**CADUCIDAD DE ACCIÓN - Ocurrencia de los motivos de hecho**

De conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos, la acción de controversias contractuales caduca, entre otros supuestos, al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. En el presente asunto, se pretendió obtener la nulidad de los actos administrativos 194 del 17 de mayo de 2000 y 237 del 30 de junio del mismo año, proferidos por TELEPACÍFICO LTDA., mediante los cuales se declaró el incumplimiento del contrato de “*cesión de derechos de emisión*” 009, celebrado con Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato y se hizo exigible la garantía única de cumplimiento, por la ocurrencia del riesgo asegurado. Teniendo en cuenta que la actuación administrativa culminó con la expedición de la resolución 237 de 30 de junio de 2000 (fol. 156 a 161 C. pruebas 2) y que la demanda se presentó el 8 de junio de 2001, resulta evidente que la acción se ejercitó dentro del término previsto para el efecto (2 años, según se advirtió en el párrafo precedente).

**CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA - Desarrollo y aplicación**

 Dada la dificultosa presentación de los argumentos que sirven de sustento al recurso de apelación, la Sala, como es su deber, reorganizará y resolverá de forma secuencial y lógica los cargos contra la sentencia apelada. Para ello, primero se ocupará de resolver lo atinente al cargo de incongruencia de la sentencia y luego, de resultar necesario, se ocupará de la censura por la reducción que del monto pactado para la cláusula penal pecuniaria se observa en el fallo. En el recurso de apelación se cuestionó que la “…reducción del importe de la cláusula penal no fue solicitada por el Actor (sic) en el libelo de la demanda, por otra parte la cláusula contractual que la originó corresponde a un acto libre y espontáneo de quienes suscribieron tal pacto accesorio” y se agregó que el juez, al proferir el fallo, “debe ceñirse a los hechos y pretensiones de la demanda, so pena de caer en incongruencia” (fol. 205 C. principal). .. El tenor literal de las pretensiones principales evidencia que fueron formuladas bajo la convicción de que la “entidad no tenía competencia legal para legislar, creando un poder exorbitante (declaración unilateral de incumplimiento), atribución esta que solo le compete a la rama legislativa” razón por la cual “… su actuación administrativa hace devenir como suficiente y pertinente su declarativa de nulidad”. Frente a lo anterior, debe tenerse presente que el tema de la competencia para proferir las resoluciones demandadas fue abordado y decidido en el fallo de primera instancia y que la apelación no lo tocó, pues se limitó a controvertir la reducción del monto de la cláusula penal pecuniaria… La lectura de las pretensiones subsidiarias transcritas evidencia claramente y sin lugar a duda que fueron formuladas con miras a obtener la reducción de la sanción penal pecuniaria que se impuso a través de las resoluciones demandadas, lo que significa que la censura por incongruencia entre lo pretendido en la demanda y lo resuelto en el fallo no tiene vocación de prosperidad. Resuelto lo correspondiente a la incongruencia de la sentencia, la Sala abordará el tema relativo a la reducción de la sanción penal pecuniaria que también es objeto de apelación… Lo que pone de presente el recurrente en su escrito de sustentación del recurso de apelación no coincide con el tema que el Tribunal abordó en la sentencia, cuando decidió declarar la nulidad de las resoluciones demandadas, para reducir el monto del valor liquidado por concepto de la sanción penal pecuniaria derivada del incumplimiento del contrato.En efecto, el Tribunal, luego de hacer un estudio minucioso de las normas concernientes al contrato de seguro contenidas en el Código de Comercio (artículos 1048 y 1079) y de aquellas que incorpora el Código Civil en cuanto a la cláusula penal pecuniaria y a la rebaja proporcional de la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal (artículos 1592 y 1596 en concordancia con el artículo 867 del C.Co), determinó que el monto de la cláusula penal pecuniaria debía ser reducida, para que resultara proporcional a la porción incumplida de las obligaciones del contrato por parte del contratista… El Tribunal de primera instancia, siendo congruente con las pretensiones de la demanda, analizó los cargos formulados contra las resoluciones demandadas y la reducción de la sanción penal pecuniaria por incumplimiento parcial del contratista, temas que resultan bien diferentes a los planteados por el apoderado del recurrente, pues éste –el apoderado- confunde lo decidido en la sentencia con la figura de la reducción por causa de la lesión enorme en la cláusula penal pecuniaria, tema al que se refieren las normas que él cita como sustento del recurso. ..En efecto, en este caso, la pretensión de reducción de la cláusula penal pecuniaria fue fundamentada en el cumplimento parcial de las obligaciones pactadas y así lo aceptó el Tribunal de primera instancia en su sentencia, para lo cual tuvo en cuenta el porcentaje de cumplimento del contrato que se alegó incumplido, mientras que el recurrente, para defender su tesis de no reducción -en sede de apelación-, alude al tema de la lesión enorme en la cláusula penal pecuniaria para afirmar que, como la cláusula penal pecuniaria no padeció de lesión enorme, mal pudo el Tribunal haber tomado la decisión de reducir su monto. Como se ve, si bien el recurrente manifiesta su inconformidad por la forma en que el Tribunal decidió reducir el monto de la cláusula penal, lo que se afirma en el recurso no coincide con el tema, ni con las razones que en la sentencia de primera instancia se expusieron para tomar la decisión que ahora censura, tornándose de esa manera impróspera su alegación en contra de lo que se ha decidido, en tanto que, aunque se trata de un reproche al fallo por la reducción del monto de la pena pecuniaria, la situación fáctica y jurídica de la que surge su inconformismo nada tiene que ver con la situación fáctica y jurídica que correctamente, por demás, manejó el Tribunal al proferir el fallo. Acertadamente el Tribunal concluyó, luego de una labor hermenéutica de las normas referentes al contrato de seguro incluidas en el Código de Comercio (artículos 1048 y 1079), a la cláusula penal pecuniaria y a la rebaja proporcional de la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal (Código Civil, artículos 1592 y 1596, en concordancia con el artículo 867 del C.Co), que el monto de la cláusula penal pecuniaria debía ser reducido, para que la pena resultara proporcional a la porción incumplida de las obligaciones del contrato por parte del contratista, conforme a los artículos 1592 y 1596 atrás transcritos del Código Civil, frente a lo cual no existe ningún argumento dialéctico en contra en el recurso.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 76001-23-31-000-2001-02637-02(36199)**

**Actor: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A**

**Demandado: TELEVISIÓN DEL PACÍFICO LTDA –TELEPACÍFICO**

**Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 20 de febrero de 2008 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1.** El 8 de junio de 2001, la aseguradora COLSEGUROS S.A., mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Comunicaciones y Televisión del Pacífico LTDA –TELEPACÍFICO-, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las resoluciones 194 del 17 de mayo y 237 del 30 de junio, ambas de 2000, así como de la liquidación final del contrato 09 de 1994 -y su prórroga- celebrado entre TELEPACÍFICO y JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA.

En la demanda, se formularon las siguientes pretensiones (fol. 86 a 88 C. 1) (el texto se transcribe exactamente como obra en aquélla, incluidos los errores):

“**A: PRETENSIONES PRINCIPALES**

Que se declare la nulidad absoluta de las resoluciones No. 194 de mayo 17 de 2000 ‘por la cual se declaró el incumplimiento de un contrato, se hace efectiva la cláusula penal y ordena hacer efectiva la garantía única de cumplimiento por la ocurrencia del riesgo asegurado, en relación con el contrato No. 09 de cesión de derechos de emisión, celebrado con JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA’ ‘JULIO IGNACIO GUTIERREZ S. TELEVISION’; expedida por la sociedad TELEPACIFICO LTDA a través de su señora Gerente Dra. Mariana Garcés Córdoba y su Jefe de Oficina Jurídica Dra. Gladys Quintero de Gómez, pues esta entidad no tenía competencia legal para legislar, creando un poder exorbitante (declaración unilateral de incumplimiento), atribución esta que solo le compete a la rama legislativa. En consecuencia, su actuación administrativa hace devenir como suficiente y pertinente su declarativa de nulidad.

“A.1:

“En igual forma, declárase la nulidad absoluta de la resolución No. 237 de junio 30 de 2000, también expedida por la entidad TELEPACIFICO LTDA a través de su señora Gerente y Jefe de Oficina Jurídica y por la cual se resolvieran los recursos de reposición interpuestos por el señor JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA y la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., a través de su procurador.

“A.2:

“Declárese la nulidad absoluta del acto administrativo por medio del cual se liquidó finalmente el contrato 09 de 1994 y su prórroga celebrado entre TELEPACIFICO LTDA y JULO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA.

“B: PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

“B.1:

“Declárese que TELEPACIFICO LTDA solo puede exigir la cláusula penal pecuniaria pactada, atendiendo el 50% del valor del contrato de prórroga, cuya cuantía aproximada era de $517’777.000, sanción penal pecuniaria que ascendería a la suma de $258’888.500.

“B.2:

“Declárese que la entidad demandada TELEPACIFICO LTDA se excedió al cobrar la totalidad de la cláusula penal pecuniaria, a sabiendas de existir un incumplimiento parcial de su contratista; en consecuencia el monto de lo exigido como sanción penal debe ser reducido atendiendo el cumplimiento que hiciere el contratista”.

**2.-** Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente (folios 88 a 94 C.1):

a) TELEVISION DEL PACÍFICO LTDA –en adelante Telepacífico- es un canal regional del orden departamental cuya naturaleza jurídica es de Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de Comunicaciones, tiene a su cargo la prestación directa del servicio público de televisión para los departamentos del Valle del Cauca, Cauca, Chocó y Nariño y dentro del cumplimiento de su objeto puede celebrar, previa licitación, contratos de producción, coproducción y cesión de derechos de emisión dentro de las frecuencias asignadas.

b) En desarrollo de lo anterior, TELEPACÍFICO celebró el contrato 009 de cesión de derechos de emisión con el señor JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA -propietario de JULIO IGNACIO GUTIERREZ S. TELEVISIÓN- sobre siete (7) programas que el contratista tenía a su cargo, de los cuales cinco (5) eran de producción regional y dos (2) de producción nacional o extranjera. Se pactó como plazo de ejecución tres (3) años y cuatro (4) meses, contados a partir del 30 de enero de 1995, con vencimiento al 29 de mayo de 1998, prorrogable por dos (2) años más hasta completar cinco (5) años y cuatro (4) meses. El monto del contrato fue fijado en doscientos cuarenta y siete millones doscientos noventa y tres mil pesos ($247’293.000).

c) Dentro del contrato se estableció que JULIO IGNACIO GUITÉRREZ S. TELEVISIÓN debía pagar a TELEPACÍFICO una tarifa por concepto de cesión del derecho de comercialización de los programas sobre los cuales cedía el derecho de emisión, dentro de los 90 días calendario siguientes a la fecha de la factura (cláusula sexta). Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA, TELEPACIFICO exigió la constitución de una póliza única de cumplimiento equivalente al 50% del valor del contrato, cuya vigencia debía extenderse por el término establecido para el contrato más seis (6) meses, es decir, hasta el 29 de noviembre de 1998. En atención a lo anterior fue expedida la póliza 1140805-1 de Colseguros, por $123’646.500. También se pactó una cláusula penal pecuniaria estimada en el 50% del valor del contrato.

d) En diciembre 16 de 1997, TELEPACÍFICO y JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA prorrogaron el contrato de emisión 009 por dos años y cuatro meses más, hasta el 29 de mayo de 2000, pero con la aclaración de que las emisiones no podían extenderse sino hasta el 29 de enero de ese mismo año.

El valor de la prórroga se estimó en $517’777.000 y, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ella, se constituyó la póliza complementaria 1208010-6, por $382’535.000.

e) TELEPACIFICO, a pesar de haber determinado claramente que la garantía era el equivalente al 50% del valor de la prórroga del contrato, es decir, de $517’777.000, sumó el valor del contrato que se prorrogaba y, en ese orden de ideas, determinó que debía presentarse una garantía por el 50% de $765’070.00.

Afirmó la demandante que la garantía debía estar determinada por el valor de la prórroga y no por el monto fijado para ésta más el valor inicial del contrato, pues, las obligaciones del contrato inicial se encontraban cumplidas y a paz y salvo.

f) El 1 de julio de 1998, JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA suscribió un pagaré a favor de TELEPACÍFICO, con el fin de respaldar unos pagos que se encontraban en mora; no obstante, frente al advenimiento de una situación económica imprevista, el primero se sometió a un proceso concordatario de persona natural y fue así como, mediante auto del 19 de marzo de 1999, el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali admitió la solicitud e incluyó dentro de los pasivos por pagar las acreencias existentes a favor de TELEPACIFICO.

Ante el incumplimiento de las obligaciones económicas posteriores al concordato, TELEPACÍFICO, mediante resolución 194 del 17 de mayo de 2000, declaró que JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA incumplió parcialmente el contrato, hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria y la garantía única de cumplimiento y exigió a la aseguradora COLSEGUROS una indemnización por $382’535.000, equivalente al 50% del valor determinado para el contrato primigenio y su prórroga.

g) Agotada la vía gubernativa -que confirmó lo resuelto en la resolución 194 del 17 de mayo de 2000-, TELEPACÍFICO procedió a liquidar unilateralmente el contrato de cesión de derechos de emisión 09 de 1994.

Allí se estableció que JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ SANABRIA le adeudaba a TELEPACIFICO $134’076.401, además de los $382’535.000 correspondientes a la cláusula penal pactada que se haría efectiva a través de la garantía única de cumplimiento expedida por COLSEGUROS S.A.

h) Considera la demandante que TELEPACÍFICO se arrogó ilegalmente la facultad de declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato con el fin de hacer efectiva la póliza única de cumplimiento, facultad que en la ley 80 de 1993 no está prevista, como sí lo estaba bajo el régimen del decreto 222 de 1983, situación que afecta de nulidad las resoluciones 194 y 237 de 2000.

i) Fue un error del contratante exigir de su contratista la garantía única de cumplimento por valor de $382’535.000, siendo lo correcto exigirle una garantía por $258’888.500, pues, a pesar de existir unidad en el contrato, las obligaciones contraídas por el contratista dentro del contrato inicial se encontraban cumplidas cuando operó la prórroga, por lo que resultaba ilegal cubrir con un amparo lo que ya estaba cumplido.

**3.** La demandante considera que, con la expedición de los actos acusados, se violaron las siguientes normas: artículos 2, 4, 6, 113, 114, 121 y 122 de la Constitución Política, artículos 3 y 14 numerales 1 y 2, artículos 17, 18, 23, 32 y 40 de la ley 80 de 1993, artículos 867, 1054, 1073, 1074 y 1078 del Código de Comercio y artículos 1596 y 1602 de Código Civil.

El concepto de violación de las mencionadas disposiciones se presentó, en síntesis, de la siguiente manera:

**a).-** La ley 80 de 1993 -como normatividad legal que regula todo contrato estatal en su naturaleza y esencia- no contempló como causal autónoma el incumplimiento del contrato, sino el incumplimiento como presupuesto de la declaración de caducidad. Tampoco determinó que el incumplimiento de las obligaciones era el factor de declaración de ocurrencia del siniestro, como se estableció en el acto administrativo que declaró incumplido el contrato.

**b).** El inciso final del artículo 18 de la ley 80 de 1993 ha previsto que “La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento” precepto bajo el cual puede concluirse que la administración se equivocó al declarar ocurrido el siniestro bajo el supuesto de un incumplimiento parcial de un contrato.

La administración, al expedir los actos cuestionados, revivió el artículo 72 del decreto 222 de 1983, norma que fue derogada por la ley 80 de 1993 y que rezaba: “En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de **incumplimiento** …”

**c).** Afirmó que seequivocó **TELEPACÍFICO** al exigir la totalidad del monto pactado para la cláusula penal pecuniaria, porque no tuvo en cuenta que la mayoría de las obligaciones derivadas del contrato se hallaban cumplidas, razón por la que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, debió rebajar sustancialmente el monto de la pena, tomando como fundamento lo previsto en el artículo 1596 del Código Civil, en armonía con lo dispuesto en el inciso final del artículo 867 del Código de Comercio.

**d).** Se desconoció también el objetivo de la garantía única de cumplimiento, cual era respaldar todas y cada una de las obligaciones que surgían a cargo del contratista; no obstante, cuando se suscribió la prórroga del contrato de emisión 09 de 1994, el contratista se hallaba a paz y salvo, razón que sirvió para que se prolongara el contrato y se le exigió una nueva póliza. El valor por el que debía constituirse la garantía estaba supeditada a la cuantía de la prórroga, así se expresó claramente; sin embargo, la administración le sumó el valor del contrato inicial contrariando la ley.

**4.** Admitida y notificada la demanda (fol. 108 a 111 C.1 y 130 C. 2), la parte demandada la contestó oportunamente, negó algunos hechos y, respecto de otros, manifestó atenerse a lo que resultara probado en el proceso, se opuso tajantemente a la prosperidad de las pretensiones y manifestó, en síntesis, que no existe violación alguna de las normas constitucionales o legales invocadas por el actor, que no hubo falla ni desconocimiento del debido proceso por parte de la demandada conforme a las disposiciones constitucionales, legales y contractuales.

Dijo que en la demanda se mencionan disposiciones constitucionales y legales sin decir ni explicar en qué consiste su vulneración, para concluir que no era procedente aplicar la caducidad, pero advirtió que, en el presente caso, no se decretó la caducidad sino el incumplimiento del contrato 09 de 1994.

Aclaró que en la demanda se oculta la verdad, en relación con la voluntad contractual expresada en la cláusula decima octava del contrato 09 de 1994, que dispuso:

“En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento del Contrato (sic), TELEPACIFICO (sic) hará efectiva a su favor la cláusula penal pecuniaria, la cual equivaldrá al cincuenta por ciento (50%) del valor del presente contrato”.

Añadió que se declaró el incumplimiento parcial del contrato, porque, aun cuando el objeto del mismo se había cumplido, reiterada y sucesivamente fueron incumplidos los pagos que se obligó a realizar el señor JULIO IGNACIO GUTIÉRREZ, razón que resultó suficiente para aplicar la cláusula penal contractual.

Nunca se violó norma alguna al ordenar la liquidación unilateral del contrato 09 de 1994, porque ello fue el resultado del vencimiento del plazo contractual y se dio cumplimiento a los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993 (fol. 162 a 171 C.2).

**5.** El proceso se abrió a pruebas mediante auto del 4 de agosto de 2003 (fol. 174 C.1). Vencido este período, se corrió traslado a las partes (fol. 180 C.1), para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto. Dentro de dicho término, ninguna de las partes presentó escrito alguno.

**6.** Mediante sentencia del 20 de febrero de 2008, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda, en cuanto declaró la nulidad parcial de las resoluciones 194 del 17 de mayo y 237 de 30 de junio, ambas de 2000 (fol. 171 a 197 C. principal), y modificó la liquidación unilateral el contrato 09 de 1994 y su prórroga, celebrada entre TELEPACÍFICO y Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria, decisión que fue objeto del recurso de apelación por parte de TELEPACÍFICO LTDA.

**7.** Por auto del 12 de diciembre de 2008 fue admitido el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia (fol. 215 C. principal) y posteriormente, el 30 de enero de 2009, se ordenó correr traslado a las partes, para que presentaran alegatos y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (fol. 217 C. principal).

El apoderado de la Aseguradora Colseguros S.A. guardó silencio.

El apoderado de TELEPACÍFICO LTDA guardó silencio.

El señor Procurador Delegado ante el Consejo de Estado presentó concepto el 26 de febrero de 2009 (fol. 219 a 228 C. principal), allí solicitó que se revocara el fallo apelado, porque en su criterio no debieron ser declarados nulos los actos administrativos demandados, pues el valor de la cláusula penal que se hizo efectiva a través de la póliza otorgada por la Aseguradora Colseguros, por $382’535.000, corresponde al porcentaje real de incumplimiento a cargo del contratista, lo que, a su turno, impide afirmar que los perjuicios causados fueron inferiores al valor establecido en la cláusula penal pecuniaria.

**II. LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para lo cual sostuvo (fol. 181 a 199 C. principal)(se transcribe como aparece en el original, incluyendo los errores):

“De la documentación aportada se establece que el plazo del contrato celebrado entre TELEPACIFICO y JULIO IGNACIO GUTIERREZ fue de 3 años inicialmente y prorrogado posteriormente hasta 5 años y 4 meses, plazo que corrió entre enero 30 de 1995 y mayo 29 de 2000. En el contrato se pactó, en cuanto la forma de pago, que el contratista pagaría la compensación mensual correspondiente dentro de los 90 días siguientes a la fecha de cada factura.

“Así pues, teniendo en cuenta que el contratista venia incumpliendo los pagos desde julio 1 de 1998 y que la ultima factura del contrato fue expedida en enero de 2000 para ser pagada el 30 de abril de 2000, la cual el contratista no canceló, TELEPACIFICO LTDA. procedió, a declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal mediante la póliza de seguro otorgada por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., lo que resulta ajustado a derecho, a juicio de la Sala conforme la jurisprudencia anteriormente citada, ya que la administración declaró el incumplimiento se hizo con el fin de hacer efectiva la póliza de garantía, conforme al Artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, para así a su vez hacer efectiva la cláusula penal pactada en el contrato.

“Por lo dicho anteriormente, puede concluirse que no puede prosperar la pretensión de nulidad propuesta por el actor pues la declaratoria de incumplimiento consignada en el acto impugnado por TELEPACIFICO frente al contrato No. 09 de 1994 celebrado con JULIO IGNACIO GUTIERREZ, no resulta ilegal como se argumentó en la demanda, pues se repite, se realizó dentro de término que en ese momento había precisado la jurisprudencia.

“No obstante lo anterior y como quiera que la actora formula pretensiones subsidiarias a la principal relacionadas con el presunto cobro en exceso de la cláusula penal, se hace necesario determinar su procedencia. Al respecto, argumenta el actor que cuando se suscribió la prórroga del contrato, el contratista se encontraba a paz y salvo con respecto a las obligaciones del contrato original y la garantía que solicita TELEPACIFICO no podía sumar el valor del contrato inicial pues este ya se encontraba cumplido; por lo tanto la cláusula penal cubierta por la garantía debió ser por el valor de la prórroga del contrato, es decir, $258’888.500 (50% del valor de la prórroga de $517’777.000) y no $382’535.000 (50% del valor de contrato inicial sumado a la prórroga para u total de $765’.070.000). Agrega el actor que según la normatividad que regula la cláusula penal, verificado el cumplimiento parcial de las obligaciones del contrato como sucedió en el presente caso, debe reducirse proporcionalmente el monto de la pena.

“Considera la Sala que, no le asiste razón al actor al considerar que la adición del contrato constituye un contrato independiente al original, bajo el argumento de que este último ya se encontraba cumplido. Ello, por cuanto la adición, si bien se formaliza de forma separada, normalmente en un ‘otro si’, que suscriben las partes del contrato, su fin no es otro que ampliar, precisar o adicionar algunas cláusulas del contrato original. En el caso en estudio, como puede observarse en la documentación aportada, el contrato inicial y su prórroga forman un mismo contrato, esta última simplemente extiende el plazo del primero, que inicialmente comprendía desde enero 30 de 1995 hasta noviembre 29 de 1998 y se amplió hasta mayo 29 de 2000 y aumenta el valor inicial del contrato de $247’293.000 a $765’070.000. Es así como en diciembre de 1997, la ASEGURADORA COLSEGUROS expide el certificado de aumento del valor asegurado ampliando la póliza conforme a la prórroga del contrato, establece la vigencia desde enero 30 de 1995 hasta mayo 29 de 2000 y un valor asegurado de $382’535.000 que corresponde al 50% del valor de la totalidad del contrato y no solo de la prórroga.

“…

“Precisado lo anterior, anota la Sala que le asiste razón a la demandante al argumentar que TELEPACIFICO debió reducir el cobro de la cláusula penal en razón al incumplimiento parcial que realizó el contratista de los pagos y obligaciones contractuales.

“Procede la Sala entonces, a determinar el porcentaje de incumplimiento del contratista, para efectos del ajuste del valor de la cláusula penal que puede reclamar la entidad, lo que a su vez produce la modificación del acta de liquidación del contrato que obra a folios 34 a 41 del cuaderno principal, de la siguiente manera:

* Valor de Contrato: $765’070.000
* Total capital por facturas pendientes de pago: $392’304.162
* Porcentaje del contrato incumplido: $51.27%
* Cláusula penal: $382’535.000
* Cláusula penal reducida al 51.27%: $196’125.694,5

“Así pues, TELEPACIFICO solo podrá hacer efectiva la cláusula penal a través de la póliza otorgada por la seguradora COLSEGUROS por un valor de ciento noventa y seis millones ciento veinticinco mil seiscientos noventa y cuatro ($196’125.694,5).

“De suerte que se declarará la nulidad de los artículos 2º y 3º de la Resolución 194 de 2000, así como la del artículo 2º de la Resolución 237 de 2000, la de el numeral 3.2 del Acta de liquidación final efectuada en septiembre de 2000 y de la Resolución 319 de 2000 que acoge la liquidación final, en cuanto hicieron efectiva la cláusula penal en el valor de $382’535.000”.

**III.- EL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de TELEPACIFICO LTDA sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos (fol. 202 a 208 C. principal) (se trascribe como aparece con errores):

“A juicio de la parte que represento, la sentencia en la parte impugnada desconoce lo dispuesto en el artículo 1601 del Código Civil, que es una norma vigente y de necesaria aplicación, y su inobservancia afectó patrimonialmente a mi representada.

“Debe entenderse que los contratantes suscribieron libremente el contrato y la cláusula contractual donde se pactó la pena, y que tiene, únicamente, las restricciones que le impone la Ley; el artículo 1601 ídem señala las únicas restricciones a los contratantes para pactar la pena cuando dice: ‘cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste así mismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

“… En el caso que nos ocupa el Tribunal la solicitud de reducción de importe de la cláusula penal no fue solicitada por el Actor en el libelo de la demanda, por otra parte la cláusula contractual que la originó corresponde a un acto libre y espontáneo de quienes suscribieron tal pacto accesorio.

“Debo anotar que corresponde al juzgador armonizar las consideraciones contenidas en la sentencia objeto del presente recurso de apelación con la preceptiva contenida en el artículo 1601 del Código Civil, ya citado. El artículo 1601 dispone que la cláusula penal no puede exceder en el duplo el valor de la obligación principal y a su vez el artículo 1596 dispone que cuando el deudor cumple parte de la obligación y el acreedor acepta, tendrá derecho a que se le rebaje proporcionalmente; a nuestro juicio, de la armonización de las normas citadas se concluye pacíficamente que el tope del valor de la cláusula penal es el duplo de la obligación principal y la rebaja proporcional debe partir del tope máximo no de lo pactado que es menos del 50% de la obligación principal, partiendo del supuesto de que tanto las obligaciones principales como las accesorias tienen origen en contratos válidamente celebrados”.

**IV. CONSIDERACIONES:**

**1.-** **OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN**

De conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos, la acción de controversias contractuales caduca, entre otros supuestos, al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento.

En el presente asunto, se pretendió obtener la nulidad de los actos administrativos 194 del 17 de mayo de 2000 y 237 del 30 de junio del mismo año, proferidos por TELEPACÍFICO LTDA., mediante los cuales se declaró el incumplimiento del contrato de “*cesión de derechos de emisión*” 009, celebrado con Julio Ignacio Gutiérrez Sanabria, se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato y se hizo exigible la garantía única de cumplimiento, por la ocurrencia del riesgo asegurado.

Teniendo en cuenta que la actuación administrativa culminó con la expedición de la resolución 237 de 30 de junio de 2000 (fol. 156 a 161 C. pruebas 2) y que la demanda se presentó el 8 de junio de 2001, resulta evidente que la acción se ejercitó dentro del término previsto para el efecto (2 años, según se advirtió en el párrafo precedente).

**2.- Limites del recurso de apelación.**

Para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 20 de febrero de 2008, debe la Sala advertir que la censura contra el mencionado fallo tiene como único propósito que, en sede de segunda instancia, esta Corporación determine si resultó correcta o no le decisión de reducir el importe de la cláusula penal pactada, como lo hizo el Tribunal, aun cuando ello: i) no fue solicitado por la demandante en el libelo de la demanda, ii) la cláusula penal pecuniaria fue pactada como un acto libre y espontáneo de quienes suscribieron el contrato y su adición y, iii) la estipulación contractual referida respetó las disposiciones legales que regulan el tema de la cláusula penal pecuniaria y ninguna razón legal existe para que se redujera la pena pactada.

**3.- ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Dada la dificultosa presentación de los argumentos que sirven de sustento al recurso de apelación, la Sala, como es su deber, reorganizará y resolverá de forma secuencial y lógica los cargos contra la sentencia apelada. Para ello, primero se ocupará de resolver lo atinente al cargo de incongruencia de la sentencia y luego, de resultar necesario, se ocupará de la censura por la reducción que del monto pactado para la cláusula penal pecuniaria se observa en el fallo.

En el recurso de apelación se cuestionó que la “…reducción del importe de la cláusula penal no fue solicitada por el Actor (sic) en el libelo de la demanda, por otra parte la cláusula contractual que la originó corresponde a un acto libre y espontáneo de quienes suscribieron tal pacto accesorio” y se agregó que el juez, al proferir el fallo, “debe ceñirse a los hechos y pretensiones de la demanda, so pena de caer en incongruencia” (fol. 205 C. principal).

Para resolver lo anterior es menester verificar si se solicitó o no, en las pretensiones de la demanda, la reducción del importe de la cláusula penal pecuniaria pactada (se transcribe literal, incluso con los errores):

“**A: PRETENSIONES PRINCIPALES**

Que se declare la nulidad absoluta de las resoluciones No. 194 de mayo 17 de 2000 ‘por la cual se declaró el incumplimiento de un contrato, se hace efectiva la cláusula penal y ordena hacer efectiva la garantía única de cumplimiento por la ocurrencia del riesgo asegurado, en relación con el contrato No. 09 de cesión de derechos de emisión, celebrado con JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA’ ‘JULIO IGNACIO GUTIERREZ S. TELEVISION’; expedida por la sociedad TELEPACIFICO LTDA a través de su señora Gerente Dra. Mariana Garcés Córdoba y su Jefe de Oficina Jurídica Dra. Gladys Quintero de Gómez, pues esta entidad no tenía competencia legal para legislar, creando un poder exorbitante (declaración unilateral de incumplimiento), atribución esta que solo le compete a la rama legislativa. En consecuencia, su actuación administrativa hace devenir como suficiente y pertinente su declarativa de nulidad.

“A.1:

“En igual forma, declárase la nulidad absoluta de la resolución No. 237 de junio 30 de 2000, también expedida por la entidad TELEPACIFICO LTDA a través de su señora Gerente y Jefe de Oficina Jurídica y por la cual se resolvieran los recursos de reposición interpuestos por el señor JULIO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA y la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., a través de su procurador.

“A.2:

“Declárese la nulidad absoluta del acto administrativo por medio del cual se liquidó finalmente el contrato 09 de 1994 y su prórroga celebrado entre TELEPACIFICO LTDA y JULO IGNACIO GUTIERREZ SANABRIA.

El tenor literal de las pretensiones principales evidencia que fueron formuladas bajo la convicción de que la “entidad no tenía competencia legal para legislar, creando un poder exorbitante (declaración unilateral de incumplimiento), atribución esta que solo le compete a la rama legislativa” razón por la cual “… su actuación administrativa hace devenir como suficiente y pertinente su declarativa de nulidad”.

Frente a lo anterior, debe tenerse presente que el tema de la competencia para proferir las resoluciones demandadas fue abordado y decidido en el fallo de primera instancia y que la apelación no lo tocó, pues se limitó a controvertir la reducción del monto de la cláusula penal pecuniaria.

En la demanda se formularon también pretensiones subsidiarias, así (se transcribe tal como obra, incluso con los errores):

“B: PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

“B.1:

“Declárese que TELEPACIFICO LTDA solo puede exigir la cláusula penal pecuniaria pactada, atendiendo el 50% del valor del contrato de prórroga, cuya cuantía aproximada era de $517’777.000, sanción penal pecuniaria que ascendería a la suma de $258’888.500.

“B.2:

“Declárese que la entidad demandada TELEPACIFICO LTDA se excedió al cobrar la totalidad de la cláusula penal pecuniaria, a sabiendas de existir un incumplimiento parcial de su contratista; en consecuencia el monto de lo exigido como sanción penal debe ser reducido atendiendo el cumplimiento que hiciere el contratista”.

La lectura de las pretensiones subsidiarias transcritas evidencia claramente y sin lugar a duda que fueron formuladas con miras a obtener la reducción de la sanción penal pecuniaria que se impuso a través de las resoluciones demandadas, lo que significa que la censura por incongruencia entre lo pretendido en la demanda y lo resuelto en el fallo no tiene vocación de prosperidad.

Resuelto lo correspondiente a la incongruencia de la sentencia, la Sala abordará el tema relativo a la reducción de la sanción penal pecuniaria que también es objeto de apelación.

Dijo el recurrente que (se transcribe como en el texto original):

“Debe entenderse que los contratantes suscribieron libremente el contrato y la cláusula contractual donde se pactó la pena, y que tiene, únicamente, las restricciones que le impone la Ley; el artículo 1601 ídem señala las únicas restricciones a los contratantes para pactar la pena cuando dice: ‘cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste así mismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

“…

“Debo anotar que corresponde al juzgador armonizar las consideraciones contenidas en la sentencia objeto del presente recurso de apelación con la preceptiva contenida en el artículo 1601 del Código Civil, ya citado. El artículo 1601 dispone que la cláusula penal no puede exceder en el duplo el valor de la obligación principal y a su vez el artículo 1596 dispone que cuando el deudor cumple parte de la obligación y el acreedor acepta, tendrá derecho a que se le rebaje proporcionalmente; a nuestro juicio, de la armonización de las normas citadas se concluye pacíficamente que el tope del valor de la cláusula penal es el duplo de la obligación principal y la rebaja proporcional debe partir del tope máximo no de lo pactado que es menos del 50% de la obligación principal, partiendo del supuesto de que tanto las obligaciones principales como las accesorias tienen origen en contratos válidamente celebrados”.

Lo que pone de presente el recurrente en su escrito de sustentación del recurso de apelación no coincide con el tema que el Tribunal abordó en la sentencia, cuando decidió declarar la nulidad de las resoluciones demandadas, para reducir el monto del valor liquidado por concepto de la sanción penal pecuniaria derivada del incumplimiento del contrato.

En efecto, el Tribunal, luego de hacer un estudio minucioso de las normas concernientes al contrato de seguro contenidas en el Código de Comercio (artículos 1048 y 1079) y de aquellas que incorpora el Código Civil en cuanto a la cláusula penal pecuniaria y a la rebaja proporcional de la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal (artículos 1592 y 1596 en concordancia con el artículo 867 del C.Co), determinó que el monto de la cláusula penal pecuniaria debía ser reducida, para que resultara proporcional a la porción incumplida de las obligaciones del contrato por parte del contratista.

Dice el Código Civil en relación con la cláusula penal:

“Artículo 1592: La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Frente a la rebaja en la estipulación de la pena por falta de cumplimiento, el mismo código prevé;

“Artículo 1596: Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.

El Tribunal de primera instancia, siendo congruente con las pretensiones de la demanda, analizó los cargos formulados contra las resoluciones demandadas y la reducción de la sanción penal pecuniaria por incumplimiento parcial del contratista, temas que resultan bien diferentes a los planteados por el apoderado del recurrente, pues éste –el apoderado- confunde lo decidido en la sentencia con la figura de la reducción por causa de la lesión enorme en la cláusula penal pecuniaria, tema al que se refieren las normas que él cita como sustento del recurso.

En efecto, en este caso, la pretensión de reducción de la cláusula penal pecuniaria fue fundamentada en el cumplimento parcial de las obligaciones pactadas y así lo aceptó el Tribunal de primera instancia en su sentencia, para lo cual tuvo en cuenta el porcentaje de cumplimento del contrato que se alegó incumplido, mientras que el recurrente, para defender su tesis de no reducción -en sede de apelación-, alude al tema de la lesión enorme en la cláusula penal pecuniaria para afirmar que, como la cláusula penal pecuniaria no padeció de lesión enorme, mal pudo el Tribunal haber tomado la decisión de reducir su monto.

Como se ve, si bien el recurrente manifiesta su inconformidad por la forma en que el Tribunal decidió reducir el monto de la cláusula penal, lo que se afirma en el recurso no coincide con el tema, ni con las razones que en la sentencia de primera instancia se expusieron para tomar la decisión que ahora censura, tornándose de esa manera impróspera su alegación en contra de lo que se ha decidido, en tanto que, aunque se trata de un reproche al fallo por la reducción del monto de la pena pecuniaria, la situación fáctica y jurídica de la que surge su inconformismo nada tiene que ver con la situación fáctica y jurídica que correctamente, por demás, manejó el Tribunal al proferir el fallo.

Acertadamente el Tribunal concluyó, luego de una labor hermenéutica de las normas referentes al contrato de seguro incluidas en el Código de Comercio (artículos 1048 y 1079), a la cláusula penal pecuniaria y a la rebaja proporcional de la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal (Código Civil, artículos 1592 y 1596, en concordancia con el artículo 867 del C.Co), que el monto de la cláusula penal pecuniaria debía ser reducido, para que la pena resultara proporcional a la porción incumplida de las obligaciones del contrato por parte del contratista, conforme a los artículos 1592 y 1596 atrás transcritos del Código Civil, frente a lo cual no existe ningún argumento dialéctico en contra en el recurso.

Lo anterior, conduce a que la decisión adoptada por el Tribunal debe mantenerse incólume y, en consecuencia, se impone la confirmación de la sentencia apelada.

**COSTAS:**

No habrá lugar a condena en costas, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, de conformidad con las previsiones del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

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

**F A L L A:**

**PRIMERO.- CONFÍRMASE** la sentencia apelada.

**SEGUNDO.**- Sin costas

**TERCERO.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

 **MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**