**ACTO DE DECLARATORIA DE SINIESTRO** **– Acción procedente**

Se tiene que, a diferencia de la sociedad Compañía Mundial de Seguros S.A., la sociedad Accesorios y Sistemas Ltda. promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efectos de obtener la anulación del acto que declaró el siniestro, así como del que resolvió el recurso de reposición. Sin embargo, dichas resoluciones fueron proferidas por el demandado en desarrollo de su actividad contractual, por tanto, conforme al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la acción procedente para adelantar el juicio de legalidad era la de controversias contractuales, la que tendrá por interpuesta la Sala, en garantía del acceso a la administración de justicia y por prevalencia del derecho sustancial.

**ACTO DE DECLARATORIA DE SINIESTRO** **– Declaratoria de nulidad – Efectos**

Sobre la pretendida falta de congruencia en el fallo recurrido, la Sala advierte que en el *sub lite* si prospera alguno de los cargos de anulación propuestos por una u otra demandante, ello indefectiblemente beneficia a ambas. La situación jurídica creada por los actos censurados es una sola. Los efectos que produjeron las resoluciones –declaratoria del siniestro– no pueden dividirse para tener como destinatarias de una parte específica a una u otra demandante –v. gr. un acto que sancione a varias personas, que sí podrían dividirse sus efectos–, por lo que si prospera algún motivo de nulidad, este tendría la capacidad de modificar o extinguir la totalidad de la situación jurídica creada por los actos, con independencia de quien lo haya propuesto.

**LITISCONSORCIO CUASINECESARIO – Relación Procesal Entre Contratista Y Aseguradora**

La relación jurídica que surge entre el contratista y la aseguradora, cuando se pretende la nulidad del acto que declara la ocurrencia del siniestro y hace efectiva la póliza, no encuadra ni en el litisconsorcio facultativo ni en el necesario, en la medida en que el vínculo jurídico que hay entre ambos hace que la decisión de anular el acto tendrá el mismo efecto para ambos, con lo que se estaría hablando de un litisconsorcio cuasinecesario, pues no es necesario que ambas deban concurrir al proceso. Por lo anterior, el motivo de apelación no está llamado a prosperar.

**CLÁUSULA PENAL** **– Definición**

Las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. Por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad la de ser una apreciación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso e inequívoco cumple las finalidades de apremio o punitiva. Por ser la tasación anticipada de perjuicios, el municipio la invocó para calcular los ocasionados por motivo del siniestro del incumplimiento y por cuanto, precisamente, ese era el monto máximo del amparo que cubría la póliza, según se pactó en la cláusula novena del contrato. Como el municipio entendió incumplido todo el contrato hizo efectiva la póliza por la totalidad del riesgo amparado. Es que en el contrato se ató el valor de la póliza para amparar el cumplimiento a la estimación anticipada de perjuicios para que ambos coincidieran en diez por ciento del valor del contrato y por ello era necesaria la referencia a la cláusula penal.

**ACTO DE DECLARATORIA DE SINIESTRO** **– Declaratoria de Nulidad – Sin procedimiento administrativo previo**

La Sala ha sostenido que la Administración sí tiene competencia para declarar los siniestros, hacer efectiva la póliza y cuantificar el perjuicio –tal como lo sostuvo el *a quo*–; sin embargo, para ello no es necesario adelantar un procedimiento administrativo previo, en la medida en que el contenido y la motivación del acto es el que permite a la aseguradora o a la contratista ejercer su derecho defensa y la impugnación posterior ante la jurisdicción. La entidad podía, según los numerales 4° y 5° del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, declarar la ocurrencia del riesgo amparado y hacer efectiva la póliza que garantiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin que ello obedezca a una potestad excepcional en los términos de la Ley 80 de 1993, pues lo cierto es que la administración goza de la especial facultad de declarar ocurrido el riesgo amparado en virtud de las garantías que en su favor se hayan otorgado, “*facultad que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual y que, por esa razón, constituye una auténtica prerrogativa del poder público, que no es más que un privilegio de que goza la administración*”. Así, no se configuró la vulneración al debido proceso en los términos expuestos por el *a quo*. Esta garantía solo exigía, para el caso particular, que el municipio motivará el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro, conforme a cada uno de los presupuestos establecidos en la ley frente al riesgo asegurable y con sustento en los elementos de prueba que dentro de la actuación se incorporen… En ese orden, en el *sub lite* no hubo vulneración al debido proceso, ya que el acto administrativo que declaró el siniestro cumplió con los requerimientos legales para ello, ya que (i) indicó los fundamentos de hecho que permitían entender configurado el siniestro de incumplimiento, conforme a las pruebas obrantes en el proceso de contratación, y (ii) dio la posibilidad a las afectadas de discutir su legalidad, tanto en sede administrativa como judicial.

**NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO** **– Procedencia con la verificación de un vicio**

Es una práctica común en esta jurisdicción que en tratándose de la anulación de los actos administrativos cuando prospera un cargo de nulidad, el juez se abstenga de estudiar los demás cargos y declare la nulidad solicitada y se pronuncie sobre las pretensiones consecuenciales de la demanda. Entendimiento que encuentra su apoyo en que para la nulidad de un acto administrativo es suficiente con la verificación de un vicio y no la sumatoria de estos.

**SENTENCIA ANULATORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO** **– Apelante único**

Si la entidad demandada es la única apelante de una sentencia que anuló un acto administrativo en la forma que se expuso en precedencia y en segunda instancia se revoca por la no prosperidad del cargo de anulación declarado –como ocurre en el *sub lite*–, se impone al juez de la alzada el estudio de los demás cargos de nulidad propuestos en la demanda, con el fin de honrar el principio constitucional de acceso efectivo a la administración de justicia, de lo contrario los cargos de la demanda quedarían resueltos parcialmente, sin que pueda imponerse al favorecido con la decisión de primera instancia la carga desproporcionada de apelar una decisión que le es favorable; tampoco habría vulneración del principio de la *non reformatio in pejus*, en tanto la situación de la demandada como única apelante no se desmejoraría. En efecto, si se revoca la sentencia con el estudio de todos los cargos, la situación le resultaría favorable y de paso se salvaguardaría la integridad del ordenamiento jurídico; si no es así, su situación seguiría igual, es decir, con una sentencia desfavorable a sus intereses, como cuando presentó su recurso de alzada.

**CONTRATO ESTATAL** **– Objeto**

La Sala tiene sentado que para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, se requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos, los que se obtienen por contratación con particulares, o bien, con otras entidades públicas, de manera que “*el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz*”.

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Deber de selección objetiva**

Ahora, para la selección del contratista, en este caso un particular, la entidad debe atender los principios que rigen la actividad contractual del Estado y, dentro de los que está el de transparencia, cuyo pilar fundamental es la selección objetiva del contratista mediante procedimientos sujetos a reglas conocidas públicamente y aplicables en forma indistinta a los proponentes, contentivas de mandatos objetivos, claros, justos y completos. En efecto, existen mecanismos, modalidades o procesos de selección de la persona más idónea y la oferta más favorable o ventajosa para la celebración del contrato. La Ley 80 de 1993, en sus disposiciones originales y vigentes para la época de los hechos, estableció dos modalidades: la licitación pública y la contratación directa. En el *sub lite*, la licitación pública fue declarada desierta, por lo que la entidad quedó habilitada para adelantar la contratación directa –como forma excepcional de contratación– de los bienes que requería, pero debía respetar, en todo caso, el deber de selección objetiva, esto es, escoger la propuesta que le resulte más favorable y a los fines que persiga con la contratación –artículo 2 del Decreto 855 de 1994–.

**PLIEGO DE CONDICIONES** **– Ley del contrato**

En atención a esa obligación, el municipio elaboró los pliegos de condiciones, los que, como ley del contrato, constituyen la fuente principal de derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, con arreglo a las necesidades públicas y el interés general. El pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por tanto, como hoja de ruta, contiene el diseño y estructura del proceso contractual; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo.

**CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA – Como mecanismo para tasar el perjuicio del siniestro** **- Proporcionalidad**

Si la entidad se vale de la cláusula penal pecuniaria para tasar el perjuicio del siniestro, ello no significa que deba hacerlo indefectiblemente por la totalidad del valor pactado como estimación anticipada de perjuicios. El ejercicio de esa especial facultad que goza la administración –declaratoria del siniestro– está condicionado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen las competencias administrativas…Por tanto, la tasación de perjuicios por declaratoria del siniestro de incumplimiento debe estar atada, precisamente, al incumplimiento detectado por la entidad, pues no sería proporcional hacer valer la totalidad de la estimación anticipada de perjuicios –para lo que interesa al *sub lite*– si el incumplimiento no recae sobre la totalidad del objeto contractual.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02776-01(39285)**

**Actor: ACCESORIOS Y SISTEMAS LTDA.**

**Demandada: MUNICIPIO DE MEDELLÍN**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: Efectos de la declaratoria de nulidad en tratándose de actos administrativos que declaran el siniestro. El acto administrativo que declara el siniestro no requiere de un procedimiento administrativo previo a su expedición.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia del 15 de marzo de 2010 del Tribunal Administrativo de Antioquia que accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 601 a 631, c. ppal.).

**SÍNTESIS**

Las sociedades Accesorios y Sistemas Ltda. –contratista– y Compañía Mundial de Seguros S.A. –aseguradora– solicitaron que se declarará la nulidad de las resoluciones por las cuales el municipio de Medellín declaró el siniestro, por cuanto la contratista incumplió el contrato No. C164 del 31 de diciembre de 1997, cuando entregó unos vehículos sin el lleno de las características técnicas pactadas[[1]](#footnote-1).

# ANTECEDENTES

**1. LAS DEMANDAS**

**1.1. Expediente 1999-02776**

1. El 13 de agosto de 1999 (fl. 277, c. ppal.), la sociedad Accesorios y Sistemas Ltda., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del municipio de Medellín (fls. 265 a 277, c. ppal.).

**1.1.1. Las pretensiones**

1. La parte demandante solicitó las siguientes declaraciones y condenas (fl. 273, c. ppal.):

1.- Que se decrete la NULIDAD de la Resolución No. 0257 del 12 de marzo de 1999 expedida por el municipio de Medellín, mediante la cual se declaró el incumplimiento por parte de ACCESORIOS Y SISTEMAS LIMITADA del contrato No. C164 de 1997.

2.- Que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 0753 del 2 de junio de 1999 expedida por el municipio de Medellín, mediante al (sic) cual se confirmó la resolución 0257 del 12 de marzo de 1999, del mismo municipio.

3.- Que como consecuencia, se restablezca el derecho de la parte demandante, dejando sin efecto la obligación establecida de hacer efectiva la garantía de cumplimiento MA0005374 otorgada por la Compañía Mundial de Seguros, que de acuerdo con el contrato y la póliza antes mencionada asciende a la suma de US$82.300.

4.- Que se condene en costas y gastos del proceso al demandado.

**1.1.2. Los hechos**

1. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fls. 265 a 273, c. ppal.):
	1. El 31 de diciembre de 1997, las partes suscribieron el contrato No. C164 por valor de ochocientos veintisiete mil dólares (827.000 USD) y cuya finalidad era la renovación tecnológica del Cuerpo Oficial de Bomberos de Medellín, para lo cual la contratista –Accesorios y Sistemas Ltda.– debía entregar al municipio: dos máquinas de extinción de incendios, dos vehículos de desplazamiento rápido, un equipo para combatir incendios forestales y una unidad de rescate, según las especificaciones contenidas en los términos de referencia y en el anexo No. 1 del contrato. Además, se pactó que la cláusula penal pecuniaria ascendía al diez por ciento (10%) del valor del contrato.
	2. El 27 de marzo de 1998, las partes suscribieron el contrato No. CSA024 para, entre otras cosas, disminuir el valor del contrato a ochocientos veintitrés mil dólares (823.000 USD).
	3. El 12 de marzo de 1999, con Resolución No. 0257, el municipio declaró el siniestro de incumplimiento e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria porque, de un lado, los vehículos entregados tenían características distintas a las pactadas y, de otro, les faltaban algunas piezas y equipamientos.
	4. El 2 de junio de 1999, con Resolución No. 753, el municipio desestimó el recurso de reposición promovido por la contratista y confirmó en todas sus partes la decisión recurrida.

**1.1.3. Concepto de la violación**

1. La actora (fls. 275 y 276, c. ppal.) indicó que (i) el ente territorial carecía de competencia para expedir los actos enjuiciados, pues la Ley 80 de 1993 no preveía la declaratoria del siniestro de incumplimiento como una cláusula exorbitante; (ii) los vehículos cumplían con las características inicialmente pactadas, pues el Ministerio de Transporte solo podía homologar y autorizar la importación de vehículos último modelo, máxime cuando quedó consignado en el registro de importación del Instituto Colombiano de Comercio Exterior que los vehículos eran modelo 1998 y (iii) los accesorios echados de menos no fueron pactados, pues la contratista ofreció los vehículos por valor de 823.000 USD sin accesorios y el municipio aceptó esa oferta económica que fue clara en indicar que excluía los accesorios, a pesar de ello, el contratista obsequió la mayoría de elementos.

**1.2. Expediente 2000-02472**

1. El 24 de mayo de 2000 (fl. 374 rev., c. ppal. 1), la sociedad Compañía Mundial de Seguros S.A., en ejercicio de la acción de controversias contractuales, presentó demanda en contra del municipio de Medellín (fls. 346 a 374, c. ppal. 1).

**1.2.1. Las pretensiones**

1. La parte demandante solicitó las siguientes declaraciones y condenas (fl. 346 a 348, c. ppal. 1):

PRIMERA: Que es NULA la Resolución No. 0257 de marzo 12 de 1999, proferida por la Alcaldía de Medellín, por medio de la cual declara el incumplimiento del contrato No. C164 de 1997, suscrito entre el municipio de Medellín y Accesorios y Sistemas “ACCEQUIP LTDA.”; ordena hacer efectiva la garantía de cumplimiento No. MA0005374, otorgada por la Mundial de Seguros S.A., y toman otras determinaciones.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior se declare que la sociedad Accesorios y Sistemas “ACCEQUIP TLDA.” cumplió con las prestaciones contenidas en el contrato No. C164 de 1997.

TERCERA: Que es NULA la Resolución No. 0750 del 1° de junio de 1999, proferida por la Alcaldía de Medellín, por medio de la cual se confirma en todas sus partes la Resolución No. 0257 de 1999 y se toman otras determinaciones.

CUARTA: Que como consecuencia de la nulidad de los actos enunciados anteriormente, se declare que la Compañía Mundial de Seguros S.A., no está obligada a cumplir con lo ordenado en el artículo segundo de la Resolución 0257 del 12 de marzo de 1999, por la cual se dispone:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Hacer efectiva la garantía de cumplimiento MA0005374, otorgada por la compañía Mundial de Seguros.”

QUINTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados y las demás declaraciones, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar la Compañía Mundial de Seguros S.A., como consecuencia de lo dispuesto en el artículo segundo de la resolución No. 0257 del 12 de marzo de 1999, confirmada por la resolución No. 0750 del 1° de junio de 1999.

SEXTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos reseñados en antecedencia y las demás declaraciones, se condene al municipio de Medellín a pagar en favor de la Compañía Municipal de Seguros S.A., el valor de los perjuicios sufridos por esta, equivalente a los valores que la Compañía de Seguros perdió por las constitución de las reservas para el pago del siniestro declarado por la administración, los gastos y valores pagados para atender la vía gubernativa.

SÉPTIMA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos reseñados en antecedencia y las demás declaraciones, se condene al municipio de Medellín a pagar en favor de la Compañía Mundial de Seguros S.A., el valor de los perjuicios actualizados como lo dispone el contenido del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor que certifique el DANE desde el mes de marzo de 1999 (índice inicial) y el mes anterior a la ejecutoria del fallo que ponga fin a la controversia (índice final).

OCTAVA: Que se condene al municipio de Medellín a pagar ACTUALIZADOS a la Compañía Mundial de Seguros S.A., los intereses legales, del valor histórico de las condenas, desde el mes de marzo de 1999 o desde la fecha en que quedaron en firme los actos administrativos demandados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; y hasta que el pago se verifique intereses moratorios a la tasa máxima legal, certificado por la Superintendencia Bancaria.

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

DÉCIMA: Que se condene al municipio de Medellín a pagar a la Compañía Mundial de Seguros S.A., las expensas y costas del proceso que comprenden los gastos y valores pagados para atender la acción contenciosa que mediante este libelo incoa y los valores pagados como honoraros al abogado, y los demás que se prueben en el curso del proceso.

**1.2.2. Los hechos**

1. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fls 348 a 352, c. ppal. 1):
	1. A más de la celebración del contrato y la decisión de declarar el siniestro de su incumplimiento, la aseguradora indicó que promovió recurso de reposición en contra de esta última, el que fue desestimado con Resolución No. 750 del 1° de junio de 1999.

**1.2.3. Concepto de la violación**

1. La aseguradora (fls. 352 a 371, c. ppal. 1) sostuvo que (i) el municipio no podía declarar el siniestro de del contrato, ya que esa potestad no estaba prevista en la Ley 80 de 1993, por lo que debió acudir al juez del contrato; (ii) si, en gracia de discusión, se entiende que podía hacerlo, debía adelantar un procedimiento previo a la expedición del acto, para respetar el derecho de audiencia y defensa; (iii) la contratista cumplió con la entrega de los vehículos según las especificaciones pactadas, los reparos sobre las características y algunos elementos faltantes fueron infundados, ya que el modelo se define por la fecha de ensamble de la totalidad del vehículo; (iv) la compraventa se rige por el Código de Comercio, por tanto, las inconformidades debieron hacerse en los términos de los artículos 913, 931 y 939 que imponían ventilarlas en un proceso verbal sumario; (v) los aditamentos de los vehículos echados de menos por el contratante si bien fueron ofrecidos por la contratista, el municipio no aceptó esa oferta sino la que excluía los accesorios, por lo que no podía exigirlos y, (vi) al margen de lo anterior, el pretendido incumplimiento fue parcial, por ende, los perjuicios derivados del siniestro no debieron tasarse sobre el monto de todo el contrato, sino sobre el valor de las obligaciones que se consideraron desatendidas, según lo ordena el artículo 1596 del Código Civil.

**2. LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA E INTERVENCIONES**

**2.1. Expediente 1999-02776**

1. El municipio de Medellín (fls. 309 a 320, c. ppal.) propuso las excepciones de (i) “*mala fe*”, ya que la contratista entregó los vehículos con especificaciones distintas a las pactadas y sin todos los elementos para su correcto funcionamiento; (ii) “*cumplimiento de una estipulación contractual*”, comoquiera que la actuación se limitó a declarar el siniestro y cobrar los perjuicios en los términos de la cláusula penal pecuniaria que fue pactada; (iii) “*pago*”, pues el precio pactado fue pagado en su totalidad, pero la contratista desatendió sus obligaciones contractuales y (iv) “*cumplimiento de un deber legal*”, en tanto la Ley 80 de 1993 impone que se haga efectiva la garantía cuando se verifique el incumplimiento del contrato.
2. La sociedad Compañía de Seguros Mundial S.A.[[2]](#footnote-2) descorrió el traslado de la demanda (fls. 375 a 386, c. ppal.) y aseguró que las resoluciones enjuiciadas eran ilegales por cuanto (i) el municipio no tenía competencia para declarar el siniestro de incumplimiento; (ii) el contratista cumplió con las obligaciones contractuales en los términos que fueron pactadas y (iii) el contrato ni sus anexos preveían los accesorios reclamados por el contratante, ya que la oferta que se aceptó no los incluía.

**2.2. Expediente 2000-02472**

1. El municipio de Medellín (fls. 384 a 395, c. ppal. 1) a más de las excepciones que propuso en el expediente 1999-02776, promovió la de “*pleito pendiente*”, toda vez que en dicho proceso se discutía la legalidad de la declaratoria del siniestro de incumplimiento.
2. La sociedad Accesorios y Sistemas Ltda.[[3]](#footnote-3) descorrió el traslado de la demanda (fls. 430 a 436, c. ppal. 1) y afirmó que cumplió con las obligaciones contractuales, por lo que coadyuvaba las pretensiones de anulación.

# LA SENTENCIA APELADA

1. El *a quo* accedió a las pretensiones. Como fundamento de su decisión sostuvo que la entidad tenía competencia para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, según se desprende del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, el único cambio que en esa materia introdujo la Ley 80 de 1993, es la imposibilidad de adelantar procedimientos de cobro coactivo con base en el acto que declare el siniestro.
	1. Sin embargo, aseguró que la competencia del municipio no era óbice para que respetara las garantías de la contratista y la aseguradora, pues en toda actuación administrativa debe darse la oportunidad a los afectados de intervenir y pedir pruebas antes de que se expida el correspondiente acto administrativo y en el caso concreto la entidad no desarrolló un procedimiento previo a la resolución que declaró el siniestro e hizo efectiva la póliza.
	2. Igualmente, aclaró que ese motivo de anulación solo lo propuso la aseguradora, pero que, en virtud de la sentencia C-197 de 1999 de la Corte Constitucional, estaba obligado a estudiar y declarar la nulidad de los actos por vicios de procedimiento que vulneren el debido proceso, por lo que la anulación beneficiaba a los afectados por el acto administrativo.
	3. Así, el *a quo* declaró la nulidad de los actos enjuiciados, pero no ordenó la devolución de los valores liquidados en las resoluciones, por cuanto no había prueba del pago por parte de la contratista o la aseguradora, pero en caso de que hayan pagado, el municipio debía reintegrar el dinero debidamente actualizado, según el índice de precios al consumidor de la fecha en que se efectuó el pago y el de la sentencia de primera instancia. La parte resolutiva del fallo es del siguiente tenor:

PRIMERO.- Declárese la nulidad de la Resolución N° 0257 del 12 de marzo de 1999 proferida por la Alcaldía de Medellín, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato C164 de 1997, celebrado con la sociedad Accesorios y Sistemas Ltda. y la Resolución N° 0750 del 1° de junio de 1999, expedida por la Alcaldía de Medellín la cual confirma en todas sus partes la Resolución N° 0257 de 1999 y de la Resolución N° 0753 del 2 de junio de 1999, expedida por el municipio de Medellín, mediante la cual se confirmó la Resolución N° 0257 del 12 de marzo de 1999.

SEGUNDO.- No se ordena la devolución de saldos, pero en el evento en que se haya efectuado algún pago, este será reintegrado por el municipio de Medellín debidamente actualizado, conforme se señaló en la parte motiva.

TERCERO.- Se dará cumplimiento al presente fallo en los términos establecidos en los artículos 17 (sic), 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO.- Conforme al artículo 171 del C.C.A., subrogado por el 55 de la Ley 446 de 1998, considera la Sala que no es dable la condena en costas a la parte demandada.

# III. SEGUNDA INSTANCIA

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

1. Inconforme con la decisión de primera instancia, el municipio de Medellín presentó recurso de apelación (fls. 645 y rev., c. ppal.) y adujo que el cargo de desconocimiento del derecho de audiencia y defensa solo podía beneficiar a la aseguradora, pues fue quien lo propuso, de ahí que lo procedente era anular lo concerniente a la posibilidad de hacer efectiva la póliza y negar el resto de pretensiones, lo que permitiría cobrar los valores de los actos a la contratista. Sin embargo, el *a quo*, desde un principio, debió desestimar la vulneración al debido proceso, pues la aseguradora sí tuvo conocimiento del procedimiento administrativo, ya que promovió recurso de reposición.

**2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

1. La sociedad Accesorios y Sistemas Ltda. (fls. 650 a 666, c. ppal.) insistió en que cumplió el contrato a cabalidad, por lo que no debió declararse el siniestro de incumplimiento, menos si la entidad no tenía competencia para ello.
2. La sociedad Compañía Mundial de Seguros S.A. (fls. 668 a 688, c. ppal.) recordó que la sentencia C-197 de 1999 estudió la constitucionalidad del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo y lo declaró exequible en el entendido de que a la parte interesada le corresponde señalar las normas violadas y el concepto de su violación, sin embargo, el juez debía pronunciarse si advertía la violación de un derecho fundamental de aplicación inmediata, como lo hizo el *a quo*. Sin que sea admisible que por interponer un recurso se entienda que la aseguradora conoció del procedimiento administrativo previo, pues no lo hubo.
3. El municipio de Medellín (fl. 667, c. ppal.) solicitó que se tuvieran en cuenta las razones y argumentos planteados en la sustentación del recurso de apelación[[4]](#footnote-4).

# IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente**

1. Como en el presente asunto funge como parte el municipio de Medellín, su conocimiento corresponde a esta **jurisdicción**, siendo esta Corporación la **competente**, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos[[5]](#footnote-5).
2. En punto a la **acción procedente**, se tiene que, a diferencia de la sociedad Compañía Mundial de Seguros S.A., la sociedad Accesorios y Sistemas Ltda. promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efectos de obtener la anulación del acto que declaró el siniestro así como del que resolvió el recurso de reposición.
	1. Sin embargo, dichas resoluciones fueron proferidas por el demandado en desarrollo de su actividad contractual, por tanto, conforme al artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la acción procedente para adelantar el juicio de legalidad era la de controversias contractuales, la que tendrá por interpuesta la Sala, en garantía del acceso a la administración de justicia y por prevalencia del derecho sustancial[[6]](#footnote-6).

**1.2. La legitimación en la causa**

1. Las demandantes en ambos procesos se encuentran legitimadas por activa para cuestionar la legalidad de los actos que declararon el siniestro[[7]](#footnote-7) y el municipio lo está por pasiva toda vez que expidió las resoluciones enjuiciadas.

**1.3. La caducidad**

1. Teniendo en cuenta que ambas demandantes promovieron recursos de reposición en contra de la Resolución No. 0257 del 12 de marzo de 1999 que declaró el siniestro y estos fueron resueltos a través de las Resoluciones Nos. 750 del 1° de junio de 1999 y 753 del 2 de junio de 1999, las que fueron notificadas personalmente a las actoras el 15 de junio de 1999 (fl. 21, c. ppal. y fl. 47, c. ppal. 1), por tanto, las demandas promovidas el 13 de agosto de 1999 (fl. 277, c. ppal.) por la sociedad Accesorios y Sistemas Ltda. y el 24 de mayo de 2000 (fl. 374 rev., c. ppal. 1) por la sociedad Compañía Mundial de Seguros S.A., lo fueron en el bienio prescrito en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

**2. PROBLEMA JURÍDICO**

1. La Sala debe verificar, según la apelación del municipio de Medellín, si el *a quo* erró (i) al declarar la nulidad de los actos bajo una causal que solo propuso una de las demandantes, ya que solo podría beneficiar a quien la invocó y (ii) al pasar por alto que, en todo caso, la aseguradora sí tuvo conocimiento del procedimiento administrativo, por lo que no se le vulneró el debido proceso. Si se verifica que el *a quo* no debió anular los actos, corresponde a la Sala analizar los cargos de anulación que no fueron resueltos en primera instancia, esto es, (iii) la contratista entregó los vehículos con las especificaciones pactadas en el contrato y sus anexos, así como con todos los accesorios que fueron pactados; (iv) la compraventa se rige por las disposiciones del Código de Comercio, por ende, las inconformidades sobre las características y aditamentos debieron ventilarse en un proceso verbal sumario y (v) si se entiende que procedía la declaratoria del siniestro, el incumplimiento fue parcial, por tanto, el monto de los perjuicios debió ser menor.

**3. HECHOS PROBADOS**

1. Sea lo primero referir que los documentos allegados por las partes lo fueron dentro de la oportunidad pertinente, por lo que pueden ser valorados[[8]](#footnote-8), de los que se advierten los siguientes hechos que interesan al proceso:
	1. El 4 de diciembre de 1997, luego de que fuera declarada desierta la licitación pública[[9]](#footnote-9), el municipio envió varias invitaciones para que los interesados presentaran ofertas, en los términos del pliego de condiciones, de vehículos[[10]](#footnote-10) para el Cuerpo Oficial de Bomberos de Medellín, entre los destinatarios, estaba la sociedad Accesorios y Sistemas Ltda. (fl. 307, c. de pruebas 1).
	2. En punto al objeto de la contratación directa, la disponibilidad presupuestal, el contenido de las propuestas y las condiciones económicas, el pliego de condiciones dispuso (fls. 275, 277, 280 y 287, c. de pruebas 1):

A. (…) Objeto: el municipio de Medellín está interesado es (sic) recibir propuestas para compraventa de elementos para la renovación tecnológica del departamento de bomberos, de acuerdo con las características que se relacionan en el anexo 1. (…)

E. Disponibilidad presupuestal: $1.469.000.000, incluyendo todos los descuentos de Ley. (…) La propuesta que no cumpla con (…) las especificaciones técnicas contempladas en el anexo 1 serán descalificadas automáticamente.

4. Propuesta: deberá ajustarse íntegramente a los términos y condiciones del pliego, sometiéndose los proponentes a cumplirlo estrictamente incluyendo en ella el total de las especificaciones, referencias, calidad y fechas de ejecución. (…)

6. Condiciones económicas: A. Precios: los precios ofrecidos deberán ser firmes, en dólares y se pagará en pesos a la tasa representativa del mercado en la fecha de facturación. El ofrecimiento de los equipos deberá hacerse bajo dos (2) modalidades: 1) entregando las máquinas a precios CIF en el sótano del CAM. 2) entregando las máquinas a precios CIF zona franca de Rionegro, encargándose el municipio de la nacionalización y legalización de los equipos.

* 1. Las condiciones técnicas y accesorios que el municipio consideró para los vehículos del Cuerpo Oficial de Bomberos de Medellín están consignadas en el anexo 1 de los términos de referencia (fls. 242 a 268, c. de pruebas 1), junto con las modificaciones que hizo a dicho anexo 1 (fls. 229 a 231, c. de pruebas 1), así:
		1. Máquinas de extinción de incendios (fl. 263, 264 y 268, c. de pruebas 1):

1.0 Condiciones básicas

1.1 Año de fabricación: último modelo (…)

1.4 Motor: Diésel turbocargado. Termo continúo de temperatura de agua (…)

2.0 Especificaciones técnicas del chasis

2.1 Marca:

2.2 Modelo: último (…)

22.0 Equipo estándar

Dos (2) Tubos de succión de 4,5” (114 mm), 10 pies de longitud (3 m). (…) Un filtro (cedazo) tipo canastilla para el tubo de succión de 4,5” (114 mm). (…) Una llanta de repuesto. Un Gato hidráulico para 12 toneladas.

* + 1. Vehículos de desplazamiento rápido (fls. 258 y 262, c. de pruebas 1):

1.0 Condiciones básicas

1.1 Año de fabricación: último modelo (…)

1.5 Motor: Potencia mínima 200 HP de inyección turbocargado (…)

2.0 Especificaciones técnicas del chasis

2.1 Marca:

2.2 Modelo: último

2.3 Año de fabricación: 1997 (…)

20.0 Equipo estándar (…)

Un hacha plana con soportes (colocada en la unidad) (…) Una llanta de repuesto

* + 1. Equipo para combatir incendios forestales (fls. 252 y 257, c. de pruebas 1):

1.0 Condiciones básicas

1.1 Chasis: último modelo (…)

2.0 Especificaciones técnicas del chasis

2.1 Marca:

2.2 Modelo: último

2.3 Año de fabricación: último[[11]](#footnote-11) (…)

17.0 Equipo especial (…)

17.2 Gato hidráulico (…)

17.7 Llanta de repuesto

* + 1. Unidad de rescate (fl. 248, 249 y 251, c. de pruebas 1):

1.0 Condiciones básicas

1.1 Chasis: último modelo (…)

1.4 Motor: Diésel. Turbocargado. Inyección. Termo continuo para temperatura del agua. (…)

2.0 Especificaciones técnicas del chasis

2.1 Marca:

2.2 Modelo: último

2.3 Año de fabricación: último[[12]](#footnote-12) (…)

12.0 Ruedas (…)

12.4 Llanta completa de repuesto: Sí

* 1. El 11 de diciembre de 1997, la sociedad Accesorios y Sistemas Ltda. presentó su propuesta para la venta de unos vehículos (fls. 44 y 45, c. ppal.) y ofertó lo que sigue:
		1. Máquinas de extinción de incendios (fl. 128, c. ppal.):

Marca: E-ONE

Modelo: 1998

Chasis: Freightliner reforzado, para trabajo pesado. Apto para soportar cargas permanentes. Cumple todas las normas del Gobierno Federal de U.S.A. para este tipo de aplicaciones. Norma NFPA 1901 Cap. 8, numeral 8.1, 8.2, 8.3.

Modelo: FL-80, cabina doble, cuatro puertas

Proveedor: E-ONE (…)

Motor: Cummins 6 CTA

* + 1. Vehículos de desplazamiento rápido (fls. 80 y 82, c. ppal.):

Chasis:

Año: 1998

Marca: G.M.C. Serie 3500, doble tracción 4 x 4, 4 W.D.

Modelo: TR 31003 (…)

Motor:

Tipo: G.M. V-8

Combustible: Diésel

Marca: G.M. Vortex 7400

Alimentación: Turbo inyectado

Potencia neta: 290 HP

Velocidad: 4.000 r.p.m.

Torque: 410 lb-ft @ 3.200 r.p.m.

Filtro de aire: Tipo seco

* + 1. Equipo para combatir incendios forestales (fl. 48, c. ppal.):

Marca: E-ONE, modelo 1998

Chasis: Navistar International, para trabajo pesado. Cumple todas las normas del Gobierno Federal de U.S.A. para este tipo de aplicaciones. Norma NFPA 1901 Cap. 8, numeral 8.1, 8.2, 8.3.

Modelo: 4800, cabina sencilla, dos puertas

Proveedor: E-ONE (…)

Motor: Navistar International, DTE 466E, 4 ciclos, 6 cilindros

* + 1. Unidad de rescate (fl. 110, c. ppal.):

Marca: E-ONE, modelo 1998

Chasis: Navistar International, para trabajo pesado. Cumple todas las normas del Gobierno Federal de U.S.A. para este tipo de aplicaciones. Norma NFPA 1901 Cap. 8, numeral 8.1, 8.2, 8.3.

Modelo: 4800, cabina doble, cuatro puertas

Motor: Navistar International

* 1. En la misma fecha, la sociedad Accesorios y Sistemas Ltda. presentó la oferta económica de los vehículos en dólares estadounidenses, como se pasa a indicar (fl. 181, c. ppal.):

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Resumen económico de la propuesta** | **Cant.** | **CIF zona franca Rionegro** | **Valor unitario nacionalizados** | **FOB Miami\*** |
| Maquina extintora 1.000 galonesCon espumaSin espuma | 2 | 173.000166.000 | 175.000168.000 | 155.000150.000 |
| Vehículo de desplazamiento rápido | 2 | 93.000 | 95.000 | 83.000 |
| Maquina incendios forestales | 1 | 163.000 | 165.000 | 147.000 |
| Vehículo de rescate | 1 | 128.000 | 130.000 | 117.000 |
| Ambulancia | 1 | 63.000 | 65.000 | 56.000 |
| Totales |  | 886.000 | 900.000 | 796.000 |

Estos precios no incluyen el equipo adicional el cual está cotizado por aparte y corresponden a la opción de máquina de 1.000 galones con espuma.

\* Precios FOB Miami, con la compra directa entre el municipio de Medellín y nuestros representados E-ONE.

* 1. La oferta respecto de los accesorios para cada vehículo es del siguiente tenor –se omiten los accesorios[[13]](#footnote-13) respecto de los cuales no se declaró el siniestro de incumplimiento–:
		1. Máquinas de extinción de incendios (fl. 182, c. ppal.):

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Ítem** | **Cantidad** | **Descripción** | **Valor unitario** | **Valor total** |
| 1 | Dos (2) | Tubos de succión de 4,5” (114 mm) por 10” de longitud (3 m) | 280 USD | 560 USD |
| 7 | Un (1) | Filtro (cedazo) tipo canastilla para el tubo de succión de 4,5” (114 mm) | 50 USD | 50 USD |
| 9 | Una (1) | Llanta de repuesto | 550 USD | 550 USD |
| 10 | Un (1) | Gato hidráulico para 12 toneladas | 50 USD | 50 USD |
|  |  |  | **Total 18.213 USD** |

* + 1. Vehículos de desplazamiento rápido (fl. 183, c. ppal.):

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Ítem** | **Cantidad** | **Descripción** | **Valor unitario** | **Valor total** |
| 3 | Un (1) | Hacha plana con soporte instalada | 25 USD | 25 USD |
| 8 | Una (1) | Llanta de repuesto | 420 USD | 420 USD |
|  |  |  | **Total 14.979 USD** |

* + 1. Equipo para combatir incendios forestales (fl. 184, c. ppal.):

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Ítem** | **Cantidad** | **Descripción** | **Valor unitario** | **Valor total** |
| 2 | Un (1) | Gato hidráulico | 40 USD | 40 USD |
| 8 | Una (1) | Llanta de repuesto | 620 USD | 620 USD |
|  |  |  | **Total 4.540 USD** |

* + 1. En la oferta de accesorios de la unidad de rescate, por valor de 37.425 USD, no se incluyó el gato hidráulico ni la llanta de repuesto que posteriormente el municipio exigió (fl. 172, c. de pruebas 2).
	1. El 30 de diciembre de 1997, el ente territorial informó a la oferente Asesoría y Sistemas Ltda. que “*de acuerdo a la oferta presentada por ustedes, y luego haber sido analizadas y evaluadas por dicha dirección les ha sido adjudicada la compra-venta de elementos para la renovación tecnológica del departamento de bomberos*” para los ítems 1, 2, 3 y 4 por valor de 827.000 USD[[14]](#footnote-14) (fl. 353, c. de pruebas 1).
	2. El 31 de diciembre de 1997, el municipio de Medellín y la sociedad Accesorios y Sistemas Ltda. suscribieron el contrato No. C164 por valor de ochocientos veintisiete mil dólares (827.000 USD), cuyo objeto era (fl. 37 y 38, c. ppal.):

PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO: EL CONTRATISTA se obliga con EL MUNICIPIO a transferir a título de compraventa los elementos para la renovación tecnológica del departamento de bomberos, que comprende los ítems 1, 2, 3 y 4, a saber:

I- Máquinas de extinción de incendios: dos (2) unidades

II- Vehículos de desplazamiento rápido: dos (2) unidades

III- Equipo para combatir incendios forestales: una (1) unidad

IV- Unidades de rescate: una (1) unidad

Estas características se encuentran especificadas en los términos de referencia y el anexo No. 1, como también la propuesta presentada por el contratista y aceptada por el municipio.

* + 1. En punto a las garantías, multas y cláusula penal pecuniaria, las partes pactaron lo siguiente (fls. 39 y 40, c. ppal.):

NOVENA: GARANTÍAS: el contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato expedida por compañías de seguros legalmente autorizadas en Colombia o en garantías bancarias y aceptadas por el municipio, la cual cubrirá:

CUMPLIMIENTO: con el fin de garantizar el incumplimiento de las obligaciones que en razón de este contrato asuma, el contratista deberá otorgar caución por un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato y su duración será igual a la del contrato y ciento veinte (120) días más.

CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES: será igual al treinta (30%) por ciento del valor total del contrato y su vigencia será igual a la del contrato y tres (3) años más contados a partir de la fecha de recibo a satisfacción.

SUMINISTRO DE REPUESTOS: será igual al quince por ciento (15%) del valor del contrato y su vigencia será de tres (3) años contados a partir de la ejecución del contrato.

PARÁGRAFO: El contratista se compromete a suministrar partes y repuestos en Colombia durante diez (10) años contados, desde el momento de la recepción delos equipos por el interesado. (…)

DÉCIMA: REPOSICIÓN DE LAS GARANTÍAS: en las pólizas matrices deberá preverse el monto de las garantías, se repondrá cada vez que en razón de las multas o sanciones impuestas el mismo se disminuyere o agotare. Si el contratista se negare a constituir o reponer las garantías exigidas por el municipio, este podrá dar por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que haya lugar a reconocer o pagar indemnización alguna.

DÉCIMA PRIMERA: MULTAS: en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones adquiridas por cualquiera de las partes, de acuerdo a las cláusulas del presente contrato, sin perjuicio de la declaratoria de caducidad del contrato, podrá la parte facultada mediante resolución motivada imponer multas, las cuales deberán ser directamente proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra la parte cumplida, sin exceder del cinco por mil (5x1000) del valor del contrato cada vez que se impongan.

DÉCIMA SEGUNDA: CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: sin perjuicio de lo dispuesto en las cláusulas anteriores cualquiera de las partes podrá imponer en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento, como pena una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato.

DÉCIMA TERCERA: DE LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS Y LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: el valor de las multas y de la cláusula penal a que se refieren los artículos anteriores será impuesta por el Alcalde mediante resolución motivada, con el cual (sic) procede el recurso de reposición. Una vez ejecutoriados los actos administrativos que la impone podrán ser tomados dichos valores del saldo a favor del contratista o de las garantías constituidas. Si no fuere posible lo anterior, se cobrarán por jurisdicción coactiva.

* + 1. El 27 de marzo de 1998, las partes celebraron el contrato No. CSA024 para, entre otras cosas, disminuir el valor del contrato a ochocientos veintitrés mil dólares (823.000 USD), así (fls. 42 y 43, c. ppal.):

SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO: se modificará la cláusula segunda del contrato C164 de 1997 y el valor será en la suma de OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL DÓLARES (US$823.000).

* 1. Para amparar el cumplimiento de dicho contrato, la contratista tomó la póliza única de seguro de cumplimiento en favor del municipio de Medellín por valor de ciento once millones seiscientos sesenta y cuatro mil veintiún pesos ($111.664.021), cuyo objeto era “*garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato No. C164 de 1997 relacionado con la compraventa de elementos para la renovación tecnológica del departamento de bomberos, según especificaciones dadas en dicho contrato*” (fl. 327, c. ppal. 1).
	2. Ante el Ministerio de Transporte la contratista diligenció y presentó las fichas denominadas “*características técnico mecánicas de vehículos para transporte de carga*” con el fin de adelantar la homologación de vehículos carrozados[[15]](#footnote-15), así:
		1. Máquinas de extinción de incendios, el 15 de julio de 1998 se diligenció la Ficha No. AA-2794, así (fls. 238 rev. y 239, c. ppal.):

|  |
| --- |
| **4. Características generales (chasis)**  |
| Marca | FREIGHTLINER |
| Referencia  | FL-80 4x2 |
| Modelo | 1998 (…) |
| **7. Motor** |
| Marca | INTERNATIONAL |
| Referencia | DE 466E |

* + 1. Vehículos de desplazamiento rápido, el 14 de octubre de 1997 se diligenció la Ficha No. AA-1995, con las siguientes características (fls. 232 y 233 rev., c. ppal.):

|  |
| --- |
| **4. Características generales (chasis)**  |
| Marca | GMC 3500 |
| Referencia  | TK 31003 4x4 |
| Modelo | 1998 (…) |
| **7. Motor** |
| Marca | GMC |
| Referencia | Vortex 7400 |

* + 1. Equipo para combatir incendios forestales, el 9 de julio de 1998 se diligenció la Ficha No. AA-2786, así (fls. 234 rev. y 235, c. ppal.):

|  |
| --- |
| **4. Características generales (chasis)**  |
| Marca | International |
| Referencia  | 4800 4x4 |
| Modelo | 1998 (…) |
| **7. Motor** |
| Marca | International |
| Referencia | DTE 466 E |

* + 1. Unidad de rescate, el 9 de julio de 1998 se diligenció la Ficha No. AA-2764, así (fls. 236 rev. y 237, c. ppal.):

|  |
| --- |
| **4. Características generales (chasis)**  |
| Marca | International |
| Referencia  | 4900 4x2 |
| Modelo | 1998 (…) |
| **7. Motor** |
| Marca | International |
| Referencia | DTE 466 E |

* 1. Ante el Instituto de Comercio Exterior se diligenció el registro de importación[[16]](#footnote-16) para acogerse al beneficio tributario y aduanero del artículo 13[[17]](#footnote-17) de la Ley 322 de 1996, en el que se describió la mercancía de la siguiente forma (fls. 257 y 258, c. ppal.):

Nos acogemos a la Ley 322 de octubre 4 de 1996, artículo 13, para exención de IVA y arancel. Equipo para ser destinado al cuerpo de bomberos de Medellín.

Camiones de bomberos [máquinas de extinción de incendios] equipados con todos sus equipos, modelo American Eagle, montado sobre chasis Freightliner FL-80, 4 puertas, con motor diésel 300 HP, transmisión automática, tanque de agua de 1000 galones de capacidad, contos sus accesorios para el normal funcionamiento.

Camiones de bomberos [vehículos de desplazamiento rápido] equipados con todos sus equipos, modelo American Eagle Jack Rabbit, montado en un chasis GMC 4x4, con motor 6,5L motor diésel, tanque de agua 300 galones, bomba contra incendio de 26 HP, transmisión automática y demás accesorios para su funcionamiento.

Camión de bomberos para incendios forestales [equipo para combatir incendios forestales] equipado con todos los equipos, modelo Wild Cat Interface, montado sobre chasis Navistar 4x4 con 31000LB GVWR, bomba contra incendio de dos etapas, dos carreteles, tanque de agua de 500 galones de capacidad, transmisión automática y demás accesorios para su funcionamiento.

Los demás de los demás (sic), camión de rescate [unidad de rescate] equipado con todos sus equipos, modelo American Eagle, tipo non walk-in, montado sobre un chasis Navistar, cuatro puertas, 4x2, 4900 transmisión automática y demás accesorios para su normal funcionamiento.

* 1. El 24 de septiembre de 1998, el fabricante E-ONE expidió la factura comercial por valor de ochocientos veintitrés mil dólares (823.000 USD), donde se pueden apreciar los VIN –del inglés *Vehicle Identification Number*, que traduce número de identificación del vehículo– de cada vehículo, sin que la Sala pueda verificar a cual corresponde cada uno, así (fl. 565, c. de pruebas 3):

VINS. 1GDJK34F6WF044374

 1GDJK34FXWF044457

 1HTSDAAR5VH421790

 1FV6JLCB7VH660426

 1FV6JLCB9VH660427

 1HTSDAAR7VH421791

* 1. El 13 de noviembre de 1998, el interventor informó al municipio el incumplimiento sobre el modelo de los vehículos, así (fls. 468 y 469, c. de pruebas 1):

[L]e informo que realizada la verificación del modelo del chasis y del motor se encontró que los dos (2) vehículos de marca NAVITRANS INTERNACIONAL son modelo 1997 [equipo para combatir incendios forestales y unidad de rescate].

El motor y el chasís de la marca FREIGHTLINER son modelo 1996[[18]](#footnote-18) (sic)[máquinas de extinción de incendios].

Están pendientes de verificación los dos (2) vehículos de desplazamiento rápida (sic) marca G.M.

Lo inmediatamente anterior se lo doy a conocer dado que según la propuesta presentada por ACCEQUIP todos los vehículos deber ser modelo 1998”.

* 1. El 21 de diciembre de 1998, el representante legal de Accesorios y Sistemas Ltda. contestó un requerimiento que le hizo la Contraloría General de Medellín[[19]](#footnote-19), oportunidad en la que indicó el modelo de cada chasis, así (fls. 590 a 592, c. de pruebas 3):

Acuso recibo del oficio referenciado y con relación a su contenido le allego las respuestas dadas por parte del representante legal de la firma E-ONE, fabricante de los vehículos vendidos por la firma que represento al municipio de Medellín bajo el contrato C164/97.

Al numeral primero: La respuesta es la misma dada a este numeral por parte de E-ONE, la cual transcribo textualmente[[20]](#footnote-20):

1. FECHA DE FABRICACIÓN DE LOS CHASIS

Como su inquietud no es específica, teniendo en cuenta que fueron seis (6) los vehículos suministrados al municipio, al respecto le informo lo siguiente:

Dos (2) máquinas de bomberos de 1000 galones [máquinas de extinción de incendios], ensambladas durante el año 1998, en chasis FREIGHTLINER, modelo FL80 1997 de conformidad a las características ofrecidas por la firma contratista en la propuesta como en el contrato suscrito.

Dos (2) máquinas de bomberos de 300 galones de capacidad [vehículos de desplazamiento rápido] ensambladas durante el año 1998 en chasis CHEVROLET, modelo 1998, según características ofrecidas por la firma contratista en la propuesta como en el contrato suscrito.

Una (1) máquina de rescate, ensamblada en un chasis marca NAVISTAR International, modelo 4900 1997, según las características ofrecidas por la firma contratista en la propuesta como en el contrato suscrito.

Una (1) máquina para incendios forestales, ensamblada durante el año 1998 en un chasis NAVISTAR International, modelo 4900 1996[[21]](#footnote-21), siguiendo las características ofrecidas por la firma contratista en la propuesta como en el contrato suscrito.

* 1. El 19 de enero de 1999, con comunicación No. 063, el interventor solicitó a la contratista la entrega de los siguientes elementos (fls. 613 y 614, c. de pruebas 3):

2 MAQUINAS DE 1000 GALONES [máquinas de extinción de incendios]

A cada una le falta:

1 Tubo de succión de 4,5” x 10”

1 Filtro para el tubo de succión

1 Adaptador para tubo de succión de 5” a 4,5”

2 VEHÍCULOS DE INTERVENCIÓN RÁPIDA [vehículos de desplazamiento rápido]

Les faltan los equipos de comunicación

En los equipos que ya se entregaron, faltaron las hachas planas y una lámpara manual con extensión

FORESTALES [equipo para combatir incendios forestales]

El tubo de succión y el filtro que aparece como faltante de los vehículos de desplazamiento rápido en la lista de ACCEQUIP, pertenecen a la máquina de forestales

UNIDAD DE RESCATE

La pértiga aislante ya fue entregada, pero quedan pendientes en este vehículo los soportes para las hachas

Cada vehículo que se adquiere para el cuerpo de bomberos, debe traer como equipo estándar del mismo, una llanta completa para repuesto, un gato hidráulico, una llave de pernos y un kit de herramientas.

* 1. El 21 de enero de 1999, el interventor remitió al municipio (fl. 599, c. de pruebas 3) un oficio suscrito por el comandante del Cuerpo Oficial de Bomberos de Medellín con las características principales de los vehículos que fueron finalmente recibidos, así (fls. 597 y 598, c. de pruebas 3):

Dos (2) máquinas de 1.000 galones para el combate de incendios [máquinas de extinción de incendios]

Chasis: Freightliner FL80

Modelo: 1997, según confirmación obtenida de la casa Mercedes Benz

Cabina: Doble

Motor: Cummins

Bomba: Centrífuga de 1.000 G.P.M.

Carrocería: Aluminio

Una (1) máquina para combatir incendios forestales

Chasis: Navistar International

Modelo: 1997, confirmado por esta firma en la ciudad de Medellín

Cabina: Doble

Motor: 466 D.T.

Bomba: Centrífuga de 750 G.P.M.

Carrocería: Aluminio

Una (1) unidad de rescate

Reúne las mismas condiciones técnicas mecánicas de la máquina para foréstales, por ser un chasis similar, incluye modelo 1997. (…)

Dos (2) máquinas de desplazamiento rápido

Chasis: G.M.C. serie 3.500

Modelo: En las indagaciones con casas representantes de la General Motors en Medellín y Bogotá, no ha sido posible establecer claramente el modelo, se supone que es 1998

Cabina: Sencilla

Motor: G.M.V.8.

Bomba: Centrífuga de 750 G.P.M.

Carrocería: Aluminio

* 1. El 2 de febrero de 1999, con comunicación No. 135, el interventor envió al municipio una certificación por él expedida del siguiente tenor (fl. 607, c. de pruebas 3):

Que dentro de los términos establecidos se recibieron el 17 de octubre de 1997, todas las máquinas objeto del contrato, pero con la novedad de que algunas de ellas no correspondieron al modelo de chasis y motor ofrecido y adjudicado, así como también con la carencia de algunos equipos estándar de que estrictamente necesarios para el comportamiento técnico de las máquinas.

El chasis y motor de la máquina marca Freightliner son modelo 1997 (2 para combate de incendios de 1000 galones [máquinas de extinción de incendios]), el chasis y motor de la marca Navitrans internacional son modelo 1997 (1 para combatir incendios forestales y 1 para rescate), en cuanto a la marca GMC (2 para desplazamiento rápido) no se pudo verificar el modelo ya que esa empresa no tiene representación en Colombia.

Según comunicación 063 del 19 de enero, dirigida al gerente general de ACCEQUIP, de la cual anexamos fotocopia, aún quedan faltando algunos equipos adicionales que fueron adquiridos con las máquinas.

* 1. El 24 de febrero de 1999, el comandante del Cuerpo Oficial de Bomberos de Medellín informó al interventor que había recibido unos adaptadores, pero que hacían falta los siguientes elementos (fl. 620 y 621, c. de pruebas 3):

Me permito informarle que los adaptadores para línea de succión de 5” y 4,5” que le hacían falta a las máquinas de 1000 galones, ya fueron suministrados e incorporados a las herramientas de cada uno de los vehículos, aprovecho la oportunidad para relacionar los equipos que continúan faltando a cada uno de los vehículos:

A cada una de las máquinas de 1000 galones [máquinas de extinción de incendios] les continúa faltando los siguientes equipos:

• Un (1) tubo de succión.

• Un (1) filtro para el tubo de succión.

• Una (1) llanta completa para repuesto.

• Un (1) gato hidráulico.

A la unidad de rescate le falta:

• Una (1) llanta completa de repuesto.

• Un (1) gato hidráulico.

A la máquina para forestales le hace falta:

• Una (1) llanta completa para repuesto.

• Un (1) gato hidráulico.

A cada uno de los vehículos de desplazamiento rápido les hace falta:

• Una (1) hacha plana.

• Una (1) llanta completa de repuesto.

* 1. El 12 de marzo de 1999, con comunicación No. 334, el interventor nuevamente informó al municipio el incumplimiento en el modelo de los vehículos y la no entrega de algunos accesorios, así (fl. 624, c. de pruebas 3):

En relación con el asunto de la referencia, el bien objeto del contrato, aún no se ha recibido a entera satisfacción de acuerdo con lo informado por el comandante de bomberos, continúan faltando equipos.

Como interventor del contrato considero que el contratista no cumplió con el objeto del contrato, pues de acuerdo con el pliego de condiciones y la propuesta adjudicada, los vehículos debieron ser modelo 1998 lo cual no se dio, ya que como lo he manifestado en reiteradas ocasiones mediante oficios 1390 del 13 de noviembre de 1998, 1456 del 27 de noviembre de 1998, 081 del 21 de enero y 135 del 2 de febrero de 1999, en los que consta que son modelo 1996 y 1997 de los cuales le anexo fotocopia. Asimismo, le envío la última comunicación a la fecha 12 de marzo, CBM-113, suscrita por el comandante del cuerpo de bomberos, en la cual se refiere a los faltantes.

En consecuencia, le solicito efectuar las gestiones necesarias para hacer efectivas las pólizas de cumplimiento correspondientes.

* 1. El mismo 12 de marzo de 1999, con Resolución No. 0257, el municipio de Medellín declaró el siniestro de incumplimiento, así (fls. 2 a 6, c. ppal.):

A. Que el municipio de Medellín suscribió el contrato con la firma Accesorios y Sistemas Limitada “ACCEQUIP LTDA.” (…) el contrato C164 de 1997, cuyo objeto consistió en transferir a título de compraventa los elementos para la renovación tecnológica del departamento de bomberos (…)

B. Que el valor de dicho contrato se pactó en la suma de OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL DÓLARES (US$823.000.00), pagaderos mediante carta de crédito, la cual se cancelaría contra documentos de embarque.

C. Que según la cláusula sexta del contrato, el plazo del mismo se pactó en noventa (90) días no prorrogables, después de firmar el contrato y aprobar la garantía única, la aceptación de la forma de pago y la expedición de la respectiva carta de crédito en favor del fabricante.

D. Que mediante comunicación del 12 de noviembre de 1998 la firma Accesorios y Sistemas Ltda. informa a la Administración sobre la “aceptación de fecha 24 de septiembre de 1998, impartida por parte de la firma fabricante E-ONE de los elementos objeto del contrato, de la carta de crédito que en su favor otorgó el municipio de Medellín el pasado 4 de septiembre del año en curso”, informando igualmente que el inicio del plazo del contrato se “contabilizará a partir del 25 de septiembre de 1998, que en cumplimiento estricto a lo estipulado en las cláusulas novena y décima procederemos por intermedio de la Compañía de Seguros Mundial de Seguros, a prorrogar el amparo de la póliza única MA0005374 de febrero 20 de 1998.

E. Que de acuerdo con el plazo estipulado en el contrato, que es de noventa (90) días, e iniciándose su ejecución el 25 de septiembre de 1998, el mismo se venció el día 8 de febrero de 1999.

F. Que según comunicación del interventor del contrato, con fecha febrero 2 de 1999 y con la cual adjunta certificación, solicitada por la Secretaría de Servicio Administrativos mediante oficio DSG-128-99, manifiesta que todas las máquinas que hacen parte del objeto del contrato fueron recibidas el día 17 de octubre de 1998, con la novedad de que algunas de ellas no correspondieron al modelo de chasis y motor ofrecido y adjudicado, así como también con carencia de algunos equipos estándar que son estrictamente necesarios para el comportamiento técnico de las máquinas.

G. Que el interventor en comunicación 1390 del día 13 de noviembre de 1998, manifiesta: “(…) realizada la verificación del modelo del chasis y del motor se encontró que los dos (2) vehículos de marca NAVITRANS INTERNACIONAL son modelo 1997 [equipo para combatir incendios forestales y la unidad de rescate]. El motor y el chasís de la marca FREIGHTLINER son modelo 1996 [máquinas de extinción de incendios].

Están pendientes de verificación los dos (2) vehículos de desplazamiento rápida (sic) marca G.M.

Lo inmediatamente anterior se lo doy a conocer dado que según la propuesta presentada por ACCEQUIP todos los vehículos deber ser modelo 1998”.

H. Que mediante oficio 1456 del 27 de noviembre de 1998, el interventor del contrato, adjunta concepto del Gerente de la Mercedes Benz, donde expresa[[22]](#footnote-22): “Según número de chasis se trata de un vehículo Freightliner tipo FL 80 modelo 1997, tipo de chasis 4x2, fabricado en USA [máquinas de extinción de incendios]. La única forma en que se puede diferenciar el vehículo de un modelo con otro sería atraves (sic) de la letra ubicada en la posición 10 del número VIN.

Por lo demás si hablamos de un mismo tipo de vehículo exteriormente entre modelo 96-97-98 no existe ninguna diferencia radical”.

I. Que según oficio CBM 079 del 24 de febrero de 1999, emanado del Departamento de Bomberos del municipio de Medellín, se desprende que aún quedaban faltando algunos equipos de los vehículos objeto del contrato.

J. Que a pesar de los requerimientos efectuados al contratista por parte de la interventoría, según se desprende de los oficios 1468 y 063 del 30 de noviembre de 1998 y del 19 de enero de 1999, respectivamente, la firma Accesorios y Sistemas Limitada no cumplió a entera satisfacción con el municipio de Medellín, en la entrega de los equipos objeto del contrato C164 de 1997.

K. Que mediante comunicación 334 de marzo 12 de 1999, el interventor del contrato manifiesta que la empresa de Accesorios y Sistemas “ACCEQUIP” incumplió el contrato C164 de 1997, toda vez que no entregó la totalidad de los equipos y los vehículos no corresponden a los modelos estipulados en los términos de referencia y la propuesta presentada por el contratista.

L. Que el citado contrato faculta al municipio de Medellín para imponer como pena pecuniaria, en caso de caducidad o de incumplimiento, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, como pago parcial de los perjuicios causados al municipio de Medellín.

M. Que de acuerdo con lo expuesto y considerado, es deber de la entidad estatal adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las garantías a que hubiere lugar, con ocasión de la actividad contractual.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: declarar incumplido el contrato C164 de 1997 suscrito entre el municipio de Medellín y Accesorios y Sistemas “ACCEQUIP LTDA.” (…) cuyo objeto consistió en transferir a título de compraventa los elementos para la renovación tecnológica del departamento de bomberos (…)

ARTÍCULO SEGUNDO: hacer efectiva la garantía de cumplimiento MA0005374, otorgada por la Compañía Mundial de Seguros.

ARTÍCULO TERCERO: la presente resolución presta mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 68 del Decreto Ley 01 de 1984. (…)

* 1. El 27 de mayo de 1999, el interventor informó al municipio (fl. 488, c. de pruebas 1) que el comandante del Cuerpo Oficial de Bomberos de Medellín recibió los tubos de succión para las máquinas de extinción de incendios y que a esa fecha aún hacían falta los siguientes elementos (fls. 486 y 487, c. de pruebas 1):

Me permito informarle que los tubos de succión de 4,5” que le hacían falta a las máquinas de 1.000 galones, ya fueron suministrados e incorporados a las herramientas de cada uno de los vehículos, aprovecho la oportunidad para relacionar los equipos que continúan faltando a cada uno de los vehículos:

A cada una de las máquinas de 1000 galones [máquinas de extinción de incendios] les continúa faltando los siguientes equipos:

• Un (1) filtro para el tubo de succión.

• Una (1) llanta completa para repuesto.

• Un (1) gato hidráulico.

A la unidad de rescate le falta:

• Una (1) llanta completa de repuesto.

• Un (1) gato hidráulico.

A la máquina para forestales le hace falta:

• Una (1) llanta completa para repuesto.

• Un (1) gato hidráulico.

A cada uno de los vehículos de desplazamiento rápido les hace falta:

• Una (1) hacha plana.

• Una (1) llanta completa de repuesto.

* 1. El 1° de junio de 1999, con Resolución No. 0750, el municipio resolvió el recurso de reposición propuesto por la aseguradora y, en punto a la declaratoria del siniestro de incumplimiento, aclaró (fls. 43 a 45, c. ppal. 1):

A. Falta de competencia de la Administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato.

Al respecto es menester resaltar que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo segundo del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”. En este sentido tiene plena aplicación lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil que establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Vale la Ahora bien, el contrato C164 de 1997, en su cláusula décima segunda, faculta al municipio de Medellín de “imponer en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento, como pena una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato”, por lo tanto no cabe duda que en el contrato se pactó esta facultad de la Entidad Estatal, acorde con el numeral 2° del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 cuando precisa que para la consecución de los fines de la contratación estatal, “adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”, en concordancia con el inciso 1° del artículo 40 de la misma norma, cuando reza: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”. Por lo tanto, dicha facultad sí está contenida contractualmente, máximo (sic) cuando la Ley así lo permite. (…)

C. Cumplimiento del contrato

De la documentación relacionada en la parte motiva de la resolución se deduce con claridad que ha habido incumplimiento en el objeto mismo y, esto se deduce de documentos repetidos expedidos por la casa vendedora en Estados Unidos.

D. Ausencia de proporcionalidad en la sanción.

Se pactó libremente entre las partes una cláusula penal pecuniaria del diez por ciento (10%) por el solo incumplimiento. No se requiere pues acreditar perjuicios para exigir la cláusula penal pecuniaria o la garantía de cumplimiento. Basta acreditar el incumplimiento para que surja la facultad para que la administración pueda exigir la garantía de cumplimiento o la penal pecuniaria.

Ahora bien, si fuésemos a cobrar los perjuicios reales por el incumplimiento, el diez por ciento (10%) es una suma insignificante que de manera alguna los compensa (…) el perjuicio es cierto y mucho mayor del diez por ciento (10%) que es lo que se cobró.

* 1. El 2 de junio de 1999, con Resolución No. 0753, el ente territorial resolvió la reposición de la contratista y, sobre el siniestro de incumplimiento, indicó (fls. 15 a 17, c. ppal.):

[E]l contratista al suscribir el contrato C164 de 1997, se comprometió con el municipio de Medellín a entregar el objeto del mismo de conformidad con los términos de referencia los cuales forman parte integral del contrato y del informe rendido por la interventoría en los oficios 1468 y 063 del 30 de noviembre de 1998 y del 19 de enero de 1999, se infiere que la firma Accesorios y Sistemas Limitada no cumplió a satisfacción con el municipio de Medellín, en la entrega de los equipos objeto del contrato. (…)

[T]ambién es cierto que se comprometió con el municipio de Medellín a entregar elementos adicionales mediante acta de compromiso suscrita con el interventor del contrato en la ciudad de OKALA Estados Unidos de América en las instalaciones de la fábrica E-ONE. Acta que tiene su fuerza obligatoria a la luz del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando reza: “las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan al autonomía dela voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”. (…)

Vale la pena resaltar, que si bien el literal L del acto impugnado, no está descrito textualmente en el contrato C164 de 1997, en su cláusula décima segunda, se pactó la facultad que tiene la Administración de “imponer en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento, como pena una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato”, no cabe duda entonces, que en el contrato se pactó esta facultad de la Entidad Estatal, acorde con el numeral 2° del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 cuando precisa que para la consecución de los fines de la contratación estatal, “adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar”, en concordancia con el inciso primero del artículo 40 de la misma norma, cuando reza: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza”. Por lo tanto, dicha facultad sí está contenida contractualmente, máximo (sic) cuando la Ley así lo permite. (…)

Por último, se comprueba una vez más la mala fe del contratista puesto que una vez confirmados por parte del fabricante los argumentos del interventor frente al modelo de lo vehículos, mediante el escrito de diciembre 16 de 1998 donde le confirma el modelo real de cada uno de los chasises de las máquinas, aún insiste que no ha incumplido.

**4. LA CUESTIÓN DE FONDO**

1. Verificados los antecedentes fácticos del proceso de contratación, el pliego de condiciones, la oferta de la contratista, las comunicaciones del interventor y del comandante del Cuerpo Oficial de Bomberos de Medellín, así como el contenido de los actos acusados, la Sala pasa a pronunciarse sobre los cargos de apelación y los de anulación, según el orden expuesto en el problema jurídico.

**4.1. Los cargos de apelación**

**4.1.1. Efectos de la declaratoria de nulidad en tratándose de actos administrativos que declaran el siniestro**

1. Sobre la pretendida falta de congruencia en el fallo recurrido, la Sala advierte que en el *sub lite* si prospera alguno de los cargos de anulación propuestos por una u otra demandante, ello indefectiblemente beneficia a ambas. La situación jurídica creada por los actos censurados es una sola. Los efectos que produjeron las resoluciones –declaratoria del siniestro– no pueden dividirse para tener como destinatarias de una parte específica a una u otra demandante –v. gr. un acto que sancione a varias personas, que sí podrían dividirse sus efectos–, por lo que si prospera algún motivo de nulidad, este tendría la capacidad de modificar o extinguir la totalidad de la situación jurídica creada por los actos, con independencia de quien lo haya propuesto.
	1. Máxime cuando entre la contratista y la aseguradora hay una relación de litisconsorcio cuasinecesario, tal como lo ha expuesto la Sala[[23]](#footnote-23):

Ahora bien, aunque pudiera pensarse que no se requiere la concurrencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista al proceso donde se debate la nulidad del acto que declara el siniestro amparado en la póliza, como quiera que ambos pueden demandar o no demandar dicho acto o hacerlo en forma independiente, con lo cual podría estimarse que se está en presencia de un litis consorcio facultativo, en el evento que nos ocupa, resulta más nítida la aplicación de la figura del litis consorcio cuasinecesario, teniendo en cuenta **que la sentencia de nulidad del acto administrativo finalmente tiene efectos frente a ambos, pues al desaparecer el acto cesa la obligación a cargo de la aseguradora de pagar la indemnización por concepto de efectividad de la garantía de calidad y en consecuencia el derecho de ésta de repetir contra el contratista.**

Es decir, en esos casos tanto a la aseguradora como al contratista asegurado le asiste un interés individual y por ende, podrán reclamar cada uno en juicio lo que crea que en derecho les corresponde ventilar, sin que sea necesario que se presenten conjuntamente a demandar el acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, entre otras razones, porque ese acto en realidad obliga directamente a la compañía aseguradora al pago de la indemnización materia del seguro a favor de la entidad pública beneficiaria, mientras que al contratista la efectividad de la garantía lo deja expuesto a una repetición del importe pagado, cuando a ello hubiere lugar, pero, con todo, **la nulidad podría terminar beneficiándolos a ambos, con lo cual la sentencia extiende sus efectos jurídicos.** (negrillas fuera de texto)

* 1. En efecto, la relación jurídica que surge entre el contratista y la aseguradora, cuando se pretende la nulidad del acto que declara la ocurrencia del siniestro y hace efectiva la póliza, no encuadra ni en el litisconsorcio facultativo ni en el necesario, en la medida en que el vínculo jurídico que hay entre ambos hace que la decisión de anular el acto tendrá el mismo efecto para ambos, con lo que se estaría hablando de un litisconsorcio cuasinecesario, pues no es necesario que ambas deban concurrir al proceso. Por lo anterior, el motivo de apelación no está llamado a prosperar.

**4.1.2. El acto administrativo que declara el siniestro no requiere de un procedimiento administrativo previo a su expedición**

1. El *a quo* anuló los actos acusados por la vulneración al debido proceso de las demandantes por no otorgarles la posibilidad de intervenir antes de la expedición del acto que declaró el siniestro. El municipio advierte que bastaba con notificar el acto y dar la posibilidad de interponer recursos.
	1. La Sala acompaña la conclusión del municipio, sin embargo, previo a exponer las razones para ello, se considera necesario aclarar que a pesar de que en los actos acusados se hizo mención a la declaratoria de siniestro de incumplimiento y a la cláusula penal pecuniaria, lo cierto es que la administración expidió los actos en uso de la primera figura enunciada y la referencia a la segunda únicamente obedeció a la forma en que se calculó el perjuicio con cargo a la póliza.
	2. Las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. Por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad la de ser una apreciación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso e inequívoco cumple las finalidades de apremio o punitiva.
	3. Por ser la tasación anticipada de perjuicios, el municipio la invocó para calcular los ocasionados por motivo del siniestro del incumplimiento y por cuanto, precisamente, ese era el monto máximo del amparo que cubría la póliza, según se pactó en la cláusula novena del contrato. Como el municipio entendió incumplido todo el contrato hizo efectiva la póliza por la totalidad del riesgo amparado. Es que en el contrato se ató el valor de la póliza para amparar el cumplimiento a la estimación anticipada de perjuicios para que ambos coincidieran en diez por ciento del valor del contrato y por ello era necesaria la referencia a la cláusula penal.
	4. Aclarado el punto, la Sala ha sostenido que la Administración sí tiene competencia para declarar los siniestros, hacer efectiva la póliza y cuantificar el perjuicio –tal como lo sostuvo el *a quo*–; sin embargo, para ello no es necesario adelantar un procedimiento administrativo previo, en la medida en que el contenido y la motivación del acto es el que permite a la aseguradora o a la contratista ejercer su derecho defensa y la impugnación posterior ante la jurisdicción[[24]](#footnote-24).
	5. La entidad podía, según los numerales 4° y 5° del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, declarar la ocurrencia del riesgo amparado y hacer efectiva la póliza que garantiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin que ello obedezca a una potestad excepcional en los términos de la Ley 80 de 1993, pues lo cierto es que la administración goza de la especial facultad de declarar ocurrido el riesgo amparado en virtud de las garantías que en su favor se hayan otorgado, “*facultad que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual y que, por esa razón, constituye una auténtica prerrogativa del poder público, que no es más que un privilegio de que goza la administración*”[[25]](#footnote-25).
	6. Así, no se configuró la vulneración al debido proceso en los términos expuestos por el *a quo*. Esta garantía solo exigía, para el caso particular, que el municipio motivará el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro, conforme a cada uno de los presupuestos establecidos en la ley frente al riesgo asegurable y con sustento en los elementos de prueba que dentro de la actuación se incorporen[[26]](#footnote-26).
	7. Al respecto, esta Corporación ha precisado que en tratándose de garantías de cumplimiento en favor de entidades estatales para avalar la observancia de las obligaciones contraídas por la contratista, la entidad estatal no puede[[27]](#footnote-27):

[A]l expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.

* 1. En ese orden, en el *sub lite* no hubo vulneración al debido proceso, ya que el acto administrativo que declaró el siniestro cumplió con los requerimientos legales para ello, ya que (i) indicó los fundamentos de hecho que permitían entender configurado el siniestro de incumplimiento, conforme a las pruebas obrantes en el proceso de contratación, y (ii) dio la posibilidad a las afectadas de discutir su legalidad, tanto en sede administrativa como judicial.
	2. Por tanto, como el procedimiento previo no era necesario para declarar el siniestro, la sentencia de primera instancia debe revocarse, sin embargo, ello está supeditado a que ninguno de los otros cargos de anulación estén acreditados. En consecuencia, se impone a la Sala estudiar los que fueron abordados en primera instancia.

**4.2. El *ad quem* debe analizar los cargos de anulación no resueltos en la primera instancia, a pesar de que las demandantes no apelaron**

1. Debe señalarse que es una práctica común en esta jurisdicción que en tratándose de la anulación de los actos administrativos cuando prospera un cargo de nulidad, el juez se abstenga de estudiar los demás cargos y declare la nulidad solicitada y se pronuncie sobre las pretensiones consecuenciales de la demanda. Entendimiento que encuentra su apoyo en que para la nulidad de un acto administrativo es suficiente con la verificación de un vicio y no la sumatoria de estos[[28]](#footnote-28).

* 1. Ahora, si la entidad demandada es la única apelante de una sentencia que anuló un acto administrativo en la forma que se expuso en precedencia y en segunda instancia se revoca por la no prosperidad del cargo de anulación declarado –como ocurre en el *sub lite*–, se impone al juez de la alzada el estudio de los demás cargos de nulidad propuestos en la demanda, con el fin de honrar el principio constitucional de acceso efectivo a la administración de justicia, de lo contrario los cargos de la demanda quedarían resueltos parcialmente, sin que pueda imponerse al favorecido con la decisión de primera instancia la carga desproporcionada de apelar una decisión que le es favorable; tampoco habría vulneración del principio de la *non reformatio in pejus*, en tanto la situación de la demandada como única apelante no se desmejoraría[[29]](#footnote-29).
	2. En efecto, si se revoca la sentencia con el estudio de todos los cargos, la situación le resultaría favorable y de paso se salvaguardaría la integridad del ordenamiento jurídico; si no es así, su situación seguiría igual, es decir, con una sentencia desfavorable a sus intereses, como cuando presentó su recurso de alzada.

**4.3. Los cargos de anulación**

**4.3.1. La contratista entregó los vehículos con las especificaciones y accesorios que fueron pactados**

1. Este cargo se analizará en dos momentos, el primero deferido al modelo de los vehículos y el segundo, a los accesorios.
2. En punto al **siniestro de** **incumplimiento por el modelo de los vehículos**, el municipio sostuvo que recibió vehículos modelo 1997 y su contraparte asegura que son modelo 1998, según las fichas de homologación y los registros de importación, por lo que la prosperidad de las pretensiones está supeditada a que el modelo de los automotores entregados por la contratista sea 1998 y no cualquier otro.
	1. Ahora bien, según se desprende de las comunicaciones del 13 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 1999 y 21 de enero de 1999, el interventor informó el incumplimiento en el modelo de los vehículos correspondientes a máquina de extinción de incendios, equipo para combatir incendios forestales y unidad de rescate, pues eran modelo 1997, pero ningún reparo se hizo respecto de los vehículos de desplazamiento rápido, ya que eran modelo 1998, al margen de que en el pliego de condiciones se hayan pedido modelo 1997, en consecuencia, la Sala se limitará a analizar el siniestro de incumplimiento respecto de los vehículos modelo 1997.
	2. Vale aclarar que el modelo del vehículo no está deferido al año de fabricación de sus piezas, pues al momento de celebración del contrato –31 de diciembre de 1997–, el Código Nacional de Tránsito Terrestre –Decreto 1344 de 1970– definía el modelo como el “*año en que se construyó o ensambló por primera vez un vehículo, de acuerdo con la declaración de despacho para consumo*” –artículo 2, modificado por el artículo 1 del Decreto 2591 de 1990–.
	3. Así, según la norma el modelo del vehículo aparece en la declaración de despacho para consumo. Pues, para el momento de la expedición del Decreto 2591 de 1990, aún estaba vigente el régimen de importación de despacho para consumo, definido en el artículo 144[[30]](#footnote-30) del Decreto 2666 de 1984, que obligaba a presentar ante la autoridad aduanera la declaración de despacho para consumo con los datos –dentro de los que estaba el modelo– exigidos por el artículo 145[[31]](#footnote-31) *ibidem* –modificado por el artículo 16 del Decreto 2402 de 1991– y en compañía de los documentos enunciados en el artículo 147[[32]](#footnote-32) *ejusdem* –modificado por el artículo 18 del Decreto 755 de 1990–.
	4. Sin embargo, ese régimen aduanero fue derogado por el artículo 111 del Decreto 1909 de 1992[[33]](#footnote-33), por lo que desde esa fecha desapareció la declaración de despacho para consumo y por ello la remisión que a ese documento hacía el Código Nacional de Tránsito Terrestre se debe entender hecha a aquel que lo reemplazo, esto es, la declaración de importación de que trata el artículo 21[[34]](#footnote-34) *ibídem* y conforme a los datos del artículo 22[[35]](#footnote-35) *ejusdem*, en los que estaba el modelo del vehículo importado.
	5. En el plenario no reposan las declaraciones de importación de los vehículos con los que se pueda conocer el modelo, pues solo aparecen los registros de importación y las fichas de homologación, por lo que la Sala debe auscultar si con estos es dable probar el modelo de los vehículos importados.
3. Sobre el **registro de importación para vehículos**, se tiene que el artículo 67[[36]](#footnote-36) del Decreto 444 de 1967 obligaba a registrar la importación de toda clase de bienes ante la Superintendencia de Comercio Exterior, la que fue reemplazada por el Instituto de Comercio Exterior, conforme al artículo 1[[37]](#footnote-37) del Decreto 2976 de 1968, requisito indispensable para su legal introducción al territorio colombiano, pues sin el registro la mercancía era considerada como de contrabando, según el artículo 74[[38]](#footnote-38) del Decreto 444 de 1967.
	1. Así, la Resolución No. 001 del 2 de enero de 1995 del Consejo Superior de Comercio Exterior fijaba las condiciones y requisitos que debían cumplir las solicitudes de registro de importación y entre ellas en su artículo 7[[39]](#footnote-39) obligaba a hacer una descripción de la mercancía a que se pretendía importar, por lo que debía indicarse, entre otras cosas, el año de fabricación y si la mercancía era usada, imperfecta, saldos de inventario, desperdicios o sobrantes. En tratándose de vehículos, los saldos de inventario eran aquellos cuyo modelo sea anterior al año en que se radica la solicitud de importación –aspecto sobre el que se volverá más adelante–.
	2. Sobre los registros de importación, la Sala ha explicado que “*recogen meras intenciones de realizar una importación, pues ésta se configura al momento de presentarse la declaración de importación para obtener el levante de la mercancía, que es la oportunidad en que debe cumplirse con todas las normas vigentes relacionadas con la importación del producto, sin que pueda hablarse, por lo tanto, de derechos adquiridos por la obtención de un registro de importación*”[[40]](#footnote-40). Ello por cuanto ese documento es un simple registro que se hace ante las autoridades que vigilan y regulan el comercio exterior y la importancia de lo que describe adquiere relevancia solo cuando en efecto se importa la mercancía, pues debe coincidir con la declaración de importación.
	3. En el *sub lite*, la Sala advierte que tal documento no acredita que las mercancías ahí descritas fueron aquellas efectivamente importadas, pues sin la declaración de importación no es posible hacer el ejercicio comparativo, máxime cuando el registro de importación que reposa en el plenario –pues el otro es ilegible– ni siquiera indica el modelo de los vehículos.
4. En punto a la **homologación para la importación de vehículos automotores**, el artículo 2 del Decreto 1809 de 1990 señalaba que la homologación “*es la confrontación de las características técnico-mecánicas de un vehículo con las normas legales vigentes, para su respectiva aprobación*”.
	1. Por su parte, el artículo 2 del Decreto 540 de 1995 disponía que, para obtener la homologación que garantizara las condiciones de comodidad y seguridad, los vehículos automotores importados debían cumplir los requisitos que, al afecto, estableciera el Ministerio de Transporte.
	2. Además, el artículo 3 *ibidem* imponía presentar la homologación al Instituto Colombiano de Comercio Exterior para que este pudiera registrar la importación, para ello debía cotejar las características técnicas consignadas en el registro de importación con las que aparecieran en el documento de aprobación de la homoligación del Ministerio de Transporte.
	3. En esa medida, la Sala ha explicado que la homologación de vehículos prevista por las disposiciones en cita no imponían la obligación de[[41]](#footnote-41):

[V]erificar físicamente el estado técnico-mecánico de los vehículos importados, pues, como se vio, la homologación consistía en confrontar documentalmente las características técnico-mecánicas de los automotores importados con las normas dispuestas al respecto por el ordenamiento legal vigente (Resolución 007126 de 1995) [aplicable solo a vehículos de transporte colectivo de pasajeros], particularmente en aspectos relacionados con el chasis, carrocería, instalaciones eléctricas, capacidad, línea, condiciones de seguridad, puertas de acceso y salida de emergencia, instrumentos, peso y dimensiones, entre otros.

* 1. Por tanto, la verificación de las características por parte del Ministerio de Transporte no se hace respecto de un objeto en particular, por lo que en el caso en particular la homologación no acredita las características de los vehículos importados, pues con este documento ocurre lo mismo que con el registro de importación, ya que la Sala no puede saber si los vehículos homologados corresponden a aquellos que fueron entregados al municipio de Medellín.
	2. Máxime cuando, como lo explicó el Ministerio de Transporte, “*las homologaciones pueden ser solicitadas por persona natural o jurídica y con ello se homologan prototipos sin interesar el objetivo de la misma, por lo tanto desconocemos cuales se homologaron para el cumplimiento del contrato C164 de 1997*” (fl. 443, c. ppal.). De tal suerte que la homologación de ese tipo de vehículos recaía sobre un prototipo descrito por quien presentara la solicitud, prototipo que, se insiste, la Sala no puede saber si corresponde a los vehículos objeto del contrato.
1. La conclusión esbozada –no es posible acreditar el modelo con el registro de importación ni con la homologación– se reafirma si se considera que el modelo del vehículo importado que se consigna en la **licencia de tránsito**[[42]](#footnote-42) –documento que identifica un vehículo– se hace con base en los datos de la declaración de importación y no según lo que aparezca en el registro de importación o en la homologación.
	1. En efecto, el artículo 73 del Acuerdo 51 de 1993[[43]](#footnote-43) del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito preveía que el trámite de registro inicial de un vehículo se hacía ante la autoridad de tránsito para lo cual debía presentarse, entre otros, “*la declaración de importación que reposa en cabeza del importador, la cual debe tener la debida identificación del vehículo*” y una vez culminado el registro al vehículo se le asignaba la serie de placa y se expedía la licencia de tránsito y certificado de movilización.
2. Lo anterior, sería suficiente para desestimar el cargo de anulación propuesto, ya que no se logró acreditar que los vehículos eran modelo 1998. Sin embargo, la Sala advierte que en la factura comercial expedida por el fabricante E-ONE se indican los **números de identificación de los vehículos** –VIN–, de las que es posible extractar el modelo de cada uno.
	1. En efecto, el artículo 38[[44]](#footnote-44) de la Ley 769 de 2002 –actual Código Nacional de Tránsito Terrestre– indica que la licencia de tránsito debe incluir el VIN, por ello el Ministerio de Transporte expidió la Resolución No. 5646 del 19 de noviembre de 2009, normas que si bien no son aplicables al caso, se traen a colación pues explican a cabalidad en qué consiste el número de identificación vehicular adoptado por las normas internaciones ISO 3779 –vigente desde 1983[[45]](#footnote-45)–, ISO 3780 –vigente desde 1983[[46]](#footnote-46)–, ISO 4100 –vigente desde 1980[[47]](#footnote-47)– de la Organización Internacional de Normalización –del inglés *International Organization for Standardization*–, que son equivalentes a las normas técnicas colombianas NTC 1502, NTC 1501 y NTC 3990 y NTC 4213 del Instituto Colombiano de Normas Técnicas.
	2. Así pues, en la parte considerativa de dicha resolución se explica que el número de identificación vehicular (VIN) está compuesto por diecisiete caracteres alfanuméricos o numéricos, que el fabricante asigna a un vehículo con el propósito de identificarlo, conforme a estándares establecidos internacionalmente.
	3. En su artículo segundo indica que el VIN está estructurado en tres secciones: (i) Código Mundial de Identificación del Fabricante (WMI)[[48]](#footnote-48), (ii) Sección Descriptora del Vehículo (VDS)[[49]](#footnote-49) y (iii) Sección Indicadora del Vehículo (VIS) [[50]](#footnote-50), así:

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 | 17 |
| WMI | VDS | VIS |

* 1. Para lo que interesa al *sub lite*, la resolución en comento explica que la décima posición corresponde al modelo del vehículo, según la siguiente tabla:

|  |
| --- |
| **Caracteres empleados en la designación del año** |
| Año | Carácter | Año | Carácter |
| 1990 | L | 2000 | Y |
| 1991 | M | 2001 | 1 |
| 1992 | N | 2002 | 2 |
| 1993 | P | 2003 | 3 |
| 1994 | R | 2004 | 4 |
| 1995 | S | 2005 | 5 |
| 1996 | T | 2006 | 6 |
| **1997** | **V** | 2007 | 7 |
| **1998** | **W** | 2008 | 8 |
| 1999 | X | 2009 | 9 |

* 1. Con esa claridad, la Sala recuerda que los números de identificación vehicular de los automotores son:

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 | G | D | J | K | 3 | 4 | F | 6 | **W** | F | 0 | 4 | 4 | 3 | 7 | 4 |
| WMI | VDS | VIS |

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 | G | D | J | K | 3 | 4 | F | X | **W** | F | 0 | 4 | 4 | 4 | 5 | 7 |
| WMI | VDS | VIS |

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 | H | T | S | D | A | A | R | 5 | **V** | H | 4 | 2 | 1 | 7 | 9 | 0 |
| WMI | VDS | VIS |

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 | F | V | 6 | J | L | C | B | 7 | **V** | H | 6 | 6 | 0 | 4 | 2 | 6 |
| WMI | VDS | VIS |

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 | F | V | 6 | J | L | C | B | 9 | **V** | H | 6 | 6 | 0 | 4 | 2 | 7 |
| WMI | VDS | VIS |

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 | H | T | S | D | A | A | R | 7 | **V** | H | 4 | 2 | 1 | 7 | 9 | 1 |
| WMI | VDS | VIS |

* 1. Así, basta confrontar el carácter de la décima posición del número de identificación vehicular con la tabla que indica su significado, para concluir que los dos primeros vehículos son modelo 1998 y los cuatro restantes son modelo 1997.
	2. Para saber cuál VIN corresponde a cada vehículo, basta comparar la anterior conclusión con la comunicación del contratista del 21 de diciembre de 1998 cuando contestó el requerimiento de la Contraloría General de Medellín, oportunidad en la que transcribió la certificación del fabricante E-ONE, donde se consignó que las dos máquinas de extinción de incendios eran modelo 1997, los dos vehículos de desplazamiento rápido eran 1998, el equipo para combatir incendios forestales era 1997 –la mención a que era modelo 1996 debe corresponder a un error de transcripción– y la unidad de rescate era 1997, esto es, dos eran modelo 1998 –los vehículos de desplazamiento rápido, sobre los que no se declaró el siniestro– y los cuatro restantes eran 1997.
1. Por tanto, los fundamentos fácticos de los actos que declararon el siniestro de incumplimiento no fueron desmentidos, por el contrario la Sala advierte que son consistentes con la situación fáctica acreditada en el plenario.
2. Visto lo anterior, es del caso indicar que la Junta del Acuerdo de Cartagena, mediante Resolución No. 355 del 9 de diciembre de 1994, publicó el Convenio de Complementación en el Sector Automotor, suscrito el 13 de setiembre de 1993 por Colombia, Ecuador y Venezuela, que en su artículo 5 dispuso que “*los Países Participantes no autorizarán la importación de vehículos usados, ni los vehículos nuevos de años-modelos anteriores, a más tardar a partir del 1º de enero de 1994*”.
	1. Por tanto, no podía legalmente tramitarse la importación de vehículos de años anteriores[[51]](#footnote-51), esto es, vehículos que fueran saldos de inventario, que corresponden, según la Resolución No. 001 del 2 de enero de 1995 del Consejo Superior de Comercio Exterior, a aquellos cuyo modelo sea anterior al año en que se radica la solicitud de importación. Por tanto, en 1998, no podían importarse modelos 1997, razón de más para entender que la contratista incumplió sus obligaciones.
3. Ahora bien, en punto al **siniestro de incumplimiento por no entregar la totalidad de los accesorios** de los vehículos, con la Resolución No. 0257 del 12 de marzo de 1999, el municipio advirtió que el plazo para entregar los vehículos y sus accesorios venció el 8 de febrero de 1999 –literal E de la resolución–, pero que al 24 de febrero de 1999 aún no se habían entregado todos los equipos –literal I–, incumplimiento que persistía hasta el 12 de marzo de 1999 –literal K–.
	1. En ese orden, para conocer los elementos faltantes bastaría verificar el contenido de las comunicaciones del 24 de febrero –del Cuerpo Oficial de Bomberos de Medellín– y del 23 de marzo de 1999 –del interventor–, sin embargo, el interventor en esa fecha no enlistó los elementos en su comunicación, sino que los defirió a los que aparecen en la comunicación CBM-113 del 12 de marzo de 1999 del Cuerpo Oficial de Bomberos de Medellín[[52]](#footnote-52), documento que no reposa en el plenario.
	2. A pesar de esa circunstancia, la Sala advierte que los elementos faltantes están descritos en la comunicación del 24 de febrero de 1999 y en la del 27 de mayo de 1999[[53]](#footnote-53) –del interventor–, de las que es posible concluir que, según el municipio, la contratista no entregó los siguientes elementos: **(i)** de las dos máquinas de extinción de incendios: a. un filtro para el tubo de succión, b. una llanta de repuesto y c. un gato hidráulico; **(ii)** de los dos vehículos de desplazamiento rápido: a. un hacha plana y una llanta de repuesto; **(iii)** del equipo para combatir incendios forestales: a. una llanta de repuesto y b. un gato hidráulico y **(iv)** de la unidad de rescate: a. una llanta de repuesto y b. un gato hidráulico.
4. Ahora, la contratista y la aseguradora advirtieron que el municipio aceptó la oferta que excluía los accesorios. Explicaron que la oferta económica presentada el 11 de diciembre de 1997 fue hecha por valor de 823.000 USD y ahí claramente se indicó que ese valor no incluía “*el equipo adicional el cual está cotizado por aparte*” (fl. 181, c. ppal.).
	1. En efecto, según la oferta económica la contratista ofreció dos máquinas de extinción de incendios por valor de 346.000 USD –valor unitario de 173.000 USD–, dos vehículos de desplazamiento rápido por 186.000 USD –valor unitario de 93.000 USD–, un equipo para combatir incendios forestales por 163.000 USD y una unidad de rescate por 128.000 USD, para un total de 823.000 USD.
	2. Los accesorios, según la oferta, para la dos máquinas de extinción de incendios ascendían a 36.426 USD –valor de cada conjunto de accesorios por vehículo de 18.213 USD–, para los dos vehículos de desplazamiento rápido por 29.958 USD –valor de cada conjunto por 14.979 USD–, para el equipo para combatir incendios forestales por 4.540 USD y para la unidad de rescate por 37.425 USD, para un total de 108.349 USD.
	3. El municipio, en comunicación del 30 de diciembre de 1997, le informó a la contratista que el contrato le había sido adjudicado por valor de 827.000 USD. Por ello, el contrato fue suscrito por dicho valor, sin embargo, ese monto fue reducido a 823.000 USD, en el contrato modificatorio.
5. Aclarado lo anterior, la Sala advierte que no comparte la conclusión de las actoras, la interpretación que le dieron a la aceptación de la oferta por un menor valor no podía ser bajo ninguna razón que se excluían los accesorios, pues el objeto del contrato era la compra de unos vehículos para la prestación del servicio público bomberil, los que debían contar con todos los aditamentos, según el pliego de condiciones y la oferta, para poder prestar efectivamente el servicio.
6. Pues bien, la Sala tiene sentado que para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción de los intereses y necesidades colectivas, se requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos, los que se obtienen por contratación con particulares, o bien, con otras entidades públicas[[54]](#footnote-54), de manera que “*el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz*”[[55]](#footnote-55).
	1. Ahora, para la selección del contratista, en este caso un particular, la entidad debe atender los principios que rigen la actividad contractual del Estado y, dentro de los que está el de transparencia, cuyo pilar fundamental es la selección objetiva del contratista mediante procedimientos sujetos a reglas conocidas públicamente y aplicables en forma indistinta a los proponentes, contentivas de mandatos objetivos, claros, justos y completos[[56]](#footnote-56).
	2. En efecto, existen mecanismos, modalidades o procesos de selección de la persona más idónea y la oferta más favorable o ventajosa para la celebración del contrato. La Ley 80 de 1993, en sus disposiciones originales y vigentes para la época de los hechos, estableció dos modalidades: la licitación pública y la contratación directa.
	3. En el *sub lite*, la licitación pública fue declarada desierta, por lo que la entidad quedó habilitada para adelantar la contratación directa –como forma excepcional de contratación– de los bienes que requería, pero debía respetar, en todo caso, el deber de selección objetiva, esto es, escoger la propuesta que le resulte más favorable y a los fines que persiga con la contratación –artículo 2 del Decreto 855 de 1994–.
	4. En atención a esa obligación, el municipio elaboró los pliegos de condiciones, los que, como ley del contrato, constituyen la fuente principal de derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, con arreglo a las necesidades públicas y el interés general. El pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por tanto, como hoja de ruta, contiene el diseño y estructura del proceso contractual; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo[[57]](#footnote-57).
	5. Así, dentro de los requisitos mínimos del pliego de condiciones, la administración indicó las características técnicas de los vehículos, así como los equipos necesarios para su adecuado funcionamiento, según la finalidad que perseguía –prestación del servicio bomberil–. Oportunidad en la que indicó que las propuestas que presentaran los oferentes debían incluir la totalidad de las especificaciones como requisitos mínimos, so pena de ser descalificadas.
	6. Por ende, desde el pliego de condiciones, la administración dejó claro que los accesorios no eran optativos para la celebración del contrato, sino que hacían parte del objeto mismo, ya que si no eran ofertados la propuesta sería descalificada, por ende, constituían un requisito *sine qua non* para el contrato.
	7. Además, la Sala pone de presente que la fórmula genérica de descalificación, incluida en los términos de referencia, permitía interpretar que los aspectos exigidos como mínimos, en esta oportunidad como exigencias técnicas, sólo podían tener una intención, que no era otra que permitir que los ofrecimientos fueran de la misma índole, según lo imponía el literal b) del numeral 5 del artículo 24[[58]](#footnote-58) de la Ley 80 de 1993. Difícilmente se podían comparar propuestas que eran diferentes en lo mínimo[[59]](#footnote-59).
	8. Siendo así, bien podía la administración, como lo dejó consignado en los términos de referencia y lo habilitaba el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25[[60]](#footnote-60) de la Ley 80 de 1993, rechazar las propuestas por un defecto tal que impidiera la comparación de las propuestas.
	9. Así, en el caso en particular, el hecho de exigir unos equipamientos mínimos para los vehículos, imponía a todas las propuestas cumplir con ese extremo. De lo contrario, devenía en imposible la comparación entre las propuestas que incumplieran lo mínimo. Por ello se concluye que los accesorios eran lo apenas necesario para cumplir con la finalidad del objeto a contratar.
7. Bajo esa exigencia, la contratista formuló su oferta con el fin de atender el sentido, alcance y características del contrato que se pretendía celebrar –compraventa de vehículos de bomberos– y por ello, dentro de los requisitos objetivos[[61]](#footnote-61) que debía cumplir, precisamente, ofreció los vehículos y sus accesorios, en cumplimiento del pliego de condiciones. Y por ello fue que el municipio le adjudicó el contrato, ya que era el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella buscaba –artículo 29 de la Ley 80 de 1993–.
	1. Bajo ese entendimiento, el objeto del contrato no podía prescindir de los accesorios, pues desde un inicio la entidad fue clara en expresar la necesidad que tenía de adquirir los vehículos con sus aditamentos, sin que pueda fraccionarse el objeto contractual, para darle el entendimiento que prohíjan la contratista y la aseguradora, esto es, que la entidad solo pactó la compra de los vehículos sin sus equipamientos.
	2. Máxime cuando el objeto contractual tenía como finalidad proporcionar a la entidad elementos para la prestación de un servicio público esencial[[62]](#footnote-62), por tanto, debía ser apreciado según dicha finalidad, lo que resta todo fundamento al entendimiento que pretendieron darle las demandantes, pues “*el objeto del contrato no puede ser apreciado en forma endógena y aislada, sino que debe ser valorado en el contexto del vínculo existente entre el contenido obligacional y el servicio público, en cada caso particular*”[[63]](#footnote-63)
	3. Ello lleva a concluir que los vehículos necesariamente debían contar con los accesorios, comoquiera que sin estos no eran útiles a la finalidad que motivó la compraventa. Unas máquinas para extinción de incendios no sirven para ello sino cuentan con todos los equipos requeridos por la administración, en los términos precisos del pliego de condiciones.
	4. En esa medida, el objeto contractual no aparece confuso o ininteligible, basta leer la cláusula primera del contrato para concluir que los vehículos vendidos por la contratista debían cumplir las especificaciones y contar con los equipos conforme al pliego de condiciones y la propuesta presentada. Es que en el pliego de condiciones, la propuesta y el contrato celebrado nunca se excluyeron los accesorios.
8. Aclarado el punto, los accesorios no eran algo optativo para las partes del contrato. La contratista no podía escudarse para no entregarlos en la diferencia que detectó entre el precio que ofreció y el que fue finalmente pactado. Si tenía reparos sobre el valor del contrato pudo, desde un inicio, ponerlos de presente y no pretender cumplir parcialmente sus obligaciones.
	1. La contratista era la primera obligada a tener la diligencia y cuidado de indicar que los criterios económicos expuestos en su oferta no fueron reflejados en la contraprestación pactada, a fin de no incurrir en errores que a la postre la condujeran a tener que asumir valores que desde un inicio supo que eran mayores a los pactados, pues así lo revela su propuesta, máxime cuando era ella quien sabía si ese precio le era favorable y si le permitía suministrar los vehículos bajo esas condiciones económicas.
	2. Con su silencio asumió la carga de cumplir el contrato con el precio pactado, sin perjuicio de que pudiera ventilar sus inconformidad ante el municipio de Medellín, claro está, al momento de suscribir el contrato y su modificatorio.
	3. Encuentra la Sala que la contratista, a través de su manifestación de voluntad consignada en el contrato como en el contrato modificatorio, aceptó que el precio pactado era suficiente para vender los vehículos con sus accesorios al municipio, lo cual se colige, comoquiera que no formuló reparo o reclamación expresa frente a los efectos económicos que pudiera tener el precio pactado. En consecuencia, no era procedente que se abstuviera de entregar los accesorios, pues con ello desatendió sus obligaciones y dio pie a la declaratoria de siniestro de incumplimiento.
	4. Ahora bien, de todos los accesorios que no fueron entregados luego de vencido el plazo para la entrega –8 de febrero de 1999–, hay uno que, en efecto, no fue pactado. Pues no aparece en el pliego de condiciones ni en la oferta, esto es, el gato hidráulico de la unidad de rescate[[64]](#footnote-64). Sin embargo, esta circunstancia no tiene la capacidad de anular los actos enjuiciados, por cuanto, el incumplimiento persiste y podía declararse el siniestro sobre el resto de elementos no entregados.
9. Por todo lo anterior, no prospera la anulación promovida bajo la idea que la contratista cumplió con el objeto del contrato, tanto en el modelo de los vehículos como en la entrega de los accesorios, pues quedó comprobado que ello no fue así.

**4.3.2. La inconformidad sobre las especificaciones y accesorios de los vehículos debió ventilarse en un proceso verbal sumario**

1. La aseguradora sostuvo que el municipio, para reclamar su inconformidad respecto de los vehículos, debió adelantar un proceso verbal sumario, pues así lo impone el artículo 435[[65]](#footnote-65) del Código de Procedimiento Civil, cuando se presenten las desavenencias contempladas en los artículos 913[[66]](#footnote-66), 931[[67]](#footnote-67) y 939[[68]](#footnote-68) del Código de Comercio sobre la cosa vendida.
	1. Sobre el particular, la Sala reitera lo expuesto líneas atrás, la posibilidad de declarar el siniestro de incumplimiento es una especial facultad que goza la administración y para ello no se requiere agotar un trámite previo, menos intentar un proceso verbal sumario, por ende, el cargo no prospera.

**4.3.3. El incumplimiento fue parcial por lo que deben disminuirse los perjuicios tasados en el acto de declaratoria de siniestro**

1. Respecto del valor de los perjuicios tasados en el acto que declaró el siniestro, la aseguradora adujo que el incumplimiento fue parcial, por tanto, la cuantía debió calcularse sólo de cara al valor de las obligaciones desatendidas y no en consideración al valor de todo el contrato, según lo prevén los artículos 1596[[69]](#footnote-69) del Código Civil y 867[[70]](#footnote-70) del Código de Comercio –agrega la Sala–.
	1. Pues bien, como se dejó dicho líneas atrás, el municipio estaba habilitado puede declarar el siniestro, hacer efectiva la póliza y cuantificar el perjuicio. Para esto último, se valió de la cláusula penal pecuniaria que fue pactada, como se puede apreciar en el contrato[[71]](#footnote-71), como una estimación anticipada de perjuicios[[72]](#footnote-72), por valor del diez por ciento del contrato.
	2. Ahora bien, si la entidad se vale de la cláusula penal pecuniaria para tasar el perjuicio del siniestro, ello no significa que deba hacerlo indefectiblemente por la totalidad del valor pactado como estimación anticipada de perjuicios. El ejercicio de esa especial facultad que goza la administración –declaratoria del siniestro– está condicionado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen las competencias administrativas, tal como lo ha precisado la Sala:

[E]n cuanto a la motivación técnica para la aplicación de la proporcionalidad y la racionalidad en la cláusula penal y, en general, de la tasación de perjuicios, la Sala considera que frente al contenido de la norma que se acaba de transcribir [artículo 1596 del Código Civil], la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, tiene necesaria presencia en el ámbito específico de la aplicación de la cláusula penal y de la tasación de perjuicios cuando ésta ha sido pactada en un contrato estatal.

En efecto, aunque la Administración cuenta con una norma jurídica habilitante de carácter discrecional no le faculta para ejercer tal competencia de modo arbitrario o irrazonable; en estas circunstancias es claro que las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho prefiguran y dan sentido a la organización estatal, como un todo, y suponen la irrestricta sujeción de la administración pública a tales cometidos estatales. (…)

Es dentro de este marco jurídico de principios, valores y reglas constitucionales y legales que encuentra sentido afirmar que la facultad, en el ámbito de libertad negocial de las partes, que establece el legislador para pactar la cláusula penal o la tasación de perjuicios en aquellos casos de incumplimiento no puede ser comprendida como escenario habilitante de discrecionalidad cuando se trata de su aplicación en concreto.

Dicho con otras palabras, el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.

Todo lo anterior se traduce, entonces, en la razonable, proporcional y racional aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear, necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.

* 1. Por tanto, la tasación de perjuicios por declaratoria del siniestro de incumplimiento debe estar atada, precisamente, al incumplimiento detectado por la entidad, pues no sería proporcional hacer valer la totalidad de la estimación anticipada de perjuicios –para lo que interesa al *sub lite*– si el incumplimiento no recae sobre la totalidad del objeto contractual.
	2. Ahora, como la pretensión gira en torno a la disminución de los perjuicios calculados en la declaratoria de siniestro con base en la cláusula penal pecuniaria. La Sala recuerda que la posibilidad de disminuir o aumentar en sede judicial el monto de la estimación anticipada de perjuicios, se ha explicado, así[[73]](#footnote-73):

[P]ese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato.

En ambos casos –por defecto o por exceso–, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta –para imponerla y cobrarla– de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad –este último como criterio auxiliar de la actividad judicial–, así se lo exigen (…)

Esta providencia[[74]](#footnote-74) analiza la posibilidad que tiene el juez de aplicar el monto de la cláusula penal, esto es, que como resultado del proceso judicial podrá graduarla, pero advierte sobre la necesidad de probar los mayores perjuicios producidos por el incumplimiento, que superan lo calculado en la cláusula penal.

Además –en el caso contrario–, el juez tendrá que considerar el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y que fue aceptado por la entidad, situación que admitirá la reducción de la pena establecida por la entidad. (…)

De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor.

Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada.

* 1. En ese orden, es claro que la reducción de la estimación anticipada de perjuicios está condicionada al efectivo cumplimiento por parte de la contratista de las obligaciones contractuales. Se puntualiza que el cumplimiento del objeto del contrato se puede verificar en forma separada para cada uno de los vehículos, de donde se advierte que era un objeto divisible en cuanto a su cumplimiento o incumplimiento, amén de que las partes acordaron valores y condiciones técnicas específicas para cada uno de los automotores.
	2. Entonces, el objeto contractual era la compraventa de seis vehículos de bomberos según las especificaciones y junto con los accesorios. De manera que los perjuicios podrían reducirse si se verifica la entrega de cualquiera de los elementos conforme se obligó la contratista, sin embargo, ello no sucedió, pues ningún vehículo cumplió a cabalidad lo pactado, así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Vehículo** | **Modelo** | **Accesorios** |
| Dos máquinas de extinción de incendios | No cumple | No cumple |
| Dos vehículos de desplazamiento rápido | Cumple | No cumple |
| Un equipo para combatir incendios forestales | No cumple | No cumple |
| Una unidad de rescate | No cumple | No cumple |

* 1. Por ende, este cargo de anulación tampoco está llamado a prosperar, no se acreditó la entrega de algún vehículo que cumpliera con todo lo pactado en el contrato, de ahí que deban mantenerse incólumes los actos censurados, pues no se probó que haya sido excesiva la estimación anticipada de perjuicios, requisito *sine qua non* para la prosperidad de las pretensiones de disminución del valor del siniestro de incumplimiento[[75]](#footnote-75).
1. Por todo lo dicho, la Sala revocará la sentencia impugnada, para en su lugar denegar las pretensiones de las demandas promovidas por las sociedades Accesorios y Sistemas Ltda. y Compañía Mundial de Seguros S.A.
2. Por último, como la conducta de las partes no puede catalogarse como abiertamente temeraria, por cuanto se limitó al ejercicio del derecho de acceso a la justicia y de defensa, se impone negar la condena en costas.

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

**F A L L A**

**REVOCAR** la sentencia del 15 de marzo de 2010 del Tribunal Administrativo de Antioquia que accedió a las pretensiones de las demandas. En su lugar:

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones formuladas por las sociedades Accesorios y Sistemas Ltda. y Compañía Mundial de Seguros S.A., conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

 **Ausente con excusa**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

 Magistrado Magistrada

1. Con auto del 24 de mayo de 2007, el *a quo* acumuló al presente proceso el identificado con radicación No. 05001-23-31-000-2000-02472-00, promovido por la Sociedad de Seguros Mundial S.A. en contra del municipio de Medellín. [↑](#footnote-ref-1)
2. Con auto del 15 de septiembre de 1999 (fls. 279 y 280, c. ppal.), el *a quo* admitió la demanda y dispuso que se notificara personalmente la providencia a la sociedad Compañía de Seguros Mundial S.A. por tener interés directo en las resultas del proceso. [↑](#footnote-ref-2)
3. Con auto del 31 de agosto de 2000 (fl. 376, c. ppal. 1), el *a quo* admitió la demanda y dispuso que se notificara personalmente la providencia a la sociedad Accesorios y Equipos Ltda. por tener interés directo en las resultas del proceso. [↑](#footnote-ref-3)
4. El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad procesal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Conforme al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, la competencia para tramitar el proceso se rige por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva. En el *sub lite*, las sociedades Accesorios y Sistemas Ltda. y Compañía Mundial de Seguros S.A. presentaron sus demandas el 13 de agosto de 1999 (fl. 277, c. ppal.) y el 24 de mayo de 2000 (fl. 374 rev., c. ppal. 1), respectivamente. Por ende, en principio resultarían aplicables las competencias previstas en la Ley 446 de 1998, sin embargo, según su artículo 164, estas solo regirían cuando entraran en operación los juzgados administrativos, lo que aconteció el 1° de agosto de 2006. En consecuencia, la competencia está dada en el numeral 8 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, que asignó el conocimiento en primera instancia a los tribunales administrativos de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales en cuantía superior a $18.850.000 y $26.390.000 para 1999 y 2000, respectivamente. Por tanto, como en ambas demandas la pretensión mayor asciende a $111.664.021 –valor de la cobertura de la póliza de cumplimiento (fl. 327, c. ppal. 1)–, es claro que excedían el monto exigido para que tuviera vocación de doble instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sobre la indebida escogencia de la acción para ejercer el control de legalidad de actos administrativos proferidos en el marco de una relación contractual, la Sala ha considerado que “*a pesar de que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual dirigida en contra de actos administrativos comparten la misma causa y objeto, dicha circunstancia en forma alguna implica que pueda ser indiscriminado el ejercicio de la acción que en uno u otro caso deba adelantarse, pues, por disposición expresa del legislador, a diferencia del resto de los actos administrativos, los expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual deben demandarse a través de la acción contractual, no obstante lo cual, es obligación del juez, en cada caso concreto, dar un sentido útil a la demanda, evitar sentencias inhibitorias y, en lo posible, adecuar al trámite que corresponda la demanda que pueda ser defectuosa*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, exp. 23949, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sobre la aseguradora, la Sala recuerda que está legitimada para formular acción contractual cuando se expiden actos administrativos mediante los cuales se declara el siniestro amparado por pólizas de seguro de cumplimiento de contratos estatales o aquellos proferidos con ocasión de la actividad contractual cuando en relación con los mismos a la aseguradora le asista un interés directo. Al respecto, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, exp. 35057, C.P. Ramiro Pazos Guerrero y Subsección A, sentencia del 13 de abril de 2016, exp. 33580, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero. En esa oportunidad se dijo que las copias simples obrantes en el proceso y que surtieran el principio de contradicción tienen plenos efectos probatorios. Claro está salvo:“*[S]i se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad sustanciam actus). (…) De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso*”. En el mismo sentido, véase: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de septiembre de 2014, exp. 2007-01081-00(REV), C.P. Alberto Yepes Barreiro. [↑](#footnote-ref-8)
9. El municipio de Medellín declaró desierta la licitación a través la Resolución No. 1550 del 30 de octubre de 1997 y con Resolución No. 1691 del 27 de noviembre de 1997, desestimó la reposición interpuesta en contra de la anterior decisión (fls. 225 a 227, c. de pruebas 1). [↑](#footnote-ref-9)
10. En el anexo 1 del pliego de condiciones se precisó que los vehículos requeridos eran: (i) dos máquinas de extinción de incendios –ítem 1–, (ii) dos vehículos de desplazamiento rápido –ítem 2–, (iii) un equipo para combatir incendios forestales –ítem 3–, (iv) una unidad de rescate –ítem 4– y una ambulancia –ítem 5– (fl. 286, c. de pruebas 1). [↑](#footnote-ref-10)
11. El año de fabricación que aparece en el anexo 1 fue cambiado por el municipio, pues originalmente registraba “*1997*” (fl. 257, c. de pruebas 1) y en la modificación a dicho anexo 1 quedó en “*último*” (fl. 230, c. de pruebas 1). [↑](#footnote-ref-11)
12. El año de fabricación que aparece en el anexo 1 fue cambiado por el municipio, pues originalmente registraba “*1997*” (fl. 250, c. de pruebas 1) y en la modificación a dicho anexo 1 quedó en “*último*” (fl. 230, c. de pruebas 1). [↑](#footnote-ref-12)
13. De los accesorios que se omite su mención se enuncian a título ilustrativo: escalera de extensión, herramientas de rescate, equipos de protección respiratoria, mangueras, botiquín de primeros auxilios, etc. [↑](#footnote-ref-13)
14. La compra del ítem 5 –la ambulancia– fue contratada con la empresa Universal de Aviación, por valor de 53.990 USD (fl. 354, c. de pruebas 1). [↑](#footnote-ref-14)
15. Al final de cada formato el representante legal de Accesorios y Sistemas Ltda. indicó: “*Certifico que las características consignadas en esta ficha coinciden con las del vehículo a ensamblar, importar o carrozar*”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Los registros de importación visibles a folios 240 a 247, c. ppal. son ilegibles, por lo que ninguna mención se puede hacer sobre su contenido. [↑](#footnote-ref-16)
17. “*Los Cuerpos de Bomberos Oficiales y Voluntarios estarán exentos del pago de impuestos y aranceles en la adquisición de equipos especializados para la extinción de incendios que requieran para la dotación o funcionamiento, sean de producción nacional o que deban importar*”. [↑](#footnote-ref-17)
18. En este documento se afirma que el modelo de las máquinas de extinción de incendios es 1996, sin embargo, ello al parecer corresponde a un *lapsus calami*, ya que en el resto de documentos el interventor y el contratante sostiene que es modelo 1997. [↑](#footnote-ref-18)
19. El requerimiento de la Contraloría General de Medellín es del siguiente tenor: “*Para efectos de ejercer control fiscal a la maquinaria y equipo del cuerpo de bomberos, suministrado por la firma que usted representa al municipio de Medellín, mediante contrato C164 de 1997, agradezco suministre la siguiente información: 1. Fecha de fabricación del chasis (…)*” (fl. 570, c. de pruebas 3). [↑](#footnote-ref-19)
20. El contenido de la comunicación de E-ONE (fls. 587 y 588, c. de pruebas 3) corresponde a lo citado textualmente en la comunicación de Accesorios y Sistemas Ltda. [↑](#footnote-ref-20)
21. En este documento se afirma que el modelo del equipo para combatir incendios forestales es 1996, sin embargo, ello al parecer corresponde a un *lapsus calami*, ya que del resto de documentos se sostiene que es modelo 1997. [↑](#footnote-ref-21)
22. El contenido de la comunicación del gerente de Mercedes-Benz Colombia S.A. (fls. 575, c. de pruebas 3) corresponde a lo consignado en el acto administrativo. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 29857, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, exp. 13599, C.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, exp. 35057, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-27)
28. Sobre el particular, se ha dicho: “*En el caso sub judice, la parte actora pidió la nulidad del acto acusado y el condigno restablecimiento del derecho. Como prosperó la nulidad del acto acusado por una de las razones aducidas por la demandante, el juez atendió el petitum, esto es, anuló el acto administrativo y ordenó lo concerniente al restablecimiento del derecho. La parte actora no apeló. ¿Para qué? Sería absurdo que se obligara a la parte actora a apelar para pedirle al juez ad quem que diga algo sobre los demás cargos lanzados contra el acto acusado si ya la sentencia atendió uno. En esto, el juez a quo sigue, esta sí una regla compatible, lo que se deduce grosso modo de la práctica judicial respecto de la sentencia de casación: Si prospera una causal de casación no se estudian las demás. Así se desprende de lo estatuido por el artículo 375 del CPC. // ¿Cuáles son las obligaciones del ad quem en caso de que estime no probado o no demostrado el cargo o la acusación contra el acto administrativo que estimó el a quo y ante el hecho de que el demandante hubiese propuesto otros cargos adicionales? Sin duda resolverlos bajo la misma regla: si prospera uno de los adicionales, no está obligado a resolver los demás*”. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 10 de marzo de 2011, exp. 2010-01061-01(AC), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [↑](#footnote-ref-28)
29. Sobre la necesidad de abordar la totalidad de los cargos de anulación, la Corporación indicó: “*En el caso concreto, se evidencia que cuanto el Tribunal plantea el problema jurídico señala que en caso de prosperar el recurso de apelación estudiará los cargos planteados en la demanda y no estudiados por el juez de primera instancia ‘en garantía del derecho constitucional fundamental de acceso afectivo a la administración de justicia’ (…) [pues] sería desproporcionado exigirle al demandante que apelara una sentencia que había sido favorable para sus intereses, teniendo en cuenta ‘no podía interponer el recurso de apelación, toda vez que la sentencia le fue favorable, lo que excluye su interés legítimo para recurrir’*”. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 8 de septiembre de 2016, exp. 2016-01374-01(AC), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. [↑](#footnote-ref-29)
30. “*Se entiende por despacho para consumo el régimen en virtud del cual las mercancías importadas quedan indefinidamente en territorio aduanero colombiano, en libre circulación*”. [↑](#footnote-ref-30)
31. “*La Declaración de Despacho para consumo se presentará ante la Administración de Aduana bajo cuya jurisdicción se encuentre la mercancía, en el formulario que determine la Dirección General de Aduanas y deberá indicar la posición arancelaria aplicable, valor, régimen, naturaleza, cantidad, peso y demás datos que se exijan, aún si la licencia o registro indica una Administración de Aduana diferente o una vía de transporte distinta a la que efectivamente se utilizó siempre que esto no signifique un costo adicional para el importador*”. [↑](#footnote-ref-31)
32. “*Documentos que deban acompañarse a la declaración: // 1. El Original del registro o licencia de importación que ampara la mercancía objeto de despacho mientras la ley los prevea. // 2. El original del certificado de origen, únicamente cuando se requiera para la aplicación de disposiciones especiales. // 3. La factura comercial o la factura proforma. // 4. El original del documento de transporte. // 5. El certificado de sanidad cuando se requiera. // 6. La lista de empaque y aquellos otros documentos exigidos por normas especiales, en la forma que determinen las instrucciones que dicte el Director General de Aduanas. // El declarante podrá suministrar información adicional que complemente la identificación de la mercancía, como catálogos, planos u otros documentos que considere pertinentes. // En ningún caso podrá aceptarse la declaración de despacho para consumo sin que se acompañen los documentos mencionados y en la forma señalada en el presente artículo*”. [↑](#footnote-ref-32)
33. Derogado por el Decreto 2685 de 1999. [↑](#footnote-ref-33)
34. “*Declaración de importación. Deberá presentarse en los formularios oficiales que para el efecto determine la Dirección de Aduanas Nacionales o a través de medios magnéticos cuando ésta así lo autorice. En circunstancias excepcionales, la Dirección de Aduanas podrá autorizar la presentación de declaraciones utilizando formularios no oficiales o mediante formularios habilitados*”. [↑](#footnote-ref-34)
35. “*Contenido de la declaración de importación. La declaración de importación deberá contener, por lo menos, los siguientes datos: identificación y ubicación del importador y del declarante autorizado; modalidad de la importación; información del documento de transporte; descripción de la mercancía; subpartida arancelaria; cantidad; unidad; peso; valor; seguros y fletes; país de origen; así como la liquidación privada de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar y su forma de pago; el fundamento de la exención, el tratamiento preferencial, y la firma de quien deba suscribir la declaración. Lo anterior, sin perjuicio de la información adicional que solicite la Aduana para identificar la mercancía y verificar el cumplimiento de las normas aduaneras*”. [↑](#footnote-ref-35)
36. “*La importación de toda clase de bienes requiere registro ante la Superintendencia de Comercio Exterior y licencia expedida por esta misma entidad, cuando se trata de mercancías que no sean de importación libre. La comprobación de haber cumplido con estos requisitos es indispensable para la legalización del despacho de las mercancías correspondientes ante los Consulados de la República y para su nacionalización en las aduanas*”. [↑](#footnote-ref-36)
37. “*El Instituto Colombiano de Comercio Exterior sustituye a la Superintendencia de Comercio Exterior creada por el Decreto 1733 de 1964 y queda adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico*”. [↑](#footnote-ref-37)
38. “*[S]e considera contrabando la introducción al país de cualquiera otra mercancía sin previo registro o licencia de importación, según el caso*”. [↑](#footnote-ref-38)
39. “*En las solicitudes de registro o licencia de importación, como parte de la descripción de las mercancías deberá indicarse si se trata de mercancía usada, imperfecta, saldos de inventario, desperdicios o sobrantes, señalando la clase de imperfección, el año de referencia o de fabricación, el valor que tenía cuando nueva y el que pudiera corresponder normalmente si fuera mercancía de primera calidad o de temporada. (…)Tratándose de vehículos automóviles, tractores, ciclos y demás vehículos terrestres, constituyen saldo aquellos cuyo modelo sea anterior al año en que se radica la solicitud de importación*”. [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de junio de 2014, exp. 25738, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, exp. 27371, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-41)
42. El artículo 87 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, vigente para el momento de los hechos, definía la licencia de tránsito en los siguientes términos: “*La licencia de tránsito estará suscrita por la autoridad de tránsito ante la cual se presentó la solicitud, identificará el vehículo y será expedida luego de perfeccionado el registro en la oficina de tránsito correspondiente y contendrá los siguientes datos: 1. Características de identificación del vehículo. (…) Las características que identifican un vehículo son las siguientes: número de motor, número de chasís o serie, línea, clase (de vehículo), marca, modelo, tipo (de carrocería), color, clase de servicio y capacidad*”. [↑](#footnote-ref-42)
43. Derogado por la Resolución No. 4775 del 1° de octubre de 2009 del Ministerio de Transporte. [↑](#footnote-ref-43)
44. “*Contenido. La licencia de tránsito contendrá, como mínimo, los siguientes datos: (…) número de identificación vehicular (VIN)*”. [↑](#footnote-ref-44)
45. La norma ISO 3779 fue adoptada desde abril de 1983. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO 3779:1983. Road vehicles - vehicle identification number (VIN) - content and structure* [en línea]. <https://www.iso.org/standard/9305.html> [citado en 20 de septiembre de 2017]. [↑](#footnote-ref-45)
46. La norma ISO 3780 fue adoptada desde abril de 1983. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO 3780:1983. Road vehicles - world manufacturer identifier (WMI) code* [en línea]. <https://www.iso.org/standard/9306.html> [citado en 20 de septiembre de 2017]. [↑](#footnote-ref-46)
47. La norma ISO 4100 fue adoptada desde diciembre de 1980. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO 4100:1980. Road vehicles - world parts manufacturer identifier (WPMI) code* [en línea]. <https://www.iso.org/standard/9841.html> [citado en 20 de septiembre de 2017]. [↑](#footnote-ref-47)
48. La norma NTC 1501 define el WMI, así: “*Código de Identificación Mundial (WMI). Se refiere a la primera sección del número de identificación del vehículo (VIN), que designa al fabricante del mismo. El código se asigna al fabricante de un vehículo, con el fin de permitir la identificación de dicho fabricante, lo mismo que cuando dicho código se vaya a usar junto con las secciones restantes del VIN, este garantiza la originalidad del VIN para todos los vehículos que se fabriquen en el mundo por un periodo de 30 años*”. [↑](#footnote-ref-48)
49. El artículo segundo de la Resolución 5646 de 2009 define el VDS, así: “*Sección Descriptora del Vehículo (VDS). Identifica las características del vehículo, consta de seis caracteres alfabético o numérico*”. [↑](#footnote-ref-49)
50. El artículo segundo de la Resolución 5646 de 2009 define el VIS, así: “*Sección Indicadora del Vehículo (VIS). Hace alusión al año modelo, planta ensambladora y número de unidades producidas, consta de ocho caracteres los cuatro últimos deben ser numéricos*”. [↑](#footnote-ref-50)
51. Sobre la prohibición de importar vehículos de años anteriores, vigente al momento de los hechos, la Sala ha explicado que: “*[E]xistía en Colombia una restricción impuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena y desarrollada por el Incomex al amparo del Estatuto Aduanero, por virtud de la cual no resultaba legalmente posible tramitar la importación de vehículos y piezas de años anteriores –provenientes de países del Pacto Andino o fuera de él– toda vez que de acuerdo con las Circulares Externas SOI número 091 del 29 de diciembre de 1993 y 32 del 10 de mayo de 1995, expedidas por el Director General del extinto Incomex, (sustituido posteriormente por el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio Industria y Turismo), se determinó restringir la importación de toda clase de autopartes y repuestos usados, por manera que dichos bienes se encontraban sujetos al régimen de licencia previa, pero su importación no había sido autorizada por el Comité de Importaciones*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de julio de 2014, exp. 33831, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-51)
52. “*Asimismo, le envío la última comunicación a la fecha 12 de marzo, CBM-113, suscrita por el comandante del cuerpo de bomberos, en la cual se refiere a los faltantes*” (comunicación del interventor del 12 de marzo de 1999 –fl. 624, c. de pruebas 3–). [↑](#footnote-ref-52)
53. En la comunicación del 24 de febrero de 1999 (fl. 620 y 621, c. de pruebas 3) se indicó que hacía falta un tubo de succión, pero en la comunicación del 27 de mayo de 1999 –antes de culminar la vía gubernativa– se informó que ese elemento fue entregado por la contratista y recibido a satisfacción por el contratante (fls. 486 a 488, c. de pruebas 1). [↑](#footnote-ref-53)
54. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, exp. 24715, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-54)
55. Corte Constitucional, sentencia C-449 del 9 de julio de 1992, exp. D-033, M.P. Alejandro Martínez Caballero. [↑](#footnote-ref-55)
56. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2016, exp. 30312, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-56)
57. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 25642, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-57)
58. “*Del principio de transparencia. En virtud de este principio: (…) 5°. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: (…) b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso*”. [↑](#footnote-ref-58)
59. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 33126, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-59)
60. “*Del principio de economía. En virtud de este principio: (…) 15. (…) La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos*”. [↑](#footnote-ref-60)
61. En punto a los criterios que deben cumplir las propuestas, la Sala precisó: “*[A] través de su oferta, cada interesado en contratar con las entidades estatales, en cuanto considere que reúne los requisitos y las condiciones exigidas para cada caso, por lo general atiende la convocatoria o la invitación que formulan dichas entidades para participar en los respectivos procedimientos administrativos de selección contractual, propósito para cuyo efecto a cada uno de tales interesados le corresponde estudiar previamente el sentido, alcance y características del contrato que se pretende celebrar, así como debe estructurar su propuesta con arreglo a las formalidades y exigencias que determinen las normas vigentes y el pliego de condiciones, de tal manera que se satisfagan plenamente las tres (3) categorías en las cuales suelen clasificarse o agruparse los requisitos de orden jurídico, a saber: a).- subjetivos, relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad; b).- objetivos, concernientes al contenido de la oferta, sus características y alcance, y c).- formales, relativos a la información, documentación, instrumentación y trámite de la oferta*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 24059, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-61)
62. El artículo 2 de la Ley 322 de 1996 prevé: “*La prevención y control de incendios y demás calamidades conexas a cargo de las instituciones bomberiles, es un servicio público esencial a cargo del Estado*”. [↑](#footnote-ref-62)
63. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de julio de 2014, exp. 33831, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-63)
64. Si bien en la oferta de la contratista no se incluyó la llanta de repuesto para la unidad de rescate, lo cierto es que esa sí fue exigida en el pliego de condiciones, por lo que se entiende debió entregarla al municipio. [↑](#footnote-ref-64)
65. “*Asuntos que comprende. Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo [proceso verbal sumario], los siguientes asuntos: // Parágrafo 1.-En consideración a su naturaleza: (…) 8. Los casos que contemplan los artículo 913, 914, 918, 931, 940 primer inciso, 1231, 1469 y 2026 a 2032 del Código de Comercio*”. [↑](#footnote-ref-65)
66. “*Si la venta se hace ‘sobre muestras’ o sobre determinada calidad conocida en el comercio o determinada en el contrato, estará sujeta a condición resolutoria si la cosa no se conforma a dicha muestra o calidad. // En caso de que el comprador se niegue a recibirla, alegando no ser conforme a la muestra o a la calidad determinada, la controversia se someterá a la decisión de expertos, quienes dictaminarán si la cosa es o no de recibo. Si los peritos dictaminan afirmativamente, el comprador no podrá negarse a recibir la cosa y, en caso contrario, el comprador tendrá derecho a la devolución de lo que haya pagado y a la indemnización de perjuicios*”. [↑](#footnote-ref-66)
67. “*Salvo prueba en contrario, se presumirá que el comprador quiere adquirir la cosa sana, completa y libre de gravámenes, desmembraciones y limitaciones del dominio. // Si el comprador, dentro de los cuatro días siguientes a la entrega o dentro del plazo estipulado en el contrato, alega que la cosa presenta defectos de calidad o cantidad, la controversia se someterá a la decisión de peritos; éstos dictaminarán sobre si los defectos de la cosa afectan notablemente su calidad o la hacen desmerecer en forma tal que no sea de recibo o lo sea a un precio inferior. En este caso, el comprador tendrá derecho a la devolución del precio que haya pagado y el vendedor se hará de nuevo cargo de la cosa, sin perjuicio de la indemnización a que esté obligado por el incumplimiento. El juez, por procedimiento verbal proveerá sobre estos extremos. // Pero si el comprador lo quiere, podrá perseverar en el contrato al precio fijado por los peritos*”. [↑](#footnote-ref-67)
68. “*Entregadas las mercaderías vendidas, el comprador no será oído sobre defectos de calidad o faltas de cantidad toda vez que las haya examinado al tiempo de la entrega y recibido sin previa protesta. // El vendedor tendrá derecho a exigir del comprador el inmediato reconocimiento o el recibo que acredite la entrega de la cosa a satisfacción, y si el comprador no hace reserva de su facultad de protestar o de examinar posteriormente la cosa, se estará a lo dispuesto en el inciso primero de este artículo*”. [↑](#footnote-ref-68)
69. “*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*”. [↑](#footnote-ref-69)
70. “*Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. // Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. // Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte*”. [↑](#footnote-ref-70)
71. No cabe duda que la cláusula penal introdujo una tasación anticipada de perjuicios por incumplimiento del contrato, la cual se acordó en forma bilateral para cualquiera de las partes que incumpliera, por el monto equivalente al diez por ciento del valor del contrato, así se desprende de la cláusula décima del contrato: “*[S]in perjuicio de lo dispuesto en las cláusulas anteriores cualquiera de las partes podrá imponer en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento, como pena una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato*” (fl. 40, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-71)
72. Sobre las facetas de la cláusula penal pecuniaria, la Sala advirtió que: “*[N]o se limita a una función reparatoria, sino que dependiendo de su pacto y de la elección del acreedor frente a su exigibilidad (…) puede tener diferentes facetas, a saber: (i) de apremio o moratoria, exigible por el simple retardo; (ii) reparatoria o indemnizatoria, como estimación anticipada de perjuicios y (iii) punitiva, en tanto lo es a título de sanción coercitiva*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de julio de 2015, exp. 29429, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-72)
73. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17009, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-73)
74. Se refiera a: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 septiembre de 1999, exp. 10264, C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-74)
75. En punto a la carga de demostrar esta causal de anulación, la Sala advirtió que corresponde: “*[A]l actor, que demandó la declaratoria de nulidad de los actos, la carga de probar ante la instancia judicial, la existencia de vicios que afectaban la decisión administrativa; en el caso concreto, la no ocurrencia del siniestro o la no determinación o determinación en exceso del valor del perjuicio que se hizo efectivo como consecuencia de la declaratoria del mismo. // Tratándose de una entidad estatal, y estando claro que ella es quien declara el siniestro, en las condiciones establecidas en el artículo 1077 del Código de Comercio, le corresponde a la compañía aseguradora discutir estos aspectos, para lo cual puede acudir en primer lugar a la vía gubernativa y, luego, de ser necesario, ante la instancia judicial, en procura de desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo, esto es, debe demostrar que el siniestro no existe, que el monto del perjuicio no fue determinado por la Administración o que a pesar de haber sido declarado, su monto es inferior*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. [↑](#footnote-ref-75)