H. Consejo de Ministros el 10 de marzo del mismo año¹.

- Oficio 8383 del 28 de septiembre de 1988, dirigido por el Director de la División de Construcciones del ICA al Gerente de ALJOR S.A. en el ámbito del contrato al que se ha hecho mención, para solicitarle medidas en orden a levantar la parálisis de las obras, realizada por el personal en razón al retraso en el pago de sus salarios.²

- Memorando 232 01.12 del 31 de marzo de 1989, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica del ICA y dirigido al Director de la División de Construcciones de la entidad, para dar cuenta de la multa impuesta por el Administrador de la Aduana Interior de Bogotá a la firma contratista, por no cumplir los trámites establecidos para la importación de unos equipos necesarios para la ejecución de la obra³.

- Comunicaciones del 13, 19 y 21 de abril de 1989, dirigidas por el Gerente de la firma interventora del Contrato DC-I-01-87, al Gerente General de ALJOR S.A., para dar cuenta de los perjuicios ocasionados a la entidad por la incumplida ejecución del contrato y solicitarle tomar medidas urgentes al respecto.

- Comunicación del 19 de abril de 1989 dirigida al Director de la División de Construcciones del ICA, por el interventor del contrato, para informar reiterados incumplimientos del contratista en el programa de obra.

- Oficio del 21 de abril de 1989 dirigido al Jefe de la Oficina Jurídica del ICA, por el interventor del Contrato DC-I-01-87 para denunciar atraso en la ejecución de la programación de la obra, en *“(..) el pago de salarios y prestaciones sociales y el embargo judicial practicado por el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá (..)”*⁴.

¹ Folio 400 cuaderno 2.

² Folio 217 cuaderno 2.

³ Folios 212 y 213 cuaderno 2.

⁴ A esta comunicación se refiere la parte motiva del acto administrativo que declara la caducidad. Obra en folios 214 y 215 del cuaderno 2. Embargo folios 231, 234, 235 y 303 cuaderno 2.

-. Reclamación del 25 de abril de 1989 elevada por el personal administrativo y profesional vinculado a la sociedad ALJOR S.A., exigiéndole el pago de salarios y prestaciones sociales de cuatro quincenas consecutivas.⁵

-. Resolución 1427 del 25 de abril de 1989, expedida por el Gerente General del ICA, por medio de la cual se declara la caducidad administrativa del Contrato DC-I-01-87⁶ y comunicación del 28 de mismo mes dirigida al contratista por el interventor de la obra que da cuenta de sus reiterados incumplimientos y le señala las condiciones para tramitar el acta de liquidación final del contrato.⁷

-. Ejemplar del periódico El Espectador del 12 de mayo de 1989, en el que figura publicada la parte resolutive de la Resolución 1427 de 1989.

-. Resolución 1973 del 8 de junio de 1989, proferida por el Gerente General del ICA, para resolver el recurso de reposición interpuesto por la sociedad contratista contra la Resolución 1427 del mismo año, en el sentido de confirmar la decisión.⁸

-. Acta de liquidación final del Contrato DC-I-01-87, suscrita el 7 de septiembre de 1989 por el Instituto Colombiano Agropecuario ICA y la sociedad ALJOR S.A.

-. Convenio de subrogación para el cumplimiento del Contrato DC-I-01-87 y cesión de posición contractual, suscritos el 28 de septiembre de 1989 y el 12 de octubre del mismo año, por el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario-ICA y el representante Legal de Seguros del Estado S.A., para permitir a la aseguradora terminar con la obra.

-. Acta final de liquidación del convenio de subrogación suscrita el 19 de junio de 1990, por los representantes legales de Seguros del Estado S.A., el Instituto Colombiano Agropecuario-ICA y el interventor, que da cuenta de la entrega de la obra y recibo a satisfacción de la misma⁹.

⁵ Folio 164 del cuaderno 2.

⁶ Folio. 36 a 39 del cuaderno principal.

⁷ Folio 202 cuaderno 2.

⁸ Folio 42 a 56 cuaderno principal.

⁹ Folios 142 y 143 del cuaderno principal.

2.2 Prueba pericial

A solicitud de ambas partes, expertos designados para el efecto se pronunciaron sobre la oportunidad de los pagos y los costos financieros de las demoras; la entrega de planos, diseños y especificaciones; el avalúo de los daños ocasionados al contratista por la declaración de caducidad y las cantidades de obra ejecutada por aquel y pendiente de ejecutar el 25 de abril de 1989, fecha de la Resolución 1427 del mismo año.

En el primer dictamen los expertos concluyeron:

“Los pagos al contratista no se realizaron en la forma contratada.

(..)

Las repercusiones de las moras en el pago de las cuentas sobre la ejecución de la obra, se constituyeron en una mayor permanencia, de 28 meses, de la contratista y de todos sus trabajadores y empleados en la obra o, lo que es igual, a una discriminación de los rendimientos utilizados para el cálculo del plazo y de los valores de mano de obra, de administración y de utilidades, en un 200%, en la afectación de los mismos por alzas legales y comerciales que sin dichas moras no habrían caído dentro del plazo de ejecución y en la pérdida de oportunidades de contratación de la firma, por tener comprometida su capacidad más allá del plazo programado. Estos efectos en términos económicos y financieros, se plasman en la revisión general del acta de liquidación final corregida, tal como se presenta en las páginas 52 y 53, la cual arroja un saldo a favor del contratista mayor de \$438.000.000, incluidos todos los efectos hasta aquí mencionados.”

Frente al interrogante si la entidad accionada entregó oportunamente diseños, planos, especificaciones y demás documentación necesaria para la ejecución de la obra, los peritos contestaron:

“Se presentaron los incumplimientos de esta índole (..) en cuanto a especificaciones de los tanques 1 y 2 en zona D, de bombas, tanques esterilizadores, intercambiadores de calor y torres de enfriamiento, puertas neumáticas, filtros especiales, horno crematorio, redes de incendio, vacío, recirculación, gas propano, vapor, aire comprimido y particularmente, los diseños eléctricos que fueron modificados casi totalmente.”

En relación con la cantidad de obra ejecutada por el contratista hasta la fecha en que se declaró la caducidad del contrato, el dictamen señaló:

“Como se puede inferir del contenido del contrato de fideicomiso suscrito entre ALJOR y SEGUROS DEL ESTADO, la totalidad de la obra se hallaba

subcontratada por ALJOR y se ejecutó con sus subcontratistas, con sus equipos, su metodología y sus recursos económicos y financieros o de crédito, allí invertidos hasta su terminación, en el 100% del contrato”.

En este punto, los peritos aclaran que *“(..) Seguros del Estado fue un simple intermediario para el cobro de las cuentas por obra ejecutada en un 100% por ALJOR, antes y después de la declaratoria de caducidad, con la única adición de un ingeniero residente y de un abogado a la administración de la obra, durante el periodo de la subrogación”.*

Sobre los perjuicios materiales reclamados por la parte actora, los peritos manifestaron:

“El daño emergente a la fecha de liquidación final del contrato, conforme al resulta del acta correspondiente corregida por los peritos, era de \$438.658.077 al 20 de septiembre de 1990.

El lucro cesante a partir de esa fecha, puede estar constituido a elección jurídica del H. Tribunal por la cesantía del capital no pagado o por la cesantía de la firma, que cesó en sus operaciones al haber perdido en el contrato sus bienes muebles y equipos, teniendo que vender sus bienes inmuebles para el pago de pasivos del contrato y haber perdido sus inversiones y proyectos anexos a los inmuebles vendidos y parado totalmente por causa de quiebra.

Conforme a la primera alternativa, por efecto de sumar el capital, sus intereses por mora durante los 4,75 años pasados, hoy habría que reponer al contratista la suma total de \$7.436'819.348 al mes de noviembre de 1995.

Este es el capital inicial más inflación y rendimientos financieros a razón del 81% anual, interés compuesto anualmente equivalente al doble del interés corriente para préstamos de libre asignación certificado por la Superintendencia Bancaria.

Cada trimestre, en lo sucesivo, habrá de sumarse a la cantidad anterior, por concepto de intereses de mora, aproximadamente UN MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS.

Conforme a la segunda alternativa, se han evaluado las utilidades lícitas de operación de la Sociedad ALJOR, durante los mismos cuatro años y medio, mediante las cuales hoy tendría un capital total de \$7.350'000.000 al mes de noviembre de 1995.

Con una rata (sic) de crecimiento trimestral del 25%, es decir UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES DE PESOS.”

En el dictamen se afirma que *“(..) los cambios introducidos por los contratos adicionales fueron tal que el tiempo total del contrato, inicialmente pactado en 365*

días calendario, se extendió del 20 de mayo de 1987 al 19 de junio de 1990 (fecha de liquidación final) a más de tres años, es decir, a más del 300% y el valor pasó de \$360´401.578 a \$812´085.978, es decir a poco más del 225%, lo que significa que al ejercer el ICA esta facultad, resultaron triplicadas las obligaciones de hacer a cargo del contratista, mientras que la obligación de pagar (incluyendo reajustes por inflación) a cargo del ICA apenas se duplicó, y la obligación de administrar que el ICA delegó en la interventoría, fue realizada con parcialidad o fue denegada.”

El ICA solicitó aclaración y complementación, objetó el experticio por error grave y solicitó uno nuevo. La entidad pública sostuvo que el dictamen abunda en valoraciones subjetivas y sus resultados matemáticos y financieros adolecen de falta de bases técnicas y científicas que los soporten, como lo dispone el numeral 6 del artículo 237 del C.P.C., que ordena a los expertos claridad y precisión.

Los nuevos peritos dictaminaron *i)* que la entidad demandada hizo entrega del anticipo en la forma pactado y descontó de las actas los valores previstos, pero incurrió en mora en el pago de las cuentas, aunque actualizó los valores; *ii)* que se presentaron varios cambios y demoras en el suministro de los diseños definitivos, en especial en la parte eléctrica que pudieron ocasionar un mayor tiempo no de 365 días, como fue pactado, sino de 730 días, dando lugar a liquidar el AIU en un valor de \$225.932.867 y *iii)* que la sociedad contratista ejecutó el 74.9% de la obra por \$625.381.366 y Seguros del Estado el 25.1% por \$209.360.000, hasta la fecha de declaratoria de caducidad del contrato, según el acta de liquidación.

Sobre los daños ocasionados al contratista dictaminaron *i)* que el daño emergente, generado por la mora en el pago de cuentas y por la mayor permanencia en la obra, a la fecha de la declaratoria de caducidad ascendía a \$461.036.679, una vez actualizado el valor de \$89.674.200, a marzo de 1997; *ii)* que el lucro cesante alcanzaba \$264.822.978 -interés anual del 38.9 sobre el valor inicial del daño emergente desde septiembre de 1989 hasta marzo de 1997; *iii)* que la pérdida de utilidad -representada en contratos oficiales que la sociedad contratista habría podido ejecutar, de no haber sido por la declaratoria de caducidad, en los cinco años siguientes- asciende a \$32.154.365, suma ésta calculada sobre la utilidad en un 10% debidamente actualizada; y *iv)* que la utilidad dejada de percibir por no haberle permitido continuar con la ejecución del contrato asciende a \$85.923.790 -factor U del AIU, es decir, el 10% del valor de la obra ejecutada por la aseguradora, es decir, la suma de \$20.936.000 actualizada a marzo de 1997-.

2.3 Prueba Testimonial

El señor Hernán Velásquez Mazuera, Jefe de la División de Infraestructura Física del ICA¹⁰ manifiesta tener conocimiento directo del desarrollo del contrato suscrito con la sociedad ALJOR S.A. para la construcción de Bioseguridad. Afirma que desde el principio empezaron los problemas con la firma constructora a raíz del incumplimiento reiterado del programa de trabajo, la no justificación de los gastos referentes al anticipo y el incumplimiento de las obligaciones laborales a su cargo, lo cual llevó a la interventoría a llamarle la atención muy a menudo, tal y como consta en las actas del comité de obra. Sostiene que la entidad contratante colaboró siempre con el contratista en procura de evitar la paralización de los trabajos. Sin embargo la situación se agravó hasta el punto que fueron embargadas las cuentas que debía pagar el Instituto al contratista.

El señor Jorge Alfonso Castro Guerrero, actual Director de Interventoría con la firma Gutiérrez Díaz, expresa que reiteradamente su oficina insistió en el incumplimiento del programa de trabajo del contratista, pues éste no ejecutó las obras en los plazos convenidos, ni adquirió los materiales a tiempo, a pesar de recibir por parte del ICA *“buena cantidad de anticipo”*. Sostiene que *“(..) los pagos fueron regulares dentro de los plazos prudenciales que para el efecto tiene establecido el Instituto y si en alguno de ellos pudo existir alguna demora el Instituto pagó los ajustes por mora, se debe aclarar que cuando Aljor no producía obra no había como elaborar actas a pesar que siempre tuvieron un saldo grande del anticipo. Todos los diseños, plazos y especificaciones fueron entregados a tiempo (..)”*.

El señor Carlos Humberto Ramírez Salguero, contador de ALJOR S.A., sostuvo i) que cuando fue contratado por esta empresa, por la época en que empezó a ejecutarse el Contrato DCI-01-87, inició la contabilidad hasta el momento en que se presentó la caducidad administrativa; ii) que el manejo contable de ese contrato se hizo separadamente; iii) que la contabilidad del manejo del anticipo *“(..) se empezó a hacer tres meses después de iniciada la obra cuando yo llegué a la compañía”*¹¹ y iv) que cree que en dos ocasiones hubo retrasos en los pagos, *“(..) una de dos meses, 60 días, la otra no me acuerdo”* pero el I.C.A. *“reconoció*

¹⁰ Folios 1 a 4 cuaderno 3.

¹¹ Folio 30 cuaderno 3.

reajuste”. Afirma que cuando un pago se demoró, fue cuando “empezaron los tropiezos,”. Señala al respecto:

“Si hubo mayor permanencia en la obra y se debió a los atrasos en la misma, los cuales se debieron a los atrasos que empezaron después de cuatro meses en los pagos del I.C.A.”¹²

(..) porque esta gente no tenía por donde financiarse, se estaba financiando con préstamos externos, los cuales les fueron cerrando y hubo un momento en donde ya no tenían más para donde dar. Por parte del contratante durante los últimos meses del contrato hubo realmente una actitud negativa, en cuanto hubo un embargo hacia la cuenta que manejaba Aljor- cuenta bancaria- creo que ese embargo fue a petición del I.C.A. o de unos contratistas, aparte de eso hubo congelamiento en la última acta, congelamiento de reajustes, es lo que recuerdo.”

La señora Amanda Segura Franco, secretaria de ALJOR S.A. para la época de los hechos, informa sobre los conflictos e incumplimientos laborales de esa empresa, así:

“(..) a nosotros nos tocó a cada uno porque como no nos cancelaron al pasarnos las cartas de renuncia, dos señores agilizaron las cosas y les pagaron al poco tiempo, a mí tocó poner demanda e ir ante el Ministerio del Trabajo para que me pagarán...al pasar tres o cuatro años me llamaron para que arregláramos, entonces el señor me ofreció un millón de pesos y yo los recibí aunque sabía que mis prestaciones valían más, yo le dí a ellos un paz y salvo. A mí me correspondió la demanda en el Juzgado 14 (..) cuando yo me fui de Aljor, me fui a sabiendas que la empresa estaba mal económicamente y que estaba en quiebra (..)”¹³.

2.4. Interrogatorio de parte

El señor Jorge Hipólito Navas Pinzón, representante legal de ALJOR S.A. afirma que la empresa recibió del ICA un anticipo del 40% por una suma aproximada de \$140.000.000,00; que el ICA pagó con 42 días de retraso y que el anticipo cercano a los setenta y cinco millones de pesos, correspondiente a un contrato adicional, fue recibido seis meses después de lo convenido¹⁴.

3. PRIMERA INSTANCIA

3.1 La demanda

¹² Folios 30 y 31 cuaderno 3.

¹³ Folio 36 cuaderno 3.

¹⁴ Folio 89 cuaderno 3.

3.1.1 Las pretensiones

La actora pretende que se declare la nulidad *i)* de las Resoluciones 1427 y 1973 del 25 de abril de 1989 y del 8 de junio del mismo año, proferidas por el Gerente General del ICA para declarar la caducidad administrativa del Contrato DC-I-01-87 y confirmar la decisión, respectivamente; *ii)* de la notificación de la Resolución 1427; *iii)* del acta de liquidación del contrato; *iv)* del convenio de subrogación y de su adición, celebrados entre el ICA y Seguros del Estado S.A. para la terminación de la obra y *v)* del acta final de liquidación del Convenio de Subrogación de 19 de junio de 1990.

A título de restablecimiento del derecho la actora solicita se disponga una nueva liquidación final del contrato que tenga en cuenta el pago de las siguientes sumas de dinero:

- 1) Los costos que le generó a la sociedad contratista la caducidad del contrato con su corrección monetaria e intereses;*
- 2) Los valores dejados de percibir en razón de la declaratoria de caducidad del contrato;*
- 3) El valor de los perjuicios morales y materiales ocasionados a la sociedad contratista en razón de las inhabilidades resultantes de la declaratoria de caducidad.*

La accionante también solicita que se declare que el ICA incumplió el contrato, por lo que está obligado a pagar el incremento de costos por mayor permanencia en la obra, los intereses moratorios en el pago de las cuentas correspondientes a las actas de recibo de la obra terminada, los valores actualizados de las anteriores sumas y los perjuicios morales causados como consecuencia de la inhabilidad por la declaratoria de caducidad.

3.1.2 Los cargos

La sociedad ALJOR S.A. fundamenta sus pretensiones en que el Instituto Colombiano Agropecuario ICA desconoció normas constitucionales y legales e incurrió en desviación de poder y falsa motivación, al proferir las Resoluciones 1427 y 1973, del 25 de abril y del 8 de junio de 1989 que declararon la caducidad

administrativa del Contrato DC-1-01-87, dispusieron su notificación y convinieron en la terminación de la obra por parte de ella.

La actora relaciona como normas violadas los artículos 16, 17, 20 y 30 de la Constitución Política, 1602, 1603, 1608, 1609, 1613 del Código Civil y 2º, 3º, 36 y 44 del Código Contencioso Administrativo.

El concepto de la violación de las anteriores normas se fundamenta en lo siguiente:

En relación con los artículos 16, 17, 20 y 30 de la Constitución Nacional, la actora alega:

“Se produce violación de estas normas por la desviación de poder en que ha incurrido la entidad pública demandada al excederse en el ejercicio de sus atribuciones, falsa motivación por cuanto los móviles de la actuación no corresponden a la realidad contractual y ha violado los derechos civiles y las garantías sociales de la sociedad contratista y se han vulnerado derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles.”

Por la violación al artículo 1602 del C.C.:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y el Instituto demandado incumplió con sus obligaciones contractuales generando las causas de incumplimiento del contratista, que luego planteó como causa de caducidad del contrato”.

En cuanto al artículo 1603 del C.C., la accionante sostiene:

“El Instituto indujo a la sociedad contratista a través de su incumplimiento, a las causas que posteriormente alegó como causal de caducidad del contrato, faltando así a la buena fe con que deben ejecutarse los contratos”.

Por violación al artículo 1608 del C.C.:

“El Instituto incurrió en mora de sus obligaciones por cuanto no las cumplió dentro del término estipulado”.

En relación con el artículo 1609 del C.C., la parte actora señala:

“El Instituto no cumplió sus obligaciones en la forma contractualmente convenida y en consecuencia no estaba en condiciones de exigir el cumplimiento de las del otro contratante y menos, cuando el incumplimiento

de la contratista está generado en el previo incumplimiento de la entidad contratante.”

Por violación del artículo 1613 del C.C.:

“Por el incumplimiento del Instituto está obligado al pago de los perjuicios a la sociedad contratista, que comprenden el daño emergente y el lucro cesante”.

Por lo que hace a la violación de los artículos 2 y 3 del C.C.A., la sociedad demandante manifiesta:

“El Instituto se desvió de los objetivos de la actuación administrativa en cuanto a la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley. La extemporánea e injustificada declaratoria de caducidad retrazó (sic) la terminación de la obra contratada, en detrimento de la prestación del servicio público propio de la entidad y con ello vulneró además los derechos de la sociedad contratista, todo contra la debida aplicación de los principios de la economía, celeridad, eficacia e imparcialidad de las actuaciones administrativas.”

En relación con el artículo 36 del C.C.A., la actora sostiene:

“La discrecionalidad de la administración pública está sujeta a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. El Instituto con la declaratoria de caducidad retrazó (sic) en detrimento no sólo de los intereses públicos, sino de los privados de la contratista, la conclusión de la obra, con todas las consecuencias relativas al incremento en los costos y el retraso (sic) en la prestación del servicio”.

Por último, sobre la violación del artículo 44 del C.C.A. la accionante alega:

“Los actos administrativos de carácter particular deben ser notificados personalmente al interesado, su representante o apoderado, y cuando ello no fuere posible, deberá enviarse una citación a la dirección registrada, enviada dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la expedición del acto y en todo caso, en el acto de la notificación deberá entregarse al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión escrita; y si por este medio no se lograre la notificación, dentro de los cinco días siguientes al envío de la citación, deberá hacer por medio de edicto que debe fijarse en un lugar público por el término de diez (10) días y con inserción de la parte resolutive de la providencia” (folios 12-13 cuaderno principal).

3.2 Intervención pasiva

3.2.1 Instituto Colombiano Agropecuario-ICA

El Instituto Colombiano Agropecuario ICA contestó la demanda¹⁵, se opuso a las pretensiones, propuso excepciones¹⁶ y solicitó pruebas¹⁷.

3.2.1.1. Contestación de la demanda

Como razones de la defensa el ICA aduce que los actos cuya nulidad se pretende se encuentran plenamente ajustados a derecho, pues las causales que se invocan para declarar la caducidad del contrato se encuentran plenamente soportadas en los reiterados incumplimientos por parte del contratista, los cuales fueron notorios y de tal gravedad que impidió continuar con la ejecución de la obra. Además, sostiene que cumplió cabalmente con sus obligaciones contractuales, en los términos pactados.

De la defensa se destaca:

“(..)

En el caso que nos ocupa, el contratista ALJOR S.A. manejaba dineros públicos, que debían ser utilizados para la construcción de una obra que va a desarrollar el bien común, el interés social, que busca colaborar para el bienestar general y elevar el nivel de vida de los asociados, a través de la prestación de un servicio público.

El ICA, por lo tanto, por ser parte del Estado, por prestar servicios públicos, está en la obligación de cuidar los dineros también públicos ante los continuos incumplimientos por parte del contratista, y de acuerdo con la permanente interventoría y al ver que dicho contratista incurrió en causales de caducidad, decidió declararla cumpliendo con esa debida obligación ineludible.

Para ello recurrió a las causales contempladas en los literales e) y f) del artículo 62 del Decreto 222 de 1983, que a la letra dice: “Como causales de caducidad, además de las especiales previstas en este estatuto y de las que se tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato deben figurar las siguientes:

“E) La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra, se le abre concurso de acreedores o es intervenido por autoridad competente. Igualmente la entidad contratante puede considerar

¹⁵ Folios 198 a 249 cuaderno principal.

¹⁶ Folios 241 y 242 cuaderno principal.

¹⁷ Mediante auto de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 25 de febrero de 1993, se negó el llamamiento en garantía propuesto por el demandado, por no cumplir los requisitos de ley, folios 254 y 255 del cuaderno principal.

que hay incapacidad financiera cuando el contratista ofrece concordato preventivo, se retrasa (sic) en el pago de salarios o prestaciones sociales o es embargado judicialmente”,

“F) Si a juicio de la entidad contratante del incumplimiento de las obligaciones del contratista se deriven consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato, o se causen perjuicios a esa entidad.”

Como el mismo demandante lo confiesa, se retrazó (sic) en el pago de salarios y prestaciones sociales, al igual que fue embargado (..) además ALJOR descontó del Banco Cafetero desde la iniciación del contrato las cuentas por actas de obra. Por lo tanto, no era comprensible la iliquidez que empezó a notarse a los pocos meses de iniciada la obra, agravado lo anterior, con la no inversión de los dineros entregados por el instituto y la no cancelación oportuna de los compromisos derivados del contrato adquiridos por ALJOR que ya habían sido cancelados por el Instituto a dicha firma, situación esta que creó un alto déficit a la obra que aún subsiste.

(..)

Es necesario hacer ver cómo el ICA utilizó la declaratoria de caducidad como último recurso, pues en varias oportunidades, a través de la interventoría requería al contratista para que cumpliera con lo que se había comprometido (..)” (folios 198-240 cuaderno principal).

3.2.1.1.1. Excepciones propuestas por la entidad demandada

- Falta de personería en la representación judicial de la sociedad Aljor S.A.

Para fundamentar esta excepción, la accionada sostiene:

“En efecto, analizando el expediente observamos que el día 9 de octubre de 1989, más que pasados los 5 días para corregir la demanda, el actor presenta ampliación del poder, conteniendo nuevas pretensiones (..) no admite duda que corregir y/o aclarar no significa “adicionar” máxime cuando esta adición es presentar nuevas pretensiones que determinaron indebida acumulación”.

- Indebida acumulación de acciones, con fundamento en que *“(..) el actor confunde la acción contractual con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Si bien es cierto que el desarrollo de un contrato puede generar actos administrativos que posibiliten una supuesta nulidad y restablecimiento del derecho, la acción es la contractual y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo indica el demandante”.*

- Indebida acumulación de pretensiones, pues *“las acumuladas en el escrito de adición de la demanda donde se pide la nulidad de un contrato celebrado entre el*

ICA y Seguros del Estado han debido ser formuladas en demanda separada, pero con el propósito de eludir la caducidad, se optó por tratar de acumularlas”.

- Falta de legitimación en la causa, en razón a que el actor no era parte en el contrato celebrado entre el ICA y la aseguradora.

3.2.2 Seguros del Estado S.A.

La compañía de Seguros del Estado S.A., contestó la demanda que le fuera formulada en calidad de litisconsorte necesario, oponiéndose a la declaratoria de nulidad del Convenio de Subrogación, como también de su adición y del acta final de liquidación del mismo. Señala al respecto:

“(..) Dicho acto administrativo quedó en firme al resolverse negativamente el recurso de reposición interpuesto por el Contratista, como consta en la Resolución No. 1973 del 8 de junio del mismo año.

Ante dicha situación jurídica consolidada, haciendo uso de la opción de indemnizar mediante la ejecución de la obra, Seguros del Estado S.A, convino con el I.C.A., que cumpliría las obligaciones garantizadas, como consta en el escrito de 28 de septiembre de 1989 a que alude la demanda, pero la ejecución de dichas obras por parte de Seguros del Estado fueron expresamente autorizadas por ALJOR S.A., quien se benefició con la subrogación, porque se le redujo el valor de la cláusula Penal, que ascendía a \$ 36.040.157,82. Es así como para facilitar dicho convenio, previamente, el día 7 de septiembre de 1989, se suscribió el Acta de Liquidación del Contrato DC-I-01-87, entre el I.C.A. y ALJOR S.A.,¹⁸ en la que consta la firma del Representante Legal de la firma contratista, señor JORGE NAVAS PINZON, quien no formuló ningún tipo de observación, aprobándola en su contexto. A renglón seguido el mismo Representante Legal prosiguió a suscribir con Seguros del Estado S.A. el contrato mediante el cual lo autorizó a ejecutar la obra, en los términos y condiciones que constan en documento de fecha 12 de octubre de 1989¹⁹, por lo cual resulta inaudito que ahora esté solicitando la nulidad del convenio de subrogación que celebraron el I.C.A. y Seguros del Estado S.A., que él refrendó expresamente”.

3.3. Alegatos de conclusión

Las partes demandante y demandada reiteraron los argumentos aducidos en la demanda y en la contestación respectivamente.

¹⁸ Seguros del Estado S.A la aporta como prueba anexo al escrito de contestación de la demanda. Folios 186 a 188 del cuaderno principal.

¹⁹ Seguros del Estado S.A. lo aporta como prueba anexo al escrito de contestación de la demanda. Folios 192 a 196 del cuaderno principal.

3.4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 6 de mayo de 1999, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la vez que declara probada la objeción por error grave, deniega las pretensiones porque no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos que declararon la caducidad del contrato, ni se acreditó los perjuicios alegados en la demanda.

Encontró sin sustento los cálculos financieros realizados por los peritos, a la vez que echo de menos que el experticio no haya considerado la suma a favor de la entidad, reconocida por el contratista en el acta de liquidación final del contrato, sin salvedades ni observaciones. Señala al respecto:

“A juicio de la Sala, la objeción al dictamen por error grave está llamada a prosperar. En efecto, los señores peritos al cuantificar los posibles perjuicios ocasionados a la parte actora efectúan operaciones que, sin sustento alguno, los llevan a establecer por tal concepto sumas que superan ampliamente los siete mil millones de pesos derivados de una supuesta actividad de construcción en el sector privado cuya realización se impidió, en su concepto, por la conducta del ICA en el desarrollo del contrato materia de la Litis que también, a su modo de ver, condujo a la sociedad demandante a la quiebra. Y tal suma se calcula para la actividad durante 4 ½ años de una sociedad cuyo capital era de \$130.000.000.00 que, como lo afirman los mismos peritos se habían invertido en su mayor parte en la compra de un inmueble, con dineros provenientes del contrato que ejecutaba para el instituto.

Salta a la vista la desproporción y exorbitancia de las supuestas utilidades calculadas, las cuales chocan con la realidad y la naturaleza de las cosas pues surge de bulto la imposibilidad de que cualquier actividad lícita produzca tales márgenes de ganancia.

Lo anterior se confirma aún más, con el dictamen pericial practicado con motivo de la objeción sobre los mismos puntos, donde a pesar que los peritos liquidan intereses comerciales del 62.2% por mora en el pago de actas parciales y luego indexan tal suma dentro del mismo periodo, para actualizar la suma resultante hasta la fecha del experticio, concluyen que, de prosperar todas las pretensiones de la demanda, el valor total de los perjuicios asciende a \$843.935.512, suma inferior en mucho más de seis mil millones a la determinada en el experticio inicial.

Pero además, los señores peritos decidieron por sí y ante sí, desconocer el acta de liquidación del contrato suscrita por las partes sin observación alguna, donde aparece un saldo a favor del ICA por una suma superior a quince millones para efectuar una llamada acta de liquidación pericial donde resultan a favor de la demandante y en contra del ICA y Seguros del Estado, sumas superiores a los cuatrocientos millones de pesos.

Por otra parte, es de anotar que los peritos olvidaron el alcance de su misión para convertirse en defensores de una de las partes, perdiendo así toda objetividad en sus apreciaciones.

Como consecuencia de lo anterior se declarará probada la objeción por error grave y se ordenará a los peritos restituir los honorarios tal como dispone el artículo 239 del C.P.C.” (folios 494-495 cuaderno principal).

Luego de pronunciarse sobre la objeción por error grave del dictamen pericial, en los términos ya anotados, el *a quo* entró a valorar los cargos de ilegalidad formulados en contra de los actos administrativos demandados.

En relación con la desviación de poder alegada por la parte actora, la sentencia impugnada sostiene que de los elementos allegados al proceso no se infiere que la entidad demandada haya desconocido los fines de la Administración. Por el contrario, lo que se encuentra demostrado es que desde el inicio de la ejecución del contrato, la sociedad demandante incurrió en reiteradas moras en el desarrollo del programa de trabajo, hasta el punto que al finalizar el primer plazo pactado la obra se encontraba atrasada en un alto porcentaje, dando lugar a las prórrogas que en tal sentido se produjeron hasta llegar al doble del término de ejecución pactado inicialmente. La actuación de la accionada siempre estuvo encaminada a colaborarle al contratista ampliando los plazos, aumentando el valor del contrato y autorizando el pago de las actas de avance por debajo de los porcentajes mínimos pactados, con la finalidad de solucionar los problemas de iliquidez que el contratista adujo a lo largo del desarrollo del contrato.

Por las anteriores razones el Tribunal considera que no era válido sostener que la entidad desvió los fines de la Administración, cuando el contenido probatorio demuestra que el contratista no invirtió en la obra los dineros que se le cancelaban y dejó de pagar sus obligaciones laborales, entrando así en conflicto con sus trabajadores que paralizaron la obra, motivos éstos que condujeron necesariamente a la declaratoria de caducidad del contrato.

Con fundamento en todos los incumplimientos en que incurrió el contratista, el *a quo* señala que los actos administrativos acusados estuvieron debidamente motivados.

Por lo que hace al incumplimiento atribuido por la parte actora al ICA en relación con la mora en el pago de las actas de avance de obra y sus reajustes, la sentencia señala:

“(..) como ya se dijo, el ICA incurrió en el retardo en el pago de algunas actas de avance de obra que fueron canceladas con sus respectivos reajustes, así fuera tardíamente, de manera que cuando se produjo la declaración de caducidad las obligaciones habían sido solucionadas con meses de anterioridad y si para la época algunas actas no se habían pagado, ello tuvo origen en el embargo que un juez civil había decretado sobre los correspondientes valores.

(..)

Como se ha venido anotando, el ICA incurrió en retardos en el pago de algunas cuentas por actas parciales de obra ejecutada, pero la entidad reconoció a la contratista sobre tales actas los llamados “reajustes por mora” liquidados según la fórmula pactada y con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior al pago, tal como lo dispone el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, a pesar que la demandante había incumplido a su vez con el plan de trabajo previsto en el contrato, reparando así el perjuicio que se pudo ocasionar con el pago tardío, tal como consta en la liquidación del contrato y lo aceptan las partes.

(..)

Existió mayor permanencia como consecuencia de las prórrogas en el plazo de ejecución del contrato, pero tales prórrogas tuvieron origen en primer lugar en las demoras de la contratista en la ejecución de la obra por el incumplimiento del programa de trabajo y, en segundo término, por la suscripción del contrato por obras adicionales que implicaron también la adición del valor del contrato y el pago de un nuevo anticipo, fijando una nueva programación de la obra, que tampoco cumplió y, en tales condiciones, la mayor permanencia en la obra obedeció a la conducta del actor que no puede pretender el pago de indemnización por tal concepto, pues nadie puede alegar en su beneficio su propia culpa”.

En cuanto a la extemporaneidad de la declaratoria de caducidad del contrato, el a quo manifiesta:

“(..) la resolución mencionada se produjo antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato y si no se notificó personalmente fue por la conducta omisiva del representante legal de la parte actora que eludió la notificación a sabiendas de la existencia del acto, para luego aducir que no se habían cumplido los tramites del caso, buscando colocar a la administración en condiciones tales que la declaratoria de caducidad pudiera ser tachada por extemporánea con planteamientos totalmente inaceptables desconociendo el principio de la buena fe que rige las relaciones contractuales, por todo lo cual el cargo no puede prosperar.

En cuanto se refiere a la pretensión de nulidad del acta de liquidación del contrato, ella carece de sustento alguno pues tratándose de un acto jurídico bilateral cuyo contenido la parte aceptó sin observación alguna, manifestando su voluntad inequívoca al suscribirlo, su invalidez sólo podría provenir de la presencia de alguno de los vicios del consentimiento que por parte alguna aparecen alegados y mucho menos demostrados.”

Por último, en cuando a la pretensión de nulidad del convenio llamado de subrogación celebrado entre el ICA y Seguros del Estado S.A., el Tribunal aduce lo siguiente:

“Estas pretensiones están llamadas al fracaso ya que no expresan las razones de hecho y derecho que pudieran dar lugar a la declaración de nulidad de los mencionados actos jurídicos ni surge por parte alguna que adolezcan de vicios que los invaliden ya que las actuaciones que los generaron no son otras que los acuerdos de voluntad logrados por las partes que en ellos intervinieron los cuales por sí mismos se ajustan a la ley” (Fls. 454-503 cuaderno principal).

4. SEGUNDA INSTANCIA

4.1 Recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpone recurso de apelación²⁰ para que se revoque la sentencia y en su lugar se acoja las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el dictamen pericial no puede tacharse de subjetivo y parcializado, dado que los peritos, además de coincidir en lo esencial en su experticio, difieren en aspectos puramente cuantitativos. Insiste en que el incumplimiento aducido por la entidad accionada para declarar la caducidad fue motivado por ésta, ya que *“(..) el ICA en sus incumplimientos de pago y la prohibición de descontar el valor de las cuentas, generó para el contratista el estado de iliquidez que luego utilizó como causa de la caducidad del contrato (..)”*. Además, sostiene que *“(..) la declaratoria de caducidad del contrato se materializó vencido el término del contrato, que es el mismo plazo dentro del cual la entidad estatal podía ejercer esta facultad exorbitante del contrato (..)”*.

Al respecto señala:

“Así las cosas, en concreto podemos concluir que está debidamente demostrado en el proceso que la contratante con su incumplimiento indujo las causas de la caducidad del contrato, y en consecuencia, incurrió en falsa motivación y desviación de poder, cuando las imputó a la acción de la contratista para declararle la caducidad del contrato.”²¹

²⁰ Folios 514 a 525 del cuaderno principal obra la sustentación del recurso de apelación presentado por el actor.

²¹ Folio 517 del cuaderno principal.

En relación con el dictamen pericial el apoderado de la demandante sostiene:

“(..) el juzgador de primera instancia se limita a afirmar la existencia de un error grave en la pericia, sin determinar las razones o causas que lo motivan a desechar en esos términos la fundamental prueba de un proceso de la naturaleza del que nos ocupa”²².

4.2. Alegatos Finales

La parte demandante y la aseguradora vinculada, no presentaron alegatos de conclusión.

El apoderado del Instituto colombiano Agropecuario ICA, en la alegación final asegura²³ i) que todos los contratos adicionales al Contrato DC-I-01-87 suscritos con la entidad estatal demandada y la actora, tuvieron como motivación y fin último, mantener el equilibrio del contrato, muchos de ellos a solicitud del contratista; ii) que el dictamen inicial, en virtud de haberse probado la objeción por error grave, no constituye prueba dentro del proceso; iii) que debe mantenerse tal declaración dado que el dictamen no señala las fuentes o bases contables que fueron tenidas en cuenta por los peritos; iv) que los motivos y causales dieron lugar a la declaratoria de la caducidad administrativa del Contrato DC-I-01-87, fueron creadas por la sociedad actora y v) que la nulidad del acta bilateral de liquidación final del contrato no puede prosperar por ausencia de cargos.

4.2.1 Intervención del Ministerio Público

EL Ministerio Público solicita confirmar la sentencia de primera instancia, pues encuentra demostrado el incumplimiento contractual del contratista y por ende ajustada a derecho la decisión de la entidad pública demandada en declarar la caducidad del contrato.

Al respecto, sostiene:

“(..)

²² Idem.

²³ Folios 528 a 532 del cuaderno principal.

Además de las varias adiciones otorgadas al contratista, en el plenario obran documentos que prueban cómo el incumplimiento venía de tiempo atrás, en donde el interventor le hace observaciones sobre la lentitud de los trabajos y el retraso en la programación, advirtiéndole que tales hechos son constitutivos de causal para imposición de multas y aún para la declaratoria de caducidad del contrato (..).

Obra en el expediente constancia de que el contratista fue “expulsado” de Colsubsidio por mora en el pago de sus aportes y de que también se encontraba en mora en el pago de los aportes obrero-patronales al Instituto de Seguros Sociales.

Este conjunto probatorio desvirtúa la acusación que de falsa motivación le hace el demandante al acto acusado, respecto del hecho del no pago de salarios y prestaciones sociales a sus trabajadores”.

Sumado a lo anterior, la vista fiscal sostiene que las órdenes de embargo que reposan en el plenario permitían a la entidad presumir la incapacidad financiera del contratista, reflejada en la ejecución del contrato de obra celebrado con el ICA “(..) la cual finalmente se vería imposibilitada por la obligación de consignar los pagos resultantes del contrato a favor de los juzgados respectivos, es decir, que no se probó por el demandante la existencia de falsedad en la motivación de la resolución de caducidad, cuando se afirmó la existencia de estos hechos (..)” (folios 551-566 cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida en primera instancia, que negó las pretensiones.

Efectivamente, para la fecha de presentación de la demanda²⁴ la cuantía exigida para que las acciones de controversias contractuales tuvieran vocación de doble instancia era la suma de \$6.860.000 (artículo 131 del C.CA. subrogado Decreto 597/88) y en el presente asunto la pretensión mayor asciende a la suma de \$20´000.000.00, por concepto de perjuicios materiales.

2. CONTROVERSIA QUE LA SALA DEBE RESOLVER

²⁴ Abril 25 de 1991.

La Sala confirmará la sentencia impugnada. Para el efecto se pronunciará sobre los cargos de falsa motivación y desviación de poder imputados por la actora a las resoluciones por medio de las cuales el Instituto Colombiano Agropecuario ICA declaró la caducidad administrativa del Contrato No. DC-I-01-87 del 29 de enero de 1989, para luego resolver la solicitud de nulidad del acta de liquidación final del contrato y del convenio de subrogación celebrado entre el ICA y Seguros del Estado S.A. y su liquidación.

Atendido el primer aspecto, es decir las nulidades propuestas, la Sala se pronunciará sobre la objeción por error grave formulada en contra del dictamen pericial y finalmente sobre el trámite adelantado para notificar la Resolución No. 1427 de 1989.

2.1. Resoluciones 1427 y 1973 de 25 de abril y de 8 de junio del mismo año

2.1.1. De la oportunidad de la declaratoria de caducidad

Para realizar los fines del Estado las autoridades públicas gozan de potestades constitucionales, legales y reglamentarias, entre ellas de la potestad de declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, por incumplimiento del contratista y en orden a la satisfacción del interés general comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual.

Respecto de la temporalidad de la facultad de declarar la caducidad en materia contractual, la Corporación ha tenido, en síntesis, dos posiciones. En la primera de ellas, la jurisprudencia contencioso administrativa, de manera reiterada, estableció que la declaratoria de caducidad procedía únicamente durante la vigencia del contrato, pues su propósito tenía que ver con posibilitar a la administración para liquidar anticipadamente el vínculo jurídico existente en búsqueda de la realización del frustrado objeto contractual²⁵.

De conformidad con lo anterior, las entidades públicas contratantes tenían un límite temporal para el ejercicio de las potestades exorbitantes de caducidad, interpretación, modificación o terminación unilateral, cuál era la vigencia del contrato. En efecto, la Sección Tercera se manifestó en múltiples oportunidades

²⁵ Sentencias de: 21 de febrero de 1986, Exp. 4550; 29 de enero de 1988, Exp. 3615; 9 de abril de 1992, Exp. 6491; 15 de febrero de 1991, Exp. 5973; 6 de junio de 1996, Exp. 2240; 18 de julio de 1997, Exp. 10.703; 4 de junio de 1998, Exp. 13988; 13 de septiembre de 1999, Exp. 10264 M.P. Ricardo Hoyos Duque.

en que se trató con uniformidad el tema en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, entre ellas, la sentencia de 9 de abril de 1992, de la que se destacan los siguientes apartes:

*“(..) En materia de contratación pública la administración contratante posee poderes exorbitantes o inusuales a los que las partes tienen en el contrato privado; poderes que le permiten terminar o caducar el contrato, modificarlo o interpretarlo, en forma unilateral, y cuando para el efecto no se haya podido poner de acuerdo con su contratista. Poderes (...) que le permiten liquidarlo de igual manera y en ciertas circunstancias declarar su incumplimiento. Los poderes aludidos operan fundamentalmente en los contratos administrativos y en los privados que tengan cláusula de caducidad. **La exorbitancia que puede ejercer la administración presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia, límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede afectado de nulidad.** La liquidación sí, por razones obvias, será posible luego de su terminación normal o anormal, en especial en los contratos de obra pública y suministros. (...) Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada (...)”²⁶ (negritas fuera de texto).*

En la segunda posición, la jurisprudencia señaló que dicha potestad podía ejercerse en la etapa de liquidación, inclusive, porque no era razonable restarle a la administración sus potestades sancionatorias frente al contratista incumplido, precisamente en la etapa que le permitía con mayor propiedad hacer el balance final de derechos, obligaciones y deberes satisfechos y pendientes de resolución. Así, se concluyó que en el contrato celebrado por la Administración existía un plazo de ejecución, que una vez transcurrido permitía conocer el real cumplimiento del mismo; y otro plazo para su liquidación, siendo este último el que terminaba jurídicamente el contrato y durante el cual, por tanto, podía la entidad pública sancionar al contratista con la caducidad del contrato, pues en esta etapa se encontraba aún vigente y, por ende, no estaba ausente la potestad de autotutela para declarar su incumplimiento. En esta providencia, reiterada en fallos posteriores, se afirmó:

“(..) con el cumplimiento de la obligación principal no se da por terminada la relación contractual si del contrato se derivan otras obligaciones para cualquiera de las partes, caso en el cual el vínculo que se ha creado con el contrato todavía estará vigente y aún no se ha extinguido.

²⁶ Sentencia de 9 de abril de 1992, Exp. 6491, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

(..) cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento²⁷.

De igual forma, la jurisprudencia señalaba:

“Pero si bien es cierto en la mayoría de los casos el plazo del contrato coincide con el de ejecución de la obra, también lo es, que este plazo no constituye propiamente hablando el periodo de ejecución del contrato, porque al finalizar el plazo que se ha destinado para el cumplimiento de la obligación principal por parte del contratista, las partes no quedan liberadas de pleno derecho mientras no se extingan todas las obligaciones adquiridas, lo cual se cumple necesariamente en la etapa de liquidación del contrato, en la cual es donde la administración puede valorar el cumplimiento total de las obligaciones a cargo del contratista y es la que le pone término a la vinculación de las partes²⁸.

Posteriormente, en sentencia de 20 de noviembre de 2008²⁹, la Sala retoma la primera posición al señalar que la declaratoria de caducidad sólo procede en vigencia del contrato y fundamentada exclusivamente en el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones, que incida de manera grave en la ejecución de las obras e impida continuar con el objeto contractual.

Al respecto, en dicho pronunciamiento se adujo:

“(..)

La declaratoria de caducidad resulta viable únicamente cuando se determina por parte de la Administración que el incumplimiento del contratista es de tal magnitud y gravedad que conducirá indefectiblemente a la paralización del contrato, o sea, que irremediablemente no se cumplirá en el tiempo esperado y requerido con el objeto contractual, ello presupone que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte “la ejecución del contrato” y se presente su “paralización” cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él. La caducidad supone, entonces, un contrato ejecutivo, en curso y de ningún

²⁷ Sentencia de 13 de septiembre de 1999, Exp. 10.264 reiterada, entre otras, en la sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936.

²⁸ Sentencia de 13 de septiembre de 1999, M.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 10264.

²⁹ Sentencia de 20 de noviembre de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 17031.

*modo un contrato ejecutado, cumplido o finalizado el plazo o el término fijado por las partes para llevarlo a cabo en oportunidad debida*³⁰.

En consecuencia, en el presente caso la Sala reitera el planteamiento expuesto en la sentencia de 20 de noviembre de 2008 para concluir que la declaratoria de caducidad por fuera de la vigencia contractual, en cuanto innecesaria para la realización de los derechos e interés generales comprometidos en la extinguida vinculación, precisamente por su finalización, extralimita las potestades sancionatorias de la Administración. Por ello, fenecido el plazo o realizado el objeto contractual, se extingue el contrato y con él la facultad de la administración de darlo por terminado en ejercicio de potestades exorbitantes, al margen del incumplimiento contractual³¹.

Ahora bien, el Instituto Colombiano Agropecuario ICA y la Sociedad Aljor S.A., convinieron en que la sociedad entregaría el laboratorio de bioseguridad LIMV terminado, el 20 de mayo de 1988, es decir 365 días después de suscrita el acta de iniciación de la obra a que se refiere el contrato CD-1-01-87, pero luego de sucesivos contratos adicionales la entrega debía ocurrir el 13 de mayo de 1989.

Siendo así y en consideración a que el Instituto contratista declaró la caducidad del contrato el 25 de abril de 1989, huelga concluir que la entidad actuó en oportunidad, es decir en el ámbito de sus potestades exorbitantes, sin que para el efecto cuente la confirmación de la decisión ocurrida el 8 de junio siguiente, porque esta sucede en respuesta al ejercicio del derecho de contradicción del afectado y no como acto de autoridad.

2.1.2. De la falsa motivación y la desviación de poder

La accionante solicita la nulidad de las Resoluciones 1427 y 1973 de 1989 porque los hechos esgrimidos por el Instituto Agropecuario ICA para declarar la caducidad del contrato DC-1-01-87 contrarían la realidad fáctica y no se acompañan con la

³⁰ En tales casos no puede hablarse de caducidad cuyo funcionamiento o ejercicio presupone, entonces, un contrato vigente; por lo que, mal podría declararse la 'caducidad' de un contrato ya terminado o finalizado por otra causa legal; si "...*el contrato ya concluyó o finalizó por cumplimiento de su objeto o por vencimiento de su término, sería insensato pretender dejarle sin efecto por 'caducidad'*..." MARIENHOFF, Miguel S. Ob cit. Págs. 591 y ss.

³¹ Esta conclusión es posteriormente reafirmada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 al disponer que la declaratoria de caducidad sólo procede por hechos constitutivos de incumplimiento del contratista que afecten de manera grave y directa la **ejecución** del contrato.

satisfacción de los intereses generales comprometidos en la ejecución de la obra contratada, empero la entidad demandada fundó su declaratoria de caducidad en las causales establecidas en los literales e) y f) del artículo 62 del Decreto Ley 222 de 1983³² y las pruebas allegadas al plenario encuentra debidamente fundamentada la decisión.

Efectivamente, conforme lo disponen los literales e) y f) del artículo 62 del estatuto contractual entonces vigente, las entidades públicas podían dar por terminados los contratos por incapacidad financiera del contratista o incumplimiento, ya fuere por inexecución de obligaciones laborales o embargos, siempre que los hechos permita suponer consecuencias negativas sobre la debida ejecución del contrato.

El Instituto Colombiano Agropecuario ICA, además de señalar las causales antes relacionadas, fundamentó su decisión en los documentos y testimonios que obran en el proceso³³, los cuales permiten afirmar que la sociedad contratista incumplió repetidamente el pago de sus obligaciones labores hasta el punto de propiciar que sus trabajadores suspendieran en más de una ocasión las labores encomendadas³⁴; fue sujeto de embargos judiciales³⁵ y se abstuvo de suministrar los elementos y el personal necesario para realizar los trabajos a su cargo. Lo anterior porque así lo indican los informes no desmentidos, del interventor, del asesor jurídico de la entidad³⁶ y del Comité de obra³⁷ dirigidos al Gerente y al mismo contratista.

En este sentido, la interventoría del contrato fue enfática al afirmar que la caducidad no se debió únicamente al embargo de las cuentas del contratista, tampoco a retrasos sin importancia en el pago de la nómina o de los avances de obra, como lo pretende hacer ver el contratista, sino en un conjunto de causas que

³² La Resolución 1427 de 1989 proferida por el ICA, expresamente las invoca, tal como consta en folio 37 del cuaderno principal.

³³ Cuaderno 2. Antecedentes administrativos del contrato.

³⁴ Comunicación firmada por trabajadores reclamando sus pagos demorados por cuatro quincenas consecutivas -folio 164 del C. 2-, requerimiento del 28 de septiembre de 1988 por paralización de obra -folio 217 del cuaderno 2-.

³⁵ Embargo del Juzgado 34 Civil Municipal a favor de Sunher Ingenieros Ltda. contra Aljor S.A. -folio 168 del C.2-, embargo del Juzgado 18 Civil del Circuito a favor de Carmen Espinosa contra Aljor S.A. -folio 235 del cuaderno 2-.

³⁶ A esta comunicación se refiere la parte motiva del acto administrativo que declara la caducidad. Obra en folios 214 y 215 del cuaderno 2. Mirar embargo fl. 231, 234, 235, 303.

³⁷ Folio 197 cuaderno 2.

repercutieron en la parálisis repetida de los trabajos y que dieron al traste con los programas de ejecución, sin perjuicio de la benevolencia de la entidad, quien mediante prórrogas trató de solventar los impases hasta que la situación se torno en inadmisibile.

Descendiendo al contrato, se tiene que su objeto habría de ejecutarse a precios unitarios y plazo determinado, tanto así que las partes acordaron expresamente, la declaratoria de caducidad “(..) *si el CONTRATISTA no inicia o concluye o no entrega la obra dentro de los plazos convenidos*”. Siendo así no resulta posible argüir que la entidad accionada declaró la caducidad sin consultar la realidad contractual, porque las pruebas allegadas a la actuación respaldan ampliamente la decisión de la entidad pública demandada. Tanto así que el contratista no canceló cumplidamente los honorarios, los salarios, las prestaciones sociales e indemnizaciones llegando a adeudar cuatro quincenas consecutivas, la exclusión de la Caja de Compensación Familiar y el reporte de la entidad administradora de seguridad social por mora en el pago de los aportes. Sumado a lo anterior, los embargos decretados por dos juzgados civiles sobre las cuentas de cobro de avances de obra, le impidieron adquirir los elementos necesarios, generando parálisis en los trabajos, a juicio del interventor.

Problemas éstos de índole financiero de gran envergadura, que la entidad contratista no pudo mitigar, a pesar de la contribución efectiva de la entidad contratante, mediante el otorgamiento de plazos adicionales.

Todo lo anterior dio lugar a que el Instituto Colombiano Agropecuario ICA con sobrada motivación, porque lo acontecido así lo indicaba, hubiese considerado la incapacidad financiera del contratista y optado por declarar la caducidad del contrato, en los términos establecidos en el literal e) del artículo 62 de Decreto Ley 222 de 1983. No puede en consecuencia argüirse falsa motivación para impetrar su nulidad, porque las Resoluciones 1427 y 1973 de 1985 se fundaron debidamente y, en este sentido, la sentencia de primera instancia, en cuanto despacho el cargo desfavorablemente habrá de confirmarse.

Igual suerte corre el cargo de desviación de poder alegado por la parte actora, toda vez que no se probó que el móvil de la entidad haya sido uno distinto al propio de la caducidad, en cuanto, declarada la terminación, la entidad convino

con Seguros del Estado S.A. la terminación de la obra, consiguiendo así la ejecución del objeto contractual.

2.2 Nulidad del Acta de liquidación del contrato CD-1-01-87

Sin justificar su aserto, ni demostrar vicio alguno, la Sociedad Aljor S.A. invoca la nulidad del Acta de Liquidación que suscribiera el 7 de septiembre de 1989 con el Director General del Instituto Colombiano Agropecuario ICA y el interventor, en el ámbito del contrato para la construcción de un laboratorio de bioseguridad, a precios unitarios y plazo determinado.

Siendo así y habida cuenta que el *a quo* niega la pretensión fundado en el carácter definitivo del acta que el actor controvierte, suscrita sin salvedades ni observaciones y que no se vislumbra vicio que desvirtúe su legalidad, la providencia recurrida, también por este aspecto será confirmada.

2.3. Convenio de subrogación y liquidación del mismo. Falta de legitimación por activa

Además de la nulidad de las Resoluciones 1427 y 1973 de 1989, despachada desfavorablemente, la sociedad Aljor S.A. solicita la nulidad del acta de liquidación final del Contrato DC-I-01-87, suscrita con el representante legal del Instituto demandado el 7 de septiembre de 1989, al igual que del Convenio de Subrogación y de su liquidación final, celebrados entre el ICA y Seguros del Estado, S.A.

Respecto del convenio y de su liquidación, se comparte el concepto del Ministerio Público. La vista fiscal echa de menos los cargos por vicios del consentimiento, dado el carácter bilateral de los mismos y aún más, a juicio de la Sala, en cuanto la sociedad actora cedió su posición contractual a la Aseguradora, sin condicionamiento, dando lugar a que ésta asuma la calidad de contratista respecto de la ejecución de la obra a ella inicialmente contratada, adolece de falta de interés para invocar la nulidad de los acuerdos suscritos entre la cesionaria y la contratante cedida.

Sabido es que los contratos son ley para las partes, como quiera que de ellos surgen vínculos que no traspasan la esfera de los contratantes y conocido se tiene que estos pueden retirarse cediendo su posición, salvo que no les estuviere permitido hacerlo. Siendo así y habiéndose retirado Aljor S.A. del contrato CD-1-

01-87 suscrito el 29 de enero de 1987, nada puede aducir sobre el Convenio de Subrogación surgido con posterioridad a su retiro y resulta ajena a su liquidación, así la considere contraria a sus intereses.

Razón tiene la entidad demandada cuando afirma que la contratista alega a su favor, indebidamente su propia culpa y acierta la aseguradora litisconsorte cuando da cuenta de las contradicciones de la demanda, pues cedido el contrato por su libre y espontánea voluntad a favor de Seguros del Estado ¿Cómo acudir en demanda de nulidad de acuerdos suscritos por terceros, cuando la cesión voluntaria del contrato los hizo posibles?

La Sala puntualiza que, al no haber indicado el motivo de ilegalidad de los actos bilaterales, cuya nulidad se pretende, no puede avocar conocimiento de fondo sobre el asunto y en este sentido se pronunciará.

Habiendo avanzado sobre el tema de las nulidades planteadas como pretensiones de la demanda, corresponde centrar la atención en los temas relacionados con el posible incumplimiento contractual.

2.4 Excepción de contrato no cumplido

La sociedad Aljor S.A. asegura que el Instituto demandado, en cuanto incumplió con la entrega del anticipo, con los pagos de las actas de avance de obra y demoró los planos y especificaciones técnicas, dio lugar al incumplimiento que le endilga a la contratista, actuando por fuera de la regla que rige los contratos bilaterales, según la cual el contratante cumplido no puede verse compelido por cuenta del incumplimiento del otro³⁸, prevista en el artículo 1609 del Código Civil.

La jurisprudencia de la Sala ha admitido la aplicación en las controversias surgidas en el ámbito de la contratación estatal de la excepción de contrato no cumplido que invoca la actora, con algunas reservas o exigencias.

En reciente pronunciamiento la Sala expresó:

³⁸ Según el profesor CHRISTIAN LARROUMET³⁸ “la *exceptio non adimpleti contractus* consiste en la prerrogativa que se reconoce a una de las partes de un contrato sinalagmático de no ejecutar su obligación con la otra parte mientras esta no ejecute la suya. Por consiguiente se trata de un medio de presión que ejerce un contratante contra el otro para obligarlo a la ejecución. Este medio de presión se manifiesta con una suspensión de los efectos del contrato...” Teoría General del contrato. Bogotá, Edit. Temis, 1993. Vol. II p. 138.

“En sentencia del 31 de enero de 1991, expediente 4739, la Sala hizo las siguientes apreciaciones sobre la exceptio non adimpleti contractus como un medio de defensa en la contratación administrativa ³⁹ :

“No obstante la perspectiva jurídica anterior, la Sala se inclina por la tesis de quienes predicán que la exceptio non adimpleti contractus sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio de interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina?. A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fe, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o no.”

“De tal manera que en el ordenamiento jurídico colombiano con miras a conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, se admite la exceptio non adimpleti contractus en los contratos administrativos, pero no con el alcance general y absoluto que tiene en la contratación entre particulares, sino limitada exclusivamente a aquellos casos en que el incumplimiento imputable a la administración coloque al contratista en una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES.

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

³⁹ En igual sentido se pronunció en las sentencias de 15 de septiembre de 1983, expediente 3244; 25 de junio de 1987, exp. 4994. Posteriormente guardó la misma posición, ver sentencias del 15 de mayo de 1992, exp. 5950 y 17 de enero de 1996, exp. 8356.

*recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual*⁴⁰ (subraya y destaca la Sala).

Es oportuno precisar que, si bien de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria a favor del contratante cumplido, para invocar en caso de incumplimiento del otro la resolución o la satisfacción de lo convenido con indemnización de perjuicios, en materia de contratos estatales no resulta posible demandar de la entidad pública dicha satisfacción, puesto que el artículo 87 del C.C.A.⁴¹ no prevé sino la declaratoria de incumplimiento, con la consecuente indemnización de perjuicios.

Siendo así y comoquiera que la actora no logró demostrar en el plenario grave e injustificado incumplimiento de la administración, en tanto que ésta demostró de manera contundente el suyo, conforme al artículo 1546 del Código Civil, huelga concluir que la sociedad no puede hacer uso de la excepción contractual que invoca.

Efectivamente, si bien la entidad demoró el pago de algunas cuentas reconoció su proceder mediante el debido reajuste de las mismas, mientras que la sociedad Aljor S.A. incumplió sus obligaciones laborales y retardó la entrega de las obras por indebido suministro de los elementos requeridos para adelantarlas, hasta poner en peligro la ejecución del objeto contractual y dar lugar a la caducidad del contrato.

En este sentido, se comparte el concepto del Ministerio Público cuando sostiene que el contratista no puede invocar a su favor la excepción de contrato no cumplido para justificar su indebido proceder, so pretexto de que la entidad pública no cumplió con lo suyo, porque no resulta posible endilgar a la administración incumplimiento de aquellos que generan en el contratista *“una razonable imposibilidad de cumplir”*.

Cabe precisar, finalmente, que las demoras en la entrega de planos y especificaciones técnicas del proyecto para construir el laboratorio, alegadas por la actora, no fueron demostradas, en su lugar reposan comunicaciones cruzadas

⁴⁰ Sentencia de septiembre 14 de 2000, Exp. 13530.

⁴¹ *“Cualquiera de las partes de un contrato 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 condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas (..)”*.

entre el contratista y el interventor del contrato que dan cuenta de su advertencia sobre la demora en presentar el plan de obra. Asunto que, por demás, los testimonios rendidos en el plenario, corroboran.⁴²

Establecido que la sociedad contratista no puede alegar en su favor la excepción que invoca, habida cuenta que las demoras en la cancelación de las cuentas a su favor fueron reconocidas mediante el pago de los reajustes correspondientes, por este aspecto, la sentencia recurrida deberá confirmarse y así se procederá.

2.5. Objeción al dictamen por error grave

La Sala comparte la declaración de error grave, adoptada por el *a quo*, para resolver la objeción formulada en contra del dictamen pericial practicado en el proceso, toda vez que los peritos, en lugar de limitarse a contestar el cuestionario explicando las razones técnicas de sus respuestas, se extendieron en conceptos jurídicos y económicos sin soporte alguno, restándole objetividad a sus apreciaciones.

Razones que llevaron al Tribunal a disponer un nuevo experticio, con igual resultado, en cuanto los peritos incurrieron en iguales desatinos.

En consecuencia, la Sala comparte el análisis realizado en la sentencia impugnada, sobre desproporción y exorbitancia de las supuestas utilidades calculadas en las experticias, razón suficiente para confirmar la decisión en cuanto el experticio se aparta de la realidad contractual.

Conviene anotar que la liquidación del contrato es una actuación administrativa posterior a su terminación normal o anormal, cuyo objeto es el de definir las prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, para así finiquitar la relación negocial. Atendiendo a la naturaleza y finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio reiterado de esta Sala que, cuando la administración y el contratista concurren a la liquidación sin salvedades ni observaciones, la situación queda definida, a menos que se invoque algún vicio

⁴² Testimonio de Carlos Humberto Ramírez Salguero, folios 30 y 31 cuaderno 3.

del consentimiento (error, fuerza, o dolo)⁴³, no alegados ni acreditados en el proceso.

En tales condiciones, la objeción por error grave debía prosperar como efectivamente ocurrió y la decisión habrá de mantenerse.

2.6. Notificación de la Resolución No. 1427 de 25 de abril de 1989

En lo que tiene que ver con la notificación de la Resolución 1427 de 25 de abril de 1989, el artículo 64 del Decreto 222 de 1983 prevé la notificación de la declaratoria de caducidad, cuando no resulte posible surtirla personalmente, mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación nacional con inserción de su parte resolutive.

Figura en el expediente que mediante comunicación escrita el Instituto Colombiano Agropecuario ICA puso a la sociedad Aljor S.A. al tanto de la expedición de la Resolución 1425 del 25 de abril de 1989 y se conoce que procedió a publicar el aviso, a que alude la norma antes transcrita, en el diario El Espectador, en la edición del 12 de mayo de 1989.

De manera que las afirmaciones de la parte actora, sobre el proceder indebido de la entidad demandada no son de recibo, porque, sin perjuicio de lo expedita y garante de los derechos de defensa y contradicción de la notificación personal, lo cierto es que ésta no se adelantó porque el representante legal de la Sociedad Aljor S.A. no concurrió al llamado. Mal puede, en consecuencia, dolerse de la publicación, más aún cuando la notificación así realizada cumplió con su objetivo, cual era dar a conocer la decisión al interesado directo y ser oponible a terceros.

Por este aspecto, entonces, la sentencia de instancia en cuanto niega la nulidad impetrada, también será confirmada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-Sección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁴³ Sentencia de 20 de septiembre de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 16370.

FALLA:

CONFÍRMASE en todas sus partes, la sentencia de 6 mayo de 1999, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para negar las pretensiones invocadas por la sociedad Aljor S.A. contra el Instituto Colombiano Agropecuario ICA, en el ámbito del contrato CD-1-01-87.

En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Presidenta

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Consejera

DANILO A. ROJAS BETANCOURTH

Consejero