



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 250002336000201600515 01 (63164)
Actor: Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Demandada: Consorcio Alianza Turística
Acción: Controversia Contractual

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La controversia versa sobre la liquidación judicial del contrato pedida por la entidad pública contratante.

I. LA SENTENCIA APELADA

1. El 19 de julio de 2018, la Subsección A, de la Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió la siguiente decisión¹ (se transcribe literalmente, incluso, con errores):

“PRIMERO: Se liquide judicialmente el contrato 088 de 28 de diciembre de 2007, en el sentido, que IL'ALIANXA TRAVEL NETWORK COLOMBIA S.A.; y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE LA INDUSTRIA GASTRONÓMICA TURISTICA (miembros del CONSORCIO ALIANZA TURÍSTICA) deben solidariamente a la NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$446.345.844.00), de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas, ni agencias en derecho.”

2. El anterior proveído resolvió la demanda presentada el 29 de febrero de 2016 por la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (en adelante el Ministerio, o demandante), en contra del consorcio Alianza Turística², cuyas pretensiones y principales fundamentos de hecho y de derecho son los siguientes:

Pretensiones

¹ Folios 228 a 237 cuaderno Consejo de Estado.

² Folios 2 a 21 del cuaderno 1.

3. El demandante solicitó que se hagan las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe literalmente, incluso, con errores):

“PRIMERA PRETENSIÓN: *Que se declare la liquidación judicial del Contrato Estatal No. 88 de diciembre de 2007, celebrado entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Consorcio Alianza Turística.*

SEGUNDA PRETENSIÓN: *Que se declare que el CONSORCIO ALIANZA TURISTICA representado legalmente por el doctor ALONSO MONSALVE GOMEZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.351.797 de Medellín, Consorcio creado mediante Acuerdo Consorcial de fecha 9 de diciembre de 2007, conformado por la Asociación Colombiana de la Industria Gastronómica - ACODRES NACIONAL, representada legalmente por CLAUDIA ELENA HERNÁNDEZ identificada con cédula de ciudadanía No.39.693.663 y L'ALIANXA TRAVEL NETWORK COLOMBIA S.A, representada legalmente por ALONSO MONSALVE GÓMEZ, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.351.797 de Medellín, son responsables solidariamente de acuerdo con la cláusula segunda del acuerdo consorcial, de los valores a pagar al Ministerio, que resulten de la liquidación judicial del contrato.*

TERCERA PRETENSIÓN: *Que se declare que los demandados CONSORCIO ALIANZA TURISTICA, representado legalmente por el doctor ALONSO MONSALVE GOMEZ, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.351.797 de Medellín, consorcio creado mediante Acuerdo Consorcial de fecha 9 de diciembre de 2007, conformado por la Asociación Colombiana de la Industria Gastronómica - ACODRES NACIONAL, representada legalmente por CLAUDIA ELENA HERNÁNDEZ identificada con cédula de ciudadanía No.39.693.663 y L'ALIANXA TRAVEL NETWORK COLOMBIA S.A, representada legalmente por ALONSO MONSALVE GÓMEZ, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.351.797 de Medellín, son responsables solidariamente de acuerdo con la cláusula segunda del acuerdo consorcial, a pagar de manera indexada los valores probados resultantes de la liquidación judicial, a favor del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo*

CUARTA PRETENSIÓN: *Que se ordene a los demandados a reconocer el valor de los intereses comerciales legales y moratorios causados sobre el valor resultante de la liquidación judicial a favor del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.*

QUINTA PRETENSIÓN: *Que teniendo en cuanto que hay situaciones contractuales y valores por definir, que no hacen posible realizar la liquidación del contrato ni de manera unilateral, ni de mutuo acuerdo con el Consorcio Alianza Turística y cada uno de sus miembros, el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, en ejercicio del medio de control de Controversias Contractuales, consagrado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pretende la liquidación judicial del Contrato No. 88 del 28 de diciembre de 2007, celebrado entre esta entidad y la parte demandada y, en consecuencia, se debe dar por finalizada la relación contractual establecida entre las mismas partes.*

SEXTA PRETENSIÓN: *Que se ordene a los demandados a pagar solidariamente y debidamente indexados los valores resultantes de la liquidación Judicial, a favor del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.*

SÉPTIMA PRETENSIÓN: *Que se ordene a los demandados a pagar solidariamente y debidamente indexados los valores resultantes de las eventuales condenas que se llegaren a proferir en los procesos judiciales que se adelantan en los diferentes despachos judiciales, respecto de los cuales, se hace referencia en el hecho nueve.*

OCTAVA PRETENSION: *Que como consecuencia de la liquidación judicial, en sentencia, se proceda a condenar a los demandados a pagar los valores que resulten probados por gastos y costas procesales.”*

Hechos

4. La parte demandante enunció, en síntesis, los siguientes hechos:
5. Relató que el Ministerio abrió proceso de contratación directa n.º48 de 2007, con el objeto de seleccionar un contratista para ejecutar los recursos fiscales de las leyes 300 de 1996 y 1101 de 2006, destinados al desarrollo de programas de competitividad y promoción del turismo.
6. Como resultado de ese proceso, se suscribió el contrato n.º 88 de 28 de diciembre de 2007 con el consorcio Alianza Turística, cuyo objeto consistió en que el contratista se comprometía a ejecutar los recursos fiscales de las leyes referidas, de acuerdo con las instrucciones que para el efecto impartiera el Ministerio.
7. Explicó que el numeral 11 de la cláusula quinta del contrato estableció como obligación del contratista contratar, previa autorización de comité directivo, una fiducia de administración y pagos. En cumplimiento de esa obligación, constituyó la mencionada fiducia con FIDUCOLDEX.
8. Refirió que la Ley 300 de 1996 creó el Fondo de Promoción Turística y que la Ley 1558 de 2012, ordenó la constitución de un Patrimonio Autónomo. Con fundamento en lo establecido por el artículo 2 del Decreto 2251 de 2012, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo adelantó el proceso de licitación pública No. 03 de 2013, siendo adjudicado dicho proceso, a la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. - FIDUCOLDEX, con quien se suscribió el contrato de fiducia mercantil No. 137 el 28 de agosto de 2013, por lo que debían ser cedidos o liquidados los contratos vigentes para ese momento con fundamento en el contrato n.º 88 de diciembre de 2007.
9. Mencionó que una vez realizada la supervisión del contrato, los contratos celebrados por el Consorcio Alianza Turística que no pudieron ser liquidados o cedidos al nuevo patrimonio autónomo, o que tienen reclamación judicial son los siguientes: M-076 de 2010 Electrificar Asociados Limitada, M.-123 de 2010 Fernando Prieto González, M-127-2010 Constructodo, M- 132 de 2010 Christian Emerson Valbuena Lozada y M-050-10 Cadavid Security Consulting Ltda.
10. Indicó que frente a los contratos M-076 de 2010 con Electrificar Asociados Limitada, M.-123 de 2010 con Fernando Prieto González, M.-132 de 2010 con Christian Emerson Valbuena Lozada, el anticipo no se legalizó correctamente, por lo cual deben incluirse en la liquidación judicial.
11. Señaló que en contra del consorcio y el Ministerio cursan demandas de los contratistas Constructodo (contrato M-127-2010) y Cadavid Security Consulting Ltda (contrato M-050-10), contingencias judiciales que corresponde asumir al contratista, en la liquidación judicial.

Los fundamentos de derecho de la demanda

12. En el acápite de fundamentos de derecho la parte demandante hizo alusión a las siguientes normas: artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993; 11 de la Ley 1150 de 2007; 217 del Decreto 019 de 2012; y 141 del CPACA. Adujo que como no pudo liquidarse bilateral ni unilateralmente el contrato, correspondía, mediante la acción de controversias contractuales, pedir la liquidación judicial.

Contestación de la demanda

13. El 26 de agosto de 2016, el Consorcio contestó la demanda. Consideró necesaria la liquidación del contrato, y negó saldos a favor del Ministerio³. Como fundamento de su oposición expresó lo que la Sala se permite resumir de la siguiente manera:

14. Señaló que los contratos a los que se refiere la demanda en realidad no podían liquidarse porque el contrato n.º 88 de diciembre de 2007 feneció por cumplimiento del plazo y, por ende, debieron ser recibidos por FIDUCOLDEX como nuevo administrador de los recursos. Explicó que era responsabilidad del Ministerio y de la fiduciaria atender los contratos que debió recibir y por los cuales se pretenden saldos a favor del demandante.

15. En cuanto al contrato M-076 de 2010 con Electrificar Asociados Limitada, dijo que el proceso por incumplimiento se inició durante la administración del fondo por el Consorcio y que correspondía FIDUCOLDEX continuar con ese trámite una vez entregado el contrato.

16. Frente al contrato M.-123 de 2010 con Fernando Prieto González, explicó que se incumplió pero que no era responsabilidad del consorcio como administrador y que el valor reclamado excede la diferencia entre el anticipo entregado y lo que el contratista ejecutó.

17. Sostuvo que frente al contrato M.-132 de 2010 con Christian Emerson Valbuena Lozada, presentó denuncia y que a FIDUCOLDEX correspondía vigilar el resultado de ese trámite, por lo que no puede exigírsele el anticipo que le fue entregado.

18. Explicó que hace parte de los procesos judiciales con ocasión de las demandas de los contratistas Constructodo (contrato M-127-2010) y Cadavid Security Consulting Ltda. (contrato M-050-10) y que en ellos demostrará que no hubo responsabilidad de su parte.

Los fundamentos de la sentencia de primera instancia.

19. Como sustento de su decisión el Tribunal Administrativo de Cundinamarca expresó las siguientes razones:

³ Folios 52 a 62 cuaderno 1.

20. Preciso que el litigio se contraía a la liquidación judicial del contrato n.º 88 de 2007, particularmente en cuanto la demanda pretende que en esa liquidación se incluyan los siguientes conceptos: (i) el valor de los anticipos no amortizados de los subcontratos, que celebró el Consorcio en desarrollo del objeto de ese contrato y (ii) el valor de las pretensiones que se iniciaron en contra del Ministerio por varios contratistas por la gestión realizada por el Consorcio.

21. Explicó, en cuanto a lo primero, que el objeto del proceso no era la determinación de responsabilidad del Consorcio frente al control de los anticipos, pues la pretensión de la demanda fue la liquidación del contrato, por lo cual la decisión se limitaba a determinar la existencia de saldos a favor por anticipos. Agregó que, conforme a la cláusula quinta del contrato, el consorcio se comprometió a responder por las irregularidades que se presentaran en los subcontratos, regla que habilitaba a que la entidad hiciera los descuentos probados sobre saldos pendientes. Añadió que en el acta de entrega a FIDUCOLDEX se dejó constancia de que los contratos en los que no se amortizó el anticipo fueron liquidados antes del 31 de octubre de 2013, por lo cual la recuperación de esos saldos correspondía al Consorcio.

22. Adujo que como lo que se pretendía no era analizar el incumplimiento del contrato, el Consorcio debió acreditar las actuaciones encaminadas a recuperar los anticipos mal invertidos, tales como el inicio de acciones judiciales derivadas de las pólizas de seguros o la efectividad de la cláusula penal.

23. Concluyó que se probó que con ocasión de los contratos M-076 de 2010 con Electrificar Asociados Limitada, M.-123 de 2010 con Fernando Prieto González y M.-132 de 2010 con Christian Emerson Valbuena Lozada, existía un saldo pendiente por concepto de anticipos no amortizados de \$426.366.104, por lo cual, al restar el pago pendiente por remuneración en favor del Consorcio \$69.082.336, la liquidación arrojaba un valor de \$357.283.724 en favor del Ministerio.

24. Frente el valor de las pretensiones que se iniciaron en contra del Ministerio por varios contratistas por la gestión realizada por el Consorcio, esto es, las demandas de los contratistas Constructodo (contrato M-127-2010) y Cadavid Security Consulting Ltda. (contrato M-050-10), consideró que la liquidación solo incluye los saldos a favor y en contra debidamente probados y las pretensiones en esos procesos judiciales solo son una contingencia. Por lo tanto, negó incluir en la liquidación el valor de las pretensiones de esos procesos.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

25. El consorcio pidió que se revoque la sentencia de primera instancia. Como argumentos de su inconformidad expresó:

26. Esgrimió que el *a quo* analizó su responsabilidad con base en las cláusulas contractuales, pero no se estudiaron las competencias del Ministerio al que le correspondía hacer seguimiento a la ejecución del contrato. En su criterio, el

Ministerio suscribió un contrato para que el Consorcio cumpliera funciones de la entidad, “*a manera de delegación*”, por lo que no estaba exento de responsabilidad.

27. Arguyó que el Tribunal se pronunció sobre asuntos no pedidos en la demanda -*extra petita*- porque aplicó la cláusula quinta contractual y determinó el incumplimiento del contrato, a pesar de que en la demanda exclusivamente se pidió la liquidación judicial del contrato, es decir la determinación de los saldos pendientes entre las partes. Estimó que la sentencia es contradictoria, porque el *a quo* expresamente dice que no se analizará el incumplimiento, pero en esencia lo hace, sin estudiar que el consorcio, incluso después de finalizado el contrato, realizó las actuaciones necesarias para recuperar los anticipos entregados.

28. En cuanto a la amortización de los anticipos, indicó que el tribunal no tuvo en cuenta el contenido de las liquidaciones de los subcontratos, en lo que tiene que ver con los valores ejecutados e imputados a esos anticipos. En el contrato M-076 de 2010 con Electrificar Asociados Limitada el valor de \$54.910.197 y en el contrato M.-123 de 2010 con Fernando Prieto González \$73.503.000 los cuales fueron aceptados por el Ministerio y que deben descontarse del saldo que el tribunal halló pendiente de pago. Adujo que tampoco se tuvo en cuenta el informe final de supervisión del contrato que da cuenta de los valores ejecutados y que fueron imputados al anticipo.

29. Sostuvo que, de considerarse que existe un saldo pendiente por amortización del anticipo, la liquidación del *a quo* debe corregirse, pues descontó el valor de las facturas que el Ministerio omitió pagar, sin actualizar su valor y sin liquidar los intereses de mora causados.

30. Afirmó que frente a los contratos M-076 de 2010 con Electrificar Asociados Limitada, M.-123 de 2010 con Fernando Prieto González y M.-132 de 2010 con Christian Emerson Valbuena Lozada, realizó las actividades necesarias para recuperar y legalizar los anticipos, pues reclamó la configuración de los siniestros y denunció a los subcontratistas.

Trámite de segunda instancia

31. El 31 de octubre de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación⁴, el cual fue admitido por esta Corporación el 10 de abril de 2019⁵. El 10 de marzo de 2019 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁶.

32. El consorcio insistió en los argumentos del recurso de apelación⁷. El Ministerio y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

El objeto del litigio: la liquidación judicial del contrato

⁴ Folio 110 del cuaderno principal.

⁵ Folio 271 del cuaderno principal.

⁶ Folio 122 del cuaderno principal.

⁷ Folios 276 a 284 del cuaderno principal.

33. Visto los reparos de la apelación, en la que se indicó que el objeto del litigio se limitó, exclusivamente, a la pretensión de liquidación judicial y no a la determinación de responsabilidad por el Consorcio por un eventual incumplimiento, la Sala considera necesario reiterar algunas precisiones que sobre el particular ha efectuado en pretérita oportunidad cuando la liquidación del contrato es traída a juicio como única pretensión.

34. Frente a la pretensión de liquidación judicial del contrato por la entidad contratante, la Sala ha sostenido⁸, en criterio que ahora se reitera, que si no se pretende la resolución de una controversia de naturaleza contractual, sino que simplemente se limita a pedir los ajustes contables pendientes entre las partes, y la demanda se presenta cuando la entidad aún conserva la competencia de liquidar unilateralmente el contrato, no es procedente que el juez defina esa liquidación.

35. Este criterio jurisprudencial tiene fundamento, en primer lugar, en que el objeto de esta jurisdicción es de naturaleza contenciosa. Es decir, que tiene por fin juzgar o decidir “*controversias y litigios*”, en los términos del artículo 104 del CPACA, en torno a la actividad de las entidades públicas. Se trata, pues, de acudir a un tercero imparcial -el juez- para que defina esas controversias, lo que impide que el fallador invada las competencias que, por disposición legal, corresponden a la administración. Con base en ese criterio, la Sala ha concluido que, en el campo de los procesos contenciosos subjetivos, el punto de partida es la existencia previa de un litigio o controversia legal entre las partes, que se traslada al juez para que lo resuelva. Entonces, básicamente, tal conflicto, a la vez que causa del proceso, es el objeto del pronunciamiento del juez y, por lo mismo, activa y define su competencia.

36. Es a partir del objeto de la jurisdicción contencioso administrativa que se puede concluir, que la labor judicial no tiene como alcance reemplazar a la administración en la ejecución de sus competencias ni sustituirla a ella ni a los sujetos con los que interactúa en el cumplimiento de los deberes que les correspondan como consecuencia de esa relación. Así, no será función del juez contencioso administrativo, en el marco de las “*controversias*”, asociadas a contratos estatales, desplazar a las partes en el cumplimiento de sus deberes negociales ni a la administración en el ejercicio de sus competencias legales, mientras tal competencia subsista, como ocurriría, por ejemplo, con la liquidación unilateral del contrato estatal. Sobre el particular, la Sala sostuvo lo siguiente:

“5. Todo lo dicho hasta ahora confirma, como surge del contenido del artículo 82 del CCA previamente transcrito, que la función de la jurisdicción contencioso administrativa, que en Colombia está asignada, principalmente, a un órgano de carácter jurisdiccional especializado, supone, al menos en el marco del contencioso subjetivo, la existencia previa de un litigio originado en la pugna de intereses subjetivos contrapuestos que se pone a consideración del juez como tercero neutral, para que lo resuelva con carácter vinculante para las partes, pues a falta de ello, la intromisión de la jurisdicción implicaría patrocinar

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de mayo de 2022, Exp. 55868. Reiterada por esta misma Subsección, en sentencia de 21 de noviembre de 2022, Exp. 68646.

el desplazamiento de las competencias de la administración para que el juez las asuma y ejecute.⁹

37. Coherente con este planteamiento, las potestades públicas son irrenunciables, de ahí que la administración no pueda trasladarlas al juez si aún conserva la competencia para adoptar esta decisión.

38. Según el criterio jurisprudencial referido, la Ley 80 de 1993 prescribe que, por regla general, los contratos que celebren las entidades sometidas a sus disposiciones se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (art. 13). De modo que el contrato estatal se rige, por las disposiciones comerciales y civiles y se inspira en el postulado de la autonomía de la voluntad, salvo lo regulado por las normas de orden público previstas en la Ley 80 y sus modificaciones¹⁰. Esas normas se elevan a la categoría de orden público y tienen por fin garantizar que se cumplan los fines del Estado¹¹, pues tiene por fin la conservación y prevalencia del interés general, así como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, conforme al artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

39. En el marco de esa regulación de la Ley 80 de 1993, el legislador puso en cabeza de la entidad contratante, en los artículos 4 y 14, el seguimiento exhaustivo a la ejecución del contrato, para lo cual la dotó de una serie de potestades o prerrogativas públicas para asegurar los fines de la contratación¹².

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de mayo de 2022, Exp. 55868.

¹⁰ O por lo menos no frecuentes en el derecho privado, aunque cada vez más: *“Finalmente, están las famosas prerrogativas de poder público, las cláusulas exorbitantes estrictamente tales, las que, según pretende la doctrina francesa, harían normalmente ilícito un contrato civil si se llegasen a insertar en él. Hay que decir, por de pronto, que estas cláusulas en este sentido estricto de imposibles en el contrato civil, son mucho menos habituales de lo que ha pretendido la doctrina substantivadora del contrato administrativo. En el estudio analítico de VEDEL (45) se afirma que la gran mayoría de las llamadas cláusulas exorbitantes ‘está constituida por estipulaciones que no resultarían afectadas por ninguna imposibilidad, por ninguna ilicitud en el contrato privado, sino que son sólo en éste desacostumbradas y por ello poco verosímiles’, tesis que ha confirmado DE LAUBADÉRE (46) y últimamente ya la generalidad de la doctrina (47). Con esto se están refiriendo a que lo normal son las cláusulas que hemos identificado en los tres párrafos anteriores. ¿Cuáles son, sin embargo, estas cláusulas exorbitantes extremas que sólo podrían darse en el Derecho administrativo contractual? Hay sobre esto también un gran equívoco, y conviene por eso acercarse al tema con una cuidadosa atención”*. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO”*, págs. 121 y 122.

¹¹ *“ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”*

¹² *“... con el propósito de identificar cuáles decisiones se hallan inmersas dentro de la noción ‘proferidas en ejercicio de potestades excepcionales’, conviene advertir que, a su turno, la Corte Constitucional, al analizar la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, delimitó la categoría de potestades excepcionales exclusivamente a las previstas en el artículo 14 de la Ley 80, lo que de suyo excluyó de ese listado la liquidación unilateral del negocio jurídico.*

En pronunciamiento del 10 de junio de 2009, esta Sección discurrió sobre el alcance interpretativo de la providencia de la Corte Constitucional y precisó que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no podían conocer sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportaran el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, con categórica referencia a aquellos que consagró expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esto es, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y al tiempo consideró que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos proferidos en desarrollo de facultades distintas a las condensadas por el artículo 14, sí podían ser sometidos al conocimiento y a la decisión de árbitros.

En similar perspectiva, esta Corporación reiteró lo expuesto en la sentencia del 10 de junio de 2009, en cuanto a que los tribunales de arbitramento podían conocer de los conflictos derivados de los actos administrativos expedidos con ocasión de la relación contractual, excepto de los proferidos con fundamento en los poderes exorbitantes contenidos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

40. Una de esas competencias es la liquidación unilateral del contrato. Más allá de la discusión sobre si esta encarga una prerrogativa excepcional, lo cierto es que no hay duda de que se trata de una prerrogativa pública, de poder, que se inspira en la necesidad de proteger de manera efectiva el patrimonio público y, por lo mismo, el interés general¹³.

41. Esta prerrogativa, no constituye un privilegio para la administración. De cara a los fines de la contratación, se impone como deber para la administración, pues representa una herramienta para cumplir el cometido que animó la celebración del contrato, es innegociable y refleja la connotación de poder público que caracteriza al Estado. Ello, por supuesto, con el debido respeto al principio de legalidad, que supone que solo podrán ejercerlas conforme a los supuestos de hecho prescritos en la ley como condiciones para su ejercicio. En tal sentido, la prerrogativa de poder encaminada a la liquidación del contrato, no es renunciable ni su ejercicio puede trasladarse al juez del contrato, mientras la administración conserve la competencia para ejercerla. Sobre el particular, en criterio jurisprudencial que la Sala reitera, se sostuvo:

“Así, las razones que subyacen a la existencia y consagración de tales potestades públicas son las mismas que explican por qué la administración no puede abstraerse de su ejercicio, en tanto se trata de una responsabilidad a la que está sujeta en desarrollo de las funciones que le ha asignado la ley. En este sentido, esta Corporación ha dicho que en virtud “del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, no le es dable al Estado despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas, y por lo tanto, no le es dable transigir sobre la legalidad de los actos expedidos en su ejercicio”¹⁴.

42. Con fundamento en lo expuesto, la Sala ha recabado en la necesaria existencia de un conflicto entre las partes y la irrenunciabilidad al ejercicio de estas potestades o prerrogativas, incluida la liquidación unilateral del contrato, para activar el rol o papel del juez. La administración por atribución legal debe definir aquellas situaciones que determinan el ejercicio de su competencia y adoptar las decisiones respectivas y, solo con posterioridad y con motivo de ella, el juez analizará la legalidad de tales decisiones. La tarea del juez del contrato estatal no se centra en decidir las situaciones que han debido ser resueltas por la propia entidad contratante en vía administrativa. Un entendimiento contrario supondría admitir, no solo que la entidad pública contratante pueda despojarse de las responsabilidades o competencias que le han sido asignadas por ley para trasladárselas al juez, sino que éste podría sustituirla en el cumplimiento de sus deberes.

43. En línea con lo anterior, la Sala ha destacado que el poder público de liquidar unilateralmente un contrato, no supone un privilegio o discrecionalidad en cabeza de la administración, pues encarna una responsabilidad indelegable, irrenunciable,

En esta ocasión, siguiendo el derrotero trazado en ocasiones precedentes, la Sala considera que la taxatividad de las cláusulas excepcionales agrupadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1999 (sic) conduce a que su aplicación sea restrictiva y que, en esa virtud, sólo se conciben como tales las que allí se enuncian, sin que con ello se pretenda desconocer el carácter de prerrogativas especiales de las demás facultades unilaterales de las que se encuentra investida la Administración por ministerio de la Ley”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de octubre de 2019, Exp. 60304.

¹³ Ídem.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de mayo de 2022, Exp. 55868.

asignada por la ley, de la cual no se puede despojar, de manera que no le está dado a la entidad pública excusarse de su cumplimiento trasladándole al juez la definición de una situación que a ella le corresponde resolver en vía administrativa ni a este usurpar las funciones de aquella. Con este derrotero, frente a la pretensión de liquidación judicial del contrato por la entidad pública, la Sala ha concluido que:

“Ahora, si es una entidad pública la que formula la pretensión de liquidación, al momento de la presentación de la demanda no debe contar con facultad para adoptar ese acto de manera unilateral, pues si es así el conflicto lo debe resolver ella en vía administrativa expidiendo el acto respectivo cuya legalidad podrá ser discutida en vía gubernativa o judicial por el contratista, puesto que, se reitera, la labor del juez de lo contencioso administrativo no consiste en reemplazar a la administración en el cumplimiento de sus competencias –las cuales son irrenunciables–, sino en resolver los conflictos que surjan en razón del desarrollo de tales o, en general, de todas sus actuaciones; por lo mismo, si la entidad contratante cuenta con tal habilitación legal, debe ejercerla, y si lo hace, el conflicto que se derive de ello es susceptible de trasladarse a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde se revisarán los reparos de validez que el afectado presente en contra del acto administrativo que contenga la manifestación unilateral de la administración¹⁵.

44. Hechas las anteriores precisiones, conforme a lo expuesto en el recurso de apelación, según el cual el objeto del litigio se centró exclusivamente en la liquidación judicial del contrato y no en la determinación de la responsabilidad contractual del Consorcio, la Sala pasa a examinar la decisión proferida por el *a quo* en primera instancia.

La competencia del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para liquidar unilateralmente el contrato n.º088 de 2007.

45. Revisadas las actuaciones de las partes y la decisión de primera instancia, la Sala encuentra que el objeto del proceso no corresponde a una controversia entre las partes. El objeto del litigio se limitó a pedir la liquidación judicial del contrato sobre los valores de los anticipos pendientes de amortizar y unas contingencias judiciales. Es decir, correspondió, exclusivamente, a ajustes y registros de tipo económico y contable de acuerdo con lo ejecutado en los subcontratos celebrados por el consorcio, con el fin de declararse a paz y salvo.

46. En las pretensiones de la demanda no se exigió que se declarara el incumplimiento del contrato, sino que se limitaron a solicitar la liquidación judicial del mismo (primera pretensión) y a que en el pago de los saldos a favor de la entidad fueran solidariamente responsables el consorcio y sus miembros (segunda y tercera pretensiones). También a que, en esa liquidación, se incluyeran los valores de las contingencias judiciales (séptima pretensión), que no es objeto de la decisión de la Sala, pues fue negada en primera instancia y no fue objeto de apelación.

47. Como fundamento fáctico de sus pretensiones se refirió a la celebración del contrato; al proceso de selección que se surtió conforme a la Ley 80 de 1993 y su adjudicación al consorcio, así como a algunas regulaciones generales del contrato

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de mayo de 2022, Exp. 55868.

como su plazo, el valor, la forma de pago al contratista y sus prórrogas (hechos 1 a 6). Hizo alusión al resumen de pagos, al monto de recursos trasladados en administración y explicó las reglas legales posteriores que conllevaron a una nueva forma de administración de los recursos (hechos 7 a 10). Finalmente, detalló los saldos que estimó pendientes por anticipos no amortizados derivados de varios subcontratos que, de acuerdo con lo pactado en la cláusula quinta del contrato, correspondía asumir al Consorcio y se refirió a algunos procesos judiciales vigentes cuyas contingencias debían incluirse en la liquidación (hecho 11).

48. En los fundamentos de derecho de la demanda se hizo un recuento sobre la regulación legal de la liquidación del contrato, contenida en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 y la posibilidad de pretender del juez una decisión en ese sentido, mediante el medio de control de controversias contractuales. En ese acápite indicó que como no se logró la liquidación bilateral, sin explicar los motivos del fracaso de esa etapa, procedía la pretensión de liquidación judicial. En el mismo sentido, en la pretensión quinta indicó que existían situaciones contractuales por definir que impedían la liquidación, sin detallar en qué consistieron.

49. En la contestación de la demanda, el consorcio manifestó estar de acuerdo con la necesidad de la liquidación del contrato, pero consideró que no debían incluirse saldos a favor del Ministerio por anticipos o contingencias judiciales, pues la gestión de los subcontratos una vez firmado el contrato con FIDUCOLDEX correspondía a esa entidad.

50. De manera que el objeto del litigio, se orientó a realizar la liquidación judicial mediante un ajuste contable sobre los saldos de los anticipos no amortizados y la inclusión de contingencias judiciales, sin que se discutiera la existencia de una controversia de cara a la ejecución del contrato por el Consorcio o que se le hubiera imputado algún tipo de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Tampoco, se expusieron los motivos de la imposibilidad de la liquidación de mutuo acuerdo ni se dieron razones por las cuales no se hizo unilateralmente, a pesar de que se citaron las normas que habilitan esa prerrogativa, como fundamentos de derecho.

51. Según lo analizado previamente, so pena de inmiscuirse en las competencias que son propias de la administración, el juez no puede acceder a realizar la liquidación judicial del contrato si, además de la inexistencia de un conflicto planteado en la demanda, al momento de su presentación, la facultad legal para definir el balance final de cuentas recaía en cabeza de la entidad pública contratante, es decir, si para ese momento tenía competencia para liquidar el contrato unilateralmente.

52. En el caso *sub judice*, la Sala encuentra que el contrato se regía por las disposiciones de la Ley 80 de 1993. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, entidad administrativa del orden nacional, es de aquellas enlistadas en el artículo 2.b de esa ley como sometida a sus disposiciones, de manera que el contrato para la administración de varios recursos fiscales para la promoción del turismo se regía por las disposiciones del Estatuto de Contratación Pública.

53. Además, la competencia para la liquidación del contrato se regía por las disposiciones de la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007. Aunque el contrato se perfeccionó el 28 de diciembre de 2007, fecha para la cual aún no estaba en vigencia la Ley 1150 de 2007¹⁶, para el momento en el que la entidad adquirió la habilitación temporal para liquidarlo unilateralmente -2 de enero de 2014¹⁷- porque no se logró la liquidación bilateral, era la norma de orden público que regía el ejercicio de esa competencia.

54. En materia contractual, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 prevé que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Esta norma se opone al efecto general inmediato de una nueva ley en el ámbito contractual, porque los contratos no pueden estar sujetos a los cambios constantes y repentinos de la legislación, que generarían inestabilidad e incertidumbre en las relaciones jurídicas¹⁸. Aceptada, pues, por el Estado una obligación contractual su cumplimiento es ineludible, de modo que las leyes nuevas posteriores no tienen la virtualidad de modificarlo.

55. Los contratos deben gozar de estabilidad y seguridad, pues así se promueve la confianza y se facilitan las relaciones jurídicas¹⁹. Por ello, la jurisprudencia ha considerado que esta regla se refiere a los aspectos sustanciales del negocio jurídico, y, por ello, las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Así, se contrae a las obligaciones que surgen del contrato, a su validez, existencia y efectos, que quedan bajo el imperio de la ley que estuviese en vigor en el momento en que la obligación nació²⁰. Este mandato legal, es la concreción de la regla de la irretroactividad de la ley, pues la nueva no puede regular o afectar las situaciones jurídicas consolidadas con base en leyes sustanciales anteriores.

56. La prerrogativa de liquidar unilateralmente el contrato es una competencia legal que, como se dijo, por su naturaleza de norma de orden público, en tanto atributiva de facultades para las entidades públicas, no solo es irrenunciable, sino que es de aplicación inmediata. Las normas atributivas de competencia se limitan a regular la facultad que tiene el funcionario para decidir un determinado asunto, lo cual pone en evidencia que al definirla no crea, modifica o extingue un derecho subjetivo, toda vez que se trata de una simple distribución de asuntos al interior de la administración. Por ello, no puede considerarse como una norma de carácter sustantivo.

57. La competencia o habilitación para liquidar unilateralmente el contrato, con efectos de dejar a paz y salvo a las partes en todo aquello que se deriva de su relación, supone como presupuestos para su aplicación: (i) *el factor subjetivo*: que corresponde con las entidades que están habilitadas por ley o por el pacto de las partes para adoptar esa decisión; (ii) *el factor material*: que se refiere a las razones fácticas que habilitan el ejercicio liquidatorio, es decir, que se trate de contratos de

¹⁶ Esta Ley entró en vigencia el 16 de enero de 2008.

¹⁷ En el contrato las partes no pactaron un plazo para la liquidación bilateral y de acuerdo con la última prorrogación de plazo estuvo vigente hasta el 31 de agosto de 2013 (f. 217 a 218 c. 2), de manera que los 4 meses de liquidación bilateral se vencieron el 1 de enero de 2014.

¹⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de abril de 1940, XLIX, 448.

¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Rad. 14578.

²⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, providencia de 9 de mayo de 1938, XLVI, 488.

tracto sucesivo o de aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo o en los que así se requiera por existir aspectos pendientes entre las partes derivados de la ejecución; y (iii) *el factor temporal*: que se habilita una vez fracasado el plazo para la liquidación bilateral, pues la administración no puede adoptar esta decisión en vigencia del contrato ni con posterioridad a su terminación, si aún no se ha agotado el tiempo para que las partes lleguen a un acuerdo.

58. De manera que, en cuanto a la liquidación unilateral del contrato, al ser un asunto de orden público que atañe con la competencia, la norma para su ejercicio es aquella que se halla vigente cuando temporalmente la administración adquiere la habilitación para adoptar la decisión. Como en este caso, se reitera, para la fecha en que la entidad podía liquidar unilateralmente el contrato por el fracaso de la liquidación bilateral, estaba vigente la Ley 1150 de 2007, esta es la norma aplicable para determinar la competencia temporal de la entidad.

59. Las partes no pactaron un plazo para la liquidación bilateral y el contrato, por su objeto, debía ser liquidado. En efecto, el contrato suponía la entrega de recursos para su administración, los cuales, paulatinamente, se iban ampliando mediante otrosíes²¹. Ello suponía que al término del mismo debía determinarse el estado de la ejecución de las obligaciones, de acuerdo con los recursos entregados y lo ejecutado mediante subcontratos.

60. El artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dispuso que, ante la ausencia de un pacto en ese sentido, la liquidación bilateral tendría lugar dentro de los 4 meses siguientes a la expiración del plazo del contrato o de la expedición del acto administrativo de terminación. Cuando el contratista no se presente a la liquidación o no se llegue a un acuerdo, la liquidación del contrato de forma unilateral se hará dentro de los 2 meses siguientes al plazo para liquidar bilateralmente el acuerdo. Esa norma dispuso, además, que vencido el plazo de 2 meses referido la entidad podría liquidar el contrato dentro de los dos años siguientes, que corresponden a la caducidad de la acción de controversias contractuales.

61. De cara al caso concreto, la Sala encuentra acreditado que el contrato n.º 088 de 2007, estuvo vigente hasta el 31 de agosto de 2013²², que los cuatro meses para la liquidación bilateral vencieron el 1 de enero de 2014 y que los 2 meses de la liquidación unilateral transcurrieron hasta el 2 de marzo de 2014. A partir del día siguiente, comenzó el plazo de dos años para presentar la demanda de controversias contractuales, que venció el 3 de marzo de 2016, y dentro del cual la entidad contratante podía liquidar el contrato, conforme al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Como el Ministerio presentó la demanda el 29 de febrero de ese año se interpuso a pesar de que aún contaba con competencia para realizar la liquidación unilateral.

62. Así las cosas, la Sala concluye que con la demanda no se planteó una controversia contractual y que al momento de su presentación el Ministerio tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato. En consideración a que no podía despojarse de esa atribución, dado que, como se analizó, las prerrogativas

²¹ Según da cuenta el contrato y las distintas modificaciones que hicieron para entregar más recursos al contratista, visibles a folios 76 a 218 c. 2

²² Según da cuenta la última prórroga de plazo estuvo vigente hasta el 31 de agosto de 2013 (f. 217 a 218 c. 2)

públicas en tanto obligaciones y responsabilidad de las entidades públicas son irrenunciables, no era procedente acceder a la solicitud de liquidar judicialmente el negocio jurídico. Ello supondría desconocer, no solo el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo –en tanto en estos casos su función se debería limitar a controlar, a petición de parte, la controversia o litigio que pudiera surgir en relación con la legalidad de los actos administrativos expedidos por ella–, sino usurpar las funciones que la ley ha asignado a la administración pública, patrocinando, en el menor de los casos, la renuncia al ejercicio de las competencias que a ella corresponden.

63. En consecuencia, se impone revocar la decisión que en ese sentido se adoptó en la sentencia de primera instancia, con base en la cual se ordenó al Consortio el pago de varios anticipos no amortizados.

Costas

64. El artículo 188 del CPACA establece que *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se seguirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

65. Por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, resulta aplicable al presente asunto el artículo 365 del CGP, el cual, en su numeral 4, dispone que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias, por lo que se condenará así a la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

66. Para establecer las agencias en derecho en esta instancia, la Sala se remite a lo establecido en el artículo 5, numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que dispone que la tarifa de agencias en derecho, tratándose de procesos declarativos en segunda instancia, debe oscilar entre uno (1) y seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

67. En este caso, la parte demandada actuó a través de apoderado, para presentar el recurso de apelación en segunda instancia. Así, atendiendo a la naturaleza, calidad y gestión desarrollada por el profesional del derecho, se tasarán a favor de la parte demandada, por concepto de agencias en derecho en esta instancia, la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de la Nación- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

68. El mencionado acuerdo establece que, en primera instancia, las agencias en derecho, para los procesos declarativos, oscilarán entre el 3% y el 7.5% cuando se trate de procesos de mayor cuantía. Conforme a lo regulado en el artículo 25 del CGP son de mayor cuantía los procesos que excedan 150 SMLMSV. En este caso, las pretensiones ascienden a \$491.883.847, esto es, 713 SMLMV para la fecha de la demanda, por lo que sería catalogado como un proceso de mayor cuantía. Por lo tanto, se fijan las agencias en derecho en primera instancia en el 3% del valor de las

Radicación: 250002336000201600515 01 (63164)
Actor: Nación-Ministerio de Comercio,
Demandado: Consorcio Alianza Turística
Acción: Controversias Contractual

pretensiones, esto es, catorce millones setecientos cincuenta y seis mil quinientos quince pesos (\$14.756.515).

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 19 de julio de 2018, proferida por la Subsección A, de la Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca:

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

TERCERO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la demandante Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. **FIJAR** como agencias en derecho, en esta instancia, a cargo de la parte demandante, la suma equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. **FIJAR** como agencias en derecho, en primera instancia, a cargo de la parte demandante, la suma de catorce millones setecientos cincuenta y seis mil quinientos quince pesos (\$14.756.515)

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Salvamento de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Aclaración de voto

VF

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validadorx>