



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

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Proceso número: 76001233100020020225902 (39.689)
Actor: Dikonn Ltda.
Demandada: Empresa de Telecomunicaciones de
Buenaventura S.A.
Asunto: Contractual

Temas: Término de caducidad cuando se demandan los actos administrativos de caducidad del contrato de forma independiente de la liquidación.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Seguros del Estado S.A., en su calidad de litisconsorte de la parte activa, en los términos del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil¹, en contra de la sentencia del 2 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 489 a 513, c. ppal 2ª instancia).

SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Dikonn Ltda. solicita que se declaren nulas las resoluciones n.ºs 566 del 10 de diciembre de 2001 y 281 del 1 de febrero de 2002, por medio de las cuales la Empresa de Telecomunicaciones de Buenaventura S.A. declaró la caducidad del contrato de suministro n.º 106-99 del 11 de mayo de 1999, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y declaró la ocurrencia del siniestro amparado por medio de la póliza n.º 9945110 de

¹ Así reconocida por el *a quo* a través del auto del 6 de agosto de 2004 (fls. 194 y 195, c. ppal).

Seguros del Estado S.A. Como consecuencia pide que se le reconozcan los perjuicios causados.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 14 de mayo de 2002 (fl. 39 rev, c. ppal), la sociedad Dikonn Ltda., en ejercicio de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Buenaventura S.A. E.S.P., en adelante TELBUENAVENTURA (fls. 30 a 39, c. ppal), con fundamentos en los siguientes:

1.1. Hechos

La situación fáctica planteada en la demanda se resume así (fls. 31 a 33, c. ppal):

1.1.1. El 11 de mayo de 1999, TELBUENAVENTURA y la sociedad Dikonn Ltda. suscribieron el contrato n.º 016-099 para el suministro, instalación y puesta en funcionamiento de un sistema inalámbrico de telecomunicaciones, con el fin de instalar 80 líneas telefónicas en varios corregimientos del Valle del Cauca.

1.1.2. Para el cumplimiento de las obligaciones, la sociedad contratista Dikonn Ltda. constituyó la póliza n.º 9945110 expedida por Seguros del Estado S.A.

1.1.3. El contrato fue objeto de varias suspensiones y prórrogas debido a los problemas de orden público de la zona, al igual que problemas de orden técnico.

1.1.4. Con el conocimiento y aceptación expresa de TELBUENAVENTURA, el contratista encargó a Telemobile INC. el suministro de algunos de los componentes electrónicos necesarios para la instalación de los equipos requeridos. Todo el tiempo la demandada estuvo al tanto de la participación de la citada sociedad, así como de sus dificultades técnicas y financieras afrontadas por ese tercero, las cuales no son imputables al contratista.

1.1.5. Sin embargo, el 10 de diciembre de 2001, a través de la resolución n.º 566, la demandada declaró la caducidad del contrato de suministro n.º 106-99, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y declaró la ocurrencia del siniestro amparado por medio de la póliza n.º 9945110 de Seguros del Estado S.A. La anterior decisión fue confirmada por medio de la resolución n.º 281 del 1 de febrero de 2002.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora formuló las siguientes pretensiones (fls. 30 y 31, c. ppal):

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución n.º 556 (sic) de diciembre 10 de 2001, expedida por la Empresa de Telecomunicaciones de Buenaventura S.A. E.S.P. TELBUENAVENTURA S.A. E.S.P., por la cual se declara la caducidad administrativa del contrato de suministro número 016-99 suscrito entre TELBUENAVENTURA S.A. E.S.P. y Dikonn Ltda.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la resolución n.º 281 de febrero 1 de 2002, expedida por la Empresa de Telecomunicaciones de Buenaventura S.A. E.S.P. TELBUENAVENTURA S.A. E.S.P., por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Seguros del Estado S.A. contra la resolución n.º 556 de diciembre 10 de 2001.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad de los actos demandados y las demás declaraciones, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar DIKONN LTDA., en virtud de los ordenado en las resoluciones n.ºs 566 (sic) de diciembre 10 de 2001 y 281 de febrero 1 de 2002, proferidas por TELBUENAVENTURA S.A. E.S.P.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos reseñados en antecedencia y las demás declaraciones, se condene a la Empresa de Telecomunicaciones de Buenaventura S.A. E.S.P., TELBUENAVENTURA S.A. E.S.P., a pagar a DIKONN LTDA. el valor de los perjuicios sufridos por esta, equivalentes a los gastos y valores pagados para iniciar y llevar hasta su terminación la acción contenciosa que mediante este libelo se incoa, los pagos por la atención del proceso de ejecución que se origine a raíz de la ejecutoria de las resoluciones expedidas por TELBUENAVENTURA S.A. E.S.P. con ocasión del contrato n.º 016-99; cauciones; la afectación del balance; los valores que en el curso del proceso pague o haya pagado la compañía por la ejecución de las resoluciones que aquí se demanda; los gastos de transporte, peritos, etc., y las demás que por peritazgo se logren demostrar.

QUINTA: Que como consecuencia de la condena anterior, se disponga que TELBUENAVENTURA S.A. E.S.P. debe pagar a favor de DIKONN LTDA., el valor de los perjuicios ACTUALIZADOS conforme lo dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor que certifique el DANE desde el mes de febrero de 2002 (índice inicial) y el mes anterior a la ejecutoria del fallo que ponga fin a la controversia (índice final).

SEXTA: Que se condene a TELBUENAVENTURA S.A. E.S.P. a pagar ACTUALIZADOS a DIKONN LTDA., los intereses legales del valor histórico de las condenas, desde el mes de febrero de 2002, o desde la fecha en que quedaron en firme los actos administrativos demandados, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y hasta que el pago que se verifique, intereses moratorios a la tasa máxima legal, certificados por la Superintendencia Bancaria.

SÉPTIMA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.3. Concepto de la violación

Como cargos para la nulidad de los actos administrativos demandados, la parte actora adujo (fls. 33 a 37, c. ppal):

Violación de la ley y falsa motivación. Lo anterior por cuanto el incumplimiento del contrato se debió a terceros que fueron aceptados y conocidos por la demandada. En todo caso, se trataron de cuestiones ajenas al contratista. Además, las dificultades de orden público de la zona, así como problemas técnicos y las autorizaciones gubernamentales afectaron la ejecución del contrato y no permitieron su cumplimiento. Todas esas situaciones fueron conocidas y aceptadas por la demandada,

hasta el punto que autorizó la intervención de un tercero, que fue el que recibió diferentes pagos del contrato. Fue esa conducta la generadora del incumplimiento, la cual resultaba ajena y fuera del control del contratista, situación plenamente conocida por la demandada.

Por lo anterior, estimó probada la falsa motivación consistente en el error de hecho en los motivos invocados, en tanto el incumplimiento es atribuible a un tercero y no al contratista, lo que a su vez lleva a una violación de la ley contractual al declarar la responsabilidad de un extremo contractual que no tuvo culpa.

Además, señaló que la caducidad se declaró mucho tiempo después de expirada la última prórroga del contrato en estudio.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

TELBUENAVENTURA (fls. 159 a 163, c. ppal) afirmó que al contratista se le brindaron todas las posibilidades para cumplir el contrato, tales como prórrogas debido a los trámites de asignación de frecuencias por parte del Ministerio de Comunicaciones, a las cuales el mismo contratista sometió el cronograma de ejecución. Igualmente, los problemas técnicos de los equipos suministrados por su proveedor obligaron al contratista a cambiar las bandas de frecuencia y emprender nuevamente la asignación de esas bandas por parte del referido Ministerio. Situaciones ante las cuales la demandada siempre estuvo atenta a prorrogar y modificar el contrato, con el ánimo de garantizar su plena ejecución.

Precisó que todos los pagos, en total dos, se efectuaron al contratista, con independencia de los subcontratos que este suscribiera. Además, el contratista desde su propuesta advirtió que representaba los productos y servicios de la compañía *Telemobile/Wile Less Communications Solutions*, la cual representaba en Colombia desde 1994. En ese orden, puntualizó que el contratista podía escoger libremente su proveedor, sin que su intervención como subcontratista signifique el cambio de contratista.

Aclaró que conoció de las dificultades del subcontratista por vía del contratista y en desarrollo de sus obligaciones propias de dar a conocer la suerte de la ejecución y de las explicaciones para la adopción de las medidas contractuales respectivas, pero de ningún modo pueden considerarse como aceptación de esas circunstancias, mucho menos para la exoneración de su incumplimiento.

Precisó que la liquidación del contrato se efectuó unilateralmente, después de fracasado el acuerdo sobre el particular, a través de la resolución n.º 545 del 21 marzo de 2002 y su notificación se surtió por medio de fax y correo sin que el contratista compareciera, razón por la cual se notificó mediante edicto emplazatorio.

3. COADYUVANCIA COMO LITISCONSORTE

3.1. El 14 de abril de 2004, Seguros del Estado S.A. presentó coadyuvancia a la demanda de la sociedad Dikonn Ltda., en atención a su calidad de aseguradora del contrato de suministro n.º 016-99 del 11 de mayo de 1999 y afectada con su declaratoria de caducidad, para lo cual formuló las siguientes pretensiones (fls. 186 y 187, c. ppal):

PRIMERA: Que se declare la nulidad de las resoluciones expedidas por la Empresa de Telecomunicaciones de Buenventura S.A. E.S.P. TELBUENAVENTURA S.A. E.S.P., n.ºs 556 (sic) de diciembre 10 de 2001, por medio de la cual se declara la caducidad administrativa del contrato n.º 016-99 suscrito con Dikonn Ltda., y la n.º 281 de febrero 1 de 2002, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Seguros del Estado S.A. contra la resolución n.º 556 de 2001.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados y las demás declaraciones de la demanda, se ordene restituir, actualizados los dineros que haya pagado o llegare a pagar Seguros del Estado S.A., en virtud de las resoluciones 556 (sic) de 1999 y 281 de 2002, proferidas por TELEBUENAVENTURA S.A.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos anteriormente referidos, se condene a TELEBUENAVENTURA a pagar a Seguros del Estado S.A. el valor de los perjuicios sufridos por esta, equivalente a los gastos y valores pagados para atender la acción contenciosa promovida por Dikonn

Ltda., los pagos por el proceso de ejecución que se pueda originar a raíz de la ejecutoria de las resoluciones de TELEBUENAVENTURA; cauciones; afectación del balance; reservas de siniestros y provisiones efectuadas por la compañía de seguros; gastos de transporte, judiciales, etc., y las demás que por peritazgo se logren demostrar.

CUARTA: Que como consecuencia de la condena anterior, se disponga que TELBUENAVENTURA S.A. debe pagar a favor de Seguros del Estado S.A., el valor de los perjuicios actualizados, como lo dispone el artículo 178 del C.C.A., y los intereses del valor histórico de la condena, desde el mes de marzo de 2002, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

QUINTA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Respecto de los hechos y el concepto de la violación coadyuvó los presentados por Dikonn Ltda.

3.2. Mediante auto del 6 de agosto de 2004, el a quo aceptó la coadyuvancia de Seguros del Estado a título de litisconsorte, *“toda vez que se advierte que existe una relación sustancial entre la parte interviniente y la demandante, situación que puede afectar jurídicamente a dichas partes cuando se decida el mérito del negocio”*, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil² (fl. 194, c. ppal).

² Vale recordar que esa norma prescribía (texto que corresponde al modificado por el artículo 1, numeral 19 del Decreto 2282 de 1989): **“INTERVENCIONES ADHESIVAS Y LITISCONSORCIAL. Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante, de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia. // El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio. // Podrán intervenir en un proceso como litis consortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. // La intervención adhesiva y litisconsorcial es procedente en los procesos de conocimiento, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia, desde la admisión de la demanda. La solicitud de intervención deberá contener los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya, y a ella se acompañarán las pruebas pertinentes. // Cuando en el acto de su intervención el litisconsorte solicite pruebas, el juez las decretará si fueren procedentes y las considera necesarias. // Si estuviere vencido el término para practicarlas o lo que restare de éste no fuere suficiente, otorgará uno adicional hasta de diez días. // Si el juez estima procedente la intervención, la aceptará de plano y considerará las peticiones que hubiere formulado el interviniente. // La intervención anterior a la notificación del demandado, se**

4. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, TELBUENAVENTURA reiteró sus argumentos de defensa e informó que Seguros del Estado S.A. pagó todas las sumas aseguradas con la póliza que expidió para amparar el contrato de suministro n.º 016-99, sin que Dikonn Ltda. hubiera hecho lo propio (fls. 450 a 454, c. ppal).

Seguros del Estado S.A. reiteró sus argumentos de coadyuvancia (fls. 455 a 458, c. ppal).

El Ministerio Público, después de un extenso y juicioso análisis de las pruebas obrantes, conceptuó que la parte actora no logró desvirtuar la legalidad de los actos administrativos acusados; por el contrario, la caducidad se adoptó con respeto del derecho de defensa del contratista, quien fue requerido en diversas oportunidades para el cumplimiento sin respuesta positiva de su parte y las que en sede judicial ofreció se limitaron a aceptar su incumplimiento, ante lo cual se limitó a imputarlo a su subcontratista, cuando las partes del contrato aquí enjuiciado eran la sociedad Dikonn y TELBUENAVENTURA, que debían responder por las obligaciones contraídas con independencia de los terceros que contratara el contratista (fls. 460 a 486, c. ppal).

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 2 de octubre de 2009 (fls. 489 a 513, c. ppal 2ª instancia), el *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, sostuvo³:

resolverá luego de efectuada ésta. El auto que acepte o niegue la intervención es apelable” (se destaca).

³ La parte demandada solicitó la adición de la sentencia para que se pronunciara sobre la condena en costas (fl. 514, c. ppal 2ª instancia). Mediante auto del 6 de agosto de 2010, el *a quo* consideró que la conducta de la parte vencida no era temeraria, razón por la cual no era necesario adicionar la sentencia dada la improcedibilidad de la condena en costas (fls. 521 y 522, c. ppal 2ª instancia).

FUNDAMENTO DEL FALLO (...)

12.2. TESIS DE LA SALA

Considera esta Sala, que no existiendo autorización de la entidad contratante para ceder el contrato parcialmente a un tercero y, además, no acreditándose prueba de la aceptación expresa o tácita de la participación del tercero, deviene imperativo denegar las pretensiones de la demanda. (...)

12.3. DEL MARCO TEÓRICO GENERAL (...)

Cuestión muy debatida en el ámbito de la doctrina y sobre todo de la jurisprudencia ha sido el tema relacionado con las competencias, es decir el límite temporal que tiene la administración para declarar caducado el contrato estatal, si ellas están condicionadas a la ejecución y vigencia del contrato, o si resultan procedentes luego de concluido el plazo contractual y terminado el contrato.

La sentencia del 20 de noviembre de 2008, de la Sección Tercera del Consejo de Estado que en esta providencia constituye un precedente válido y de obligatorio acatamiento, en aras del respeto por el principio de igualdad y la seguridad jurídica, recoge una objetiva y puntual evolución del tema arriba enunciado y expresa, en síntesis, que

i) Bajo la vigencia del decreto-ley 222 de 1983 y hasta inicios de la vigencia de la ley 80/93, el Consejo de Estado tenía claramente establecido que no se podía terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quedara viciada de nulidad. En cuanto a la caducidad se estableció que no se podía declarar una vez vencido la fase de ejecución contractual.

ii) Posteriormente mediante sentencia del 6 de junio de 1996, con fundamento en la diferencia entre vencimiento del plazo y relación negocial se dijo que la caducidad podía declararse por fuera del término del vencimiento del contrato (...).

iii) Mediante la sentencia arriba mencionada del 20 de diciembre de 2008, con ponencia de la Dra Ruth Stella Correa, se reexamina y replantea la cuestión, retomando la posición inicial, para concluir, que según la diferenciación de los conceptos de plazo de ejecución y plazo de liquidación del contrato, la finalidad, la naturaleza y noción legal de la caducidad antes expuestas, así como su armonización en el contexto de la etapa de liquidación del contrato, conforme a la naturaleza de esta última operación.

“En este contexto, al examinar nuevamente los límites temporales de este poder exorbitante, la Sala concluye que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo ejecución y mientras se encuentre este vigente, y no durante la etapa de liquidación (...).”

La resolución que en el caso concreto declaró la caducidad del contrato estatal ya identificado fue adoptada el 10 de diciembre de 2001, es decir, bajo la vigencia del precedente jurisprudencial que aceptaba la competencia para declararla después de vencido la fase de ejecución, pero sin que haya fenecido la de liquidación; sin embargo una lectura del cuadro fáctico descrito en la parte motiva permite afirmar que la misma se adoptó dentro del término de ejecución del contrato, dado que se encontraban pendientes de cumplimiento unas obligaciones a cargo del contratista. (...)

12.4. DEL ACTO ADMINISTRATIVO DECLARATIVO DE LA CADUCIDAD (...)

Observa la Sala que la entidad contratante le garantizó, en varias oportunidades, el debido proceso al contratista, habida cuenta que en las mismas ocasiones en que lo requirió sobre el incumplimiento del contrato, en las mismas la contratista pudo haber ejercitado su derecho de defensa y contradicción, pero que en ejercicio de estas facultades solamente se justificó argumentando el incumplimiento de un tercero sub-contratista TELEMOBILE en la provisión de los equipos electrónicos necesarios para el cumplimiento del contrato, pero que la entidad contratante no estaba en la obligación de aceptar, tal como se explicará a continuación. (...)

No es cierto, entonces, la afirmación que hace la demanda respecto a la aceptación expresa o tácita de la entidad contratante en lo relacionado con el encargo a un tercero, en este caso TELEMOBILE INC., para que, el incumplimiento y las dificultades de esta puedan servir de motivo o causa exonerativa de responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte de la empresa contratista. Ahora bien, si ello fuera cierto estaríamos frente a una cesión parcial del contrato que tampoco, en el caso sub-examine, se cumple con lo prescrito en el inciso tercero del artículo 41 de la Ley 80/93, de acuerdo con el cual: "los contratos estatales son intuitu personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante" (...), exigencia esta que, en términos de prueba, también brilla por su ausencia.

12.5. DE LOS PRESUPUESTOS SUSTANTIVOS PARA DECLARAR LA CADUCIDAD

Para la Sala, no existe duda alguna en cuanto a que el incumplimiento de las obligaciones del contratista afectó de manera grave y directa la ejecución del contrato, en razón a que no obstante los múltiples requerimientos realizados por la entidad contratante, tanto a la empresa contratista como a la aseguradora, aquella se limitó a justificarlo con el argumento de que un tercero –se insiste no autorizado ni expresa, ni tácitamente por la entidad contratante- no había suministrado los equipos técnicos para el cumplimiento del objeto contractual que, dada su naturaleza de constituir un servicio público esencial ameritaba su cumplimiento célere, en los términos contractuales y/o de las prorrogadas (sic) aceptadas por la entidad contratante. El objeto contractual estaba relacionado con el suministro e instalación y puesta en funcionamiento de un sistema inalámbrico

de telecomunicaciones, para la instalación de 80 líneas telefónicas en varios corregimientos del área rural de los municipios de Buenaventura y Dagua en el departamento del Valle del Cauca.

El acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, no fue sorpresivo, respetó el debido proceso, requirió en varias oportunidades al contratista para que se allane a cumplir sus obligaciones pactadas en la relación contractual y consideró, dada su facultad de analizar las razones de conveniencia y oportunidad que dicho incumplimiento afectaba de manera grave y directa la ejecución del contrato.

III. SEGUNDA INSTANCIA⁴

1. DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el 1 de diciembre de 2010, Seguros del Estado, en su calidad de litisconsorte cuasinecesario, interpone y sustenta el recurso de apelación (fls. 515 y 516, c. ppal 2ª instancia), así:

(i) Insiste en el argumento de que la responsabilidad del incumplimiento era de un tercero y no del contratista, situación que fue conocida y aceptada por la demandada.

(ii) Recalcó que la caducidad se declaró después de vencido el plazo de ejecución del contrato.

(iii) Además, de la nulidad de esos actos administrativos, afirma que “se deben restituir los dineros que hayan pagado Dikonn o Seguros del Estado S.A., en virtud de lo ordenado en esos actos, junto con las costas procesales respectivas”.

⁴ Precisa señalar que mediante auto del 24 de octubre de 2012, el Despacho del Magistrado Ponente ordenó a la Secretaría de esta Corporación poner en conocimiento del abogado Henderson Sepúlveda Medina el escrito por medio del cual el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom y Telesociadas en Liquidación-PAR, que asumió la representación de los asuntos de TELBUENAVENTURA debido a su liquidación, ratificó el poder conferido al referido profesional, con el fin de que manifestara su aceptación (fl. 568, c. ppal 2ª instancia). El 14 de noviembre siguiente, el mencionado abogado procedió de conformidad (fl. 569, c. ppal 2ª instancia).

2. LOS ALEGATOS

En esta oportunidad, la parte demandada ratificó los argumentos de sus intervenciones (fls. 536 y 537, c. ppal 2ª instancia).

El Ministerio Público conceptuó que se debía confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que estaban dados todos los supuestos para la declaratoria de caducidad, sin que sea posible que el contratista escudara su incumplimiento en un tercero, toda vez que la responsabilidad del contrato enjuiciado era de la primera en mención (fls. 539 a 546, c. ppal 2ª instancia).

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

1.1.1. En tanto uno de los extremos es una entidad pública, TELBUENAVENTURA⁵, es esta la jurisdicción a quien le corresponde asumir el conocimiento del presente asunto. Es preciso señalar que con independencia del régimen jurídico del contrato en estudio, cuando uno de sus extremos es una entidad pública le corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de esas controversias⁶.

⁵ En el artículo 1 del Decreto 1610 de 2003, por medio de la cual se suprimió a TELBUENAVENTURA y se ordenó su disolución y liquidación, se precisó su naturaleza jurídica como la de una empresa de servicios públicos oficial del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente. Visto en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1318947>. Consulta realizada el 18 de agosto de 2017.

⁶ En efecto, la Sección ha sostenido: “Por manera que si la jurisdicción administrativa conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable, o lo que es igual, sin que incida la norma sustantiva que se les aplique, es competente para conocer del asunto en tanto la Nación es una entidad pública”. En: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, exp. 19.526, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

1.1.2. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer de esta controversia, dado que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo le asignaba el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos⁷.

1.1.3. De otro lado, como la controversia se concreta en la discusión sobre la legalidad de un acto administrativo dictado en el marco de un contrato estatal, la acción procedente es la contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, como efectivamente se hizo.

1.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son autores y destinatarios de los actos jurídicos cuestionados.

Ahora, en lo que tiene que ver con Seguros del Estado S.A., precisa determinar la condición en que compareció al presente proceso. Para empezar vale advertir que es clara la competencia de la Sala para pronunciarse sobre ese extremo, en tanto se trata de un presupuesto procesal cuyo estudio es oficioso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo. Además, frente a la intervención de la aseguradora, la sentencia de primera instancia extendió la negativa de las pretensiones, toda vez que *“nada habrá que añadirse a esta providencia, dado que, no se planteó ni pretensiones, ni hechos (sic), ni argumentos diferentes a lo expuesto en la demanda principal por la empresa contratista”* (fl. 512, c. ppal 2ª instancia). Por su parte, en la apelación, la referida aseguradora solicitó que la restitución de *“los dineros que hayan pagado Dikonn Ltda o Seguros del Estado S.A., en virtud de lo ordenado en esos actos, junto con las costas procesales respectivas”* (fl. 516, c. ppal 2ª

⁷ Se tiene que dentro de la presente controversia contractual, que fue la acción promovida, la cuantía fue estimada en \$998.362.569 (fl. 38, c. ppal, acápite de cuantía), de lo cual se sigue que el presente asunto tiene vocación de doble instancia.

instancia). De conformidad con lo expuesto, es evidente que se trata de un punto de la apelación y, por consiguiente, de pronunciamiento por parte de esta instancia.

Entonces, la cuestión a resolver es qué clase de intervención se predica de quien asegura el contrato estatal cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro, o como sucede en este caso la caducidad a través de la cual se logró la misma finalidad. Para resolver ese interrogante, es necesario recordar que aun cuando Seguros del Estado S.A. en el escrito por medio del cual intervino refirió a una coadyuvancia (fls. 186 a 188, c. ppal) y así fue aceptada por el *a quo* mediante auto del 6 de agosto de 2004 (fls. 194 y 195, c. ppal), lo cierto es que legal y sustancialmente se trata de una intervención litisconsorcial y no adhesiva, como pasa a explicarse:

(i) En esa dirección, resulta oportuno recordar que las partes que participan en la composición de un litigio, como demandante y demandado, pueden estar conformadas por una sola persona en cada caso o, por el contrario, pueden converger a integrarlas una pluralidad de sujetos, evento en el cual se está en presencia de lo que la ley y la doctrina han denominado un litisconsorcio⁸. Este a su vez puede ser necesario, facultativo o cuasinecesario.

(ii) Existe litisconsorcio necesario cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de este puede perjudicar o beneficiarlos a todos⁹.

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20.810, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁹ Cfr. *Ibid.* Sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20.810.

228

(iii) Por su parte, habrá litisconsorte facultativo cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos¹⁰.

(iv) Ahora, el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 19 del artículo 1 del Decreto 2282 de 1989, aplicable al presente asunto por remisión del inciso 3 del artículo 146 del Código Contencioso Administrativo, también regulaba otra clase de intervenciones, así:

INTERVENCIONES ADHESIVAS Y LITISCONSORCIAL. Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante, de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia.

El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio.

Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.

La intervención adhesiva y litisconsorcial es procedente en los procesos de conocimiento, mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia, desde la admisión de la demanda. La solicitud de intervención deberá contener los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya, y a ella se acompañarán las pruebas pertinentes.

¹⁰ Cfr. *Ibíd.* Sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20.810.

Cuando en el acto de su intervención el litisconsorte solicite pruebas, el juez las decretará si fueren procedentes y las considera necesarias.

Si estuviere vencido el término para practicarlas o lo que restare de éste no fuere suficiente, otorgará uno adicional hasta de diez días.

Si el juez estima procedente la intervención, la aceptará de plano y considerará las peticiones que hubiere formulado el interviniente.

La intervención anterior a la notificación del demandado, se resolverá luego de efectuada ésta. El auto que acepte o niegue la intervención es apelable.

Efectivamente, el artículo en cita regula dos tipos de intervenciones procesales, la coadyuvancia o intervención adhesiva y la intervención litisconsorcial.

La primera, la coadyuvancia, supone una relación sustancial con una de las partes a la cual no le sean extensivos los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda verse afectada desfavorablemente si una de las partes es vencida. El coadyuvante sólo podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio. Lo importante aquí es que los efectos de la sentencia no se extiendan a la relación del tercero que coadyuva, razón por la cual la intervención se limita a una simple ayuda.

La otra, la intervención litisconsorcial, más conocida como litisconsorte cuasinecesario, supone, a diferencia de la coadyuvancia, la existencia de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, hasta el punto que el sujeto de esa relación estaría legitimado para demandar o ser demandado en el proceso. Cumplidos los requisitos para la intervención, el juez deberá aceptarla de plano y considerará las peticiones del litisconsorte.

(vi) En esta última forma de intervención ha enmarcado la jurisprudencia de la Sección la relación jurídica de las aseguradoras que garantizan el contrato estatal. En efecto, así se ha dijo¹¹:

Ahora bien, en relación con el litisconsorcio que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador de seguro, quien transfiere el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración, considera la Sala que no encuadra exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como litisconsorcio cuasinecesario.

Esta especie o modalidad de litisconsorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el litisconsorcio necesario y el facultativo. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos.

El inciso tercero del artículo 52 del C. de P. Civil, regula este tipo de litisconsorcio en los siguientes términos:

“Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.”

La Corte Suprema de Justicia, ha reconocido la existencia de esta intervención litisconsorcial, y con base en el mencionado texto ha dicho que:

“Por encima de las dudas que suscita la nominación, lo cierto es que la ley procesal colombiana, de manera expresa sólo identifica dos tipos de litisconsorcios: el facultativo en el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil y el necesario en el 51, ambos referidos a la integración plural de las partes. Empero, el artículo 52 inciso 3º ibídem, según se vio, regula un tipo de intervención de tercero que no se acomoda estrictamente al litisconsorcio necesario, pero tampoco al facultativo, porque aun sin su presencia la sentencia produce ‘efectos jurídicos’ o lo vincula en cuanto afecta la determinada relación sustancial de que era titular, razón por la que estaba legitimado ‘para demandar o ser demandado en el proceso’. En otras palabras, el citado inciso consagra la llamada por el mismo

¹¹ Cfr. *Ibíd.* Sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20.810.

artículo 52 'intervención' 'litisconsorcial' que bien pudiera señalarse como 'cualificada', para diferenciarla en todo caso de la intervención 'simple' c 'adhesiva' o de mera coadyuvancia. Esta intervención litisconsorcial, según lo indica el mencionado texto, se presenta cuando el interviniente sostiene con una de las partes una determinada relación sustancial que habrá de ser afectada por la sentencia. en cuanto sobre ella se irradian los efectos de cosa juzgada, radicando en esto el núcleo esencial del interés del tercero, al cual la ley le da la mayor relevancia, al instituir al tercero que así interviene como parte autónoma, otorgándole la condición de litisconsorte y reconociéndole todas las garantías y facultades de parte."-Subraya la Sala-¹²

Es, por consiguiente, una figura procesal distinta al litisconsorcio necesario, que implica la legitimación simultánea para varios sujetos, pero sin que la propia ley, ni la naturaleza de la relación sustancial, establezca como requisito sine qua non para su procedencia, la integración del contradictorio con todos ellos.

Además, esta modalidad se identifica con el litis consorcio necesario en que en una y en otra la sentencia vincula al tercero y lo afecta, pero se diferencian en que en el litisconsorcio cuasinecesario no se requiere que todos los sujetos comparezcan al proceso para proferirla; y se parece al litisconsorcio facultativo en que el sujeto voluntariamente puede concurrir o no al proceso, pero difiere del mismo por cuanto si no comparece al proceso la sentencia es uniforme y lo vincula. Con todo, el interviniente cuasinecesario puede presentarse al proceso en el estado en que se encuentre, siempre que no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia, y procede su actuación con todas las prerrogativas de parte, tal y como lo indica el artículo 52 del C. del P. Civil.

En suma, la intervención de Seguros del Estado S.A. es a título de litisconsorte cuasinecesario y así será considerado, que no como coadyuvante; lo anterior se confirma si se tiene en cuenta que en su escrito de intervención formuló pretensiones para sí (fls. 186 y 187, c. ppal 2ª instancia), a diferencia de lo afirmado por el a quo en su sentencia.

1.3. La caducidad

Para el cómputo del término de caducidad, es preciso tener en cuenta que la parte actora, así como Seguros del Estado S.A., como litisconsorte

¹² Cita original: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de octubre de 2000, exp. 5387, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

cuasinecesario, dirigieron sus pretensiones exclusivamente a la nulidad de las resoluciones que declararon la caducidad del contrato en estudio.

Ahora, no puede perderse de vista que mediante resolución n.º 545 del 21 de marzo de 2002, el contrato fue liquidado unilateralmente (fls. 114 a 116, c. ppal)¹³. Esa resolución fue notificada por edicto a la sociedad actora el 24 de julio de 2002 (fl. 118, c. ppal), es decir, antes de que se presentara la demanda, el 31 de mayo de 2002 (fl. 39 rev., c. ppal). Frente a la aseguradora no se surtió la notificación, en tanto la liquidación solo le impuso cargas al contratista (fl. 116, c. ppal). En todo caso, para el momento en que Seguros del Estado S.A. presentó su intervención litisconsorcial, el 14 de abril de 2004 (fls. 186 a 188, c. ppal), TELBUENAVENTURA ya había contestado la demanda y advirtió de la existencia de la liquidación unilateral, además de aportar copia de la resolución contentiva de la misma. Esto último se produjo el 21 de marzo de 2003 (fls. 159 a 163, c. ppal).

Visto lo anterior, precisa recordar que como las pretensiones se dirigen a la nulidad de las resoluciones que caducaron el contrato no es un presupuesto para demandar tales actos administrativos que también se solicite la nulidad de la resolución de liquidación unilateral¹⁴, sin perjuicio

¹³ Sobre el trámite liquidatorio vale pena advertir que de acuerdo con el otrosí n.º 3 del 20 de marzo de 2001 el plazo del contrato se amplió hasta el 15 de agosto siguiente (fls. 337 y 338, c. ppal). Desde el día siguiente las partes contaban con cuatro meses para liquidar bilateralmente el contrato y dos meses para proceder unilateralmente, de acuerdo con lo acordado con la cláusula décima cuarta (fl. 332, c. ppal); por su parte, la liquidación unilateral se produjo el 21 de marzo de 2002.

¹⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2013, exp. 26.707, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Sobre el particular se precisó: "(iii) En todo caso y sin perjuicio que no pueden pasarse por alto, los actos que preceden a la liquidación no se confunden con ésta de modo que su mención en el acto de liquidación unilateral no tiene efecto distinto a realizar el cruce de cuentas. De modo que las controversias en contra del ejercicio liquidatorio, amén de otras decisiones contractuales, bien pueden entablarse conjunta o separadamente, pero siempre habrán de individualizarse los actos administrativos objeto de la impugnación judicial. // Vale precisar que la posibilidad de demandar separadamente tiene como limitante que, una vez presentada la demanda en contra de los actos distintos a aquellos contentivos de la liquidación final, no se puede volver sobre los primeros, así se cuestione judicialmente esta última, porque de ser así se vaciaría el objeto de la litis previamente entablada. Ese entendimiento permite a su vez superar las excepciones de pleito pendiente o cosa juzgada, toda vez que se tratan de causas complementarias, que no iguales, al punto que en su conjunto permitirán dilucidar el balance final del contrato". Reiterada por la

de los efectos de la figura jurídica del decaimiento en caso de anulación de las decisiones de caducidad del contrato. De suerte que lo anterior descarta una ineptitud sustantiva de la demanda, razón por la cual se impone definir si la misma fue presentada dentro del término legal.

Para el efecto, precisa recordar el contenido del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma introducida por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, vigente para cuando se expidieron los actos administrativos demandados, así:

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

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

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

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

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

vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento.

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

Como se observa, el artículo en cita contiene una regla general para el cómputo de la caducidad, a saber: la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho; a renglón seguido, prescribe unas reglas dependiendo de si el contrato se liquida o no, así:

(i) En los literales a) y b) se reitera la regla general para los contratos de ejecución instancia y aquellos que no se liquidan. Vale hacer una precisión en este punto, toda vez que podría pensarse que los dos literales en mención regulan la misma cuestión, pero bien puede ocurrir que existan contratos de ejecución sucesiva que no requieran de liquidación, como ocurre actualmente con los contratos de prestación de servicios profesionales con la reforma introducida por el artículo 217 de la Decreto Ley 19 de 2012, evento que encuadra en el literal b).

(ii) En los literales c) y d) se regulan los supuestos de los contratos que se liquidan.

El primer literal prescribe que si la liquidación se produce de mutuo acuerdo la caducidad se computará desde la suscripción del acta respectiva¹⁵. En segundo literal se establecen dos supuestos: (i) la liquidación unilateral y (ii) cuando no se efectúa dicho trámite. En el primer caso, la caducidad se computa desde la ejecutoria del acto administrativo que liquide unilateralmente y en el segundo supuesto establece el inicio del término de caducidad de la acción después de vencidos los términos para

¹⁵ Aquí simplemente se hace una lectura del primer numeral, aunque es preciso mencionar que la Subsección, en un caso diferente al aquí en estudio, ha dicho que debe computarse al término de caducidad de este numeral el que hubiere transcurrido desde que se vencían los seis meses para liquidar el contrato. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 5 de diciembre de 2016, exp. 37069, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

liquidar bilateral y unilateralmente, que por vía general corresponde a seis meses, salvo que para la liquidación bilateral se pacte uno diferente.

Los demás literales, regulan la nulidad absoluta y relativa, ambas con una caducidad que inicia desde el perfeccionamiento del contrato.

De lo expuesto se desprende que la norma parte de un supuesto general que indica que los fundamentos de hecho y de derecho determinan el cómputo de la caducidad. De ahí en adelante fija unas reglas especiales en consideración a la liquidación o no del contrato y de si las pretensiones son nulidad del contrato.

La cuestión aquí es en qué supuestos se aplica la referida regla general si bien podría pensarse que como todos los contratos estatales están o no sometidos al trámite de liquidación, el cómputo del término de caducidad siempre se circunscribiría a los supuestos regulados en literales a) al d); sin embargo, aceptar un entendimiento así sería anular la regla general referida y de paso desconocer el principio útil de interpretación de las normas jurídicas.

Vistas así las cosas, se tiene establecido que para demandar actos administrativos contractuales no es necesario demandar la liquidación del contrato, sino que es posible, como ocurre en el *sub lite*, solicitar la anulación de esos actos administrativos con independencia de la liquidación unilateral, pero en ese caso la caducidad se contará desde la ejecutoria del acto administrativo que da lugar a la demanda, en tanto sería un contrasentido que no se impusiera demandar la liquidación y al tiempo, para efectos de la caducidad, sí se considerara el fenómeno que no es objeto de cuestionamiento en la demanda.

Ahora, es preciso aclarar que la Sección ha considerado que cuando junto con los actos administrativos de caducidad se demandan los de liquidación

unilateral resulta procedente computar la caducidad desde cuando esta última se verifica. En efecto, sobre el particular se ha dicho¹⁶:

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

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

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

“La sustantividad propia del acto confirmatorio se da cuando se trata de un acto vinculado a otro anterior en el seno de un “iter procedimental”, como ocurre en el caso de los actos de ejecución y los denominados “actos encadenados”.

(...)

En el caso de los “actos encadenados” también se utiliza como criterio para aplicar o no la excepción de acto confirmatorio, la idea de que tenga o no “sustantividad impugnatoria propia”. La figura de los actos encadenados se presenta muy singularmente en los procedimientos de expropiación, contratación y selección de personal. “¹⁷

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

Una vez establecida la relación entre los actos administrativos que se vienen comentando –caducidad y liquidación unilateral-, se

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 31.755, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Cita original: Muñoz Machado Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV, La Actividad Administrativa, Editado por Iustel, Madrid - España, primera edición 2011, pg.45.

plantea ahora el problema jurídico consistente en determinar el momento en que se debe iniciar el cómputo de la caducidad de la acción en el caso de la impugnación conjunta de ambos actos, tal como sucede cuando se acude a demandarlos mediante la acción que corresponde, en este caso la acción contractual.

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

Para la Sala el asunto planteado se resuelve claramente en favor de la segunda hipótesis mencionada, de conformidad con lo dispuesto expresamente en la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹⁸, norma legal en cuya virtud se determina la oportunidad para el ejercicio de la acción, sin distinguir entre sus posibles pretensiones, tanto las referidas al acto de caducidad del contrato como la de obtener la nulidad judicial de la liquidación unilateral que sucede como consecuencia del anterior, conclusión que se robustece con la identificación de las siguientes relaciones que existen entre los mencionados actos administrativos:

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

Desde el punto de vista del contenido material, en el acto de liquidación del contrato se establece el estado financiero del mismo al momento de su terminación, el cual determina las sumas a favor o a cargo de cada una de las partes. Tratándose del acto administrativo de liquidación unilateral que se presenta como consecuencia de la caducidad, normalmente el estado financiero final arroja una cuenta por cobrar a cargo del contratista por virtud del incumplimiento contractual que se declara en la decisión de caducidad, toda vez que implica la devolución del anticipo no invertido y por lo tanto no amortizado con la obra incumplida, la exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria que se hubiere pactado,

¹⁸ Cita original: En el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se reguló, en similar forma, la oportunidad para presentar la demanda, en tratándose de la acción contractual respecto de los contratos sujetos a liquidación, de acuerdo con el numeral 2), letra j), subliteral v) del artículo 164, contenido en la ley 1437 de 2011, vigente para las demandas y procesos que se instauren con posterioridad al 2 de julio de 2012.

así como la exigibilidad de la garantía de cumplimiento, además de que la caducidad conlleva la exclusión o rechazo de cualquier indemnización, esto último de acuerdo con los dictados del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

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

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

Teniendo en cuenta las anotaciones anteriores, las cuales permiten confirmar la relación existente entre de los comentados actos encadenados, se encuentra la justificación plena de la pertinencia de demandar ambos actos a través de una sólo (sic) y misma acción judicial, caso en el cual, por razón de la misma cadena o secuencia obligada entre los actos se debe tener como único término de caducidad de la acción contractual el que estableció la Ley 446 de 1998 para los contratos sujetos a liquidación, contemplado para la época en que se presentó la demanda en el numeral 10, letra d) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹⁹, el cual se establece precisamente a partir de la firmeza del acto de liquidación del contrato y no desde la fecha del acto que decretó la caducidad contractual o confirmó la misma.

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

“Es válido sostener, como lo hace el Municipio de Gama, que el término de caducidad de la acción no puede empezar a contarse desde el momento en que la entidad resolvió la solicitud de revocatoria directa que presentó el contratista, pues si bien es cierto que cuando no se interponen recursos contra una decisión cabe formular esta solicitud, en cualquier tiempo -art. 70 CCA.-, también lo

¹⁹ Cita original: Sustituido por el Artículo 164, numeral 2, letra j) subliteral v) de la Ley 1437 de 2011, aplicable a los procesos iniciados a partir de 2 de julio de 2012.

es que el artículo 72 del CCA. previene que “Ni la petición de revocatoria de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contenciosas...”.

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

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

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

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

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

En caso de que no se logre la liquidación bilateral, la administración deberá hacerlo unilateralmente, dentro de los 2 meses siguientes, término a partir del cual se debe empezar a contar el plazo de 2 años para la caducidad de la acción contractual.²⁰ (Se ha destacado la negrilla) (se destaca y resalta).

Lo anterior refuerza el entendimiento aquí expuesto, toda vez que es claro que cuando las pretensiones involucran las decisiones de la liquidación los

²⁰ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, noviembre 30 de 2006, radicación número: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832), actor: Asesoramos SCA., demandado: Municipio de Gama, referencia: acción contractual.

supuestos de hecho y derecho también involucran a ese trámite, razón por la cual resulta admisible la postura citada en la que se afirma que el trámite liquidatorio impactará el estudio de la caducidad; sin embargo, no ocurre lo mismo, cuando, como sucede en el *sub lite*, se demandan exclusivamente las decisiones de caducidad, en tanto será esta última la causa de la demanda y, por consiguiente, la regla general aplicable para el cómputo de la caducidad adquiere plena operancia.

En ese orden, es claro que los interesados en demandar actos administrativos contractuales, como el que aquí se cuestiona, tienen dos posibilidades: demandarlo por separado o en forma conjunta con la liquidación. Si deciden lo primero deben tener en cuenta que para el término de caducidad no se considerará el trámite de liquidación, en tanto de forma voluntaria prescindieron de cuestionar este último por lo que mal haría en considerarse un aspecto que no es objeto de cuestionamiento para los solos efectos de la caducidad. En el segundo evento, la caducidad deberá considerarse el fenómeno liquidatorio, toda vez que es objeto de cuestionamiento. Lo anterior deja en evidencia que no se trata de privilegiar una interpretación desfavorable de la norma en cuestión, sino de darles plenos efectos a los supuestos del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, con la reforma introducida por la Ley 446 de 1998, en tanto si los interesados deciden voluntariamente ejercitar su acción en cualquiera de los dos escenarios descritos las consecuencias como las que se derivan de la caducidad deberán considerarse para presentar una demanda en tiempo.

Vale tener en cuenta que no sucede lo mismo en tratándose de supuestos de incumplimientos, donde la Sección se ha decantado por diferir el fenómeno de la caducidad para el momento de la liquidación²¹. Lo anterior, en tanto los hechos del incumplimiento no alcanzan un estado definitivo

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 1995, exp. 10.634. En el mismo sentido: sentencias del 15 de octubre de 1999, exp. 10.929, M.P. Ricardo Hoyos Duque; del 13 de julio de 2000, exp. 12.513, M.P. María Elena Giraldo Gómez y del 29 de enero de 2004, exp. 10.779 Alier Hernández Enríquez.

hasta cuando el juez se pronuncia sobre ellos y además siempre frente a ellos se admite la posibilidad de transigibilidad. Ese entendimiento favorece el buen ambiente en las relaciones contractuales y privilegia el mandato constitucional de arreglo directo de las diferencias entre las partes; sin embargo, los actos administrativos son decisiones que alcanzan nivel de ejecutividad y ejecutoriedad en sede gubernativa, además de encerrar facultades que son irrenunciables para la entidad contratante y sobre las cuales no se podrá transigir, sin perjuicio de lo que legalmente se permite frente a la conciliación de los efectos económicos de los actos administrativos, es decir, cuando las autoridades ya han materializado dichas facultades.

En ese orden, la resolución n.º 281 del 1 de febrero de 2002, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por Seguros del Estado S.A. en contra de la resolución n.º 566 del 10 de diciembre de 2001, que declaró la caducidad del contrato de suministro n.º 106-99 de 1999, no fue notificada a la sociedad actora, pero como la demanda se presentó el 11 de mayo de 2002, con solo tomar la fecha de la primera resolución mencionada y cruzarla con la última fecha, es claro que entre ambas no hay más de dos años para que se configura el fenómeno de caducidad.

Sin embargo, algo distinto ocurre con Seguros del Estado S.A., atendiendo a su condición de litisconsorte cuasinecesario y a la formulación de nuevas pretensiones para sí, toda vez que sólo cuando presentó su escrito de intervención es posible verificar si la misma fue oportuna. En ese orden, vale señalar que recientemente la Sección unificó su criterio alrededor de si la incorporación de nuevos demandantes o pretensiones, incluso en tratándose de litisconsortes facultativos, obligaba a computar la caducidad de forma separada de la demanda principal. En esa oportunidad, se definió que ese hipotético debía verse como una nueva demanda y, en

consecuencia, daba lugar a un cómputo independiente de la caducidad de la acción. En efecto, la Sala así lo explicó²²:

13.33. Como corolario de lo señalado, la jurisprudencia de esta Sección se unifica en el sentido de que toda pretensión debe efectuarse dentro del término en que se puede ejercer el derecho de acceder a la administración de justicia, período que sólo puede ser suspendido pero no interrumpido, de tal forma que su contabilización continua hasta su culminación sin que sea relevante que con anterioridad a su vencimiento se presente en forma oportuna peticiones en ejercicio del derecho de acción señalado, por lo que se impone que se verifique la caducidad de toda nueva pretensión sin perjuicio de que ésta se formule al comenzar un proceso, o durante su trámite vía reformulación del libelo introductorio.

13.34. Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista que lo expuesto puede llegar a ser excepcionado en los litigios que para ser resueltos deban contar con la comparecencia e intervención de todos los sujetos que hicieron parte de las relaciones o actos jurídicos objeto del proceso, esto es, en los que por la naturaleza de dicho objeto o por el mandato de la ley requieran de la conformación de un litisconsorcio necesario de conformidad con lo dispuesto por el artículo 83²³ del C.P.C., habida cuenta de que sin la participación de dichas personas no sería factible que se profiriera sentencia de mérito en tanto el objeto sobre el que versa el litigio respectivo es único e inescindible²⁴.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 25 de mayo de 2016, exp. 40.077, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

²³ Cita original: "Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.//En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.//Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.//Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso".

²⁴ Cita original: La anterior situación, a título de ejemplo, ocurre en los eventos contractuales en que se demanda la nulidad del acto administrativo de licitación, asunto en el que además de vincular a la entidad estatal que expidió tal determinación administrativa, se requiere que se haga lo mismo en relación con la persona a favor de la cual se hubiese dictaminado dicha decisión de la administración, en cuanto no sería posible proferir la decisión judicial de fondo que tuviera la potencialidad de anular dicho acto administrativo sin que a quien se eligió para ejecutar el negocio jurídico respectivo y

13.35. No obstante lo anterior, conviene destacar que la excepción a la contabilización del término para accionar sólo se configura en los eventos de litisconsorcio necesario en los que hubiesen dejado de participar quienes habrían tenido que concurrir al proceso, por lo que de encontrarse debidamente integradas las partes de la litis, no habría necesidad de entrar a conformarlas adecuadamente y en ese orden de ideas, no se podría aplicar la previsión legal citada que permite al operador judicial dejar de un lado el señalado interregno en el que se debe accionar y formular las pretensiones que sean del caso, con el objeto de que se pueda dictar la sentencia correspondiente.

13.36. Asimismo, se debe tener en cuenta que la misma tampoco opera en los procesos en los que tanto los integrantes de la parte demandante como de la parte demandada sean litisconsortes facultativos, por cuanto el juzgador no tiene el deber de vincularlos a la litis comoquiera que entre ellos existen relaciones jurídicas independientes que pueden ser resueltas en forma separada y por consiguiente, la presencia de todos no es indispensable para que se profiera la decisión pertinente, de modo que no hay razón alguna para omitir la configuración de la caducidad de la acción y el interregno en el que se tenían que elevar las solicitudes respectivas.

Así las cosas, la resolución n.º 281 del 1 de febrero de 2002 sí fue notificada a la referida aseguradora el 18 de marzo siguiente (fl. 346, c. ppal), al tiempo que la intervención se produjo el 14 de abril de 2004 (fl. 188, c. ppal), es decir, por fuera del bienio que establece la regla general establecida en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, habida consideración que la intervención de la aseguradora se hizo de forma extemporánea habrá que declararse la caducidad de su acción y, por consiguiente, la Sala se releva de la obligación de pronunciarse sobre el recurso interpuesto. En consecuencia, como ninguna otra parte apeló, la negativa de las pretensiones dispuesta por el *a quo* se mantendrá.

que por consiguiente, podría resultar afectado con ese fallo, conociera y hubiera participado en el proceso para defender sus intereses. Al respecto, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de marzo de 2012, exp. 54001-23-31-000-1997-02625-01(20745), actor: Loterías del Norte Limitada, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

288

Acción contractual – Expediente 39.689
Actora: Dikonn Ltda.
Demandado: TELBUENAVENTURA
Confirma fallo de primera instancia – Niega las pretensiones

2. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 2 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR la caducidad de la acción presentada por la aseguradora Seguros del Estado S.A., en su calidad de litisconsorte cuasinecesario.

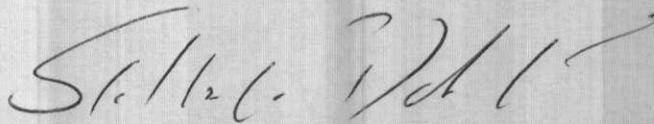
SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin costas.

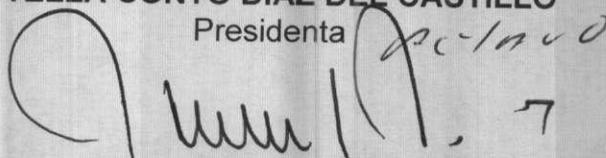
SEGUNDO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta



RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado
