



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 730012331000-2001-02354-02 (59941)
Demandante: Corporación de Impulso a la Economía Solidaria
Demandado: Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y otros
Medio de control: Controversias contractuales (Artículo 87 del CCA)
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Temas: *COMPETENCIA TEMPORAL PARA LA DECLARATORIA UNILATERAL DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – transcurre hasta el vencimiento del plazo para liquidar / COMPETENCIA TEMPORAL PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA – se mantiene hasta la notificación del auto admisorio de la demanda / DEBIDO PROCESO EN MATERIA CONTRACTUAL / FALSA MOTIVACIÓN Y DESVIACIÓN DE PODER – son causales autónomas y diferentes*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Se pide declarar la nulidad de los actos mediante los cuales la entidad demandada declaró el incumplimiento, impuso la cláusula penal, y declaró ocurrido el siniestro amparado con la póliza de cumplimiento bajo un convenio de cooperación. Afirma la demandante que los actos están viciados por falta de competencia temporal, falsa motivación, violación al debido proceso y desviación de poder.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la sentencia ya indicada, proferida el 2 de junio de 2017, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda¹, cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos de derecho son, los siguientes:

La demanda

2. El Fondo del Plan de Desarrollo Alternativo - PLANTE, cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE)², junto con la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional (ACCI), suscribieron con la Corporación de Impulso a la Economía Solidaria (en adelante, CIMES, la

¹ Cuaderno 2, folios 405 a 532 y 578 a 584 (reforma).

² Sin personería jurídica, administrada como un sistema separado de cuentas conforme a lo establecido por la Ley 368 de 1997.



demandante o parte actora) el convenio de cooperación 018 del 28 de diciembre de 1999 (en adelante El Convenio).

3. El Convenio tuvo por objeto estructurar una propuesta de acompañamiento socio-empresarial para CORPOAGRO³ y 4 organizaciones productoras de frutas socias, con el fin de consolidar y liderar procesos de producción y comercialización de cultivos lícitos en el Departamento del Tolima; se pactó un plazo de ejecución inicial de seis (6) meses. Mientras que CIMES tenía a su cargo la ejecución del proyecto con los aportes efectuados conforme a los términos de referencia, la propuesta y el contrato, la ACCI y el PLANTE se encargarían del seguimiento, revisión y validación de las actividades desarrolladas.

4. CIMES cumplió el convenio de acuerdo con el contrato y los documentos técnicos que formaban parte de éste, de manera que durante su ejecución nunca recibió requerimiento alguno o manifestación de inconformidad por parte de la ACCI o del PLANTE relacionada con el cumplimiento de sus obligaciones, como tampoco fueron objetados los informes que presentó como parte del objeto contractual.

5. Además, durante la ejecución del convenio nunca se hizo uso de la cláusula décima cuarta que autorizaba a la ACCI a imponer multas diarias sucesivas, como tampoco de la cláusula décima séptima que la facultaba a suspender unilateralmente los pagos y terminar y liquidar anticipadamente el contrato; indicó que lo anterior, junto al pago efectivo de las actividades realizadas y el otorgamiento del plazo adicional de dos (2) meses que solicitó, evidencian la inexistencia de un incumplimiento del contrato por parte de CIMES.

6. El 27 de diciembre de 2000, las entidades demandadas proferieron la Resolución 147 del mismo año, mediante la cual se declaró el incumplimiento del convenio, impuso la cláusula penal pactada y declaró ocurrido el siniestro amparado con la garantía de cumplimiento; esta decisión fue confirmada mediante Resolución 101 del 25 de septiembre de 2001. Indicó la parte actora que los actos se encuentran viciados de nulidad con fundamento en lo siguiente:

(i) La *violación del derecho al debido proceso*, toda vez que se procedió a la imposición de la cláusula penal sin haber escuchado o dado oportunidad a CIMES para defenderse, pues, aunque les corrieron traslado de una auditoría realizada, no fueron tenidos en cuenta sus argumentos al momento de contestarla y cuestionarla.

(ii) La *falta de competencia temporal* de las entidades demandadas para proferir los actos acusados: (a) la Resolución 147 del 27 de diciembre de 2000 -que declaró el incumplimiento- por cuanto fue proferida con posterioridad al vencimiento del plazo para liquidar; y (b) la Resolución 101 de 2001 -que resolvió el recurso de reposición- en tanto se expidió después de configurado el silencio administrativo negativo.

(iii) Una *falsa motivación*, por cuanto CIMES no incumplió con sus obligaciones contractuales, particularmente, en tanto eran de medio y no de resultado, pues consistían en “*un simple acompañamiento de asesoría y de aporte de conocimientos*” para mejorar la experiencia de un grupo de organizaciones agrícolas; resaltó que, como evidencia de lo anterior, se pagaron las actividades del

³ Corporación para el Desarrollo Empresarial de las Organizaciones de Productores Agropecuarios.



contrato y durante su ejecución nunca se le requirió por incumplimiento alguno, ni se refutaron sus informes, como tampoco se le aplicaron las multas y suspensiones en los pagos que la ACCI estaba expresamente facultada para imponer unilateralmente.

(iv) La existencia de una *desviación de poder* y la *violación de la Ley 80 de 1993* sustentada bajo los mismos argumentos de la falsa motivación.

(v) El desconocimiento del principio de *proporcionalidad en la cuantificación de la cláusula penal pecuniaria*, pues se aplicó en su totalidad.

7. Como consecuencia de lo anterior, solicitó declarar la nulidad de los actos demandados, y por concepto de restablecimiento del derecho: (i) el reintegro de cualquier suma pagada por concepto de la pena impuesta; (ii) la indemnización de perjuicios por concepto de daño emergente, lucro cesante y daños morales.

Contestación de la demanda

8. Admitida la demanda⁴ y notificado el auto admisorio, la ACCI y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE) presentaron contestación, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones como sigue:

(i) La ACCI⁵ expuso que la demandante sí incumplió el convenio por lo que los actos estuvieron debidamente motivados; adicionalmente, propuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa y falta de individualización de las pretensiones y de los actos administrativos cuya nulidad se solicita.

(ii) El DAPRE⁶ solicitó no acceder a lo pretendido por la parte actora por cuanto: (a) CIMES se obligó bajo el convenio a lograr unas metas, por lo que sus prestaciones sí eran de resultado, las cuales incumplió; (b) el incumplimiento fue verificado y está consignado en las visitas e informes efectuados después de la ejecución del contrato; (c) a la demandante sí se le respetó el derecho de audiencia y defensa, al punto que reconoce haber presentado unos descargos; (d) al resolverse el recurso de reposición en contra de la decisión inicial, las entidades demandadas ajustaron y redujeron la pena impuesta atendiendo al principio de proporcionalidad.

Vinculación al proceso de Seguros del Estado

9. Mediante auto del 22 de julio de 2015⁷, el Consejo de Estado, declaró la nulidad de todo lo actuado “desde el vencimiento del término para presentar alegatos de conclusión de primera instancia”, para que la primera instancia se surtiera respecto de Seguros del Estado, quien expidió la garantía afectada, pero no fue vinculado al proceso; una vez notificado del auto admisorio de la demanda, Seguros del Estado allegó contestación coadyuvando los argumentos y pretensiones de la parte actora⁸.

⁴ Auto del 7 de diciembre de 2001. Cuaderno No. 2, folios 560 a 562.

⁵ Cuaderno 3, folios 824 a 867.

⁶ Cuaderno 3, folios 904 a 934.

⁷ Cuaderno 4, folios 1192 a 1196.

⁸ Cuaderno 4, folios



Alegatos en primera instancia

10. Decretadas y practicadas las pruebas⁹, al alegar de conclusión, las partes presentaron sus alegatos, así:

(i) La parte actora¹⁰ insistió en los argumentos de la demanda y Seguros del Estado reafirmó su coadyuvancia frente a éstos.

(ii) El DAPRE¹¹ explicó que la declaratoria de incumplimiento y consecuente imposición de la cláusula penal: (a) no fue extemporánea por cuanto fue expedida dentro del plazo para liquidar el contrato; (b) se adelantó con pleno acogimiento a los derechos de defensa y debido proceso de la parte actora; y (c) se sustentó en el incumplimiento de CIMES debidamente documentado en los informes rendidos por los funcionarios del PLANTE y de la ACCI, así como en el informe de auditoría realizado por la firma ING S.A.; resaltó que la parte actora no desvirtuó las conclusiones de dichos informes, y mucho menos, la presunción de legalidad que cobija a los actos demandados.

(iii) La ACCI¹² reiteró que el convenio establecía en cabeza de la demandante claras obligaciones de resultado, que fueron incumplidas sin que se hubiese allegado prueba en contrario, e insistió en la competencia temporal de las entidades demandadas para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la pena convencional.

Fundamentos de la sentencia de primera instancia

11. El fallo recurrido¹³ negó las pretensiones de la demanda con base en lo siguiente:

(i) La parte actora individualizó correctamente los actos demandados, y agotó la vía gubernativa.

(ii) De conformidad con lo establecido en la ley 1150 de 2007¹⁴, las entidades contratantes están facultadas para declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida, incluso en aquellos negocios jurídicos celebrados antes de su expedición, cuando tal facultad se hubiese pactado con fundamento en la autonomía de la voluntad.

(iii) La jurisprudencia ha explicado que la facultad antes indicada puede ser ejercida con posterioridad al vencimiento del plazo contractual, momento en que es posible determinar la inejecución imputable al contratista, mientras no se haya liquidado el contrato; por tanto, considerando que la Resolución 147 de 2000 - mediante la cual se declaró el incumplimiento- fue proferida antes de realizarse la liquidación del convenio, la entidad tenía competencia temporal para su expedición.

⁹ Cuaderno 3, folios 918 y 919. Se decretaron las documentales aportadas por la demandante y las entidades demandadas, incluyendo especialmente copias de (i) los actos acusados, (ii) el convenio, su prórroga y antecedentes administrativos; (iii) la póliza de seguros; (iv) los informes de interventoría y auditoría efectuados con posterioridad a la terminación; (v) el oficio mediante el cual se pusieron en conocimiento de la actora los informes; (vi) los descargos y el recurso de reposición presentados en sede administrativa.

¹⁰ Cuaderno 3, folios 967 y 968.

¹¹ Cuaderno 3, folios 980 a 985.

¹² Cuaderno 3, folios 986 y 1022.

¹³ Cuaderno principal, folios 1237 a 1245.

¹⁴ Artículo 17.



(iv) La Resolución 101 del 25 de septiembre de 2001 -que resolvió el recurso de reposición- fue proferida antes de que se notificara el auto admisorio de la demanda, de manera que la entidad no había perdido competencia para hacerlo, de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del artículo 60 del CCA¹⁵.

(v) Los informes de interventoría, la auditoría efectuada y la consolidación de pagos del convenio, evidencian que la parte actora incumplió con sus obligaciones en tanto hubo ejecución defectuosa del objeto contractual, lo cual no fue desvirtuado dentro del proceso; está acreditado que la actuación administrativa se fundamentó en los informes de interventoría y auditoría, en los documentos contractuales y en las pruebas aportadas por la demandante, todas las cuales, permiten determinar que el contrato no fue cumplido en su totalidad al no haberse cumplido los objetivos acordados y al existir sumas de dinero entregadas a CIMES, cuyos soportes no fueron aportados para su legalización.

(vi) Está acreditado que, previo a la expedición de los actos demandados, la corporación demandante fue requerida por el incumplimiento y se le brindaron las oportunidades suficientes para pronunciarse, cumplir con sus prestaciones y proceder con la legalización de los pagos y anticipos, por lo que no es cierto el supuesto desconocimiento del derecho al debido proceso aducido por la parte actora.

(vii) Las entidades demandadas no desconocieron el principio de proporcionalidad al cuantificar la cláusula penal, pues bajo la Resolución 101 del 25 de septiembre de 2001 -que resolvió el recurso de reposición- se definió reducir el monto de la pena en la actuación administrativa, atendiendo al cumplimiento parcial del contrato conforme a los argumentos allegados por la demandante.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

12. El fallo en precedencia fue recurrido oportunamente por la parte actora. El recurso de apelación¹⁶ se fundamentó en los siguientes motivos de inconformidad:

(i) Está acreditada la falta de competencia temporal para la declaratoria de incumplimiento, pues como se pactó un término de dos (2) meses para la liquidación bilateral, la entidad tenía hasta el 30 de octubre de 2000 para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal.

(ii) La competencia temporal de las demandadas para proferir la Resolución 101 de 2001, que resolvió el recurso de reposición, se definió a partir de una norma inaplicable, toda vez que el artículo 3º del Decreto 2304 de 1989 que modificó el inciso 3º del artículo 60 del CCA, fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 2066 del 20 de junio de 1990.

(iii) Sí existió la violación al debido proceso alegada, por cuanto: (a) si bien es cierto que CIMES fue convocada para que se pronunciara respecto del informe de interventoría, nunca se le advirtió que las entidades pretendían adelantar una decisión sancionatoria, ni se le indicaron los supuestos cargos de incumplimiento; y

¹⁵ El citado artículo dispone: "La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1 no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo".

¹⁶ Cuaderno principal, folios 1248 a 1307.



(b) las respuestas y observaciones efectuadas por CIMES no fueron leídas, estudiadas o analizadas por las entidades demandadas.

(iv) CIMES no incumplió el convenio, con fundamento en la transcripción de los mismos argumentos expuestos en la demanda.

(v) El *a quo* no se pronunció respecto de los cargos de desviación de poder y violación de la Ley 80 de 1993.

Trámite en segunda instancia

13. Al alegar de conclusión en segunda instancia, la entidad demandante reiteró la postura sustentada en el recurso de apelación¹⁷, mientras que Seguros del Estado y la ACCI guardaron silencio¹⁸. Por su parte, el DAPRE¹⁹ y el Ministerio Público²⁰ solicitaron confirmar la sentencia de primera instancia indicando que: (i) el incumplimiento de CIMES está acreditado en los informes de interventoría y auditoría, sin que la actora lo hubiese desvirtuado; y (ii) no se acreditó la inexistencia de una incompetencia temporal para la expedición de las resoluciones 147 del 27 de diciembre de 2000 y 101 del 25 de septiembre de 2001, en la medida que la primera fue expedida ante del vencimiento del plazo para liquidar, y la segunda, con anterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

14. De conformidad con los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, corresponde a la Sala establecer si:

- (i) La Resolución 147 del 27 de diciembre de 2000 fue proferida con posterioridad al vencimiento del plazo previsto para la liquidación, y en consecuencia, con falta de competencia temporal;
- (ii) La Resolución 101 del 25 de septiembre de 2001 fue expedida con falta de competencia temporal, al haberse proferido después de configurado el silencio administrativo negativo;
- (iii) Los actos acusados se expidieron con violación al debido proceso, falsa motivación y desviación de poder.

La competencia temporal para la expedición de la Resolución 147 del 27 de diciembre de 2000

15. Encuentra la Sala que no le asiste razón a la parte actora toda vez que, contrario a lo afirmado en el recurso, la declaratoria de incumplimiento fue realizada antes del vencimiento del plazo para liquidar el contrato, y, por ende, no fue proferida sin competencia temporal.

16. En primera medida, la Sala puntualiza que incluso en los contratos celebrados antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, la declaratoria de

¹⁷ Cuaderno principal, folios 400 a 407.

¹⁸ Cuaderno principal, folio 1351.

¹⁹ Cuaderno principal, folios 1316 a 1321.

²⁰ Cuaderno principal, folios 1324 a 1350.



incumplimiento era procedente una vez se vencieran los términos de las liquidaciones bilateral y unilateral, siempre que aquel trámite se surtiera antes del vencimiento del término de caducidad o antes de que se notificara el auto admisorio de la demanda²¹, tal como sucedió en el presente caso, lo que descarta la falta de competencia temporal aducida.

17. Adicionalmente, aunque es cierto que, como indica el demandante, para los contratos celebrados en vigencia de la Ley 80 de 1993 y previo a la expedición de la Ley 1150 de 2007, el Consejo de Estado²² sostuvo que esta competencia se extendía hasta los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término previsto para la liquidación bilateral, plazo que correspondía al máximo previsto para que la entidad contratante procediera con la liquidación unilateral, en el caso concreto, está acreditado bajo la cláusula quinta²³ del negocio jurídico y el modificatorio del 27 de junio de 2000²⁴, que:

(i) El convenio tuvo un plazo de ejecución inicial de seis (6) meses desde su legalización, fue objeto de prórroga por dos (2) meses más y su terminación se dio el 31 de agosto de 2000²⁵; adicionalmente, en la cláusula vigésima octava se dispuso que sería liquidado de común acuerdo dentro de los dos (2) meses siguientes a su terminación, esto es, a más tardar el 31 de octubre de 2000, momento desde el cual iniciaba el cómputo de dos (2) meses para proceder con la liquidación unilateral.

(ii) Por tanto, el plazo para efectuar la liquidación unilateral del convenio y, por ende, la competencia temporal para declarar el incumplimiento, inclusive bajo la jurisprudencia aducida por el recurrente, vencía el 31 de diciembre de 2000, por lo que al haberse realizado tal actuación el 27 de diciembre del mismo año, no hay duda de que la misma fue oportuna.

La competencia temporal para la expedición de Resolución 101 del 25 de septiembre de 2001

18. El Tribunal *a quo* determinó que el acto mediante el cual se resolvió el recurso de reposición no fue expedido con falta de competencia temporal, en la medida que se profirió con anterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda conforme al artículo 60 del CCA, según el cual, “[l]a ocurrencia del silencio administrativo negativo (...) no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo”; como fundamento de su inconformidad, la parte actora afirma que la norma transcrita era inaplicable por cuanto el artículo 3º del Decreto 2304 de

²¹ Lo anterior, por cuanto la jurisprudencia mayoritaria de la Sección Tercera estimó que los plazos para la liquidación de los contratos eran indicativos, por lo que era perfectamente posible que las partes o la entidad contratante liquidaran el acuerdo en el término de caducidad de la acción contractual. En vista de que la oportunidad para la declaratoria de incumplimiento luego de vencido el plazo de ejecución se ha vinculado a la extinción del plazo para la liquidación, es justificable que el incumplimiento se surta por fuera del término indicativo de 6 meses, dado que la jurisprudencia explicó que dicho plazo no era preclusivo, lo cual se reafirmó con la Ley 1150 de 2007.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad.: 52001-23-31-000-2001-01115-01 (29.741).

²³ “CIMES ejecutará el convenio de acuerdo con los términos de referencia y demás documentos técnicos que forman parte integrante del presente convenio”.

²⁴ Cuaderno 2, folios 698 y 699

²⁵ El acta de terminación allegada por el demandante indica expresamente que el convenio “tuvo dos meses de prórroga desde el primero de julio al 31 de agosto del año en curso debido a que había un saldo por ejecutar al vencimiento de los términos”. Cuaderno 3, folio 702.



1989, que modificó el inciso 3º del artículo 60 del CCA, fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 2066 del 20 de junio de 1990.

Sobre el particular, debe indicarse que la disposición normativa indicada, con fundamento en la cual el *a quo* determinó la competencia temporal de la entidad para proferir el acto, corresponde al texto original del artículo 60 del CCA, precisamente por cuanto la norma que pretendía modificarlo - Decreto 2304 de 1989- estableciendo la pérdida de la competencia de la administración para resolver los recursos con la ocurrencia del silencio administrativo, fue declarada inexecutable.

19. En consecuencia, no hay duda de que la norma aplicada por el *a quo* para establecer la competencia temporal de las entidades demandadas sí estaba vigente y era aplicable al caso concreto, razón por la que se confirmará lo decidido por el fallo de primera instancia en relación con este cargo.

La violación del debido proceso

20. Respecto de la consagración positiva del debido proceso en materia contractual con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, la Ley 80 de 1993 (artículos 23²⁶ y 77²⁷) remitía a las normas generales del ejercicio de la función administrativa, las cuales envolvían el deber de hacer partícipe al administrado en el trámite previo a la expedición del acto administrativo, garantizándole la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa y contradicción.

21. Esta Corporación ha explicado que con la consagración de tales reglas - que, por demás, son aplicables al convenio bajo estudio atendiendo a su régimen jurídico mixto²⁸- se entendió que la realización del interés público y la protección de los derechos de los particulares exige que en la formación de la voluntad de la administración intervenga el particular que potencialmente pueda resultar afectado, lo que al final será el elemento que legitima la presunción de legalidad del acto.

22. Sin perjuicio de lo anterior, el derecho al debido proceso no se traduce en la necesidad de que los procedimientos administrativos contractuales sean iguales a los judiciales ni a los administrativos que están reglados, en tanto deben estar a tono con la agilidad y eficiencia propia exigible a la administración. De ahí que por regla general, los procedimientos administrativos están llamados a amoldarse a la

²⁶ “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

²⁷ “En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.”

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de agosto de 2018. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 25000-23-26-000-2012-00490-01 (57122). “Conviene ahora precisar que el contrato derivado del artículo 355 de la Constitución Política tiene un régimen legal mixto, puesto que, partiendo de la citada norma constitucional y del contenido del Decreto 777 de 1992, se concluye que es de su esencia la participación de entidades públicas y la ejecución de los planes y programas de desarrollo con los recursos de presupuestos estatales, en forma tal que resulta innegable que a este tipo de convenios se le aplican los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y las reglas fiscales de ejecución de los presupuestos públicos, las cuales aparecen expresamente invocadas en el citado decreto (...)”



consecución de los fines que persiguen, por lo que no son únicos ni rígidos, sino que en el marco de los criterios y principios que gobiernan la noción de justicia administrativa, se adecúan a la realización de los fines de la función y los cometidos que con ella se realiza.

23. Por tanto, atendiendo a la ausencia de un procedimiento reglado para la declaratoria de incumplimiento aplicable al caso concreto, el respeto al debido proceso se entiende garantizado cuando se adelanta un trámite que permita al contratista conocer los fundamentos que darán lugar a la determinación administrativa que se pretenda adoptar y, de cara a ello, pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción.

24. En el caso concreto, la parte actora afirma que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, por cuanto: (i) aunque se le solicitó pronunciarse respecto del informe de interventoría, no se le advirtió que se pretendía adelantar una decisión sancionatoria, ni se le indicaron los cargos de incumplimiento y, (ii) las respuestas y observaciones que hizo no fueron leídas, estudiadas o analizadas por las entidades demandadas. Sobre el particular, obra en el proceso lo siguiente:

(i) Tal como es reconocido por la parte actora²⁹, esta conoció y estuvo presente en las diligencias realizadas entre el 21 de septiembre y el 7 de octubre de 2000, que dieron origen a los informes de interventoría y de liquidación y consolidación de pagos³⁰, donde se evidenciaron los incumplimientos del contrato y con fundamento en los cuales se expidieron los actos acusados.

(ii) Los informes antes indicados fueron puestos en conocimiento de la demandante mediante oficio 2614 del 19 de diciembre de 2000³¹; en este oficio se le indicó expresamente a CIMES, que la ACCI se encontraba “*estudiando las medidas jurídicas a adoptar*”, evidentemente, como consecuencia del incumplimiento del convenio, lo cual es fácil de advertir considerando que en tales informes se concluyó, entre otros, que: (i) “*La contabilidad del convenio fue manejada por CIMES a su conveniencia*”, mezclando sus gastos con los del convenio, y que de hecho, “*pagó con los recursos del convenio rubros no contemplados como gastos elegibles*”, incluyendo personal perteneciente a su nómina³²; (ii) varias de las empresas asesoradas presentan un grave “*desorden administrativo y contable*”, evidenciando que “*el acompañamiento socio-empresarial tuvo bastantes falencias*”, de manera que “*la entidad asesora contratada no cumplió a cabalidad*” por cuenta del “*desorden administrativo que hay después del proceso de acompañamiento socio-empresarial*”³³.

(iii) Además, como evidencia adicional de que la parte demandante conocía que en dichos informes se concluía que había incumplido el convenio, y que por lo tanto, podrían derivarse las consecuencias previstas legal y contractualmente ante dicho evento, la Sala observa que CIMES al dar respuesta mediante oficio CC-311-2000³⁴, presentó un verdadero escrito de descargos, afirmando haber “*cumplido con lo pactado en el convenio 018, en todos sus aspectos, de actividades de ejecución*

²⁹Ver página 96 de la demanda, numeral 7.

³⁰ Cuaderno 3, folios 726 a 747.

³¹ Cuaderno 1, folio 32.

³² Cuaderno 3, folios 746 y 747.

³³ Cuaderno 3, folio 735.

³⁴ Cuaderno 1, folios 34 a 45.



económica”³⁵, según se explica en el recurso de apelación, “*aclarando punto por punto los requerimientos que se le hicieron*”³⁶, denotando que la demandante también conoció y entendió los precisos puntos, razones y fundamentos de los incumplimientos que se le imputaban.

(iv) Presentado el recurso de reposición por CIMES³⁷, se realizó por la ACCI una visita a CORPOAGRO -febrero 6 de 2001- y mediante oficio de remisión del acta correspondiente diligencia, se solicitó a CIMES, previo a resolver el recurso de reposición, allegar todas las evidencias (manuales, actas de reuniones, informes evidencias de talleres realizados, controles de asistencia realizados correspondencia, videos etc.), y en general, los medios probatorios que acreditaran la realización del objeto del convenio y el fiel cumplimiento de sus obligaciones, especialmente la consecución de los resultados fijados en los términos de referencia y la propuesta³⁸. El 14 de junio de 2001 se informó a CIMES sobre las actuaciones realizadas con el fin de resolver el recurso, solicitando nuevos soportes en relación con los gastos del convenio.

(v) Finalmente, al resolver el recurso de reposición³⁹, las entidades demandadas advirtieron que:

- (a) El contenido del escrito de descargos presentado por CIMES, “*es general y narrativo de situaciones del entorno del convenio celebrado y en nada aporta elementos probatorios acerca del cumplimiento pleno por su parte del objeto y las obligaciones del Convenio*”,
- (b) En el recurso de reposición se afirma que se trata “*de un contrato de medios y no de resultados, pretendiendo con esta distinción el recurrente desconocer que conforme lo establece la cláusula primera del Convenio, hacen parte del mismo los términos de referencia, los cuales incluyen en forma expresa la realización de unos objetivos "específicos" y unos "productos finales"*”.
- (c) El recurso interpuesto es un escrito “*repetitivo y alusivo de circunstancias que intentan dar una explicación a su actuar en relación con el Convenio; sin embargo, no alcanzan a tener el mérito probatorio para desvirtuar el incumplimiento que aún subsiste*”. La Sala advierte que los argumentos del recurso de reposición en sede administrativa, son copia de textual de los allegados con la demanda, y posteriormente, con el recurso de apelación.
- (d) Para efectos de adoptar la decisión, se “*analizaron las explicaciones dadas por el recurrente, procediendo a la confrontación de las mismas con las pruebas documentales que allegó con el recurso; así mismo, se verificaron a la luz de las pruebas documentales, como los informes sobre gastos elegibles y no elegibles, los informes y respuestas presentadas por CIMES, las recaudadas en la visita realizada a CORPOAGRO el 6 de febrero y los informes del interventor*”
- (e) Del anterior procedimiento, “*se verificó nuevamente el grado de cumplimiento del objeto del Convenio, sus obligaciones, los objetivos y resultados o productos esperados y se determinó así mismo el incumplimiento que en forma parcial fue presentado*”, y en razón a que el

³⁵ Cuaderno 1, folio 42.

³⁶ Página 7.

³⁷ Cuaderno 1, folios 345 a 350 y cuaderno 2, folios 351 a 404.

³⁸ Cuaderno 3, folios 788 al 791.

³⁹ Cuaderno 3, folios 800 a 813.



incumplimiento fue del 30%, y atendiendo a los argumentos de la ahora demandante, *“la pena pecuniaria aplicada en la resolución recurrida debe ser objeto de graduación proporcional al mismo”*, por lo que se redujo el valor inicialmente tasado.

25. La evidencia antes referida, descarta el carácter sorpresivo que la parte actora pretende atribuir al procedimiento mediante el cual fue declarado el incumplimiento del convenio e impuesta la cláusula penal, pues conocía los hechos, fundamentos y motivos que llevaron proferir los actos acusados, y previo a su expedición, se le dio la oportunidad de controvertirlos, como en efecto lo hizo en su escrito de descargos; tampoco se acompasa con esta realidad probatoria que las entidades demandas no hubiesen considerado los argumentos de defensa de la ahora demandante, pues a pesar de que no los hubieran estimado como elementos válidos de una exculpación o defensa, lo cierto fue que a la luz de los informes de la ejecución del convenio, tales argumentos carecían de soporte probatorio y de la entidad suficiente para desvirtuar por sí mismos el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

26. Por tanto, la Sala concuerda con lo decidido en primera instancia respecto de la inexistencia de una vulneración al derecho al debido proceso de la parte actora, pues las pruebas allegadas permiten establecer que tuvo la posibilidad de intervenir en la actuación administrativa, conocer las diligencias y los incumplimientos que se le imputaban, así como controvertir los documentos con base en los cuales se profirió la decisión.

La falsa motivación

27. Como fundamento de la demanda, especialmente respecto de la configuración de la falsa motivación aducida, la parte actora presentó una copia o transcripción literal exacta de lo argumentado en el recurso de reposición interpuesto en contra del acto que declaró el incumplimiento⁴⁰.

28. El Tribunal *a quo* determinó que tales argumentos, sin que se hubiesen allegado pruebas para soportarlos, resultan insuficientes para controvertir las conclusiones de los informes de interventoría y auditoría que sustentaron los actos acusados, los cuales permiten establecer que el contrato no fue cumplido en su totalidad al no haberse cumplido los objetivos acordados y al existir sumas de dinero entregadas a CIMES cuyos soportes no fueron legalizados. En consecuencia, el fallo de primera instancia determinó que los argumentos de la demandada resultan insuficientes para desvirtuar la presunción de legalidad que cobija a los actos acusados.

29. Frente de dicha determinación, la parte actora se limitó a indicar en el recurso de reposición su inconformidad transcribiendo, nuevamente de forma exacta, los mismos argumentos allegados en la demanda⁴¹, mientras que, en los apartes no copiados, el recurrente simplemente remitió a *“los folios 62 a 82 del libelo introductorio de la demanda”*, o al *“análisis que me permití hacer igualmente en la demanda inicial”*⁴².

⁴⁰ Ver cuaderno 2, folios 351 a 397 y 433 a 483 (páginas 7 a 53 del recurso de reposición en sede administrativa y páginas 29 a 79 de la demanda).

⁴¹ Ver cuaderno principal, folios 1266 a 1305 (páginas 19 a 58 del recurso de apelación).

⁴² Cuaderno principal, folios 1307 y 1307.



30. Sobre el particular, esta Subsección de manera reiterada⁴³, ha sostenido que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo que el apelante tiene la carga de confrontar los argumentos del juez de primera instancia con sus propias reflexiones, carga que no se suple con la manifestación genérica de encontrarse en desacuerdo con el fallo de primera instancia, ni con la sola petición de que se revoque, como tampoco mediante la reiteración de los argumentos y razones expuestas en el curso de la primera instancia; en este sentido, la Sala ha explicado que el recurso de apelación es ajeno a la simple reiteración de las *hipótesis* que sirvieron como punto de partida en la construcción del proceso en primera instancia, pues éstas ya fueron objeto de comprobación y debate.

31. Ahora, aunque lo anterior resultaría suficiente para confirmar lo decidido por el *a quo* en relación con el cargo de falsa motivación, puesto que la parte actora se limitó a transcribir los argumentos de la demanda en el recurso de reposición, dejando de exponer puntualmente razones de inconformidad en relación con el fallo apelado que puedan ser objeto de estudio, le asiste razón en cuanto a que el *a quo* no se pronunció expresamente respecto de la naturaleza jurídica de las prestaciones de la parte actora como obligaciones de medio o de resultado. Sin embargo, al revisar dicho aspecto, se concluye que los argumentos de la parte actora resultan insuficientes para desvirtuar su incumplimiento y acreditar la falsa motivación aducida, en tanto y en cuanto:

(i) Revisados los términos de referencia, la propuesta y el texto del convenio, no hay duda de que las obligaciones adquiridas por CIMES bajo el convenio corresponden a obligaciones de resultado, definidas bajo unas prohibiciones, metas y entregables claramente identificables. Al respecto, se tiene que el objeto principal del convenio consistía en “estructurar” una propuesta de acompañamiento socio-empresarial para CORPOAGRO y cuatro organizaciones productoras de frutas, más no el simple desarrollo de las gestiones, o la sola disposición de los medios necesarios para ello; adicionalmente y para lograr dicho objetivo, CIMES se obligó expresamente bajo unos “*OBJETIVOS ESPECÍFICOS*” y “*PRODUCTOS FINALES*”, a lo siguiente⁴⁴:

- (a) Abstenerse de destinar los recursos de cofinanciación a finalidades distintas a la ejecución del Convenio.
- (b) Concertar y definir las áreas funcionales de CORPOAGRO, de acuerdo a la estructura administrativa diseñada, así como el montaje de iniciativas y procesos de conocimiento para la dinámica local y regional.
- (c) Operativizar a CORPOAGRO en la producción y comercialización de productos del campo y la ciudad.
- (d) Definir un plan de asesoría y acompañamiento en consultoría de procesos, que permita consolidar un equipo de trabajo para la permanente investigación, sobre la operación y funcionamiento de CORPOAGRO.

⁴³ Al respecto pueden verse, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de enero de 2011, Exp. 20955. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 5 de febrero de 2021, Exp. 51371. C.P. José Roberto Sáchica Méndez; sentencia del 5 de marzo de 2021, Exp. 64163. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 7 de diciembre de 2021, Exp. 65962. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 16 de agosto de 2022, Exp. 52803. C.P. María Adriana Marín; sentencia del 8 de mayo de 2023, Exp. 59376. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁴⁴ Términos de referencia, cuaderno 3, folios 669, 670 y 672.



- (e) Identificar e implementar un sistema de comunicación, interacción y retroalimentación entre los productores asociados en las organizaciones y CORPOAGRO.
- (f) Implementar un sistema de planeación y seguimiento a la producción, comercialización y asociados de las organizaciones base de CORPOAGRO.
- (g) Definir e implementar procesos pedagógicos para la adquisición de herramientas para la destreza y habilidad en el manejo de las organizaciones por parte de los asociados.
- (h) Orientar y definir con cada una de las organizaciones planes de acción a corto, mediano y largo plazo que involucren, actividades, objetivos, tiempos, resultados e indicadores de medición de impacto.

(ii) Por tanto, no es cierto que CIMES se hubiese obligado bajo el convenio a realizar *“un simple acompañamiento de asesoría y de aporte de conocimientos”*, resultando tal argumento insuficiente para desvirtuar las conclusiones de los informes de interventoría y auditoría que sustentaron y motivaron la expedición de los actos acusados, cuyas premisas generales fueron, las siguientes:

- (a) Los estatutos propuestos por CIMES contenían falencias de tipo estructural que reflejaban a CORPOAGRO como un ente cerrado, sin posibilidades de ampliarse y con tres departamentos, cuyas falencias administrativas y contables, no permitieron su funcionamiento y operación adecuada.
- (b) No hubo un asesoramiento en la organización y creación de un reglamento interno, como tampoco de un manual de funciones para establecer los roles que deben desempeñar los funcionarios de CORPOAGRO.
- (c) No se realizó una proyección financiera de la empresa ni se hicieron los cálculos financieros para establecer, al menos, su punto de equilibrio.
- (d) La contabilidad del convenio fue manejada por CIMES de forma indebida y a conveniencia, amalgamando los comprobantes de egreso con gastos propios, no realizando pagos por cheque a quienes participaron en la ejecución del proyecto para evitar el pago del dos por mil y mezclando los pagos de salarios del proyecto con los suyos en la liquidación de nóminas.
- (e) Aunque se abrió la cuenta corriente para el manejo de los recursos del convenio, éstos se utilizaron sin tener en cuenta los requisitos mínimos contables, y los pagos no fueron girados directamente desde esa cuenta, sino de una caja menor combinada con recursos propios de CIMES.
- (f) CIMES pagó con los recursos del convenio rubros no contemplados en el convenio, como gastos elegibles, la totalidad de los servicios telefónicos de sus oficinas, el arriendo de éstas al proyecto, el total del servicio de aseo, mantenimientos de equipos propios, asesor contable, revisor fiscal, reparación y seguro de vehículo (moto), impuestos de timbre nacional, bonificaciones, primas de servicio, entre otros. En la propuesta solo se autorizaban los cargos de Director de Proyecto, tres (3) asesores y una secretaria, no obstante, se pagó por nómina a varias personas no estipuladas en ella.



32. De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que no existen elementos de juicio para modificar la decisión del *a quo* al desestimar el cargo de falsa motivación.

Los cargos de violación de la Ley 80 de 1993 y desviación de poder

33. La Sala encuentra que efectivamente el Tribunal *a quo* no se refirió de manera explícita a los cargos por violación de la ley y desviación de poder. Sin embargo, por cuanto sus fundamentos de hecho son exactamente los mismos utilizados para sustentar la falsa motivación, la Sala llega a la misma conclusión referida en el numeral 32 (ii) anterior. Sin perjuicio de esta manifestación, la Sala no puede dejar de precisar que la falsa motivación y la desviación de poder corresponden a conceptos distintos.

34. La desviación de poder está intrínsecamente relacionada con el elemento teleológico del acto administrativo, pues las atribuciones otorgadas a un funcionario público para gestionar y concretar un acto, deben dirigirse principalmente al cumplimiento de los fines del Estado, el interés general, la satisfacción de las necesidades colectivas y la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política y las normas jurídicas; por ende, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero con una finalidad extraña al interés general, ese acto sería ilegal por desviación de poder.

35. La idea antes referida debe acompañarse con la premisa, según la cual, no solo cuando se está frente a una finalidad personal, extraña al interés público, o que se quiera actuar con el fin de beneficiar a un tercero o a un grupo de terceros, se configura un vicio en el acto administrativo por desviación de poder, pues en determinadas hipótesis tal vicio también estará presente de cara a situaciones en las que se quiera beneficiar a la misma administración o cuando el fin perseguido, si bien es coherente con el interés general, se aparta del fin específico contemplado en la ley para el respectivo acto, esto, en tanto es factible que un acto persiga fines de interés público pero distintos a los previstos en la norma que establece la competencia. Así, si bien lo que determina la desviación de poder son los fines, no siempre media la intención de adoptar una decisión que persiga un fin diferente al previsto por el ordenamiento jurídico, pues como se dijo, el propósito no siempre será particular, personal o arbitrario, pues podrá beneficiar a la misma administración.

36. Precisada la anterior noción, la Sala no encuentra que bajo la alegada desviación de poder el actor pretenda demostrar un vicio de tal naturaleza, en tanto sus argumentos se circunscribieron al desacuerdo con la motivación de los actos demandados bajo la premisa de que sí cumplió con las obligaciones a su cargo, pero de manera alguna, planteó la existencia de elementos fácticos o jurídicos tendientes a indicar que las demandadas hubiesen actuado con propósitos, fines o intereses distintos a los definidos en las resoluciones que se acusan, contrarios a los intereses públicos, o distintos a las finalidades concretas que la ley buscó satisfacer al otorgar a las demandadas la competencia para proferirlos, en el caso concreto, como consecuencia del incumplimiento del convenio.

37. En consecuencia, dado que la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad que acompaña a los actos acusados, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.



Costas

38. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del CCA⁴⁵, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena en costas a la parte vencida. Por tanto, en consideración a que no se evidenció que la parte demandante haya actuado temerariamente, o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 2 de junio de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁴⁶

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
(Aclaración de voto)

VF

⁴⁵ "En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."

⁴⁶ Nota: 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 enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.