



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A
Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 250002326000200602052 02 (66963)
Actor: FONADE
Demandado: SOCIEDAD AROTEC COLOMBIANA S.A. EN
REESTRUCTURACIÓN Y OTRO
Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: RÉGIMEN JURÍDICO DE FONADE EN VIGENCIA DE LEY 80 DE 1993 – los contratos celebrados en el giro ordinario de su objeto se someten al derecho privado / DEMANDA DE RECONVENCIÓN – debe formularse en el término de caducidad de la acción / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ATRIBUIDO A FONADE – no se acreditó que el contratista hubiera desatendido sus obligaciones por razones atribuibles al ente contratante

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada de la demanda principal y demandante en reconvención -Arotec-, contrala sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, el 9 de septiembre de 2020, mediante la cual se resolvió (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“PRIMERO: DECLARAR que la Sociedad AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, incumplió el Contrato No. 2022027 de 2002, de acuerdo con las consideraciones de esta sentencia.

“SEGUNDO: DECLARAR liquidado judicialmente el Contrato No. 2022027 de 2002 celebrado entre FONADE y AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN en los términos de las consideraciones de esta sentencia, esto es, con un saldo a favor de la sociedad contratista AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACION de OCHENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS (\$87'520.914).

“TERCERO: NEGAR las excepciones propuestas por AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN a la demanda principal.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda principal presentada por el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, de conformidad con lo expuesto.

QUINTO: NEGAR las pretensiones de la demanda de reconvención presentada



Expediente:	250002326000200602052 02
Actor:	FONADE
Demandado	Sociedad Arotec Colombiana en reestructuración y otro
Referencia:	Acción contractual

por AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las objeciones por error grave presentadas contra los dictámenes periciales rendidos por los auxiliares de la justicia Francisco Acevedo Fonseca, Gerardino Vivas y Marco Aurelio Farfán Chaparro, de conformidad con lo expuesto.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA la objeción por error grave presentada contra el dictamen pericial rendido por el Auxiliar de la Justicia Juan José Rondón Sánchez, de acuerdo con las consideraciones de esta sentencia.

OCTAVO: Sin condena en costas.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno a la declaratoria de incumplimiento del contrato 2022027 celebrado entre Fonade y Arotec, cuyo objeto consistió en la modernización e innovación de las tecnologías en los centros de formación del SENA en el área de agroindustria, incumplimiento que se atribuyó al contratista, Arotec, por no haber realizado la entrega completa de los equipos contratados y no haber invertido en el proyecto la totalidad de los recursos desembolsados.

Simultáneamente, por vía de la demanda de reconvención interpuesta por la contratista, se ventila el incumplimiento de las obligaciones a cargo de Fonade, referentes a la entrega de las locaciones en las que se habría de instalar las soluciones tecnológicas, cuestión que motivó que el contrato se prorrogara en varias ocasiones generando mayor permanencia en obra y la ruptura del equilibrio económico en perjuicio del particular.

2. La demanda principal

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 9 de octubre de 2006 por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade, en ejercicio de la acción contractual, en contra de la sociedad Arotec Colombiana S.A. en reestructuración (en adelante Arotec) y la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza (en lo sucesivo Confianza), con el fin de que:

- Se declarara que Arotec incumplió el contrato No. 2022027 celebrado con Fonade.



Expediente:

Actor:

Demandado

Referencia:

250002326000200602052 02

FONADE

Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro

Acción contractual

- Como consecuencia se condenara a Arotec y a Confianza, de manera solidaria, a pagar la suma de \$3.124'165.178 con sus intereses moratorios y debidamente actualizada, discriminada de la siguiente forma:

Valor inicial del contrato	\$7.699'131.730
Anticipo entregado	\$3.849'565.865
Amortización del anticipo	\$850'880.802
Pago anticipado	\$769'913.173
Primer pago	\$769'913.173
Segundo pago	\$303'886.001
Valor desembolsado por FONADE	\$5.693'278.212
Recursos ejecutados por el contratista	\$3.339'025.666
Recursos no ejecutados por el contratista que deben ser reintegrados a FONADE	\$2.354'252.545
Cláusula penal que debe ser pagada por el contratista a Fonade	\$769'913.173
TOTAL A CARGO DEL CONTRATISTA	\$3.124'165.718

- Que se declare que la liquidación judicial del contrato se ajusta al contenido del proyecto de acta de liquidación elaborada por Fonade.

2.1. Los hechos de la demanda principal

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos relevantes:

- 2.1.1. En 2001, Fonade y el Sena celebraron el convenio interadministrativo de proyectos No. 191160, con el objeto de aunar esfuerzos financieros y técnicos para desarrollar el proceso de modernización tecnológica de los centros de formación profesional del Sena en el sector agropecuario y agroindustrial, y el proyecto de dotación de centros agropecuarios y laboratorios de ciencias básicas.
- 2.1.2. En el marco de ese convenio, el 20 de agosto de 2002, previa convocatoria pública, Fonade y Arotec celebraron el contrato No. 2022027, cuyo objeto consistió en adelantar para el Sena la modernización e innovación de las tecnologías de los centros de formación de esta entidad en el área de agroindustria, talleres didácticos de lácteos, cárnicos y fruver, laboratorio de biotecnología vegetal y control de calidad de alimentos requeridos.
- 2.1.3. El 2 de septiembre de 2002, Confianza S.A. expidió la póliza No. C-0204-1560392 para amparar los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato



<i>Expediente:</i>	250002326000200602052 02
<i>Actor:</i>	FONADE
<i>Demandado</i>	Sociedad Arotec Colombiana en reestructuración y otro
<i>Referencia:</i>	Acción contractual

2022027, del manejo del anticipo, salarios y prestaciones y calidad y correcto funcionamiento.

2.1.4. El valor del contrato se pactó en la suma de \$7.699'131.730 y su plazo en 12 meses, contados a partir de la aprobación de la garantía, lo cual ocurrió el 23 de septiembre de 2002.

2.1.5. El plazo del contrato se prorrogó en cuatro ocasiones, la última de las cuales lo extendió hasta el 28 de febrero de 2006.

2.1.6. Durante el desarrollo del contrato, Arotec solo ejecutó \$3.339'025.666 de los \$7.699'313.730 que Fonade desembolsó. Los informes de interventoría dieron cuenta del incumplimiento en que incurrió el contratista en los centros de Gaira, Zipaquirá, Mosquera, Pamplona y Guatiguará por no intervenir y cumplir sus obligaciones contractuales, ante la no entrega de la totalidad de los equipos y bienes contratados para los centros de Duitama, Valledupar, Álamos, Pamplona, Guatiguará, Mosquera, Gaira y Zipaquirá y por el indebido manejo de los recursos entregados a título de anticipo.

2.1.7. Con base en los anteriores incumplimientos, mediante oficio del 27 de septiembre de 2006, Fonade comunicó al contratista su intención de hacer efectiva la cláusula penal pactada en cuantía de \$769'913.173.

2.1.8. En comunicación del 10 de mayo de 2006 Fonade dio aviso del siniestro de incumplimiento del contrato 2022027 a la aseguradora Confianza S.A., a lo cual esta compañía respondió a través del oficio 6 de junio de 2006, realizando recomendaciones sobre cómo demostrar la ocurrencia del siniestro y para proceder a la liquidación bilateral o unilateral del contrato.

2.2. Actuación procesal

2.2.1. La demanda se admitió mediante auto del 2 de noviembre de 2006, aclarado en auto del 26 del mismo mes y año y se ordenó su notificación a las demandadas y al Ministerio Público.

2.3. Contestación de la demanda – Arotec

Arotec contestó la demanda dentro del término legal. En esa oportunidad manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda, habida cuenta de que fue Fonade



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

el que incumplió las obligaciones emanadas del contrato 2022027 y de los términos de referencia en que se sustentó la oferta presentada para contratar.

Expresó que en el desarrollo del contrato las condiciones inicialmente previstas variaron y diferían de lo establecido en los términos de referencia. Indicó que el contratista no recibió las instalaciones en las que debía cumplir sus obligaciones, omisión atribuible, en su criterio, a Fonade.

Señaló que no se presentó demora de su parte en el suministro de estudios y diseños contratados y lo que faltó por entregar se debió a la no disposición por la entidad de la infraestructura en obra negra sobre la cual recaerían. Agregó que el anticipo fue debidamente invertido en la ejecución del contrato.

Adujo que las prórrogas y suspensiones se debieron a la falta de planeación contractual de Fonade. Alegó que se vulneró el debido proceso, por cuanto los informes de interventoría en que se sustentó el incumplimiento del contratista no le fueron puestos en su conocimiento. Agregó que Fonade liquidó unilateralmente el contrato sin dar a conocer su contenido a Arotec S.A.

Adicionalmente, formuló como excepciones las que denominó: *“imprevisibilidad de los efectos económicos del contrato”, “buena fe”, existencia de desequilibrio económico”, “falta de planeación contractual”, “excepción de contrato no cumplido” e “indebida integración del contradictorio”.*

2.4. Contestación – Confianza S.A.

La Compañía aseguradora contestó la demanda en tiempo. Frente a los hechos manifestó que unos eran ciertos, con las aclaraciones del caso, y otros no le constaban por lo que debían probarse.

Manifestó que, al recibir la comunicación de Fonade en la cual avisaba sobre la ocurrencia del siniestro, Confianza respondió que, en observancia del artículo 1077 del Estatuto Mercantil, la entidad debía probar su acaecimiento como su cuantía a través de la liquidación del contrato y, en ese sentido, solicitó que se aplicara la cláusula de solución de controversias.



Expediente:	250002326000200602052 02
Actor:	FONADE
Demandado	Sociedad Arotec Colombiana en reestructuración y otro
Referencia:	Acción contractual

También propuso los medios exceptivos de *“inexistencia de solidaridad consecuente exigibilidad de obligaciones a la aseguradora como deudor solidario”, “cumplimiento del contrato por parte del garantizado – contrato no cumplido por la contratante”, “inversión del anticipo consecuente inexigibilidad del amparo de anticipo”, “falta de prueba del siniestro y su real cuantía”, “inexistencia de la cláusula penal por no cobertura en el contrato de seguros de cumplimiento en favor de particulares”, “afectación del seguro en proporción al porcentaje incumplido del contrato”, “inexistencia de lucro cesante por expresas exclusiones del concepto”, “compensación” e “inexistencia de intereses moratorios y actualizaciones monetarias”.*

3. Demanda de reconvencción

El 1 de agosto de 2008, la sociedad Arotec Colombiana S.A. en reestructuración presentó demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en contra de Fonade, con el fin de que:

- i) Se declarara que Fonade incumplió el contrato No. 2022027.
- ii) Como consecuencia, se absolviera a Arotec S.A. de pagar o restituir a Fonade suma alguna.
- iii) Se condenara a Fonade a pagar a Arotec \$594'120.622 por los gastos en que debió incurrir como resultado de la mayor permanencia en obra causada por la extensión del plazo contractual.
- iv) Se condenara al pago de todos los perjuicios derivados de la ruptura de la ecuación financiera del contrato.

3.1. Los hechos en reconvencción

Además de reiterar los hechos relacionados con la celebración del contrato, su ejecución y la extensión de su plazo, en el escrito de la demanda se relató:

3.1.1. En octubre de 2005, Arotec presentó reclamación por desequilibrio económico del contrato, solicitud que fue negada por Fonade en escrito del 28 de febrero de 2006.

3.1.2. El 27 de septiembre de 2006 Fonade informó al contratista su intención de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de \$769'913.713.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

3.1.3. El 5 de octubre de 2006, Fonade entregó al contratista el proyecto de liquidación bilateral del contrato 2022027.

3.2. Fundamentos de derecho

El contratista alegó que la prórrogas del contrato fueron imputables a la responsabilidad de Fonade y su falta al deber de planeación, en consideración a que las obras de los centros en los que se instalarían los laboratorios de control de calidad y los talleres de agroindustria estaban en proceso de contratación y, en otros casos, pendientes de terminar los acabados de la infraestructura física, todo lo cual causó la mayor permanencia en obra y sobrecostos administrativos a cargo de Arotec, lo que desencadenó la ruptura de su equilibrio económico.

Adujo que Fonade transgredió el principio de buena fe, ya que, a pesar de que Arotec aceptó la variación de las condiciones contractuales y ejecutó el negocio en circunstancias diversas, la entidad decidió no ampliar por última vez el plazo del acuerdo y demandar al contratista.

Indicó que en el caso se había vulnerado el debido proceso de la sociedad, toda vez que el supuesto incumplimiento endilgado a Arotec se fundamentó en tres informes de los cuales esta no tuvo conocimiento.

3.3. Actuación procesal

3.3.1. La demanda de reconvención fue admitida mediante providencia de 20 de noviembre de 2008 y se ordenó su notificación a la demandada y al Ministerio Público.

3.3.2. Contestación de la demanda de reconvención – Fonade

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término legal y se opuso a las pretensiones, por considerarlas carentes de fundamento jurídico.

Alegó que las prórrogas del contrato se celebraron de común acuerdo, con la expresa mención de que no se adicionaba el valor pactado, a lo que añadió que a ese consenso se arribó por las solicitudes que en ese sentido elevaba el contratista.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

Explicó que la reclamación de restablecimiento de la ecuación contractual fue negada, tras considerarse que estuvo de acuerdo con las prórrogas, no existía causa legal que lo justificara, la ampliación del plazo de se dio por razones imputables al contratista, el contrato se encontraba terminado desde el 28 de febrero de 2006 y Arotec adeudaba a Fonade el valor del anticipo no ejecutado durante la ejecución.

Propuso las siguientes excepciones: *“incumplimiento de las obligaciones de Arotec”,* y *“perjuicios económicos ocasionados por la nueva contratación efectuada por Fonade por el incumplimiento de Arotec”.*

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C resolvió el litigio en la forma transcrita al inicio de esta providencia.

Luego de referirse al contenido de los peritazgos practicados en el curso de la actuación, se pronunció frente a las objeciones por error grave formuladas en su contra.

Estimó que los dictámenes rendidos por los auxiliares de la justicia Francisco Acevedo, Gerardino Vivas y Marco Aurelio Farfán debían ser desestimados parcialmente, ya que contenían apreciaciones jurídicas que correspondía adoptar al fallador, no obstante lo cual, no se evidenciaba un error grave en el contenido de las conclusiones de la pericia. Agregó que, por lo demás, los dictámenes fueron consistentes en determinar, con base en el análisis contable del contrato, que Arotec invirtió los recursos entregados por Fonade en la ejecución del contrato 2022027.

Advirtió que, por el contrario, el dictamen rendido por el auxiliar de la justicia Juan José Rondón sí era constitutivo de error grave y que, en tal virtud, debía prosperar la objeción formulada, porque su razonamiento fue parcial, en tanto para su práctica solo se basó en los documentos suministrados por Fonade y no en los adjuntados por el contratista. Aunado a lo dicho, censuró que, pese a mediar petición de complementación de ese dictamen, el perito no la atendió.

Acto seguido, el *a quo* analizó el material probatorio que milita en el expediente, al cabo de lo cual consideró:



<i>Expediente:</i>	250002326000200602052 02
<i>Actor:</i>	FONADE
<i>Demandado</i>	Sociedad Arotec Colombiana en reestructuración y otro
<i>Referencia:</i>	Acción contractual

Que el contrato no fue liquidado unilateralmente por Fonade, pues si bien existía un acta de liquidación, tal documento correspondió a un proyecto de liquidación bilateral que, en todo caso, carecía de firma por el representante de Arotec. De ahí concluyó que en realidad no existía un acto administrativo de liquidación unilateral y que, además, Fonade no estaba facultado para ejercer esa prerrogativa en los términos de la Ley 80 de 1993, dada su naturaleza de entidad financiera que se regía por el derecho privado.

Por lo anterior concluyó que no era viable examinar la legalidad de ese instrumento que era un simple proyecto de acta de liquidación bilateral.

Luego, repasó de manera genérica el principio de planeación y el del equilibrio económico, este último a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Revisó los contenidos de las prórrogas suscritas y concluyó que fueron celebradas para dar cumplimiento cabal al contrato. En cuanto a las reclamaciones por desequilibrio económico, observó que el contratista había elevado dos solicitudes en ese sentido; la primera, el 12 de octubre de 2005, y la segunda el 28 de febrero de 2006. Frente a la de octubre reseñó que posteriormente, el 26 del mismo mes y año, las partes suscribieron una prórroga al contrato, sin que Arotec expresara salvedades o reparos en torno a la ruptura del equilibrio y, por el contrario, se pactó que esa ampliación no generaba adición de recursos, cuestión que, en atención a la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la oportunidad para presentar reclamaciones derivadas de la alteración de las condiciones iniciales por causas ajenas a las partes, conducía a la extemporaneidad de su formulación en sede judicial.

En relación con la solicitud del 28 de febrero de 2006, el Tribunal argumentó que se presentó cuando el plazo contractual había finiquitado, por lo que resultaba improcedente y contrario a la buena fe que suscribiera prórrogas sin replicar las situaciones de desequilibrio económico y esperara al vencimiento del término para alegarlas.



Expediente:

Actor:

Demandado

Referencia:

250002326000200602052 02

FONADE

Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro

Acción contractual

Agregó que en el caso concreto no se presentaron circunstancias imprevisibles que ocasionaran la fractura de la ecuación contractual, toda vez que la extensión en el plazo era una situación previsible para el contratista, debido a su condición de experto en la compra e importación y en la instalación de equipos tecnológicos. Añadió que tampoco las prórrogas eran atribuibles al incumplimiento de Fonade, puesto que lo que se hizo a través de ellas fue superar los escollos que se presentaron durante su ejecución.

Sostuvo que no estaban demostrados los valores en que basó el contratista su reclamación ni el quebramiento de su economía, puesto que sus alegaciones se fundaron en argumentos generales y abstractos concernientes a que durante el tiempo de ejecución se hizo más oneroso el cumplimiento del contrato.

Con base en todo lo anterior, concluyó que no había lugar acceder a la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico invocada en la demanda de reconvención.

Al abordar el asunto concerniente al incumplimiento contractual *-cuyo examen se emprendió de manera simultánea respecto de las obligaciones a cargo de ambas partes-*, el *a quo* expresó que la cláusula relativa al pago había sido modificada por las partes el 13 de junio de 2005, en el sentido de que el mismo se realizaría contra entrega de la instalación de equipos, además de la capacitación para su utilización, pactándose además que, como Fonade para ese entonces ya había desembolsado el 70% del valor del contrato, el 30% se pagaría contra entrega: el 25% a la fecha de la instalación y capacitación y un 5% con la liquidación final del contrato. De ahí el *a quo* coligió que existían errores en los dictámenes periciales en cuanto al supuesto perjuicio causado a Arotec por la falta de desembolso de Fonade de los recursos restantes del contrato, dado que su entrega fue modificada en la forma señalada en precedencia.

De otro lado, afirmó que, de conformidad con los dictámenes periciales y las pruebas documentales, quedó evidenciado que Arotec incumplió su obligación de instalar equipos en los siguientes laboratorios, cuantías y porcentajes:

Laboratorio de control de calidad	Suma pendiente por ejecutar en el componente de instalación de equipos	Porcentaje pendiente de ejecutar
Duitama	\$88'797.814	19.12%
Álamos	\$115'450.656	30.78%



Expediente:

Actor:

Demandado

Referencia:

250002326000200602052 02

FONADE

Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro

Acción contractual

Gaira	\$97'653.856	26.15%
Zipaquirá	\$70'306.030	19.06%
Pamplona	\$471'151.365	25.98%
Guatiguará	\$1.273'552.340	82.53%
Valledupar	\$101'204.351	8.7%

Señaló que no estaba acreditado que la falta de instalación de los equipos en los laboratorios, luego de la modificación del contrato realizada el 13 de junio de 2005, hubiera resultado imputable a Fonade, porque -reiteró- el 30% del valor pendiente se desembolsaría contra entrega.

Advirtió que, si bien durante el plazo del contrato pudieron haberse presentado incumplimientos imputables a Fonade, no está estaba acreditado que durante la última prórroga -26 de octubre de 2005 al 28 de febrero de 2006- hubiera ocurrido alguna situación imputable a la desatención obligacional del ente estatal.

Adujo que, distinto a lo aseverado por Arotec, fue el contratista el que incumplió sus compromisos negociales desde la prórroga del 13 de junio de 2005. En lo sucesivo describió las pruebas documentales en que sustentaba su dicho. De su contenido, el Tribunal resaltó que, si bien las instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias en el laboratorio de Álamos debían empezar a realizarse desde el 17 de noviembre de 2005, Arotec no dio inició a esas actividades. Señaló el *a quo* que existieron varios requerimientos al contratista para que procediera al comienzo de actividades para la instalación de equipos, a lo que agregó que, en desarrollo de actividades de instalación de redes hidráulicas sanitaria, Arotec causó daños en la placa de entepiso, por lo que debían hacerse conexiones complementarias para el laboratorio de control de calidad. Añadió que, según el acta del 5 de abril de 2006, vencido el plazo contractual, se evidenciaba que aún no se habían entregado todos los equipos contratados respecto de los cuales Fonade había pagado el anticipo.

Seguidamente se refirió a la cláusula penal pecuniaria, aspecto en torno al cual concluyó que su pacto configuró una tasación anticipada de perjuicios equivalente al 10% del valor del contrato, con la prevención de que podía reconocerse el monto que excediera ese porcentaje porque así se había convenido y, además, según lo pactado, para su pago, podían realizarse compensaciones de lo adeudado entre las partes.

Hechas las anteriores precisiones, afirmó que el valor del contrato ascendió a \$7.699'131.730, de los cuales Fonade desembolsó al contratista la suma de



Expediente:

Actor:

Demandado

Referencia:

250002326000200602052 02

FONADE

Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro

Acción contractual

\$5.693'278.212. Agregó que, según los dictámenes periciales, específicamente el del perito Francisco Acevedo Fonseca, Arotec invirtió el valor de \$6.021'357.748 en la ejecución del contrato 2022027. Seguidamente, restó del valor total del contrato la suma ejecutada por el contratista, para obtener la cifra de \$1.677'773.982.

En atención al principio de proporcionalidad de la cláusula penal, el *a quo* lo aplicó al porcentaje no ejecutado, operación que arrojó la cifra de \$167'777.398 que debía ser asumida por Arotec, tras haberse demostrado su incumplimiento.

Consideró que se había probado, por cuenta del dictamen de Francisco Acevedo Fonseca, que los perjuicios causados a Fonade por el incumplimiento del contratista ascendieron a \$1.888'903.151 *-\$1.911'750.190 actualizada a febrero de 2006-*, concretados en los valores de los contratos que se vio en la necesidad de adjudicar para implementar las soluciones tecnológicas que Arotec dejó de realizar.

Afirmó el Tribunal que, como Arotec no ejecutó el contrato en cuantía de \$1.633'209.693¹ a febrero de 2006, el perjuicio ocasionado a la entidad por el valor de los contratos que debió suscribir para atender las actividades insatisfechas del contrato 2022027, era la diferencia de restar de estos últimos *-\$1.911'750.190-* el monto no ejecutado por Arotec *-\$1.633'209.693-*, ejercicio que dejó la suma de \$278'540.497.

Al proceder a la liquidación judicial tuvo en cuenta las siguientes cifras:

Valor total del contrato 2022027	\$7.699'131.730
Recursos entregados por Fonade a Arotec	\$5.693'278.212
Recursos ejecutados por Arotec	\$6.021'357.748
Diferencia entre recursos desembolsados a Arotec con la inversión real de Arotec	\$328'079.536
Cláusula penal a favor de Fonade	\$167'777.398
Inversión que tuvo que asumir Fonade para concluir las obras	\$278'540.497

Planteado ese panorama, estimó que, en tanto el valor de la cláusula penal pactada fue menor que el valor de los perjuicios verdaderamente causados a Fonade, debía tenerse en cuenta este último a favor de la entidad.

¹ Se desconoce de dónde se obtuvo esa cifra por el Tribunal en atención a que en párrafos precedentes del fallo se sostuvo que el valor dejado de ejecutar por el contratista fue de \$1.677'773.982; sin embargo, se consigna tal cual se hizo en el fallo para conservar la fidelidad de los datos consignados en la sentencia que se apela.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

De lo expuesto concluyó que, si Arotec invirtió \$328'079.536 de más que no habían sido girados por Fonade, se debía descontar de dicha cantidad el valor de los perjuicios causados a esta -\$278'540.497-. Luego de realizada esa sustracción, consideró que debía ordenarse el pago al contratista del monto resultante, el que correspondió a \$49'539.039, suma que, actualizada a la época del fallo, dio \$87'520.914.

Señaló que no resultaba procedente reconocer intereses moratorios, por cuanto la exigibilidad de la suma ordenada se derivaba de la sentencia.

Por último, argumentó que no era viable emitir condena en contra de Confianza S.A., al no haberse ordenado pago alguno en contra de su asegurado, Arotec.

5. El recurso de apelación

La sociedad Arotec impugnó la decisión de primera instancia para que se revocara parcialmente en cuanto declaró su incumplimiento contractual y negó la declaratoria del atribuido a Fonade, así como los perjuicios pretendidos a título de incumplimiento de esta entidad y la ruptura del equilibrio económico del contrato. Así mismo, frente a la liquidación judicial, solicitó descontar el valor de la cláusula penal aplicado en su contra, por estar demostrado que fue Fonade el que no honró sus obligaciones negociales.

Como sustento de su inconformidad insistió en que las motivaciones para prorrogar el contrato obedecieron a hechos imputables a la falta de planeación de Fonade por no haber dispuesto oportunamente las adecuaciones a las instalaciones en los centros en los que Arotec debía instalar los laboratorios contratados y modernizar su tecnología.

Al respecto, adujo que no era acertado el planteamiento del Tribunal al concebir que Fonade no incurrió en incumplimiento por no haberse presentado circunstancias constitutivas del mismo luego de la última prórroga, pues para entonces se había causado un daño al contratista derivado de la mayor permanencia en obra por la extensión del plazo contractual, por cuenta de la cual debió pagar el bodegaje de los equipos importados que no pudo instalar oportunamente, tal como lo demostraba el material probatorio que obraba en el expediente.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

Manifestó que en el *sublite* se reunían los supuestos para la declaratoria del desequilibrio económico del contrato, debido a que, pese a que el gerente de Arotec trató de negociar verbalmente un pago adicional para conjurar la ruptura de la ecuación contractual, esta situación siempre fue rechazada por Fonade, que, además, a través de su personal, amenazó y extorsionó a Arotec para que firmara las prórrogas y modificaciones sin exigir suma alguna o la entrega de más recursos, so pena de que la entidad procediera a terminar unilateralmente el contrato con exigencia de la cláusula penal.

De esta manera, aseguró que Fonade abusó de su posición dominante, al punto de que la sociedad apelante fue en todo momento constreñida y obligada contra su voluntad para la firma de las extensiones y modificaciones contractuales y agregó que prestó su consentimiento a suscribirlas sin adición de recursos por el bien del contrato, todo lo cual reveló el cinismo, arbitrariedad y mala fe de Fonade. Indicó que la entidad incurrió en falsedad y engaño al introducir en los textos de las prórrogas frases que daban lugar a entender que era Arotec la que solicitaba la extensión del tiempo pactado.

Expresó que otro aspecto que impactó la economía del contrato durante la ampliación de su plazo fue el aumento de la tasa cambiaria, lo que hacía inconveniente la importación inmediata de todos los equipos de laboratorio.

En adelante, enunció las pruebas testimoniales y documentales que, en su criterio, no fueron tenidas en cuenta por el fallador de primer grado en orden a acreditar que Fonade incurrió en incumplimiento de las adecuaciones de los diferentes centros, las cuales solo se empezaron a entregar a partir del segundo semestre de 2005.

Precisó que el desequilibrio económico producido por el incumplimiento de Fonade ascendió a \$815'963.137, a lo que agregó que no procedía el descuento de las sumas adeudadas al contratista del valor de la cláusula penal, en tanto, por las razones anteriormente expuestas, el incumplimiento del negocio fue imputable a Fonade.

6. Actuación en segunda instancia



Expediente:	250002326000200602052 02
Actor:	FONADE
Demandado	Sociedad Arotec Colombiana en reestructuración y otro
Referencia:	Acción contractual

6.1. Mediante providencia del 12 de mayo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Arotec.

6.2. Por medio de auto del 13 de junio de 2022, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

En el término otorgado, la parte demandante en reconvención presentó su escrito de alegaciones, en el cual se reiteraron los argumentos en que fundamentó la causa y la contradicción.

Fonade y el Ministerio Público guardaron silencio en esa etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** oportunidad para el ejercicio de la acción contractual: **2.1)** el régimen jurídico del contrato 2022027 y su etapa de liquidación como aspectos de incidencia en el cómputo de la caducidad; **2.2)** cómputo de la caducidad frente a la demanda principal; **2.3)** cómputo de la caducidad de la demanda de reconvención; **3)** los límites y alcances del recurso de apelación de cara a la declaratoria de caducidad de la demanda de reconvención; **4)** análisis de los cargos de la apelación y **5)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época en que se presentó la demanda, consagró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, naturaleza de la que participa el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade, entidad accionante en la demanda principal y demandada en reconvención².

² Decreto 2168 de 1992. **Artículo 1º. Nombre y naturaleza.-** Reestructúrase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento público del orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE - dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación.



Expediente:	250002326000200602052 02
Actor:	FONADE
Demandado	Sociedad Arotec Colombiana en reestructuración y otro
Referencia:	Acción contractual

En este caso se precisa que, si bien según el Decreto 495 de 2019 se modificó la denominación de Fonade para llamarse Empresa Nacional del Desarrollo Territorial – Enterritorio, dicho cambio no afectó la naturaleza jurídica de la entidad ni implicó en estricto sentido la ocurrencia de una sucesión procesal, por lo que las resultas de este proceso siguen vinculando a la demandante bajo la nueva denominación señalada en la norma en cita³.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó así: en la demanda inicial en la suma de \$3.124'165.178⁴, y en la demanda de reconvención en el valor de \$594'120.622⁵, montos que resultan superiores a la cuantía equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$204'000.00 en 2006⁶ y \$230'750.000 en 2008⁷, respectivamente), para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2. Oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

En razón a que en el presente litigio se ventilan pretensiones formuladas, en distintas oportunidades, a través de la demanda principal y una demanda de reconvención, las reglas de caducidad serán analizadas individualmente, según corresponda, no sin antes profundizar sobre el régimen jurídico que gobernó el contrato 2022027 génesis de la controversia, por ser un aspecto de directa incidencia frente al estudio de este presupuesto procesal.

2.1. El régimen jurídico del contrato 2022027 y su etapa de liquidación como aspectos de incidencia en el cómputo de la caducidad

Está demostrado que el 28 de diciembre de 2001 Fonade y el Sena suscribieron el convenio interadministrativo de administración de proyectos 191160 para la unión de esfuerzos encaminados a la modernización tecnológica de los centros de formación profesional en el sector agropecuario y agroindustrial. Las obligaciones

³ **Decreto 495 de 2019** "Artículo 1. Denominación, Naturaleza y Domicilio. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE - Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera, se denominará, en adelante, Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial — Enterritorio y tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá, D.C."

⁴ Folio 4 del cuaderno 1. Demanda interpuesta el 6 de octubre de 2006.

⁵ Folio 6 del cuaderno 2. Demanda interpuesta el 1 de agosto de 2008.

⁶ El salario mínimo en 2006 equivalía a \$408.000.

⁷ El salario mínimo en 2008 equivalía a \$461.500.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

contraídas por Fonade consistieron en cooperar y apoyar la adecuada ejecución de proyectos para el cumplimiento de ese objeto, por lo que debía adelantar los procesos de contratación para su satisfacción⁸.

En el marco de ese convenio, el 20 de agosto de 2002, Fonade y Arotec celebraron el contrato 2022027, cuyo objeto consistió en que esta sociedad adelantaría las actividades de modernización e innovación de las tecnologías de los centros de formación del Sena en el área de agroindustria, talleres didácticos de lácteos, cárnicos y fruver, laboratorios de biotecnología vegetal y control de calidad de alimentos. Fonade estaría a cargo de la gerencia y supervisión del proyecto.

El contrato en referencia se celebró en vigencia de la Ley 80 de 1993, norma en cuyo parágrafo del artículo 32 establecía:

PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Por su parte, el Decreto 679 de 1994, mediante el cual se reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993, en su artículo 21 se ocupó nuevamente de precisar el régimen legal aplicable a los contratos celebrados por los establecimientos financieros estatales, así:

ARTÍCULO 21. DE LOS CONTRATOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO, LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS Y LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS. *De conformidad con lo previsto en el parágrafo 1o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás instituciones financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de sus negocios no estarán sujetos a las disposiciones de dicho estatuto, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.*

Por tanto no estarán sujetos a dicha Ley los contratos que celebren dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Tampoco estarán sujetos a dicha Ley aquellos contratos que se efectúen en forma conexa con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos

⁸ Folios 171 a 179 del cuaderno 22.



Expediente: 250002326000200602052 02
 Actor: FONADE
 Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
 reestructuración y otro
 Referencia: Acción contractual

por ciento (2%) del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquella.

La naturaleza jurídica de Fonade para la época en que se interpuso la demanda correspondía a la de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con carácter financiero, lo que, a la luz de las normas citadas, conduce a que el régimen contractual que gobernaba las actividades desarrolladas en el giro ordinario de su objeto social fuera el derecho privado.

El objeto del contrato de obra 2022027, descrito en precedencia, se entiende incorporado dentro del objeto ordinario de Fonade⁹.

La anterior afirmación se fundamenta en su correspondencia con el contenido funcional de las actividades que, de conformidad con el artículo 288 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), FONADE desarrollaba en cumplimiento de su objeto social. Entre ellas está la de: *“Celebrar los contratos de fomento de actividades científicas, tecnológicas y ambientales y los demás contratos necesarios dentro de los límites de su objeto”*.

Se agrega que la Resolución 048 de 2001, por la cual se adoptó el manual de contratación de Fonade, vigente para la época de la celebración del negocio jurídico

⁹ En pasada oportunidad, esta Subsección se ocupó de reflexionar acerca del objeto funcional de Fonade en los siguientes términos. *Si se mira con cuidado el objeto definido para FONADE en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se entiende que a esa entidad le corresponde una función de la denominada banca de desarrollo, cuya actividad es diferente de la que ordinariamente realiza un banco comercial (la actividad bancaria de servicio al público en general se conoce como banca de primer piso).*

De esa apreciación se advierte que la gestión de la banca de desarrollo se asemeja más al objeto ordinario de las sociedades de servicios financieros, que a de las entidades bancarias, sin perjuicio de su particular condición de constituir un instrumento de gestión directa en materia de los planes y programas públicos.

Dentro del objeto propio de FONADE, que se corresponde con una actividad de servicios financieros, se encuentra prevista la gerencia y ejecución de proyectos de desarrollo, en la cual, con recursos de presupuestos públicos y privados, FONADE despliega una capacidad ejecutora, que puede expresarse a través de la denominada contratación derivada, de la más diversa índole.

Se denomina contratación derivada, en cuanto se trata de contratos que se originan en convenios interadministrativos, convenios de financiación, convenios de cooperación y cualquier otro tipo de contrato que funciona como acuerdo matriz o principal.

Se advierte que, en cada caso, el tipo de contrato derivado está en últimas determinado por la capacidad jurídica de las entidades que conforman el respectivo convenio y que, en algunos eventos la gestión de proyectos, se asimila a la que se despliega en los contratos que realizan las entidades fiduciarias públicas, a través de regímenes que también pueden acogerse a normas de derecho privado en algunos de sus esquemas legales. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, fallo del 3 de agosto de 2017, exp. 52531.



Expediente:	250002326000200602052 02
Actor:	FONADE
Demandado	Sociedad Arotec Colombiana en reestructuración y otro
Referencia:	Acción contractual

que ocupa la atención de la Sala, reglamentó los convenios a través de los cuales Fonade desarrollaba su objeto, definiendo el convenio de administración y/o gerencia de proyectos como el instrumento jurídico por la cual esa entidad se compromete con una entidad pública o privada a ejecutar un proyecto de desarrollo con el objeto señalado en el respectivo convenio.

Se evidencia así la compatibilidad de las mencionadas funciones con el objeto del contrato estudiado, el cual se realizó con el fin de ejecutar un proyecto de modernización para la implementación de tecnologías en el área agroindustrial en el marco de un convenio celebrado con una entidad pública para ese propósito.

Ante el panorama expuesto, la Sala concluye que el contrato 2022027 estuvo sometido al derecho privado.

Dicho lo anterior, por tratarse de un contrato regulado por el derecho privado, es necesario profundizar acerca de la posibilidad de liquidarlo de cara al pacto de las partes, en orden a establecer la regla de oportunidad prevista para el cómputo de la caducidad.

Al respecto, se precisa que ni en el texto del contrato 2022027 ni en el de los términos de referencia que le sirvieron de fundamento se consignó alguna cláusula relativa a la etapa de liquidación. Con todo, el Manual de Contratación de Fonade, condensado en la Resolución 048 del 21 de mayo de 2001¹⁰, que se hallaba en vigor para ese momento, dispuso lo siguiente en relación con esa fase¹¹:

111. De la liquidación de los contratos

La liquidación de los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes y según los términos que se describen a continuación:

- a) Dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia;*
- b) Dentro del término contractual acordado para la liquidación;*
- c) Dentro del término de cuatro meses cuando no se haya pactado otro término antes de su terminación.*

Se acordarán en esta etapa los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

¹⁰ Resolución publicada en el Diario oficial 44.454 del 13 de junio de 2001.

¹¹ Se advierte que, de conformidad con el numeral 1.5 de los términos de referencia que dieron lugar a la celebración del contrato 2022027, se estableció: “La presente convocatoria se regirá por la ley privada, resolución 048 del 21 de mayo de 2001, Manual de contratación de FONADE y Código de Comercio”. Folios 47 del cuaderno 22.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

Se plasmará en un acta, denominada acta de liquidación los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poder declararse a paz y salvo. Se le exigirá al contratista que amplíe las garantías correspondientes hasta el tiempo previsto en la liquidación.

Parágrafo. En cualquier caso el periodo de liquidación no podrá exceder de cuatro meses a partir de la terminación del contrato.

De ahí que, al vencimiento del término contractual, las partes contaban con cuatro meses para efectuar la liquidación del contrato por mutuo acuerdo.

Está acreditado en el proceso que el contrato 2022027 se celebró por un plazo de doce meses, el cual, luego de varias prórrogas, finalizó el 28 de febrero de 2006¹². Según lo explicado anteriormente, el término para liquidarlo en consenso venció el 29 de junio de 2006, sin que en ese período se hubiere llevado a cabo dicho balance final.

Cabe anotar que reposa en el expediente un proyecto de liquidación bilateral del negocio jurídico, -el cual no tiene fecha-, que fue remitido el 5 de octubre de 2006 por Fonade al contratista para su firma¹³; no obstante, no hay evidencia de que el contratista hubiera prestado su consentimiento para sellar el acuerdo propuesto. Por el contrario, de la información ofrecida tanto en la demanda principal como en la de reconvenición se extrae que el acuerdo sobre el balance final de cuentas no se logró.

Así pues, al no haber sido liquidado de común acuerdo el contrato 2022027, no resulta viable dar aplicación a la regla de oportunidad prevista en el literal c) del numeral 10) del artículo 136 del CCA, según la cual “*en los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos años contados desde la forma del acta*”.

Con base en lo anotado, la Sala considera que para establecer la regla de cómputo de caducidad de la demanda ha de tenerse en cuenta que:

- La liquidación bilateral se entiende pactada por las partes, amén de la integración que se hizo en el negocio jurídico de las previsiones del manual de contratación de Fonade, lo que se traduce en que se trató de una

¹² Folios 180 a 203 del cuaderno 23.

¹³ Folios 239 a 244 del cuaderno 23.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

obligación contractual cuyo plazo máximo de cumplimiento fue el 29 de junio de 2006.

- Las discrepancias que se someten a discusión por ambas partes, como se ahondará enseguida, se fundamentan en el incumplimiento del contrato 2022027, cuestión que permite concluir que la última oportunidad para honrar la satisfacción de los compromisos negociales pactados era en la liquidación bilateral del acuerdo en ejercicio de la cláusula convenida para ese propósito, en tanto los efectos económicos de las aspiraciones en litigio se verían reflejados en el balance final de cuentas.

En estas circunstancias, será la premisa general establecida en el numeral 10) del artículo 136 del CCA, a cuyo tenor se lee: *“En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho y de derecho que les sirvan de fundamento”*, la llamada a disciplinar el término de interposición de la demanda primigenia como la de reconvencción, ocurrencia que, en orden a situar la fecha inicial de su cómputo, coincide temporalmente con el día siguiente al vencimiento del término para liquidar bilateralmente el contrato, lo cual acaeció el 30 de junio de 2006.

2.2. Cómputo de la caducidad frente a la demanda principal

Se recuerda que las pretensiones apuntan, esencialmente, a obtener la declaratoria de incumplimiento del contratista, a que se le condene al pago de los perjuicios causados por esa circunstancia, en aplicación de la cláusula penal.

En esa secuencia, Fonade tenía hasta el **30 de junio de 2008** para la presentación de la demanda, por lo que al haber sido formulada el 6 de octubre de 2006 es claro que la acción fue ejercida dentro del término legal.

2.3. Cómputo de la caducidad de la demanda de reconvencción

Antes de ahondar sobre el tópico anunciado, es pertinente acotar que la reconvencción es un acto procesal mediante el cual el demandado deduce oportunamente contra el actor una acción propia, independiente o conexa con la acción que es materia de la demanda, a fin de que ambas sean sustanciadas y decididas simultáneamente en el mismo proceso.



Expediente:	250002326000200602052 02
Actor:	FONADE
Demandado	Sociedad Arotec Colombiana en reestructuración y otro
Referencia:	Acción contractual

Según lo ha sostenido esta Subsección, la reconvención también debe cumplir con todos los presupuestos de la demanda inicial, por lo que, además de constatar que se haya presentado dentro del término de traslado del auto admisorio de la demanda inicial o de su reforma, ineludiblemente debe verificarse que dicha contrademanda se haya interpuesto dentro del término de caducidad previsto en la ley.

En el *subexamine*, las pretensiones promovidas a través de la demanda de reconvención se enderezaron a obtener la declaratoria de incumplimiento contractual de Fonade, el reconocimiento de los perjuicios derivados de esta situación en favor de Arotec, lo que a su turno constituyó el fundamento de la pretensión del desequilibrio económico del contrato, igualmente invocada, por los sobrecostos en que habría incurrido el contratista por causa de la mayor permanencia en obra desencadenada por las distintas prórrogas de que fue objeto el negocio jurídico por causas imputables a Fonade.

Sobre el particular, está demostrado que el demandante en reconvención elevó dos solicitudes dirigidas al restablecimiento del equilibrio económico del contrato fundadas en el supuesto incumplimiento en que incurrió la entidad pública. La primera se presentó el 12 de octubre de 2005 y la segunda, el 28 de febrero de 2006, día en que finalizó el plazo contractual.

Se observa que el 28 de febrero de 2006, la entidad respondió las solicitudes de restablecimiento del equilibrio en el sentido de negar su reconocimiento, negativa que fue reiterada por Fonade, tras culminar el término del contrato, en oficio del 8 de junio de 2006¹⁴.

En su contenido se evidencia que las solicitudes elevadas por Arotec, en esencia, versaron sobre el desbalance prestacional producto de la extensión del período comercial a causa de las prórrogas suscritas, las que, en criterio de Arotec, obedecieron a la falta de planeación de Fonade, por haber contratado sin tener previamente definidas las adecuaciones físicas de los centros en los que se cumplirían las obligaciones de entrega de equipos e instalación por parte de la sociedad demandante.

¹⁴ Folios 266 a 278 del cuaderno 22.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

Así las cosas, el término para presentar la demanda de reconvención vencía el **30 de junio de 2008** -dos años después del vencimiento del plazo máximo para liquidar bilateralmente el contrato-, de tal suerte que, al ser radicada el 1 de agosto de 2008¹⁵ es claro que su interposición se produjo cuando ya había operado la caducidad de la acción.

No sobra precisar que su conteo no puede diferirse a la comunicación remitida al contratista del proyecto de acta de liquidación bilateral del convenio, por cuanto, al no alcanzar la solidez de un acuerdo sobre el cruce final de cuentas, precisamente por no ser firmado por las partes, ningún efecto vinculante tuvo ese documento frente a la negativa a la reclamación relativa a la ecuación financiera, la que además, ya había sido expresamente consignada por la entidad con antelación en el oficio del 8 de junio de 2006, de manera que nada distinto a lo que ya era conocido de antemano por el contratista fue plasmado en el esbozo de liquidación.

Es de relevancia precisar que, no obstante que ni en el auto que admitió la demanda de reconvención ni en la sentencia impugnada se analizó la oportunidad en que aquella fue promovida, ello no se traduce en que esa circunstancia se erija como un aspecto inmutable y sobre el cual en el fallo de segundo grado no pueda volverse, dado que, incluso, en el evento en que no hubiera sido objeto de la apelación, el juez *ad quem* podría oficiosamente regresar a su examen y declarar su configuración en caso de hallarla probada¹⁶.

¹⁵ Folio 1 del cuaderno 8.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. "Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubierensido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.

"En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo" (destaca la Sala).



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

Hecha la explicación que precede, la Sala declarará probada la caducidad de la acción respecto de la demanda de reconvención.

3. Los límites y alcances del recurso de apelación de cara a la declaratoria de caducidad de la demanda de reconvención

El contexto advertido trae consigo la necesidad de delimitar los cargos de la apelación que a continuación la Sala se apresta a decidir, únicamente respecto de los que se dirigen a reafirmar la defensa de Arotec frente a la demanda principal, en tanto al hallarse caducada la de reconvención, se torna en improcedente el análisis de los puntos alegados en la impugnación en calidad de accionante de la contrademanda.

De la anterior premisa emerge la necesidad de hacer las siguientes precisiones:

El recurso de apelación fue interpuesto por el demandado del escrito principal y el demandante en reconvención, Arotec, cuyos cargos gravitaron sobre dos ejes principales de discusión.

Por un lado, atendiendo a su rol de demandante en reconvención, los argumentos de Arotec se centraron en reiterar que Fonade incurrió en incumplimiento contractual por su falta al deber de planeación, al no haber dispuesto oportunamente las locaciones en las que el contratista debía instalar los equipos de tecnología objeto del contrato y en procurar el reconocimiento de los perjuicios derivados de esa circunstancia que, a su vez, ocasionaron el desequilibrio económico del contrato por la mayor permanencia en obra suscitada por las distintas prórrogas suscritas.

Controvirtió, para esos mismos efectos, que el *a quo* no se hubiera percatado de que las ampliaciones del tiempo fueron producto del constreñimiento de la entidad, la que obligó a Arotec a suscribirlas bajo el velo engañoso de que se promovían por su responsabilidad y sin adición de recursos, cuando la realidad era que la prolongación del período contractual fue resultado de la desatención de las obligaciones negociales de Fonade.

De otra parte, en su condición de demandado del libelo principal, reiteró los mismos planteamientos, pero esta vez dirigidos a que no se le aplicara la cláusula penal pecuniaria, por cuanto la que incurrió en incumplimiento fue su co-contratante.



Expediente:	250002326000200602052 02
Actor:	FONADE
Demandado	Sociedad Arotec Colombiana en reestructuración y otro
Referencia:	Acción contractual

Al haber operado la caducidad frente a la demanda de reconvención, será entonces en relación con estos últimos planteamientos que será analizado y decidido el recurso de apelación.

Cabe señalar, además, que los aspectos de censura en los que el apelante excusa el incumplimiento en cuya virtud se aplicó en desfavor suyo la cláusula penal, consistente en que las prórrogas fueron amañadas al arbitrio del ente público y originadas en el constreñimiento que ejerció en contra de Arotec, encierran ciertamente hechos nuevos que no fueron ventilados inicialmente al contestar la demanda ni oportunamente discutidos en reconvención.

La referida situación resulta inadmisibile, debido a que trae al debate, en instancia de la apelación, argumentos con los cuales pretende cuestionar la validez de los acuerdos de prórroga del contrato 2022027, cuestión que, además de no haber sido puesta de presente en primera instancia, entraña la formulación de un vicio en el consentimiento de uno de los extremos suscribientes, cuya discusión no fue debidamente encauzada a través de la correspondiente pretensión.

Incluso, de admitir que con este cargo no se habría de perseguir la nulidad de los acuerdos contentivos de las prórrogas, en tanto lo que procura evidenciar es la forma cómo se deben interpretar las cláusulas que las abarcan, la Sala considera que la conclusión que antecede no se alteraría, pues se trata igualmente de fundamentos fácticos nuevos que no fueron discutidos ni en la demanda de reconvención ni en la contestación de la demanda inicial, por lo que suscitar esa controversia en sede de apelación faltaría al principio de congruencia.

Con fundamento en las razones expuestas y en garantía del debido proceso -como lo ha sostenido esta Subsección¹⁷-, la Sala pone de presente que no resulta de recibo que a través de la impugnación se ventilen circunstancias no advertidas al controvertir la demanda, con la formulación de excepciones en la oportunidad procesal correspondiente, o a través de una demanda de reconvención entablada en tiempo.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, 5 de marzo de 2021, exp. 62633., postura reiterada en sentencia proferida por esta misma Subsección en sentencia del 11 de mayo de 2022, exp. 67216



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

Establecido lo anterior, la Sala restringirá el análisis de este cargo a la segunda parte del argumento que lo integra, relacionado con la inobservancia al deber de planeación que se le atribuye a Fonade, alegado como oposición a la procedencia de la efectividad de la cláusula penal pecuniaria aplicada en contra de Arotec.

4. Análisis de los cargos de la apelación

El Tribunal de primera instancia estimó que la cláusula penal pactada debía aplicarse, por cuanto, de conformidad con los dictámenes periciales y las pruebas documentales, quedó evidenciado que Arotec incurrió en incumplimiento parcial de su obligación de instalar los equipos contratados.

Sumó a lo dicho que no estaba acreditado que la falta de instalación de los equipos en los laboratorios, luego de la modificación del contrato realizada el 13 de junio de 2005, hubiera resultado imputable a Fonade porque *-reiteró-* el 30% del valor restante se desembolsaría contra entrega.

Consideró el Tribunal que, si bien durante el plazo del contrato pudieron haberse presentado incumplimientos imputables a Fonade, no está acreditado que durante la última prórroga *-26 de octubre de 2005 al 28 de febrero de 2006-* hubiera ocurrido alguna situación imputable a la desatención obligacional de Fonade. Adujo que, distinto a lo aseverado por Arotec, fue el contratista el que incumplió sus compromisos negociales desde la prórroga del 13 de junio de 2005. En lo sucesivo describió las pruebas documentales en que sustentaba su dicho.

En oposición a lo concluido por el *a quo*, la sociedad Arotec en su escrito de apelación, insistió en que fue Fonade el que faltó a su deber de planeación, por no haber dispuesto oportunamente las adecuaciones a las instalaciones y construcciones en los centros en los que la contratista debía instalar los laboratorios contratados y modernizar la tecnología de esos lugares.

Al respecto, adujo que no era acertado el planteamiento del Tribunal al considerar que Fonade no incurrió en incumplimiento por no haberse presentado circunstancias constitutivas del mismo luego de la última prórroga, pues para entonces se había causado un daño al contratista, por cuanto debió pagar el bodegaje de los equipos



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

importados que no pudo instalar oportunamente, tal y como lo demostraba el material probatorio que obraba en el expediente.

Para decidir el cargo de la apelación, la Sala empezará por referirse al marco obligacional que integró el contrato 2022027:

De conformidad con los términos de referencia que rigieron el procedimiento de selección que dio origen al contrato 2022027¹⁸, el contratista debía entregar las soluciones tecnológicas requeridas por los centros de formación seleccionados para la modernización de los talleres didácticos de procesamiento, plantas piloto, tecnológicamente modernos y funcionalmente completos, a razón de dos talleres de lácteos, dos talleres cárnicos y dos talleres de fruver, nueve laboratorios de control de calidad y un laboratorio de biotecnología vegetal, con la prevención de que la entrega se haría por el contratista en cada uno de los centros de formación previstos.

Adicionalmente, debía efectuar el montaje, instalación, prueba y perfecto funcionamiento de la totalidad de los equipos requeridos por los talleres didácticos de procedimiento en cada uno de los centros de formación seleccionados, con sus correspondientes accesorios y redes debidamente aisladas.

Debía también elaborar y entregar al Sena los diseños técnicos, arquitectónicos y ambientales (manejo de residuos sólidos, aguas residuales, etc) de los talleres de agroindustria previstos para cada uno de los centros seleccionados acorde con las condiciones de infraestructura, clima, seguridad industrial, operación y funcionamiento de los equipos.

La obligación de entregar diseños y licencias a cargo del contratista quedó contemplada en el numeral 2.1.4. de los términos de referencia, así (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Los proponentes deberán incluir su costo en la propuesta económica 2.1. Diseños y licencias técnicas, para luego entregar como contratista los diseños técnicos, arquitectónicos y ambientales que permitan la construcción y desarrollo de las obras civiles para el correcto y debido manejo de los equipos.

¹⁸ Folios 1 a 65 del cuaderno 18.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

Y, en sentido similar, en el numeral 3.4. del mismo instrumento se determinó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“3.4.- Diseños y licencias.

El trámite de obtención de las licencias de funcionamiento es responsabilidad del proveedor en asocio o acompañamiento del SENA, tanto las ambientales como las de construcción.

El contratista es responsable de presentar los diseños de obra, diseños arquitectónicos, diseños hidrosanitarios, diseño eléctrico, cálculo estructural, estudios de suelos, análisis de precios unitarios de obra, presupuesto de obra, diseño de instalaciones especiales como: ventilaciones y extracciones, manejo del aire, temperatura, vibración y presión, tratamiento de desechos, trampas de grasa, desagües, desarenadores, servicios sanitarios, vestieres, baños, distribución de planta, ubicaciones fijas o semifijas, análisis de servicios públicos y otros que a propuesta del oferente ganador o contratista de soluciones tecnológicas tome como requerimientos y especificaciones técnicas en la adecuación de espacios físicos y accesorios correspondientes para los montajes y obtención de licencias que garanticen el funcionamiento de los talleres y laboratorio.

El contratista deberá elaborar y entregar al SENA los diseños técnicos, arquitectónico y ambientales de los talleres de agroindustria previstos para cada uno de los centros¹⁹.

Como ya se señaló, el 20 de agosto de 2002, Fonade y Arotec celebraron el contrato 2022027²⁰, con el objeto citado en precedencia.

En el texto contractual se indicó que las obligaciones a cargo del contratista serían las descritas en los términos de referencia, además de las detalladas en el cuerpo de ese documento, todas las cuales hicieron alusión esencialmente a la entrega y puesta en funcionamiento de las soluciones tecnológicas:

Así mismo se indicó que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

3.- El contratista debe presentar los diseños para los tres centros: Córdoba, Ubaté y Norte de Santander conforme a las normas y especificaciones que permitan el funcionamiento de los talleres o plantas piloto ofertados y de acuerdo a la recomendación del comité evaluador de 350 metros cuadrados para FRUVER, 300 metros cuadrados para LACTEOS y 300 metros cuadrados para CARNICOS. Los diseños del centro de SANTANDER ya fueron adelantados por tal motivo la interventoría determinará estos de acuerdo a las aclaraciones del contratista y lo acordaran en el acta de inicio en equipo necesario para este centro.

¹⁹ Folios 78 a 79 del cuaderno 22.

²⁰ Folios 60 a 72 del cuaderno 13.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

4.- El contratista deberá presentar los requerimientos y especificaciones técnicas necesarias para la adecuación de los espacios físicos e instalaciones²¹.

Durante el plazo de ejecución se realizaron las siguientes modificaciones y prórrogas al contrato 2022027:

Denominación del documento ²²	Fecha de suscripción	Motivación y contenido del acuerdo
Modificación No. 1	17 de diciembre de 2002	Resultaba necesario aclarar el contrato en cuanto a que: a) entre las obligaciones del contratista están la de diseñar los talleres de carne y lácteos en el centro agropecuario de Buga; b) se varió la forma del pago y c) el plazo del contrato debía contarse desde la firma del acta de inicio.
Adición No. 2 ²³	12 de diciembre de 2003	El contratista, mediante oficio del 4 de diciembre de 2003, solicitó prorrogar el contrato teniendo en consideración las decisiones tomadas por el SENA y Arotec sobre las instalaciones, diseños y reubicación de los talleres y laboratorios objeto del contrato “ya que a la fecha, salvo el de Santander, están siendo revisados por la interventoría Velnec y el SENA para ser debidamente aprobados y entregados a FONADE para adelantar la convocatoria, adjudicación y construcción estimada en aproximadamente 10 meses”. Se acordó prorrogar el contrato hasta el 15 de noviembre de 2004 ²⁴ .
Adición No. 3 ²⁵	11 de noviembre de 2004	La gerente del convenio y el subgerente técnico de Fonade, en memorando interno del 11 de noviembre de 2004, solicitan “adicionar” el contrato hasta el 15 de junio de 2005, teniendo en

²¹ Folio 67 del cuaderno 13.
²² Folios 74 a 76 del cuaderno 13.
²³ Folios 77 a 79 del cuaderno 13.
²⁴ Fundamentada en los oficios 6061-325056 del 2 de octubre de 2003 (folios 319 a 320 de c13) y 6061-24600 del 6 de agosto de 2003 (folios 327 a 328 del cuaderno 13).
²⁵ Folios 80 a 81 del cuaderno 13.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

		cuenta que las obras de los centros del SENA donde se instalarán los laboratorios de control de calidad y los talleres de agroindustria están en proceso de contratación, ajustes de diseño y definición de alcance de obra. Por lo anterior prorrogaron el contrato hasta el 15 de junio de 2005.
Modificación y prórroga ²⁶	13 de junio de 2005	Arotec solicitó a Fonade la modificación de la forma de pago, para que se realice contra entrega, instalación recepción de los centros y capacitación; b) la asesora jurídica de Fonade solicitó que se prorrogara el contrato <i>“toda vez que la infraestructura física de los laboratorios de agroindustria se encuentra en proceso de terminación de acabados por parte del SENA”</i> . Con base en lo anterior, modificaron la forma de pago y prorrogaron el contrato hasta el 30 de octubre de 2005.
Prórroga	26 de octubre de 2005.	El Subgerente técnico de Fonade, el gerente del convenio y el supervisor solicitaron la prórroga del contrato hasta el 28 de febrero de 2006, para poder recibir los equipos y seguir cumpliendo con las demás obligaciones del contrato. Deciden prorrogar su plazo hasta el 28 de febrero de 2006.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones del contratista, la correspondencia cruzada muestra que²⁷:

El 16 de junio de 2003, el Sena solicitó a Arotec que los documentos técnicos correspondientes a diseños arquitectónicos, técnicos y especificaciones técnicas de los laboratorios de calidad, taller de lácteos y taller de pescados y mariscos fueran entregados al interventor para su aprobación y luego enviados al Sena para la realización de las obras²⁸.

²⁶ Folios 82 a 83 del cuaderno 13.

²⁷ Folio 254 a 277 del cuaderno 13.

²⁸ Folios 333 del cuaderno 13.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

El 16 de octubre de 2003, el Sena advirtió a la interventoría que, en tanto el contratista había determinado un área de 113.87 m² en el laboratorio de control de calidad de alimentos en las instalaciones Emafez en Zipaquirá, medida que era superior a la requerida, se aceptaba la propuesta, por lo que solicitaba que Arotec presentara a la mayor brevedad los diseños para las obras²⁹.

El 13 de noviembre de 2003, la interventoría le devolvió a Arotec los documentos correspondientes al centro de Pamplona, incluyendo todos los documentos, cálculos y justificaciones.

En comunicación del 20 de noviembre de 2003, la interventoría realizó un análisis de los diseños entregados por el contratista³⁰, en el que puso de presente los retrasos en su suministro y la información faltante.

El 28 de noviembre de 2003, el Sena informó a Fonade que la interventoría del contrato No. 2022027 aún no había aprobado los diseños arquitectónicos y técnicos elaborados por el contratista Arotec, cuestión que había determinado la demora en el avance de las obras en los centros respectivos³¹.

En comunicación del 1 de diciembre de 2003, Arotec solicitó la suspensión del cronograma de obra por 10 días para la instalación de las redes, solicitud que fue rechazada por el Sena y Fonade, debido a que, según el cronograma, las obras ya debían estar listas.

Mediante comunicación del 12 de diciembre de 2003, la interventoría recibió y aprobó con observaciones los diseños de Gaira, indicando que dichos reparos ya se habían hecho en varias reuniones y que, por tal motivo, resultaba necesario requerir formalmente al contratista.

Entre los meses de diciembre de 2003 y marzo de 2004 se cruzaron varias comunicaciones por el Sena y Fonade en las que informó sobre el incumplimiento del contratista en Buga con respecto a instalación de redes, adecuaciones y entrega de equipos.

²⁹ Folio 318 del cuaderno 13.

³⁰ En los folios 103 a 178 del cuaderno 11 aparecen las constancias de remisión de los diseños por parte del contratista.

³¹ Folios 314 a 315 del cuaderno 13.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

El 22 de enero de 2004, la interventoría informó a Fonade que se encontraba pendiente la entrega por parte del contratista de los diseños ambientales, los análisis de precios unitarios, el presupuesto de construcción y adelantar las gestiones para las licencias de construcción³².

El 30 de enero de 2004, la interventoría presentó observaciones a los diseños de la sede de Valledupar, advirtiéndolo al contratista sobre la necesidad de reevaluarlos, corregirlos e incluir la información faltante³³.

La interventoría, en informe del 12 de marzo de 2004, relacionó las actividades que a la fecha no se habían cumplido de acuerdo con los cronogramas definidos, entre las cuales se mencionaron: elaboración de diseños, presentación de presupuesto oficial y análisis de precios unitarios, licencias ambientales de construcción, transferencia de tecnología y entrega de equipos.

El 28 de octubre de 2004 el contratista se pronunció frente a las especificaciones que el Sena solicitó tener en cuenta respecto de ocho laboratorios de control de calidad pendientes de entregar³⁴.

El 15 de noviembre de 2004, Arotec remitió al SENA los diseños arquitectónicos e hidrosanitarios para el laboratorio de control de calidad de Zipaquirá³⁵.

El 1 de febrero de 2005, las partes y el Sena suscribieron un acta de compromiso en la que Arotec se obligó a realizar los rediseños de los planos de construcción y de instalaciones hidrosanitarias³⁶.

En comunicación del 30 de marzo de 2005 se devolvieron los diseños de Piedecuesta para ser ajustados por Arotec, por no cumplir con las especificaciones requeridas.

³² Folios 343 a 344 del cuaderno 11.

³³ Folios 374 a 379 del cuaderno 11.

³⁴ Folio 361 del cuaderno 13.

³⁵ Folio 360 del cuaderno 13.

³⁶ Folios 311 a 313 del cuaderno 13.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

En acta del 28 y 29 de julio de 2005 se entregaron a Arotec, para su intervención, las instalaciones de Piedecuesta (Guatiguará) y, el 18 de agosto siguiente, el Sena comunicó que el contratista aún no empezaba la ejecución de estas.

El 3 de octubre de 2005, la interventoría le señaló a Arotec que seguían sin resolverse las observaciones hechas durante la recepción de equipos en Buga.

Mediante comunicación de 5 de octubre de 2005, la interventoría realizó un requerimiento formal al contratista para que iniciara la ejecución de las actividades a su cargo de las instalaciones de Guatiguará, las cuales se le habían entregado para el efecto desde julio de ese año, y a su vez para que hiciera entrega del total de las obras a la mayor brevedad de las instalaciones de Zipaquirá, ya que estas se encontraban en un 70% de ejecución desde el mes de agosto de 2005.

En informe de interventoría, con corte al 31 de diciembre de 2005, se dejó constancia de que, en desarrollo del seguimiento técnico administrativo y financiero a los talleres y laboratorios, se realizó la verificación del avance físico y de las condiciones para el suministro, instalación y puesta en funcionamiento de los 8 laboratorios de control de calidad, dos talleres de lácteos, dos talleres de Fruver, dos talleres de pescados y mariscos y un taller de biotecnología, cuyos equipos no habían sido entregados por la firma contratista Arotec. Adicionalmente se consignó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

Es importante resaltar que, hasta el 31 de diciembre de 2005, esta interventoría pudo verificar que las regionales del SENA de Mosquera, Álamos, Gaira, Duitama y Valledupar no se terminaron de construir las obras de adecuación de los espacios físicos por parte del SENA y FONADE, necesarios para que Arotec pudiera realizar la instalación de los equipos. Así mismo se presentaron demoras por parte de AROTEC para la instalación de las redes y para la puesta en funcionamiento de los equipos (hidráulicos eléctricos, gas, aire y vacío), en las regionales del SENA de Guatiguará y Pamplona, las cuales se encontraban debidamente adecuadas para tal fin.

Por lo anterior y de acuerdo con las instrucciones de FONADE en las últimas reuniones llevadas a cabo con la participación del SENA, FONADE, AROTEC y esta interventoría, la entidad contratante y el SENA determinaron que se instalaran y entregaran los equipos de los laboratorios, cuyos espacios estuvieran terminados y se realizara una entrega física de los equipos correspondientes, en cada una de las regionales, debidamente inventariadas, revisados y recibidos por los funcionarios el SENA, FONADE, AROTEC y la interventoría.



Expediente:

Actor:

Demandado

Referencia:

250002326000200602052 02

FONADE

Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro

Acción contractual

A continuación, realizó un resumen del estado en que se hallaba la ejecución del contrato que se sintetiza en los siguientes términos³⁷:

Duitama	Laboratorio de control de calidad y biotecnología.	Se solicitaron por parte del SENA algunas modificaciones al diseño contractualmente aprobado por la interventoría, las cuales no habían sido de manera formal a la interventoría por parte del contratista.
Álamos	Laboratorio de control de calidad	Se realizaron modificaciones a los diseños inicialmente aprobados. El espacio físico fue modificado por el SENA, AROTEC y FONADE en reunión sostenida por sus representantes.
Gaira	Laboratorio de control de calidad	Se realizaron modificaciones a los diseños inicialmente aprobados, pero aquellas no habían sido comunicadas por el contratista a la interventoría.
Zipaquirá	Laboratorio de control de calidad	En reunión del 8 de noviembre de 2004, las partes acordaron cambiar el espacio físico inicialmente diseñado. En reuniones del 11 de febrero y 31 de marzo de 2005 se decidieron aspectos de distribución, redes y acabados. El 2 de agosto de 2005 se inició el proceso de inventario, recibo y puesta en funcionamiento de equipos
Mosquera	Laboratorio de control de calidad	En reunión de las partes se hicieron cambios a los diseños. Los planos respectivos fueron enviados a Arotec con observaciones el 27 de julio de 2005, sin que el contratista hubiera respondido.
Pamplona	Laboratorio de taller de calidad – taller de Fruver- taller de cárnicos	Los espacios físicos de talleres de Fruver, cárnicos y laboratorios fueron entregados a Arotec debidamente adecuados desdeel 5 de junio de 2005; no

³⁷ Folios 1 a 41 del cuaderno 5.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

		obstante, a la fecha del informe, el contratista no había iniciado su instalación.
Guatiguará	Laboratorio de control de calidad – taller de Fruver	Las obras de adecuación de laboratorio y taller fueron entregadas a Arotec, fecha en la que el contratista debió iniciar la instalación de redes, lo cual hasta esa fecha no había sido atendido.
Valledupar	Laboratorio de control de calidad de lácteos	Las obras de adecuación para el taller de lácteos y laboratorio de control de calidad no se habían iniciado.
Buga	Laboratorio de control de calidad – taller de carnes- taller de lácteos	Los equipos establecidos para los talleres y el laboratorio se entregaron por parte del contratista debidamente recibidos por Fonade.

Se registró además en ese informe que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Como resultado de las reuniones y teniendo en cuenta que algunas regionales del SENA no se encontraban adecuadas para la instalación de los equipos por una parte y que AROTEC tampoco había cumplido con la entrega de los equipos en las regionales en las que podía instalarlas, se decidió que AROTEC debía realizar la entrega física de todos los equipos disponibles en las bodegas, en cada una de las regionales del SENA debidamente inventariados, revisados y recibidos por los almacenistas del SENA con la participación de funcionarios de FONADE, el SENA y la interventoría, cuyo proceso de la entrega en las regionales se realizó durante los meses de noviembre y diciembre pasados de 2005”³⁸.

El avance físico del contrato reportado en ese informe fue del 73.95%.

En comunicación del 20 de enero de 2006, la interventoría informó a la entidad (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Como la instalación de los equipos debía adelantarse en los diferentes Municipios del país, que fueron señalados, nueve (9) en total, y era necesario que en cada caso se elaboraran por el contratista y se aprobaran por el SENA los diseños correspondientes y posteriormente se adelantaran las obras civiles

³⁸ Folio 121 del cuaderno 18.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

que eran necesarias para recibir los equipos, las labores fueron adelantándose escalonadamente en las diferentes ciudades, lo cual requirió mayor tiempo del esperado, debido a veces a demoras del contratista en la elaboración de los diseños o a demoras imprevisibles por parte de quienes debían ejecutar las obras civiles, lo cual justificó las prórrogas del contrato...³⁹.

- En comunicación del 27 de septiembre de 2006, Fonade informó al contratista que el único centro recibido en su totalidad fue el de Buga, ya que los demás fueron recibidos de forma parcial. Además, sostuvo que (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“De los \$3.849’565.865 entregados como anticipo del contrato 2022027 solo se han amortizado \$850’880.802 obteniendo como saldo son amortizar \$2.998’685.063.

Que a la fecha del contrato 2022027 por un valor de \$7.699’131.730 se han entregado al contratista \$5.693’278.212 y este solo ha entregado físicamente \$3.181’667.731, generando un déficit para la entidad de \$2.511’610.481.⁴⁰

De conformidad con el material probatorio reseñado, analizado de manera sistemática el contenido obligacional de Arotec, las razones que motivaron las prórrogas y la correspondencia cruzada durante la ejecución del contrato, la Sala evidencia que:

El contenido obligacional contraído por el contratista fue integrado por dos componentes funcionales esenciales:

En primer término, a este correspondía la realización de los diseños técnicos arquitectónicos y ambientales de los centros agropecuarios en los que funcionarían los laboratorios y talleres. De la mano con esta actividad se obligó a la consecución de licencias y permisos requeridos para las adecuaciones.

En segundo lugar, debía suministrar, instalar y poner en funcionamiento los equipos tecnológicos requeridos para su operación, luego de lo cual debía capacitar al personal encargado.

En consonancia con lo anterior, distinto a lo aseverado por el apelante, la Sala encuentra que el incumplimiento de Arotec, por cuya cuenta se pidió la efectividad

³⁹ Folio 135 del cuaderno 18.

⁴⁰ Folios 235 a 240 del cuaderno 13.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

de la cláusula penal, no se produjo por causas imputables a la falta al deber de planeación de Fonade, por no haber entregado las instalaciones en las que se llevaría a cabo el cumplimiento del objeto contractual.

Como se aprecia de lo narrado en precedencia, Arotec tenía a su cargo la elaboración de diseños de los espacios físicos en los que se instalarían las soluciones tecnológicas pactadas, al cabo de lo cual deberían llevarse a cabo obras de adecuación *-adelantadas por el SENA⁴¹-* para luego realizar la instalación y puesta en funcionamiento de los equipos.

Sin embargo, desde la primera fase del proyecto se evidenciaron retardos en la entrega de los diseños y se observaron falencias que impedían recibirlos, por estar incompletos o no reunir las especificaciones técnicas requeridas, circunstancias que a su turno ralentizaron la ejecución de adecuaciones en esas áreas, siendo esta la razón principal que motivó la celebración de las diferentes prórrogas.

Este aserto cobra mayor vigor si se tiene en consideración que el 29 de junio de 2004, en el marco del contrato 2022027, las partes suscribieron un acta de acuerdo de pago⁴², en la que convinieron dar aplicación de la cláusula penal de apremio en desfavor del contratista, en cuantía de \$73'002.305, bajo el sistema de descuento de las sumas que se le adeudaban.

Al respecto, se evidencia que la aplicación de la cláusula penal de apremio se fundamentó en gran medida en los informes de interventoría realizados con corte al 10 de mayo de 2004, en los que se documentaron los retrasos en la entrega de los diseños exigidos, análisis de presupuestos, licencias de manejo ambiental, lo que pone de manifiesto que desde mucho antes del último semestre de 2005 – *fecha en que, según se afirma en el recurso, Fonade empezó a hacer entrega de las áreas en las que se implementarían las soluciones tecnológicas-* ya el contratista había incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contraídas para la etapa previa a la instalación de equipos.

⁴¹ Según el numeral 3.5. de los términos de referencia, el *“El SENA hará entrega de la planta física para que el contratista adelante el montaje y puesta en funcionamiento del taller o laboratorio”*.

⁴² Folios 727 a 733 del cuaderno 22



Expediente:	250002326000200602052 02
Actor:	FONADE
Demandado	Sociedad Arotec Colombiana en reestructuración y otro
Referencia:	Acción contractual

Si bien la Sala no pasa por alto que varias de las adecuaciones asumidas por el Sena no se terminaron oportunamente, lo que retardó la instalación de las soluciones tecnológicas, lo cierto es que, por un lado, esa situación, según lo expuesto, se determinó por la responsabilidad previa del contratista al no entregar oportunamente los diseños con las especificaciones técnicas requeridas y, de otro lado, finalmente las partes acordaron que el contratista prosiguiera con la ejecución del contrato en la fase de entrega e instalación de equipos en las áreas que ya habían sido sometidas a las respectivas adecuaciones y de su entrega en las bodegas de cada una de las regionales en las que aún no se habían culminado las obras civiles.

Con todo, pese a ello, la situación de incumplimiento del contratista persistió hasta finalizar el plazo del negocio jurídico, lo que llevó a la entidad pública a que, mediante comunicación del 27 de septiembre de 2006⁴³, le indicara a Arotec que debía consignar a favor de Fonade la suma de \$769'913.173 por concepto de cláusula penal pecuniaria, aduciendo que, de acuerdo con los informes de interventoría del 5 de abril y el 30 de agosto de 2006, había incumplido obligaciones respecto de los centros de Gaira, Zipaquirá, Pamplona y Guatiguará, e igualmente, con la entrega de la totalidad de los equipos en los centros de Duitama, Valledupar, Álamos, Pamplona, Guatiguará, Pamplona, Gaira y Zipaquirá.

La Sala no encuentra acreditado que tal desatención obligacional se hubiera producido por la supuesta falta de planeación de Fonade en la entrega de las instalaciones en las que se habría de desarrollar su objeto, puesto que al margen de la alegada tardanza de la entidad estatal, Arotec desatendió los compromisos que estaba llamado a cumplir cuando ya se habían dado las condiciones para ello, el cual, si bien el apelante aduce que sus obligaciones se suscribían únicamente al suministro e instalación de las soluciones tecnológicas, la realidad del texto contractual reveló que las actividades a su cargo cobijaban un espectro mucho más amplio.

Este aserto, a diferencia de lo aseverado por el apelante, no se altera por las conclusiones extraídas de las declaraciones testimoniales cuya apreciación por parte del *a quo* echa de menos el recurrente.

⁴³ Folios 245 a 248 del cuaderno 22



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

En efecto, en la etapa probatoria de la primera instancia se recaudaron los testimonios de David Arturo Niño, quien trabajó para Arotec como coordinador del proyecto de licitación con Fonade y Elvira Achury, subgerente de Arotec. En esas declaraciones se sostuvo, en síntesis, que las instalaciones en que se habrían de implementar las soluciones tecnológicas fueron entregadas tardíamente por Fonade.

En este punto conviene señalar que, si bien el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil establece que son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas, la jurisprudencia de esta Corporación⁴⁴ ha precisado que sus dichos no pueden despacharse de plano, sino que deben valorarse de manera más rigurosa, decara a las demás pruebas obrantes en el expediente y a las circunstancias decada caso, todo ello basado en las reglas de la sana crítica.

Así, en lo que a este caso interesa, pese a la sospecha que recae en las declaraciones de los referidos testigos, en realidad sus declaraciones no hacen nada distinto que corroborar un hecho que se desprende igualmente de las pruebas documentales anteriormente mencionadas y que consistió en que existió demora en la entrega de las instalaciones por parte de Fonade.

Sin embargo, tal hallazgo no resulta suficiente para arribar a las conclusiones sugeridas por el recurrente, en cuanto a que fue el incumplimiento de la entidad el que le impidió honrar sus compromisos negociales, dado que:

- Las actividades encaminadas a la adecuación de las instalaciones dependían de manera directa de la entrega oportuna de los diseños a cargo del contratista, lo que presentó serias falencias debido al retardo en su elaboración, a su carácter incompleto y, en ocasiones, apartado de las especificaciones técnicas, situación que, a su turno, emergió como supuesto fáctico para la imposición de una pena conminatoria que en momento alguno fue refutada por el contratista a lo largo de este litigio.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de julio de 2019, exp. 48968 y sentencia del 28 de agosto de 2019, exp. 51439, entre muchas otras.



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

- Tras constatar que la totalidad de las instalaciones de los centros previstos no iban a alcanzar a terminarse en el plazo contractual, las partes convinieron que Arotec procediera a la entrega de los equipos tecnológicos en las sedes de las regionales del Sena y que los instalara solo en aquellas que ya estaban adecuadas, pese a lo cual el contratista incurrió en incumplimiento de ese pacto.

Corolario de lo expuesto, desde el inicio del contrato, Arotec observó una conducta alejada de la estricta atención de sus compromisos negociales en la etapa de elaboración de diseños, actitud que retrasó el proceso de adecuación de los espacios en que se instalarían los equipos tecnológicos, dando como resultado la celebración de varias prórrogas dirigidas a lograr la cabal satisfacción del objeto contratado, no obstante lo cual, tampoco en ese plazo el contratista acató sus compromisos y, por tanto, dio lugar a la aplicación de la cláusula penal pecuniaria.

Como consecuencia, la Sala considera infundados los cargos de la apelación interpuesta por la sociedad Arotec.

Actualización del saldo a favor del contratista ordenado en la sentencia de primera instancia

En atención a que el Tribunal de primera instancia liquidó judicialmente el contrato 2022027 y dispuso reconocer a favor del contratista, Arotec, un saldo de \$87'520.914, la Sala procederá a actualizar la anterior suma a la fecha en que se emite la presente providencia.

$$Vp = Vh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Vp: Corresponde al valor presente

Vh: Es el valor histórico o inicial (**\$87'520.914**)

Índice Final: Es el IPC vigente a la fecha de este fallo o el último del que se tiene conocimiento = 120,27 julio 2022.

Índice inicial: Es el IPC vigente en septiembre 2020 (fallo de primera instancia)= 105,29.

120,27



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

$$Vp= \text{-----} \times \$87'520.914 = \$$$

105,29

$$Vp= \$ 99'972.840$$

Conclusión

Por las consideraciones expuestas, la Sala procederá a modificar la sentencia apelada para en su lugar declarar oficiosamente la caducidad de la demanda de reconvención presentada por Arotec y se mantendrá en todas sus demás partes.

9. Costas

De conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, por ende, no se impondrá condena alguna.

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,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2020, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia para en su lugar disponer:

PRIMERO: DECLARAR que la Sociedad AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, incumplió el Contrato No. 2022027 de 2002, de acuerdo con las consideraciones de esta sentencia.

“SEGUNDO: DECLARAR liquidado judicialmente el Contrato No. 2022027 de 2002 celebrado entre FONADE –Hoy ENTerritorio- y AROTEC COLOMBIANA S.A. EN REESTRUCTURACIÓN en los términos de las consideraciones de esta sentencia, esto es, con un saldo a favor de la sociedad contratista AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACION de OCHENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

(\$87'520.914).

“TERCERO: NEGAR las excepciones propuestas por AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN a la demanda principal.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda principal presentada por el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, –Hoy ENTerritorio- de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR OFICIOSAMENTE LA CADUCIDAD de la demanda de reconvencción presentada por AROTEC COLOMBIANA SA EN REESTRUCTURACIÓN, por lo que se niegan las pretensiones formuladas por esa vía.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las objeciones por error grave presentadas contra los dictámenes periciales rendidos por los auxiliares de la justicia Francisco Acevedo Fonseca, Gerardino Vivas y Marco Aurelio Farfán Chaparro, de conformidad con lo expuesto.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA la objeción por error grave presentada contra el dictamen pericial rendido por el Auxiliar de la Justicia Juan José Rondón Sánchez, de acuerdo con las consideraciones de esta sentencia.

OCTAVO: Sin condena en costas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Para el cumplimiento de esta sentencia, se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: Se ordena expedir copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Las copias destinadas a la sociedad Arotec serán entregadas al apoderado judicial que ha venido ejerciendo su representación.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE



Expediente: 250002326000200602052 02
Actor: FONADE
Demandado: Sociedad Arotec Colombiana en
reestructuración y otro
Referencia: Acción contractual

MARÍA ADRIANA MARÍN

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF