**PÓLIZA DE SEGURO - Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, siendo en este caso una de las partes del convenio en cuyo seno se suscitó la controversia una entidad de naturaleza estatal, la cual además fungió como beneficiaria de la póliza de seguro que declaró exigible en los actos acusados, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del asunto que se debate en este proceso.

ACTO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO - Nulidad - Amparos de cumplimiento - Calidad de la garantía única de cumplimiento - Procedencia de la acción contractual

La Sala advierte que la acción impetrada – en forma correcta- fue la contractual, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que la controversia se refiere a la pretendida nulidad de los actos que declararon el incumplimiento del convenio y ordenaron hacer efectivos los amparos de cumplimiento y calidad de la garantía única de cumplimiento otorgados por la compañía aseguradora, ahora demandante. Por ello, en el presente caso la caducidad no se determina por las reglas de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo pretendió el curador *ad litem* que representó a la Corporación Civitas Dei, llamada como litisconsorte en el presente proceso.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** **- Caducidad de la acción**

La acción impetrada frente a las disputas entre las partes de este proceso fue la del artículo 87 del C.C.A. y, por tanto, su correspondiente término de caducidad era el regulado en el artículo 136, numeral 10, ibídem, el cual aplica para conocer de la demanda de los actos administrativos expedidos dentro del marco contractual correspondiente, como ocurrió en el presente litigio. Como consecuencia, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad de la acción en el presente caso corrió por el lapso de dos años, contados desde la ejecutoria de los actos acusados. En forma concreta, la no ocurrencia de la caducidad se verifica con fundamento en la aplicación del numeral 10 citado…Se tiene en cuenta que la Resolución 020 de 5 de noviembre de 2004, modificada y confirmada mediante Resolución 025 de 16 de diciembre de 2004, quedaron en firme con la ejecutoria ocurrida el 20 de enero de 2005, fecha en la que se desfijó el edicto correspondiente, como consecuencia de lo cual se tiene probado que a partir de esa fecha comenzó a correr el término de la caducidad de la acción contractual para el presente caso. Así las cosas, la demanda se presentó en forma oportuna el 6 de abril de 2005, toda vez que la caducidad de la acción contractual con respecto a los actos acusados operaba por el transcurso de dos años, lapso que vencía el 21 de enero de 2007. Finalmente, se hace constar que los actos acusados no contienen una liquidación unilateral del convenio y que por ello no procede acudir al cómputo de la caducidad de la acción a partir del vencimiento del término previsto para la liquidación, al cual se refería el literal d) del numeral 10 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, en ese supuesto, con mayor razón no habría lugar a la caducidad de la acción puesto que el plazo para demandar resultaría más amplio, en el evento de empezar a contar el término a partir del previsto para la liquidación del contrato. Se observa que de conformidad con la cláusula vigésima primera del convenio 1005-05-137-01, el mismo debía liquidarse dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización.

**CONVENIO - Celebrado por fiduciaria la previsora s.a. como representante del fondo nacional de calamidades - Régimen jurídico**

Constituye un asunto previo para estudiar el recurso de apelación que en este caso ocupa la atención de la Sala, precisar cuál era el régimen aplicable al convenio de cooperación y cofinanciación celebrado por Fiduciaria La Previsora S.A., en representación del Fondo Nacional de Calamidades, con apoyo en los recursos que le aportó el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres (Red de Solidaridad Social), convenio que fue afianzado por la compañía aseguradora, ahora demandante. El referido convenio fue celebrado para atender el “*fenómeno social del desplazamiento masivo de la población”*, mediante el restablecimiento de 184 familias en el casco urbano del municipio de Chigorodó, a través de la vinculación de mano de obra para el adecuado desarrollo del cultivo de arroz que sería dirigido por la Corporación Civitas Dei, de acuerdo con el documento contentivo del proyecto presentado por la referida contratista, el cual hizo parte integral del citado convenio…Como consecuencia, se establece que el régimen contractual aplicable para el convenio afianzado a que se refiere el presente litigio y, por tanto, para tasación de los perjuicios y la exigibilidad de las pólizas de seguros que son materia del debate, es el del derecho privado.

**PÓLIZA DE SEGURO - Mérito ejecutivo - Derecho privado**

Se pone de presente que en el derecho privado la fuerza ejecutiva de la póliza de seguros se logra a través de la reclamación, realizada en los términos de los artículos 1053, 1077 y 1080 Código de Comercio…En el caso de que la reclamación sea objetada, el beneficiario tendrá que acudir al juez del contrato. Es útil anotar que en el convenio de cooperación y cofinanciación 1005-05-137-01 la garantía única de cumplimiento no era obligatoria, toda vez que no aplicaba la Ley 80 de 1993, no obstante lo cual, por voluntad de las partes se acordó que la contratista debía presentar una póliza de seguro en los términos de la referida Ley 80 de 1993, lo cual se cumplió con la expedición de la Póliza 013302137 otorgada por Seguros del Estado S.A. Se observa que de acuerdo con el convenio de cooperación y cofinanciación 1005-05-137-01, la póliza de seguro fue extendida…Por otra parte, se destaca que de conformidad con la póliza 013302137 que obra en el plenario, el monto del valor asegurado por el amparo de cumplimiento se limitó a la suma de $471’440.150 y el monto amparado por calidad del servicio se limitó, igualmente, a la suma de $471’440.150. Como se ha dicho, a la luz del derecho privado, los amparos pueden exigirse mediante la reclamación, aparejada de los comprobantes que demuestran las condiciones de exigibilidad de la póliza – aun extrajudicialmente- de conformidad con los artículos 1053, 1077 y 1080 del Código de Comercio.

**FALLO EXTRA PETITA - Análisis**

En primer lugar, se considera que la sentencia de primera instancia no se apartó de las pretensiones, ni de lo debatido y probado en el proceso, toda vez que el fallo del Tribunal *a quo* contiene una declaración de nulidad parcial de las resoluciones acusadas, la cual se produjo dentro del marco de la pretensión de nulidad integral de los respectivos actos. Es decir, que no se configuró una sentencia por fuera de las pretensiones de la demanda. En segundo lugar, tampoco se constituyó el fallo *extra petita* por razón de la incorporación de razonamientos distintos de los que esgrimió la demandante para apoyar las pretensiones de nulidad, habida cuenta de que, en los términos del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, la congruencia de la sentencia se exige en relación con lo pretendido y debatido en el proceso. Se advierte que -aunque la sentencia debe ser motivada, entre otros aspectos, considerando los argumentos de las partes- no se impone al juez la obligación de identificarse con los razonamientos presentados por una u otra parte, toda vez que, como lo indica la norma citada, le compete al juez definir la ley aplicable en orden a apoyar la decisión, de manera que, con base en ella, puede fundar sus consideraciones en argumentos no expuestos por las partes. Así las cosas, el Juez del contrato puede traer a colación los análisis sobre el alcance de las normas legales pertinentes, aunque no hayan sido planteados por las partes, siempre y cuando, como regla general, sus consideraciones se desplieguen en el marco de las pretensiones del proceso y con base en el acervo probatorio debatido en el mismo. Por consiguiente, al declarar la nulidad de los apartes referidos a las cifras, con base en el argumento de la falta de competencia para fijar los perjuicios derivados del incumplimiento, el Tribunal *a quo* no incurrió en un evento de fallo *extra petita*, toda vez que la compañía aseguradora demandante sí cuestionó en la demanda el valor del perjuicio y cuantificó el concepto del violación de la ley por falsa motivación de los actos acusados, aunque no se hubiera referido a ese mismo asunto bajo el criterio de la *“falta de competencia”*, como lo consideró aplicable el Tribunal *a quo*.

**FIDUCIARIA - Competencia - Sustitución del juez del contrato - Fijación del perjuicio - Procedencia**

Advierte la Sala, que Fiduciaria la Previsora S.A. sí tenía potestad de dictar actos administrativos, en desarrollo de la función pública que le había sido atribuida por la ley para administrar los recursos del Fondo Nacional de Calamidades, empero carecía de competencia para sustituir al juez del contrato en la fijación del perjuicio, toda vez que en el contrato se rigió por el derecho privado y, en ese ámbito, le correspondía disponer que se adelantara el trámite de la reclamación de la póliza de seguro por la vía extrajudicial y, solo en caso de no objeción por parte de la compañía aseguradora, obtendría el mérito del título ejecutivo de la póliza referido en el artículo 1053 del Código de Comercio. Agrega la Sala que, ni aún en el marco de las funciones fiduciarias legalmente asignadas, se puede entender que Fiduciaria la Previsora S.A. estaba dotada del privilegio de lo previo para definir el monto del perjuicio mediante un acto administrativo con presunción de legalidad, por cuanto, ni la ley ni el régimen del contrato se lo permitían. Se hace notar, además, que en los actos ahora acusados esa entidad reconoció y dispuso que se haría efectiva la póliza de seguro a través del procedimiento de la reclamación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación numero: 05001-23-31-000-2005-07064-02(50254**)

**Actor: SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

**Demandado: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A**.

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Temas:** FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES – legitimación pasiva de Fiduciaria La Previsora S.A. - Régimen de contratación por el derecho privado – PÓLIZA DE SEGURO EN EL REGIMEN DEL DERECHO PRIVADO – La entidad contratante no tiene competencia para tasar el perjuicio

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, el 22 de octubre de 2012, mediante la cual se dispuso:

*“****PRIMERO: DECLARAR*** *que no prospera la excepción de caducidad propuesta por el curador ad litem de la Corporación Civitas Dei.*

*”****SEGUNDO****:* ***DECLARAR*** *que no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la Fiduciaria La Previsora S.A.*

*“****TERCERO****:* ***DECLARAR*** *la nulidad parcial de las resoluciones No. 020 de 2004 y 025 de 2004, proferidas por la Fiduciaria La Previsora .S.A. anulando las expresiones que se relacionan a continuación:*

* *“En el artículo primero de la Resolución No. 020 de 2004 la expresión ‘por valor de $1.885’760.600’ y,*
* *“En el artículo primero de la Resolución No. 025 de 2004 la expresión ‘lo que ocasionó perjuicios a la Parte Contratante: FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES, equivalentes a la suma de $1.409’573.800,00 discriminados así: $576’186.800,00 en razón al incumplimiento parcial y $933’387.000,00 en razón a la falta de calidad del servicio de acuerdo a lo explicado en la parte motiva de esta resolución’.*

*“En las demás partes DECLARAR que las resoluciones No. 020 de 2004 y 025 de 2004, proferidas por la Fiduciaria La Previsora S.A. se encuentran ajustadas a derecho.*

*“****CUARTO****: NEGAR las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

*“****QUINTO****: A título de restablecimiento del derecho se declara que la sociedad demandante no está obligada al pago de la suma de mil cuatrocientos nueve millones quinientos setenta y tres mil ochocientos pesos ($1.409’573.800,00) fijada en el acto acusado por concepto de perjuicios.*

*“****SEXTO****: Sin condena en costas.*

*“****SÉPTIMO****: En firme la providencia archívese el expediente”.*

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 6 de abril de 2005, Seguros del Estado S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, obrando con fundamento en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra Fiduciaria La Previsora S.A.:

*“****I****. Que son nulas las resoluciones No. 20 de 2004 y No. 25 del mismo año, la primera que declaró el incumplimiento del convenio de cooperación y cofinanciación No. 1005-05-137-01, la ocurrencia de los siniestros amparados con la póliza única de garantía No. 013302137 expedida por Seguros del Estado S.A., y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y, la segunda, que confirmó la primera al resolver el recurso de reposición, ambas expedidas por la Fiduciaria La Previsora S.A.*

*”****II.*** *Condénese a La Fiduciaria La Previsora S.A., a reembolsar la suma de novecientos cuarenta y dos millones ochocientos ochenta mil trescientos pesos ($942’880.300), más indexación e intereses, en favor de la compañía ‘Seguros del Estado S.A.’, en razón a que la primera hizo efectiva la póliza única de seguro de cumplimiento a su favor, la mencionada con el número 013302137, por medio de la resolución No. 20 de 5 de noviembre de 2004, confirmada con la 25 del mismo año.*

*“****III.*** *Condénase en costas a la Fiduciaria La Previsora con base en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el D.E. 2282/89, artículo 10, numeral 198, Condena en Costas”[[1]](#footnote-1).*

**2. Los hechos**

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

**2.1**. El primero de octubre de 2001 se celebró el convenio 1005-05-137-01, entre el Fondo Nacional de Calamidades, representado en ese acto por Fiduciaria La Previsora S.A., y la Corporación Civitas Dei, con el propósito de prestar cooperación y cofinanciación en el proyecto denominado *“Restablecimiento de 184 familias del Urabá Antioqueño”*.

**2.2**. Con fecha 11 de octubre de 2004, la oficina asesora de planeación de la Presidencia de la República consideró que el convenio se había incumplido, generando perjuicios equivalentes al valor del proyecto.

**2.3.** Fiduciaria La Previsora S.A., obrando en nombre y representación del Fondo Nacional de Calamidades, mediante Resolución No. 20 de 5 de noviembre de 2004, declaró el incumplimiento total del convenio, la exigibilidad de la cláusula penal y la ocurrencia de los siniestros amparados con la póliza única de garantía 013302137 expedida por Seguros del Estado S.A., decisión que fue confirmada, con modificaciones parciales, a través de la Resolución 25 de 16 de diciembre 2004.

En esta última se declaró el incumplimiento parcial del convenio, se determinaron los montos de los perjuicios -discriminados por incumplimiento y por falta de calidad del servicio- y se confirmó la decisión de declarar la ocurrencia de los siniestros correspondientes, especificando que en consecuencia se hacía efectiva la póliza de seguros No. 013302137 de la Compañía de Seguros del estado S,A, *“por el total de los montos asegurados en los amparos de cumplimiento y de calidad del servicio, a través de la presentación de la reclamación ante la mencionada compañía de seguros y/o sociedad aseguradora”[[2]](#footnote-2).*

**3. Concepto de violación**

La parte actora invocó como normas violadas, las siguientes: el artículo 29 de la Constitución Política; el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo; el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1077 del Código de Comercio.

Reseñó la violación al debido proceso, por la falta de competencia de la Administración, teniendo en cuenta la cláusula compromisoria prevista en el artículo décimo tercero del convenio y, de otra parte, por el desconocimiento de la cláusula penal que se encontraba pactada en forma anticipada como valor de la sanción en caso de incumplimiento.

Igualmente se apoyó en que, a su juicio, se había cometido una transgresión del artículo 61 de la Ley 80 de 1993, toda vez que para establecer el perjuicio debió realizarse primero la liquidación del convenio, la cual debió adelantarse en forma previa y no en el mismo acto en que se declaró la ocurrencia de los siniestros.

Agregó que en la Resolución 25 de 2004 la Administración invocó el siniestro por incumplimiento y el de calidad del servicio, no obstante lo cual no se acreditó el hecho dañino y puntualizó que tampoco se demostró el perjuicio generado por la supuesta ocurrencia del siniestro invocado en relación con la falta de calidad.

Igualmente, expuso que no se dio cumplimiento al artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que las resoluciones no se expidieron con base en las “*pruebas e informes*” requeridos por la citada disposición como fundamento necesario de la adopción de las decisiones correspondientes.

Como consecuencia de las violaciones antes citadas, según la demandante, las resoluciones acusadas están viciadas de nulidad.

Se refirió, por último, a la falsa motivación, toda vez que los desembolsos de recursos y la certificación 0PS-1394 de octubre de 2004, relacionada con el cumplimiento del convenio, demuestran que se autorizó el segundo desembolso por encontrarse cumplido el 40% del total de la ejecución, razón por la cual era improcedente declarar el incumplimiento total del convenio.

En relación con el siniestro por calidad del servicio, reafirmó que la motivación resultó insuficiente, toda vez que en la resolución 025 de 2004 se expresó tan solo que de *“un contrato que se cumple a medias”* se concluye la *“mala calidad en la ejecución del servicio”.* Además, advirtió que nose sustentó la cuantía correspondiente al supuesto siniestro de calidad.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca remitió el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia, en consideración a la competencia por razón del territorio, de acuerdo con lo que se resolvió en auto de 9 de junio de 2005.

**4.2.** El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda mediante auto de 13 de marzo de 2006, mismo en el cual denegó la solicitud de suspensión provisional de las resoluciones acusadas.

**4.3.** En trámite de apelación ante el Consejo de Estado, mediante auto de 11 de octubre de 2006[[3]](#footnote-3), se confirmó el auto de 13 de marzo de 2006.

**4.4.** En el auto admisorio de la demanda se ordenó la citación de la Corporación Civitas Dei, en calidad de litis consorte necesario. No habiendo sido posible llevar a cabo la notificación personal, se surtió el edicto emplazatorio. Como consecuencia, el Tribunal a quo designó y posesionó el curador *ad litem* para representar a la referida Corporación[[4]](#footnote-4).

**4.5.** El proceso se abrió a pruebas mediante auto de 10 de octubre de 2007.

**4.6. Contestación de la demanda**

En la contestación de la demanda, Fiduciaria La Previsora S.A. se opuso a todas las pretensiones. Observó que el incumplimiento del convenio de cooperación y cofinanciación 1005-05-137-01 en efecto sucedió, pero en forma parcial. Por otra parte, afirmó que no podía entablarse la demanda contra Fiduciaria La Previsora S.A.

La demandada invocó las siguientes **excepciones**:

**i)** Falta de legitimación en la causa por pasiva.

**ii)** Improcedencia de la solicitud de reembolso por cuanto la compañía aseguradora jamás efectuó pago alguno.

**iii)** Indebida acumulación de las pretensiones de indexación e intereses, toda vez que no hay lugar a la reclamación y, además, no existe suma alguna que deba ser reembolsada.

**iv)** inexistencia de violación al debido proceso, toda vez que la cláusula compromisoria no privó de competencia a la entidad estatal para expedir los actos administrativos acusados.

La demandada puntualizó que los actos acusados hacían las veces de reclamación del siniestro en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio y que se expidieron de conformidad con la póliza de seguros otorgada, toda vez que en ella se pactó que se entendería *“causado el siniestro (…) con el acto administrativo que imponga al contratista las multas y cláusula penal estipuladas en el contrato”.*

El curador *ad litem* de la Corporación Civitas Dei se opuso a todas las pretensiones de la demanda y presentó la excepción de caducidad de la acción[[5]](#footnote-5).

**5. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, profirió sentencia el 22 de octubre de 2012, en la cual, después de considerar que la demanda se presentó en forma oportuna por tratarse de una acción contractual, desató el problema jurídico planteado en la litis, en el sentido de declarar la nulidad de las Resoluciones 20 y 25 de 2004, *“en cuanto se tasaron los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato”.*

Como consecuencia, la sentencia de primera instancia decidió anularlos actos acusados, pero solo en relación con las expresiones que se refirieron a la cuantificación de los perjuicios por el incumplimiento del contrato, es decir, que se anularon los apartes contentivos de las cifras referidas en el artículo primero de cada uno de los actos acusados, de acuerdo con lo que puede observarse en la parte resolutiva de la sentencia ya transcrita al inicio de esta providencia.

En lo demás, el Tribunal *a quo* consideró que las resoluciones se encontraban ajustadas a la ley y denegó las otras pretensiones de la demanda.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

**Excepción de Cláusula Compromisoria y competencia para declarar el siniestro por incumplimiento**. El Tribunal *a quo* advirtió que la referida cláusula contractual no implicaba restricción legal para emitir el acto de la declaratoria de incumplimiento del contrato.

Al desatar este mismo punto, el Tribunal *a quo* se pronunció, también, acerca de la competencia de la Administración para expedir las resoluciones acusadas, con apoyo en las consideraciones del siguiente orden:

Estimó aplicable la tesis “*expuesta por el Dr Hoyos Duque”*[[6]](#footnote-6), acerca de la legalidad del acto mediante el cual se declaró la ocurrencia del siniestro, aun habiéndose expedido la Ley 80 de 1993 en la cual no se contempló de manera expresa la potestad de declarar el incumplimiento del contrato.

El Tribunal *a quo* dio validez a las cláusulas del convenio de cooperación y cofinanciación 1005-05-137-01 en las cuales se acordó que, en caso de retardo, la Corporación Civitas Dei pagaría a título de pena pecuniaria el 20% del valor aportado por el Fondo Nacional de Calamidades. Igualmente advirtió que de acuerdo con la cláusula décima segunda del mismo convenio, Fiduciaria La Previsora S.A., en nombre y representación del Fondo de Calamidades, se encontraba facultada para proferir las resoluciones que fueron objeto de la demanda en el presente proceso.

**Competencia para fijar perjuicios**.No obstante lo anterior, observó el Tribunal *a quo* que ni la ley ni el contrato facultaban a la Administración para *“decidir unilateralmente en el acto declarativo de incumplimiento las sumas que adeuda el contratista por concepto de perjuicios”*[[7]](#footnote-7).

Por tanto, concluyó que Fiduciaria La Previsora S.A., obrando en nombre y representación del Fondo de Calamidades, se extralimitó en lo que se refirió a la tasación del valor del perjuicio, el cual se había fijado en los actos acusados, en dos montos separados, por incumplimiento y por calidad.

**Prueba de la ocurrencia del siniestro**.El Tribunal *a quo* estimó la insuficiencia en la carga de la prueba que se encontraba a cargo de la compañía aseguradora, ahora demandante, en orden a liberarse de la obligación de cubrir el siniestro. Por ello, no accedió a declarar la nulidad de las decisiones en relación con la declaración del incumplimiento y del siniestro correspondiente, de conformidad con la distribución de la carga de la prueba derivada del artículo 1077 del Código de Comercio, sobre lo cual concluyó:

*“(…) la mala calidad en la ejecución del contrato se deriva precisamente del incumplimiento del mismo, toda vez que, el objeto del convenio era el restablecimiento de 184 familias del Urabá Antioqueño, y las actividades ejecutadas por la Corporación Civitas Dei no finalizaron con el restablecimiento de ninguna de las familias y tal como se deriva de la lectura de ambos actos administrativos, estos cuentan con soporte fáctico y probatorio que soportan las decisiones tomadas, reiterando que la demandante ni en sede administrativa ni en sede judicial desvirtuó los hechos que dieron lugar a la expedición de los actos demandados”[[8]](#footnote-8).*

Finalmente, acerca de la **pretensión sobre la nulidad del reembolso ordenado a la Corporación Civitas Dei**,el Tribunal *a quo* la denegó por considerar que no se aportó ningún elemento probatorio para demostrar que la compañía aseguradora había realizado el pago de la suma correspondiente.

**6. El recurso de apelación**

Fiduciaria La Previsora S.A., obrando como parte demandada, impugnó la sentencia de primera instancia, el 13 de diciembre de 2012, y en el mismo escrito sustentó su recurso.

Manifestó su inconformidad con fundamento en tres motivos:

**i)** **El fallo del Tribunal es *extra petita***. La apelante observó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada, pese a lo cual, en este caso, el Tribunal *a quo* impuso la condena apoyado en hechos y argumentos que no fueron debatidos en el plenario, los cuales eran diferentes a los expuestos en su oportunidad por la demandante, en el libelo introductorio del proceso.

Además, afirmó que los cargos que sí fueron presentados en la demanda, una vez analizados, no prosperaron.

Destacó las contradicciones de la sentencia, las cuales hizo consistir en que en las consideraciones de la providencia se indicó que la demandante no cumplió con la carga de probar en contra de lo decidido en las resoluciones acusadas, empero se declararon nulos –parcialmente- los actos con sustento en que la parte ahora demandada no podía cuantificar los perjuicios.

En las conclusiones de su recurso de apelación, Fiduciaria La Previsora S.A. afirmó que el Tribunal *a quo* desconoció el principio de la congruencia, por cuanto la declaratoria de nulidad de las resoluciones acusadas se fundamentó en una causa diferente a la expresada en la demanda, como fue la falta de competencia para liquidar los perjuicios.

**ii)** **Competencia para liquidar los perjuicios**. Fiduciaria La Previsora S.A. destacó que en todo caso sí contaba con competencia para liquidar el perjuicio, toda vez que, a su juicio, los numerales 4 y 5 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo se referían al acto administrativo que integraba el título ejecutivo y, como consecuencia, esa norma suponía, entonces, la facultad de expedir un acto que “*contenga la obligación*”.

Por ello, argumentó la fiduciaria apelante que la referida disposición del Código Contencioso Administrativo “*tiene que conllevar la potestad de liquidar el perjuicio”,* correspondiente al valor por el cual se tiene el derecho a hacer efectiva la garantía única de cumplimiento.

Agregó que de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio, en materia de seguros, solo existe una reclamación cuando se demuestre la ocurrencia del siniestro y *se determine su cuantía*. Por ello, observó la demandada – ahora obrando como parte apelante- que en el presente caso no se podía desconocer su derecho, como beneficiaria del seguro, a indicar la cuantía del siniestro o el perjuicio correspondiente, en la respectiva reclamación, la cual, de acuerdo con la ley comercial, logra mérito ejecutivo contra la compañía aseguradora, por el valor de los siniestros amparados en la respectiva póliza de seguro.

**iii)** **Inadecuada interpretación de la jurisprudencia**. La apelante reseñó que de acuerdo con el artículo 1600 del Código Civil existen dos tipos de cláusula penal: indemnizatoria y sancionatoria. Explicó que en el convenio sub judice se pactó una cláusula penal de naturaleza sancionatoria, toda vez que se estableció el 20% del valor del contrato a título de pena, *“sin perjuicio de exigir el cumplimiento y las demás indemnizaciones a que haya lugar”[[9]](#footnote-9).*

La apelante reseñó que la jurisprudencia aplicada en la sentencia de primera instancia no era pertinente para el caso concreto, toda vez que esa providencia se había proferido respecto de la aprobación de un acuerdo conciliatorio, además de que – según afirmó- en el asunto que se ventiló en el fallo invocado[[10]](#footnote-10), la cláusula penal era naturaleza indemnizatoria.

Con base en ello expuso que la sentencia no tuvo en cuenta que Fiduciaria La Previsora S.A. podía conjuntamente hacer efectivo el pago de la cláusula penal y adicionalmente reclamar los perjuicios que le habían sido irrogados sin que a estos últimos debiera sustraérseles el valor de la pena.

**7. Alegatos en segunda instancia**

En la oportunidad para alegar, Fiduciaria La Previsora S.A., obrando como apelante, reiteró los motivos expuestos en su recurso de apelación.

Puntualizó que de acuerdo con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil no podía condenarse al demandado por causa diferente a la invocada en la demanda. Reiteró que, en este caso, el Tribunal *a quo* desconoció el principio de congruencia, al tener como causa de la nulidad un hecho diferente de aquellos que fueron invocados en la demanda, en concreto, se refirió a la supuesta falta de competencia de la entidad contratante para cuantificar el perjuicio.

Reafirmó los argumentos y conclusiones del recurso de apelación y agregó que los vicios que se imputaron a los actos acusados son inexistentes.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en la segunda instancia.

**8. Otras actuaciones procesales**

En atención al exhorto del Tribunal Administrativo de Antioquia, por secretaría se expidió certificación A-2016-005-C de 31 de marzo de 2016, acerca del estado del presente proceso, con destino al expediente en el cual se ventila la acción ejecutiva que adelanta el Fondo Nacional de Calamidades – Fiduciaria La Previsora S.A. contra Seguros del Estado S.A., en proceso radicado ante ese Tribunal con el número 05000123310002009 -01518[[11]](#footnote-11).

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas:

**1)** Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado.

**2)** Caducidad de la acción contractual.

**3)** Legitimación pasiva de Fiduciaria La Previsora S.A.

**4)** Régimen jurídico del convenio celebrado por Fiduciaria La Previsora S.A., obrando como representante del Fondo Nacional de Calamidades.

**5)** Cláusula penal pactada en el convenio afianzado.

**6)** Mérito ejecutivo de la póliza de seguro de cumplimiento en el contrato que se rige por el derecho privado.

**7)** Alcance de la apelación.

**8)** Delimitación del problema jurídico que se resolverá.

**9)** El caso concreto.

**10)** Costas.

**1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado**

**1.1. Jurisdicción Competente**

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993[[12]](#footnote-12), en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo[[13]](#footnote-13), siendo en este caso una de las partes del convenio en cuyo seno se suscitó la controversia una entidad de naturaleza estatal[[14]](#footnote-14), la cual además fungió como beneficiaria de la póliza de seguro que declaró exigible en los actos acusados, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del asunto que se debate en este proceso.

**1.2. Cuantía**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la cuantía del litigio se estimó por la parte demandante en $942’880.300, valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V ($381.500 x 500 = $190’750.000)[[15]](#footnote-15), exigida de conformidad con el artículo 3º de la Ley 1395 de 2010, para que un proceso tenga vocación de doble instancia, tal como se hizo constar en el auto mediante el cual se admitió el recurso de apelación[[16]](#footnote-16).

**1.3. Cláusula Compromisoria**

La Sala considera que no procede la aplicación de la cláusula compromisoria, pero por razones distintas de las que invocó el *Tribunal a quo*.

Se advierte que la cláusula décima tercera del contrato sometió las diferencias “entre las partes”, a los medios alternativos de solución de conflictos previstos en el convenio 1005-05-137-01[[17]](#footnote-17) y que en el presente proceso la controversia se enmarca entre la compañía de seguros y la Fiduciaria La Previsora S.A., por razón de las diferencias en los perjuicios por incumplimiento y calidad de servicio amparados en la póliza de seguro 13302137. Es decir, en este proceso no se ventila una diferencia entre las partes del contrato.

Por tal razón, la Sala estima que el Tribunal a quo obró correctamente al asumir competencia para resolver el litigio y que no procede anular lo actuado por razón de la existencia de la referida cláusula.

**2. Caducidad de la acción contractual**

La Sala advierte que la acción impetrada – en forma correcta- fue la contractual, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que la controversia se refiere a la pretendida nulidad de los actos que declararon el incumplimiento del convenio y ordenaron hacer efectivos los amparos de cumplimiento y calidad de la garantía única de cumplimiento otorgados por la compañía aseguradora, ahora demandante.

Por ello, en el presente caso la caducidad no se determina por las reglas de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo pretendió el curador *ad litem* que representó a la Corporación Civitas Dei, llamada como litisconsorte en el presente proceso.

Así las cosas, la acción impetrada frente a las disputas entre las partes de este proceso fue la del artículo 87 del C.C.A.[[18]](#footnote-18) y, por tanto, su correspondiente término de caducidad era el regulado en el artículo 136, numeral 10, ibídem, el cual aplica para conocer de la demanda de los actos administrativos expedidos dentro del marco contractual correspondiente, como ocurrió en el presente litigio.

Como consecuencia, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad de la acción en el presente caso corrió por el lapso de dos años, contados desde la ejecutoria de los actos acusados.

En forma concreta, la no ocurrencia de la caducidad se verifica con fundamento en la aplicación del numeral 10 citado, el cual disponía:

“10*. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”.*

Se tiene en cuenta que la Resolución 020 de 5 de noviembre de 2004, modificada y confirmada mediante Resolución 025 de 16 de diciembre de 2004, quedaron en firme con la ejecutoria ocurrida el 20 de enero de 2005, fecha en la que se desfijó el edicto correspondiente, como consecuencia de lo cual se tiene probado que a partir de esa fecha comenzó a correr el término de la caducidad de la acción contractual para el presente caso.

Así las cosas, la demanda se presentó en forma oportuna el 6 de abril de 2005, toda vez que la caducidad de la acción contractual con respecto a los actos acusados operaba por el transcurso de dos años, lapso que vencía el 21 de enero de 2007.

Finalmente, se hace constar que los actos acusados no contienen una liquidación unilateral del convenio y que por ello no procede acudir al cómputo de la caducidad de la acción a partir del vencimiento del término previsto para la liquidación, al cual se refería el literal d) del numeral 10 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, en ese supuesto, con mayor razón no habría lugar a la caducidad de la acción puesto que el plazo para demandar resultaría más amplio, en el evento de empezar a contar el término a partir del previsto para la liquidación del contrato. Se observa que de conformidad con la cláusula vigésima primera del convenio 1005-05-137-01, el mismo debía liquidarse dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización[[19]](#footnote-19).

**3. Legitimación pasiva**

Es pertinente observar que el Fondo Nacional de Calamidades fue creado mediante el Decreto 1547 de 1984 por el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias de la Ley 11 de 1983, *“como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, con fines de interés público y asistencia social y dedicado a la atención de las necesidades que se originen en situaciones de desastre o de calamidad o de naturaleza similar”[[20]](#footnote-20).*

Desde su creación y, también, en la reglamentación posterior contenida en el Decreto 919 de 1989, se estableció que el Fondo Nacional de Calamidades sería manejado por la Fiduciaria La Previsora Limitada (hoy S.A.), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual estaba configurada como una sociedad de economía mixta sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

En la referida reglamentación se dispuso que los bienes y derechos de la Nación, integrantes del Fondo Nacional de Calamidades, constituyeran un patrimonio autónomo destinado específicamente al cumplimiento de las finalidades señaladas en las normas de creación del referido fondo.

Tanto en el Decreto 1547 de 1984, como en el Decreto 919 de 1989 se estableció:

*“Para todos los efectos legales la representación de dicho Fondo la llevará la mencionada Sociedad Fiduciaria”.*

Igualmente, la legislación determinó que el Fondo Nacional de Calamidades constituye un *“fideicomiso estatal de creación legal”* y que, como consecuencia, *“la administración de los bienes y recursos que lo conforman se regirán, en todo lo aquí no previsto, por las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno Nacional”.*

Posteriormente, mediante la Ley 344 de 1996[[21]](#footnote-21), se estableció la ejecución y el manejo presupuestal de los recursos del fondo en cuenta separada administrada por la citada fiduciaria, así:

*“Artículo 35º.- El Fondo Nacional de Calamidades, creado por el artículo 1 del Decreto 1547 de 1984 y modificado por el artículo 70 del Decreto 919 de 1989, funcionará como una cuenta especial de la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

*“Los aportes presupuestales y las donaciones que reciba se mantendrán en dicha cuenta con una reserva especial hasta tanto cumplan los fines establecidos por la ley. Dicho Fondo, con el visto bueno de la Junta Consultora del Fondo Nacional de Calamidades, podrá atender gastos operativos de la Dirección Nacional para la Atención y Prevención de Desastres”.*

De conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias antes citadas, para la Sala no existe duda de que Fiduciaria La Previsora S.A. tiene la legitimación pasiva en el presente proceso, sin perjuicio de que obre en nombre y representación, o por cuenta, del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Calamidades.

Se agrega que el patrimonio autónomo constituye un conjunto de bienes afectos a una finalidad específica y que, como tal, carece de personería jurídica.

Por ello, teniendo en cuenta que la ley dispuso la administración y representación del patrimonio autónomo por parte de la citada fiduciaria, le correspondía a esa sociedad obrar en este proceso como demandada, como en efecto lo hizo, amén de que ella misma actuando en nombre y representación del Fondo Nacional de Calamidades expidió los actos acusados.

**4. Régimen jurídico del convenio celebrado por Fiduciaria La Previsora S.A. obrando como representante del Fondo Nacional de Calamidades**

Constituye un asunto previo para estudiar el recurso de apelación que en este caso ocupa la atención de la Sala, precisar cuál era el régimen aplicable al convenio de cooperación y cofinanciación celebrado por Fiduciaria La Previsora S.A., en representación del Fondo Nacional de Calamidades, con apoyo en los recursos que le aportó el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres (Red de Solidaridad Social), convenio que fue afianzado por la compañía aseguradora, ahora demandante.

El referido convenio fue celebrado para atender el “*fenómeno social del desplazamiento masivo de la población”*, mediante el restablecimiento de 184 familias en el casco urbano del municipio de Chigorodó, a través de la vinculación de mano de obra para el adecuado desarrollo del cultivo de arroz que sería dirigido por la Corporación Civitas Dei, de acuerdo con el documento contentivo del proyecto presentado por la referida contratista, el cual hizo parte integral del citado convenio.

El Decreto 919 de 1989[[22]](#footnote-22), citado como uno de los fundamentos legales del convenio dispuso:

*“Artículo**25. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN. Salvo lo dispuesto sobre contratos de empréstito en el artículo siguiente, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar contratos con personas o entidades privadas o públicas, cuyo objeto tenga inmediata relación con la atención de la situación de desastre declarada, previa autorización dada para cada caso, proyecto o programa, por el Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres o por el organismo o entidad en el cual ella delegue esta función,* ***sujetándose únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. Sin embargo, en ellos deberán pactarse las cláusulas obligatorias previstas en el Decreto extraordinario 222 de 1983 o en las normas que lo modifiquen, adicionen o reformen*** *y la sujeción de los pagos a las apropiaciones presupuestales, así como llevarse a cabo el registro presupuestal y la publicación en el DIARIO OFICIAL”.* (La negrilla no es del texto).

Como consecuencia, se establece que el régimen contractual aplicable para el convenio afianzado a que se refiere el presente litigio y, por tanto, para tasación de los perjuicios y la exigibilidad de las pólizas de seguros que son materia del debate, es el del derecho privado[[23]](#footnote-23).

Se hace notar que la invocación del régimen legal aplicable apareció expresamente explicada y prevista en los considerandos del convenio de cofinanciación, así:

*“13) Que el Fondo Nacional para la atención integral a la población desplazada por la Violencia (Red de Solidaridad Social) y el Fondo Nacional de Calamidades firmaron el 20 de diciembre de 2000 el convenio interadministrativo de cooperación cuyo objeto es prestar atención integral a la población desplazada por la violencia en el territorio colombiano.*

*“(…).*

*“15) Que el casco urbano del municipio de Chigorodó registra asentamiento con un gran número de personas desplazadas como consecuencia de enfrentamientos entre las Autodefensas Unidas de Colombia (A.U.C.) y las FARC.*

*“(…).*

*“18) Que de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 919 de 1989 señala que la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar convenios con personas privadas o públicas, cuyo objeto tenga inmediata relación con la situación de desastre declarada, e igualmente, establece que la contratación se sujeta únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares”[[24]](#footnote-24).*

**5. Cláusula penal pactada en el convenio afianzado**

Establecido el régimen aplicable al contrato, la Sala llama la atención sobre la cláusula penal pactada en el convenio afianzado por la compañía aseguradora demandante. Resulta pertinente transcribir el texto, toda vez que en este proceso se debatió la posibilidad eventual de exigir a la aseguradora otras indemnizaciones, por cuantía superior a la tasada en la referida cláusula.

*“CLÁUSULA DECIMA PRIMERA.- CLÁUSULA PENAL. En caso de incumplimiento total o parcial de una cualquiera de las obligaciones que adquiere en virtud del presente convenio, o por el mero retardo en el cumplimiento de ellas, la CORPORACIÓN pagará al contratante a título de pena pecuniaria una cuantía equivalente al veinte (20%) del valor total aportado por el Fondo Nacional de Calamidades,* ***sin perjuicio de exigir el cumplimiento y las demás indemnizaciones a que haya lugar****.* ***El valor de la pena podrá hacerse efectivo sobre la garantía de cumplimiento otorgada conforme al procedimiento establecido en la Ley****.*

*PARÁGRAFO PRIMERO: La efectividad de la pena pecuniaria no impide al contratante la aplicación y cobro de las demás sanciones contractuales, ni el ejercicio de las acciones previstas en las leyes vigentes. PARÁGRAFO SEGUNDO:* ***No es óbice para el CONTRATANTE perseguir una indemnización superior a la garantizada por la compañía de seguros o la entidad financiera conforme a lo dispuesto en los términos establecidos en la cláusula de garantías del presente documento.*** *PARAGRAFO TERCERO:* ***El presente contrato junto con la prueba sumaria del incumplimiento constituyen título ejecutivo en contra de la CORPORACIÓN****”.*

Se deja claro, desde ahora, que a la luz de la cláusula transcrita, la posibilidad de perseguir una indemnización superior a la garantizada por la compañía de seguros, se debe entender posible solo a través del proceso judicial correspondiente, en ese caso, entablado contra la Corporación contratista.

Se precisa que en el convenio afianzado, la cláusula penal no reguló el evento de tasación de perjuicios por valor superior al fijado en la misma.

Para el caso concreto se concluye que la cláusula penal arriba transcrita no se constituyó en soporte contractual para que la entidad contratante pudiera realizar la tasación unilateral del perjuicio – por encima del valor de la cláusula penal- frente a la compañía aseguradora.

**6. Mérito ejecutivo de la póliza de seguro de cumplimiento en el contrato que se rige por el derecho privado**

Las precisiones anteriores resultan de importancia, toda vez que permiten enfocar el asunto materia de la apelación de la siguiente manera:

Se pone de presente que en el derecho privado la fuerza ejecutiva de la póliza de seguros se logra a través de la reclamación, realizada en los términos de los artículos 1053, 1077 y 1080 Código de Comercio, *“aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077,* sin que *dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada”[[25]](#footnote-25)*.

En el caso de que la reclamación sea objetada, el beneficiario tendrá que acudir al juez del contrato.

Es útil anotar que en el convenio de cooperación y cofinanciación 1005-05-137-01 la garantía única de cumplimiento no era obligatoria, toda vez que no aplicaba la Ley 80 de 1993[[26]](#footnote-26), no obstante lo cual, por voluntad de las partes se acordó que la contratista debía presentar una póliza de seguro en los términos de la referida Ley 80 de 1993, lo cual se cumplió con la expedición de la Póliza 013302137 otorgada por Seguros del Estado S.A.

Se observa que de acuerdo con el convenio de cooperación y cofinanciación 1005-05-137-01, la póliza de seguro fue extendida de conformidad con la siguiente cláusula:

*“CLÁUSULA OCTAVA: GARANTÍAS. La CORPORACIÓN se obliga a constituir, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del presente convenio, ante una Compañía de seguros legalmente establecida en el país y con póliza matriz de (sic) la Superintendencia Bancaria, la Garantía Única prevista por la ley 80 de 1993 que ampare los riesgos que a continuación se mencionan [a] favor de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. Y/O FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES y/o Dirección General para la Prevención y Atención de Desastres, en los siguientes términos:*

*“A) DE CUMPLIMIENTO: Por el veinticinco (25%) por ciento del valor total del convenio y con una vigencia igual al término de duración del mismo y dos años más, contados a partir de la fecha de la expedición de la póliza.*

*“B) DE CALIDAD DEL SERVICIO: Por el veinticinco (25%) por ciento del valor total de convenio y con una vigencia igual al término de duración del mismo y dos años más, contados a partir de la fecha de la expedición de la póliza.*

*“C) PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES (…).*

*“D) RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (…).*

*“PARÁGRAFO PRIMERO: No se realizará pago alguno, hasta tanto se constituyan y aprueben las pólizas por EL CONTRATANTE. PARÁGRAFO SEGUNDO: Las pólizas de seguro deberán ser las existentes en el mercado, a favor de Entidades Públicas. PARÁGRAFO TERCERO; El Beneficiario de las pólizas de seguro es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y/o FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES Y/O DIRECCION GENERAL PARA LA PREVENCIÓN NACIONAL DE DESASTRES. PARÁGRAFO CUARTO: LA CORPORACIÓN deberá entregar con las pólizas debidamente constituidas los recibos de pago”.*

En el mismo sentido, el clausulado de la póliza describió la cobertura de los amparos en la siguiente forma:

*“1.3.* ***AMPARO DE CUMPLIMIENTO****. EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES* ***CONTRA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO.******ESTE AMPARO COMPRENDE LAS MULTAS Y LA CLÁUSULA PENAL****.*

*“(…).*

*“1.6.* ***AMPARO DE LA CALIDAD DEL BIEN O SERVICIO****. EL AMPARO DE LA CALIDAD DEL BIEN O SERVICIO CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA EL INCUMPLIMIENTO* ***DE LAS ESPECIFICACIONES Y REQUISITOS MÍNIMOS FIJADOS EN EL CONTRATO DEL BIEN O SERVICIO CONTRATADO****”[[27]](#footnote-27).* (La negrilla no es del texto).

Por otra parte, se destaca que de conformidad con la póliza 013302137 que obra en el plenario, el monto del valor asegurado por el amparo de cumplimiento se limitó a la suma de $471’440.150 y el monto amparado por calidad del servicio se limitó, igualmente, a la suma de $471’440.150[[28]](#footnote-28).

Como se ha dicho, a la luz del derecho privado, los amparos pueden exigirse mediante la reclamación, aparejada de los comprobantes que demuestran las condiciones de exigibilidad de la póliza – aun extrajudicialmente- de conformidad con los artículos 1053, 1077 y 1080 del Código de Comercio[[29]](#footnote-29).

**7. Alcance de la apelación**

Las decisiones de la sentencia que fueron objeto de la apelación se refieren a la anulación de los siguientes apartes, contenidos en los actos administrativos acusados:

* *“En el artículo primero de la Resolución No. 020 de 2004 la expresión ‘por valor de $1.885’760.600’ y,*
* *“En el artículo primero de la Resolución No. 025 de 2004 la expresión ‘lo que ocasionó perjuicios a la Parte Contratante: FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES, equivalentes a la suma de $1.409’573.800,00 discriminados así: $576’186.800,00 en razón al incumplimiento parcial y $933’387.000,00 en razón a la falta de calidad del servicio de acuerdo a lo explicado en la parte motiva de esta resolución’.*

Se debe tener en cuenta que en la sentencia de primera instancia únicamente se anularon los apartes referidos a las cifras tasadas en los actos acusados a título de perjuicio y que en dicha providencia se declararon ajustadas a derecho las demás partes de las resoluciones impugnadas.

Como se ha establecido en esta providencia -y se reitera ahora- las normas del Código de Comercio gobernaban el régimen de contratación del convenio afianzado por la compañía de seguros ahora demandante, por tratarse de una contratación que se encontró bajo el régimen exceptuado propio de los recursos del Fondo Nacional para la Atención Especial para la Población Desplazada por la Violencia (Red de Solidaridad Social) y del Fondo de Calamidades.

Por ello, regresando sobre el objeto de la apelación, esto es, los perjuicios tasados en los actos acusados, se precisa que la cifra de $1.885’760.600inicialmente indicada como valor del incumplimiento del contrato en la Resolución 20 de 2004, anulada en la sentencia de primera instancia, había sido modificada a la suma de $1.409’573.800, a través de la Resolución 25 de 2004, en la cual se calificó esta última cantidad como valor del *perjuicio*, discriminado así:

*“ARTICULO PRIMERO: Modifícase el Artículo Primero del resuelve de la Resolución No. 20 del 5 de noviembre de 2004, la cual quedará así:*

*“Declarar el incumplimiento parcial del Convenio de Cooperación y Coofinanciación No. 1005-05-137-01, suscrito el 10 de octubre de 2001 entre la Fiduciaria la Previsora S.A., actuando en nombre y representación del Fondo Nacional de Calamidades y la Corporación Civitas Dei y Declarar la falta de calidad del servicio que se presentó durante la ejecución del mencionado convenio, ambos por causas imputables, exclusivamente a la CORPORACIÓN CIVITAS DEI,* ***lo que ocasionó unos perjuicios a la parte contratante; FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES, equivalentes a la suma de $1.409’573.800****,* ***discriminados así: $476’186.800, en razón al incumplimiento parcial y $933’487.000,oo, en razón a la falta de calidad del servicio de acuerdo a lo explicado en la parte motiva de esta Resolución****”* (La negrilla no es del texto).

Por otra parte, se reseña que tampoco se atacó en la apelación la resolutiva tercera de la sentencia de primera instancia, en cuanto dejó en firme el artículo cuarto de la Resolución 025 de 2004, referido a la cláusula penal, comprendida dentro del siniestro por incumplimiento en los términos de la póliza de seguro[[30]](#footnote-30), cuyo contenido dispuso:

*“ARTÍCULO CUARTO: Ordenar hacer efectiva la Cláusula Penal pactada en la Cláusula Décima Primera del Convenio de Cooperación y Cofinanciación No. 1005-05-137-01”.*

Ahora bien, toda vez que el aludido convenio se rigió por el derecho privado, en esta instancia no puede acudirse a examinar la potestad oficiosa del juez del contrato para pronunciarse sobre la legalidad de las decisiones que no son objeto de debate en la segunda instancia.

Se anota lo anterior, toda vez que una eventual extralimitación de las prerrogativas contractuales definidas en la Ley 80 de 1993 -para declarar el incumplimiento, por ejemplo- solo se puede estudiar en forma oficiosa con fundamento en el principio de la competencia reglada de las entidades públicas que contratan bajo esa normativa[[31]](#footnote-31).

En esta instancia se debate, entonces, la decisión contenida en los actos acusados, consistente en cuantificar el perjuicio y el valor correspondiente.

**8. Delimitación del problema jurídico que se resolverá en esta instancia**

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Sala establece que el problema jurídico en esta instancia se acota a definir la legalidad –o ilegalidad- de aquella parte de los actos acusados mediante la cual se cuantificaron los perjuicios en razón al incumplimiento parcial y a la falta de calidad del servicio en el convenio 1005-05-137-01 y a establecer el monto probado de los mismos, para efectos de la póliza 013302137 otorgada por la compañía aseguradora demandante.

Por ello, teniendo en cuenta los argumentos de la apelación, se concluye que el problema jurídico debe ser resuelto desde tres ángulos:

**i)** La competencia del Tribunal *a quo* en orden a pronunciarse en la sentencia de primera instancia acerca de las potestades de la administración contratante para tasar los perjuicios.

**ii)** La competencia de la entidad contratante para imponer la cuantificación del perjuicio mediante un acto administrativo.

**iii)** Los antecedentes jurisprudenciales que se pueden aplicar en el presente caso.

**iv)** El monto de perjuicio efectivamente demostrado.

**9. El caso concreto**

**9.1. Análisis del argumento referido al fallo *extra petita***

En este punto se estudiará la competencia del Tribunal *a quo* para pronunciarse en la sentencia de primera instancia acerca de las potestades de la administración contratante relacionadas con la tasación de los perjuicios.

En primer lugar, se considera que la sentencia de primera instancia no se apartó de las pretensiones, ni de lo debatido y probado en el proceso, toda vez que el fallo del Tribunal *a quo* contiene una declaración de nulidad parcial de las resoluciones acusadas, la cual se produjo dentro del marco de la pretensión de nulidad integral de los respectivos actos.

Es decir, que no se configuró una sentencia por fuera de las pretensiones de la demanda.

En segundo lugar, tampoco se constituyó el fallo *extra petita* por razón de la incorporación de razonamientos distintos de los que esgrimió la demandante para apoyar las pretensiones de nulidad, habida cuenta de que, en los términos del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, la congruencia de la sentencia se exige en relación con lo pretendido y debatido en el proceso[[32]](#footnote-32).

Se advierte que -aunque la sentencia debe ser motivada, entre otros aspectos, considerando los argumentos de las partes- no se impone al juez la obligación de identificarse con los razonamientos presentados por una u otra parte, toda vez que, como lo indica la norma citada, le compete al juez definir la ley aplicable en orden a apoyar la decisión, de manera que, con base en ella, puede fundar sus consideraciones en argumentos no expuestos por las partes.

Así las cosas, el Juez del contrato puede traer a colación los análisis sobre el alcance de las normas legales pertinentes, aunque no hayan sido planteados por las partes, siempre y cuando, como regla general, sus consideraciones se desplieguen en el marco de las pretensiones del proceso y con base en el acervo probatorio debatido en el mismo[[33]](#footnote-33).

Por consiguiente, al declarar la nulidad de los apartes referidos a las cifras, con base en el argumento de la falta de competencia para fijar los perjuicios derivados del incumplimiento, el Tribunal *a quo* no incurrió en un evento de fallo *extra petita*, toda vez que la compañía aseguradora demandante sí cuestionó en la demanda el valor del perjuicio y cuantificó el concepto del violación de la ley por falsa motivación de los actos acusados, aunque no se hubiera referido a ese mismo asunto bajo el criterio de la *“falta de competencia”*, como lo consideró aplicable el Tribunal *a quo*[[34]](#footnote-34).

Ahora bien, conviene destacar que la inconformidad con la tasación del perjuicio se refirió en la demanda y se debatió en el proceso, según se advierte a continuación:

**i)**. La compañía aseguradora aseveró en su demanda que la Administración debió esperar al acto de liquidación del contrato para determinar *“los activos y pasivos a su favor”* y que, por tal razón no podía imponer el reintegro de la suma de $952’373.600 en el acto que declaraba el siniestro.

La demandante cuestionó, entonces, al debido proceso en cuanto a la oportunidad para cuantificar el siniestro.

**ii)** En relación con la cuantificación, la demandante afirmó que el convenio se cumplió al menos en un 40% del total, según se desprendía de la certificación expedida por el Coordinador de la Unidad Territorial Especial de Urabá (UTEU) de la red de solidaridad social.

La demandante expuso en el debate acerca de la tasación del incumplimiento y del respectivo perjuicio, por cuanto afirmó que el monto fijado no se correspondía con la realidad contractual.

**iii)** Por su parte, las pruebas allegadas al proceso versaron, también, sobre el monto del perjuicio debatido, toda vez que la demandante invocó la certificación suscrita por el coordinador de la UTEU, con fecha abril 3 de 2002, en la cual indicó que el ejecutor venía cumpliendo con las obligaciones estipuladas en el convenio y con el cronograma de trabajo, y afirmó que la *“UT ve pertinente se otorgue el segundo desembolso al ejecutor CIVITAS DEI”*[[35]](#footnote-35).

**iv)** En igual forma, se advierte que la demandante deprecó la nulidad de las Resoluciones 20 y 25 de 2004, por falsa motivación y argumentó, además del cumplimiento parcial, la falta de soporte en relación con el concepto del incumplimiento por falta a la calidad del bien o servicio, toda vez que, a su juicio, la motivación resultó insuficiente, teniendo en cuenta que en la Resolución 25 de 2004 se afirmó, tan solo, que de *“un contrato que se cumple a medias”* se concluye la *“mala calidad en la ejecución del servicio”.*

Además, la demandante advirtió que nose sustentó la cuantía correspondiente al supuesto siniestro de calidad.

Por último, tampoco se encuentra incongruencia en la sentencia de primera instancia, en relación con el tratamiento que dio a la carga de la prueba, el cual se expuso en el acápite denominado *“PRUEBA DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y FALSA MOTIVACIÓN”*[[36]](#footnote-36), toda vez que allí se estableció la falencia de la carga de la prueba impuesta a la compañía aseguradora demandante, en relación con las exclusiones de su responsabilidad y en ello se apoyó el Tribunal *a quo* para denegar la nulidad de los apartes relacionados con la declaratoria del siniestro y con la efectividad de la póliza de seguro: Lo anterior se aprecia como consistente entre lo que se consideró y lo que se decidió en el proceso, además de esa argumentación se estima congruente con lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio.

**9.2. Análisis de la competencia de la Administración contratante para tasar el perjuicio por valor superior al de la cláusula penal**

Se advierte que en su recurso la apelante abogó por que se revoque la anulación, aplicando la jurisprudencia contenida en la sentencia del 22 de abril de 2009, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia de Myriam Guerrero de Escobar, radicación 190012331-0001994-090401 (14667).

En esa sentencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó la decisión de nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró el siniestro, entre otras razones, por cuanto estimó probado el incumplimiento y el correspondiente perjuicio, además de que advirtió que la compañía de seguros no probó en contrario.

En el presente caso, el Tribunal a quo no anuló aquella parte de los actos administrativos que se refería a la declaratoria del siniestro.

La entidad contratante –demandada y ahora apelante- obviamente tomó como punto de partida la validez de las decisiones no anuladas y, por su parte, la compañía de seguros no acudió a presentar recurso de apelación.

Es por ello que la Sala ha observado que la decisión de primera instancia solo anuló el quántum del perjuicio, el cual se debate ahora en la alzada y será analizado desde el marco de la competencia para fijarlo y de acuerdo con lo efectivamente probado en el proceso.

Para lo anterior se tendrán en cuenta dos supuestos que – dicho sea de paso- constituyen diferencias con respecto al alcance de la apelación en el caso que se citó por la parte demandada, ahora apelante:

**i)** El convenio afianzado en este caso se rigió por el derecho privado y

**ii)** En las resolutivas del acto acusado se invocó en forma explícita el procedimiento de la reclamación para hacer efectiva la póliza de seguro[[37]](#footnote-37).

Por razón de estos dos supuestos, la Sala considera que ni la jurisprudencia citada en la sentencia de primera instancia, ni la sentencia invocada por la apelante, resultan, en todo, pertinentes para ser aplicadas en el asunto sub júdice.

Además, bajo la regla del artículo 1088 del Código de Comercio, la indemnización podrá comprender el lucro cesante, *“pero este deberá ser objeto de acuerdo expreso*”, norma ésta del seguro de daños que resultaba aplicable en cuanto a que el seguro no puede constituirse en fuente de enriquecimiento y por ello, en principio, la contratante no podía cobrar perjuicios de manera extrajudicial, más allá de lo que establecía la cláusula penal pactada.

Ahora bien, también en la contratación que se rige por el derecho privado se advierte que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente su estimación de los perjuicios, por encima del monto de la cláusula penal pactada, por cuanto la liquidación de perjuicios por un monto superior al que las partes han convenido como sanción por el incumplimiento, debe ser probada y sometida a la decisión del juez del contrato.

En el régimen del derecho privado, salvo la figura de la cláusula penal, utilizada como fórmula de tasación bilateral y anticipada de los perjuicios, ninguna de las partes puede imponer a la otra una liquidación unilateral de perjuicios derivados del contrato.

Es claro que, en ese régimen de derecho privado, la *declaración* de incumplimiento realizada por una de las partes no pasa de ser una afirmación, una reclamación, o una conducta contractual, en todo caso susceptible de ser debatida por la vía judicial.

En ese orden de ideas, advierte la Sala, que Fiduciaria la Previsora S.A. sí tenía potestad de dictar actos administrativos, en desarrollo de la función pública que le había sido atribuida por la ley para administrar los recursos del Fondo Nacional de Calamidades, empero carecía de competencia para sustituir al juez del contrato en la fijación del perjuicio, toda vez que en el contrato se rigió por el derecho privado y, en ese ámbito, le correspondía disponer que se adelantara el trámite de la reclamación de la póliza de seguro por la vía extrajudicial y, solo en caso de no objeción por parte de la compañía aseguradora, obtendría el mérito del título ejecutivo de la póliza referido en el artículo 1053 del Código de Comercio.

Agrega la Sala que, ni aún en el marco de las funciones fiduciarias legalmente asignadas, se puede entender que Fiduciaria la Previsora S.A. estaba dotada del privilegio de lo previo para definir el monto del perjuicio mediante un acto administrativo con presunción de legalidad, por cuanto, ni la ley ni el régimen del contrato se lo permitían.

Se hace notar, además, que en los actos ahora acusados esa entidad reconoció y dispuso que se haría efectiva la póliza de seguro a través del procedimiento de la reclamación.

Por tanto, se confirmará la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia.

**9.3. Análisis del argumento referido a la inadecuada interpretación de la jurisprudencia**

Teniendo en cuenta que en este caso los actos administrativos invocaron el procedimiento de reclamación de la póliza –en forma consistente con el régimen del convenio afianzado-, la Sala estima que tales actos pueden tenerse como reclamación en los términos previstos por el Código de Comercio, amén de que en los actos acusados la declaración del siniestro se realizó aparejada por el sometimiento al trámite de la reclamación.

En ese orden de ideas, si se precisa que el asunto apelado se concentra en los apartes relacionados con el monto del perjuicio, se llega a concluir que no hay lugar a introducir en esta providencia un análisis acerca de la jurisprudencia aplicable frente a la potestad o no para declarar el incumplimiento del contrato y para hacer efectiva la póliza en el escenario del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.

Por ello, se reafirma la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia, mediante la cual se anulan los apartes referidos al monto de perjuicio que fue unilateralmente decretado y liquidado por la entidad contratante.

En el mismo sentido, se hace notar que, para los efectos de este proceso, se entiende que la compañía aseguradora objetó la reclamación, en cuanto presentó la demanda frente a los respectivos actos administrativos.

Ahora bien, para completar el estudio de los argumentos de la apelación referidos al monto del perjuicio que fue materia de la anulación, la Sala procederá a estudiar el perjuicio demostrado y que puede ser cobrado con cargo a los amparos de incumplimiento y de calidad de la póliza de seguros 013302137.

**9.4. Análisis de la prueba del perjuicio**

**9.4.1. Siniestro por incumplimiento**

Se tiene probado en este proceso que, mediante Resolución 25 de 2004, Fiduciaria La Previsora S.A., considerando los argumentos del recurso de reposición presentado por la compañía de seguros, modificó la decisión inicial consistente en declarar el incumplimiento total del convenio y, en su lugar, se declaró el incumplimiento parcial, por la suma de $476’186.800, la cual, según la citada resolución, correspondía al valor del *“2º desembolso que le efectuó el Fondo Nacional de Calamidades”.*

*S*egún la misma resolución, ese valor se estimó como *“representado en el detrimento patrimonial que sufrieron estas entidades al girar esos dineros públicos a una entidad para el desarrollo de un proyecto que no se llevó a cabo por causas inherentes al contratista, como quedó demostrado y por ende el dinero se perdió”[[38]](#footnote-38).*

Acerca de la referida cuantía, debe observarse, igualmente, que la Resolución 25 de 2004 identificó las obligaciones contenidas en el convenio que no fueron ejecutadas, así:

En la cláusula quinta del convenio, en la cual se consagró que *“la CORPORACIÓN será responsable de la correcta y oportuna ejecución del mismo, sin perjuicio de las acciones disciplinarias, penales y fiscales a que haya lugar”*[[39]](#footnote-39)y en la cláusula sexta del convenio, contentiva de las obligaciones de la Corporación Civitas Dei, en la cual se estableció que *“tal entidad se comprometió entre otras obligaciones, a lo siguiente: A ejecutar el objeto del convenio a través del cultivo y explotación técnica de mil hectáreas de arroz en el Municipio de Chigorodó (…) a asignar personal idóneo y necesario para el cabal cumplimiento del objeto del convenio: (…); a aportar para el desarrollo del proyecto la suma y/o bienes y servicios ofrecidos como cofinanciación (…): a responder pecuniariamente ante quien corresponda, por las contingencias del mercado de futuros, la comercialización y la venta de las cosechas de arroz objeto del convenio, así como por el pago de dinero que corresponda a los desplazados por el concepto de jornal y utilidades de la empresa comunitaria creada, excepto caso fortuito o fuerza mayor debidamente probado y otras obligaciones más inherentes a este tipo de convenio”[[40]](#footnote-40)*

En la citada Resolución 25 de 2004 se afirma que, en su momento, la Corporación Civitas Dei allegó los documentos suscritos el 11 de diciembre de 2002 y 13 de mayo de 2003, con fundamento en los cuales Fiduciaria La Previsora S.A. aceptó que el incumplimiento era parcial, toda vez que con base en los informes allí contenidos *“se demuestra* [la] *parte de la gestión que se llevó a cabo”[[41]](#footnote-41).*

De acuerdo con lo que se lee en la Resolución 25, la decisión de declarar el incumplimiento parcial del convenio se fundó, también, en que se rechazaron los argumentos de la contratista orientados a explicar las causas del incumplimiento presentado, el cual, por tanto, se aceptó por parte de la contratista, pero se pretendió justificar en factores exógenos al proyecto como el clima, la actitud de los beneficiarios y los problemas de seguridad de la zona, los cuales no se acreditaron.

En cuanto a la prueba del incumplimiento, la Resolución 25 relacionó en sus considerandos los siguientes soportes, a su vez allegados al plenario:

* Oficio No. RSS- UTEU – 2894 de 16 de diciembre de 2002[[42]](#footnote-42), suscrito por el Coordinador de la Unidad Territorial Espacial de Urabá de la Red de Solidaridad Social, Interventora del Convenio, en el cual se indicaba que la Corporación Civitas Dei había sido renuente a dar cumplimiento cabal al convenio y que de las 1000 hectáreas de arroz a que se había comprometido, solo se encontraban contrataciones por una cabida total de 800 hectáreas, además de otros incumplimientos que aparecen relacionados en el oficio citado, de conformidad con la Resolución 25 de 2004.
* Oficio RSS- UTEU-0141 de fecha 22 de enero de 2003, suscrito por el Coordinador de la Unidad Territorial Espacial de Urabá de la Red de Solidaridad Social UTEU, Interventora del Convenio[[43]](#footnote-43), en el cual reiteró que la Corporación no había presentado los informes previstos en el Convenio.
* Oficio RSS- UTEU-0353 de fecha 10 de febrero de 2003, suscrito por el Coordinador de la Unidad Territorial Espacial de Urabá de la Red de Solidaridad Social, Interventor del Convenio, en el cual indicó que la situación de incumplimiento no había cambiado.
* En igual forma, la Resolución 25 de 2004 se refirió a las explicaciones rendidas por la Corporación Civitas Dei en relación con los incumplimientos del convenio y al traslado de las mismas a la Red de Solidaridad Social, en su condición de interventora del contrato. Dicha resolución dio cuenta de que esa entidad contrató un informe presentado por el doctor Carlos Felipe Mejía Mejía, en junio de 2004[[44]](#footnote-44) - el cual también se allegó al plenario-, en el cual se ratificó el incumplimiento del convenio respectivo.

En la Resolución 25 de 2004 se relacionan las bases de análisis del doctor Mejía Mejía, levantadas con fundamento en las visitas realizadas y la evaluación del documento de la Defensoría del Pueblo Seccional Urabá de fecha diciembre 27 de 2002, citado bajo el texto: “*Civitas Dei …. Un proyecto de restablecimiento de familias desplazadas en Chigorodó – Urabá … La Historia que no debe repetirse”*[[45]](#footnote-45).

De acuerdo con el texto del informe elaborado por Carlos Felipe Mejía, invocado como prueba en la Resolución 25 de 2004, el incumplimiento evidenciado produjo un perjuicio evidente, toda vez que la CORPORACIÓN CIVITAS DEI no acreditó la generación del ingreso familiar que se garantizó a cada trabajador, de conformidad con el proyecto que hizo parte integral del convenio.

En efecto, el informe aludido narra que 50 miembros de la familias desplazadas fueron empleados en el descargue de un buque granelero que traía arroz para el Molino Monterrey propiedad de la Cooperativa COAGROARROZ y que, con frecuencia, la mano de obra de las familias desplazadas fue utilizada por cuenta del convenio para descargar y cargar camiones de fincas y molinos vecinos.

En el aspecto concreto de la cuantificación del perjuicio, el informe que invocó la Resolución 025 de 2004 hizo referencia a los daños por los siguientes montos:

*“Pero tal vez el daño más grave frente a la garantía de mano de obra para 184 familias lo comete La Corporación Civitas Dei, cuando altera el presupuesto estimado en el convenio y deja de pagarle $186’000.000 de pesos en jornales, para pagarle a COAGROARROZ sobrecostos por valor de $175’000.000 en fumigaciones aéreas y terrestres y alquiler de tractores en mal estado”[[46]](#footnote-46).*

*“(…)*

*“4. Desde el punto de vista técnico – agronómico la Corporación CIVITAS DEI (…) se compromete a instalar un sistema de riego por gravedad con el fin de inundar las parcelas sembradas, previendo además su diseño y mantenimiento (…) y además lo presupuestó en $55’998.000 pesos la instalación y $37’332.000 pesos el mantenimiento. NUNCA EXISTIÓ RIEGO EN EL CULTIVO Y POR SUPUESTO TAMPOCO MANTENIMIENTO”.*

En materia del plazo del acompañamiento incumplido, el informe aseveró:

“*5. En el punto 12 (constitución de la empresa página 32) del proyecto presentado por Civitas Dei a la R.S.S. y que hace parte integral del convenio dice: ‘vale la pena acotar que la empresa comunitaria tendrá participación de las utilidades devengadas durante el periodo de ejecución del proyecto de arroz para CADA UNO DE LOS TRES AÑOS así ‘(…). Es importante acotar que culminados LOS TRES AÑOS DE DURACIÓN DEL PROYECTO, la empresa comunitaria contará con la capacitación requerida para realizar todas las actividades encaminadas al cultivo de arroz, igualmente contará con la organización legal que le permita acceder a créditos, celebrar contratos, participar en licitaciones etc.: además contará con capital de trabajo para desarrollar proyectos independientemente o en asocio con otras instituciones’*

*“NADA DE LO ANTERIOR se cumple, pero sí se concluye que si bien el convenio suscrito entre CIVITAS DEI y la R.S.S.- LA PREVISORA, para la ejecución del proyecto era de un año; la CORPORACION CIVITAS DEI se comprometía a continuar con el mismo durante dos años más para así lograr el objetivo del proyecto propuesto”.*

El referido informe concluyó:

*“Es evidente que si el proyecto y sus recursos hubieran sido manejados de manera adecuada, al final del primer año se tendrían los recursos suficientes para continuar con el proyecto …. Pero esto no sucede. (…). Pero la particular alianza entre CIVITAS DEI y COAGROARROZ no para aquí. COAGROARROZ no solo fue el proveedor exclusivo de los bienes y servicios requeridos por el proyecto (excepto la mano de obra de las 184 familias) vendió semillas e insumos, subarrendó las tierras que tenía hasta 800 hectáreas, las 200 hectáreas para completar las 1000 presupuestadas nunca existieron, alquiló equipos, subarrendó camiones y avionetas, prestó la asistencia técnica y administrativa…en otras palabras CIVITAS DEI le entregó los recursos y su manejo a COAGROARROZ. Pero no siendo esto suficiente CIVITAS DEI, le entregó mediante contratos FORWARD (entregas y pagos a futuro) la producción de arroz del proyecto a Molinos Monterrey Ltda., propiedad de COAGROARROZ, QUIEN ADEMÁS MANEJABA LOS MERCADOS DE LA RED DE SOLIDARIDAD”[[47]](#footnote-47).*

En relación con la cuantificación del perjuicio derivado del incumplimiento, la Sala agrega que se allegaron los siguientes soportes:

* La comunicación OPS-1394 de 11 de octubre de 2004, suscrita por el subdirector general administrativo y financiero de la Red de Solidaridad Social en la cual advirtió la no ejecución del segundo desembolso por la suma de $476’186.800, toda vez que allí se hizo constar que la *“CORPORACION CIVITAS DEI no aportó documentación que acreditara la inversión del mismo ($476’186.800) así como el aporte que el ejecutor se comprometió, lo que originó que el supervisor presentara los oficios correspondientes a la Red, Fondo Nacional de Calamidades y a la Fiduciaria La Previsora y estos a su vez dieran la respuesta pertinente, como consta en la carpeta correspondiente”*[[48]](#footnote-48).
* El informe contenido en comunicación RSS – UTEU -0243 de 5 de febrero de 2004, suscrito por la coordinadora (e) de la Unidad Territorial Especial de Urabá -UTEU y el profesional especializado de la misma, en el cual dan cuenta de la revisión cuidadosa de 85 carpetas entregadas por Civitas Dei, a título de soportes para acreditar el destino de los recursos del convenio. En ese informe se advirtió que *“los estados financieros no presentan soportes que respalden las cifras contenidas en cada uno de ellos”.*

Puntualmente se reportó la insuficiencia de los soportes así:

“***Materias Primas*** *en los documentos relacionados no se encuentra un inventario de insumos (semillas, abonos e insumos agrícolas), donde se discrimine tipo, cantidad, precio unitario y precio total de éstos, además donde se encuentran almacenados para hacer el conteo físico. // EGRESOS DE CAJA 2002 – 2003 (…) en los egresos aparecen pagos de combustible, mantenimiento de vehículo, alimentación y transporte, los cuales no están contemplados en el proyecto”.*

La conclusión del referido informe financiero indicó que:

*“De acuerdo con la revisión que se ha hecho de los documentos, la Corporación Civitas Dei no cumplió el objeto del contrato”[[49]](#footnote-49).*

Se agrega que, finalmente, el informe acerca de los documentos que fueron entregados por la Corporación Civitas Dei a título de soporte de las inversiones a las que se comprometió no fue aceptado, según se advirtió en el memorando RSS – UTEU 1434 FR de junio 16 de 2004[[50]](#footnote-50), suscrito por el coordinador de la UTEU, con destino a la oficina jurídica de la Red de Solidaridad Social.

Con fundamento en las pruebas citadas, la Sala concluye que el monto del siniestro por incumplimiento fue debidamente acreditado en este proceso por el valor equivalente al segundo desembolso.

Por tanto, la póliza de seguro 013302137 puede hacerse efectiva, en el amparo de cumplimiento por el valor del perjuicio ahora acreditado, el cual se encuentra dentro del respectivo valor amparado, es decir, la suma de $471’440.150[[51]](#footnote-51).

Se advierte que el valor amparado comprende el de la cláusula penal, de acuerdo con lo previsto en la póliza de seguro, en cuyo clausulado se dispuso:

*“1.3.* ***AMPARO DE CUMPLIMIENTO****. EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES* ***CONTRA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO****.* ***ESTE AMPARO COMPRENDE LAS MULTAS Y LA CLÁUSULA PENAL****”[[52]](#footnote-52).*(La negrilla no es del texto).

**9.4.2. Siniestro por falta de calidad del servicio**

De acuerdo con el texto de la póliza de seguro, el amparo correspondiente fue pactado de la siguiente manera:

*“1.6.* ***AMPARO DE LA CALIDAD DEL BIEN O SERVICIO****. EL AMPARO DE LA CALIDAD DEL BIEN O SERVICIO CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA EL INCUMPLIMIENTO* ***DE LAS ESPECIFICACIONES Y REQUISITOS MÍNIMOS FIJADOS EN EL CONTRATO DEL BIEN O SERVICIO CONTRATADO****”[[53]](#footnote-53).* (La negrilla no es del texto).

De conformidad con la Resolución 25 de 2004, se declaró la *“falta de calidad del servicio que se presentó en la ejecución del convenio”* por la suma de $933’387.000, suma que fue anulada y constituyó objeto del debate en el recurso de apelación.

Esta referencia a la cifra de liquidación del perjuicio por falta de calidad fue anulada en la sentencia de primera instancia y se confirmará la decisión, con fundamento en la falta de competencia de Fiduciaria La Previsora S.A. para imponer unilateralmente la tasación del perjuicio, en forma unilateral y en sede extrajudicial, tal como ha sido advertido en esta providencia.

Además, se observa que de acuerdo con la póliza de seguro sub júdice el amparo de calidad del servicio se extendió únicamente por la suma total de $471’440.150, de manera que mal puede hacerse efectiva la garantía otorgada, en este caso, por un monto superior al amparado.

En lo que se refiere al monto del perjuicio por el siniestro de calidad -que ahora se debate- la Sala considera acertado el argumento de la compañía aseguradora, según el cual el cumplimiento *“a medias”* del contrato no tipifica necesariamente la ocurrencia del siniestro por calidad.

Para lo que aquí sí se discute se advierte que no puede confundirse el concepto de amparo de incumplimiento del contrato estatal con el de perjuicio, en su caso, derivado del incumplimiento.

Tal como ha observado la Superintendencia Financiera de Colombia:

*“Los amparos de la póliza única de cumplimiento a favor de entidades estatales son independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados, y no podrá reclamar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otro u otros amparos, pues no son acumulables, toda vez que el objeto de las coberturas es diferente.*

“(…).

*“Ahora bien, resulta necesario en cada caso concreto, de acuerdo con el procedimiento aplicable, acreditar por parte de la administración la conducta del contratista garantizado que da lugar a la reclamación[[54]](#footnote-54).*

También es importante que se identifique y distinga el origen del perjuicio, puesto que –para los efectos de la póliza de seguros- corresponde separar la cuantificación del perjuicio amparado por la cobertura de incumplimiento del contrato, de aquella referida a la falta de calidad del bien o servicio entregado.

La diferenciación resulta trascendente en casos como el presente, toda vez que el perjuicio causado por no recibir un bien o servicio, debe ser imputado al amparo de cumplimiento y no al de calidad.

En ese orden de ideas, el perjuicio que se pretende configurar por la falta de los informes y entregables previstos en el contrato no puede ser equiparado al siniestro por falta en la calidad del bien o servicio entregado.

Ello es así, toda vez que el amparo de calidad se otorga respecto de las especificaciones y requisitos del bien o servicio entregado en forma defectuosa.

Es de importancia advertir que el amparo por concepto de calidad solo podía ser reclamado y soportado identificando el respectivo bien o servicio entregado y las circunstancias que acreditaran el defecto de calidad, en cada caso, frente a las *“especificaciones y requisitos mínimos fijados en el contrato”*, tal como lo especificó la póliza de seguro, aspecto que no se encontró probado en el presente proceso.

Se precisa, además, que los amparos de cumplimiento y de calidad del servicio son independientes, por lo cual el perjuicio causado por no recibir un bien o servicio, debe ser imputado al amparo de cumplimiento y no al de calidad. En ese orden de ideas, el perjuicio derivado de la falta de los informes y entregables previstos en el contrato no puede ser equiparado al siniestro por falla en la calidad del bien o servicio, toda vez que este último amparo se otorga respecto de las especificaciones y requisitos del bien o servicio entregado en forma defectuosa.

Por ejemplo, en el convenio 1005-05-137-01, la Corporación Civitas Dei se obligó a adquirir determinados insumos para el proyecto. El incumplimiento consistente en no haber entregado esos insumos, es distinto del que se habría configurado en el supuesto de haber entregado los referidos bienes, pero con una calidad tal que no sirvieran para la siembra correspondiente. Ese último tipo de reclamación es la requerida para hacer efectivo el amparo de calidad. Sin embargo, los actos acusados en este proceso no dan cuenta de circunstancias como las ejemplificadas y éstas tampoco se pueden inferir de las pruebas aportadas al plenario.

**10. Costas**

Habida cuenta de que para el presente proceso resulta aplicable el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, el cual indica que sólo hay lugar a la imposición de costas de acuerdo con la apreciación de la conducta de las partes y que en el *sub lite* ninguna de las partes actuó en forma temeraria no habrá lugar a imponer costas.

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

##### F A L L A

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, el 22 de octubre de 2012.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folios 3 y 4, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 2, Resolución 025 de 2004, folio 29, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 39 a 46, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 67 a 71, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 73 y 74, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004, radicado 73001232100019970549501 (15936), Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

   *“Por último, ha precisado la Sala, que el acto que expide la administración pública con el fin de hacer efectiva alguna de las garantías que prestó el contratista para amparar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, no es en estricto sentido el ejercicio de una potestad exorbitante en la actividad contractual, como quiera que el acto es la forma que acredita el siniestro y de integrar con la póliza el título ejecutivo, en los términos del artículo 68 del c.c.a.”.* [↑](#footnote-ref-6)
7. Citó la siguiente sentencia:

   Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicado 6800123250002002056401 (24225) Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 323 cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cláusula décima primera, Convenio de Cooperación y Cofinanciación No. 1005-05-137-01. [↑](#footnote-ref-9)
10. En el acápite correspondiente a la competencia del juez para fijar los perjuicios demostrados por valor superior a la cláusula penal, la sentencia citó la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicado 68001-23-15-000-2002-0564-01 (24225) Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-10)
11. Actuación contenida en los folios 371 a 378, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-11)
12. Artículos 2 y 75. [↑](#footnote-ref-12)
13. El criterio orgánico se refiere a la asignación de jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1107 de 27 de diciembre 2006. Igualmente constituye la regla general de jurisdicción y competencia en el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) el cual entró a regir el 2 de julio de 2012. [↑](#footnote-ref-13)
14. De acuerdo con el texto de los actos acusados, Fiduciaria La Previsora S.A. obró en la celebración del convenio 1005-05-137-01 y en la expedición de los actos acusados, en desarrollo de sus facultades como *“Representante legal del Fondo Nacional de Calamidades”* inicialmente configurado como un fondo cuenta del Ministerio de Hacienda, con el cual se constituyó un patrimonio autónomo representado por la referida fiduciaria, *“de conformidad con las atribuciones s consagradas en el Artículo 30 del Decreto 1547 de 1984, modificado por el Artículo 70 del Decreto 919 de 1989, el artículo 35 de la Ley 344 de 1996 y el Artículo 5º del Decreto 2378 de 1997”,* folio 1, cuaderno 2.

    Adicionalmente, de acuerdo con el certificado de existencia y representación expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia y allegado al proceso por el apoderado de la demandada, Fiduciaria La Previsora S.A., es una sociedad de economía mixta de carácter indirecto y de nivel nacional. [↑](#footnote-ref-14)
15. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2005, toda vez que la demanda se presentó el 6 de abril de 2005 y el recurso de apelación se interpuso el 13 de diciembre de 2012, bajo la regla de aplicación de la Ley 1395 de 2010, es decir que la cuantía se determinó de acuerdo con la suma de todas las pretensiones acumuladas en la demanda. [↑](#footnote-ref-15)
16. Auto de 7 de abril de 2014, folios 346 a 350, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-16)
17. “*CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas por razón o con ocasión del presente convenio, buscarán en primer término una solución directa mediante conciliación, la amigable composición o la transacción, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la notificación que cualquiera de las partes envíe a la otra. Si en dicho término no fuere posible un arreglo a sus diferencias o a una parte de ellas ambas convienen someter el asunto al conocimiento y decisión de un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará al reglamento del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de acuerdo con las siguientes reglas: estará integrado por un árbitro nombrado por el centro de arbitraje y conciliación de Bogotá, tendrá como domicilio la Ciudad de Bogotá y la correspondiente decisión será en Derecho”.* (Folio 48, cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-17)
18. *“Artículo**87 C.C.A. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios* ***y que se hagan otras declaraciones y condenas****”.* (La negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 51, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-19)
20. Artículo 1º. [↑](#footnote-ref-20)
21. *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”.* [↑](#footnote-ref-21)
22. "*Por el cual se organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y se dictan otras disposiciones"*. Con posterioridad a los hechos en este proceso el Decreto 919 de 1989 fue modificadopor el Decreto 146 de 2011y luego, derogado y sustituido por la Ley 1523 de 2012, mediante la cual se *“adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”.* La última disposición legal citada se sigue orientando por la regla de contratación bajo el sistema del derecho privado, en orden a enfrentar las situaciones de desastre debidamente declaradas con arreglo a la ley, sin perjuicio de la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, así:

    *“Artículo 66.**Medidas especiales de contratación. Salvo lo dispuesto para los contratos de empréstito interno y externo, los contratos que celebre la sociedad fiduciaria para la ejecución de los bienes, derechos e intereses del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo o los celebrados por las entidades ejecutoras que reciban recursos provenientes de este fondo o los celebrados por las entidades territoriales y sus fondos de gestión del riesgo, relacionados directamente con las actividades de respuesta, de rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en situación de desastre o calamidad pública, se someterán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, con sujeción al régimen especial dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, y podrán contemplar cláusulas excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993. Parágrafo. Los contratos celebrados por las entidades territoriales en virtud del artículo anterior se someterán al control fiscal dispuesto para los celebrados en el marco de la declaratoria de urgencia manifiesta contemplada en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Aunque la fijación del régimen de contratación mediante el Decreto 919 de 1989, en su momento, pudo presentar reparos, frente a la reserva de ley prevista en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, se puede considerar que el régimen exceptuado resultó amparado por la Ley 344 de 1996, la cual modificó la ejecución de los recursos, colocándolos, entonces, bajo la égida de la normativa de la fiduciaria. Para la época de los hechos (2001- 2004) la fiduciaria podía adelantar su contratación bajo el régimen exceptuado, propio de las fiduciarias públicas, organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, al amparo del estatuto orgánico del sistema financiero, todo ello de acuerdo con el supuesto según la cual la contratación por cuenta del patrimonio autónomo era una contratación derivada de un fideicomiso de *creación legal* y, por ello, se podía entender bajo el régimen de las operaciones propias del giro ordinario de las actividades asignadas por ley a la respectiva sociedad fiduciaria, esto es, el régimen de derecho privado.

    [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 40 y 41, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-24)
25. Artículo 1053 C.Co. [↑](#footnote-ref-25)
26. La Ley 80 de 1993 estableció como regla general la obligación de exigir garantía única de cumplimiento para los contratos sometidos al régimen general de la contratación de la administración pública, con el siguiente alcance:

    “Artículo 25.- *Del Principio de Economía.* En virtud de este principio: 

    *“(…)*

    *“19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.*

    *“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.*

    *“La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral****.***

    *“Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros. Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada”.* [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 103, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 53 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-28)
29. Artículo 1077 C.Co. Carga de la Prueba. *”Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

    *“El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.*

    Artículo 1080 C.Co. Plazo para el pago de la Indemnización e Intereses Moratorios. *“El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite,* ***aún extrajudicialmente****, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.*

    *“El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.*

    *“El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador”.* (La negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-29)
30. De acuerdo con el clausulado sobre el amparo de cumplimiento se dispuso “*ESTE AMPARO COMPRENDE LAS MULTAS Y LA CLÁUSULA PENAL”.* [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 24 de marzo de 2011, radicación: 25000-23260001997-03662 (19446), actor: Sociedad Industrias Famoc Depanel S.A., demandado: Nación colombiana - Contraloría General de la República, referencia: contractual –apelación sentencia–.

    “*En relación con la competencia resulta importante precisar que la Administración Pública, amparada en el privilegio de lo previo, no puede decidir de manera unilateral sobre sus potestades (las cuales sin duda constituyen atribución de competencia legal) porque desbordaría el principio que, de modo negativo, está consagrado en el artículo 84 del C.C.A., el cual dispone que los actos administrativos serán nulos ‘cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes’.*

    *“En este punto resulta importante recordar que la competencia de los funcionarios -al contrario de lo que ocurre con la capacidad de los particulares-, es de carácter excepcional y por ello requiere de consagración expresa, tal como preceptúan los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, según los cuales no puede existir competencia válida sin consagración legal, pues, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico están proscritas las competencias implícitas.*

    *“Al interior de la competencia establecida por la ley para la expedición de los actos administrativos opera el principio del privilegio de lo previo; se trata, pues, de una característica propia del acto administrativo unilateral que se deriva de la competencia legal y no de un principio que sirva de fuente de competencia administrativa en ausencia de la ley”.*

    En tratándose de los contratos que se regían por el Decreto 222 de 1883 y los que ahora se encuentran bajo el régimen de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007, la Sección Tercera ha sostenido la facultad oficiosa para declarar la nulidad de los actos, en caso de advertir su ilegalidad. A título de ejemplo se cita la siguiente providencia:

    ##### *“Lo anterior en razón a que: primero, la naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional o administrativa, exige un control de aquellos eventos en los cuales éstas se transgreden, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave de las distintas formas o clases de ilegalidad.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 15 de abril de 2010, radicación número: 76001-23-31-000-1995-01791-01(18292), actor: Empresa de Seguridad Vinpasex Limitada y Seguros Confianza S.A., demandado: Empresas Municipales de Cali -Emcali-, referencia: contractual; apelación sentencia. En el mismo sentido:Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de agosto 29 de 2007, proceso número: 850012331000030901 (15324), actor: Rubén Pérez Romero, demandado: Departamento de Casanare, referencia: contractual- apelación sentencia.

    [↑](#footnote-ref-31)
32. *“Artículo 170 C.C.A.  La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. Caben excepciones en las cuales el juez puede decidir más allá de las pretensiones, por ejemplo, para decretar la nulidad por objeto ilícito del contrato, cuando estuvo expuesta al debate probatorio en el proceso en el que se han vinculado todas las partes del respectivo contrato. [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 2 de diciembre de 2015, radicación: 47001233100020010066001(36285), actor: Consultores Constructores Asociados Limitada; demandado: departamento del Magdalena, referencia: contractual.

    *“La adecuación de la causa petendi a los conceptos jurídicos que son fuente de la responsabilidad en el caso de las controversias contractuales puede hacerse dentro de tres límites:* ***i)*** *el petitum de la demanda y el contenido de la apelación -si se trata de la interpretación en segunda instancia-; ii) el alcance de la acción contractual definido en la ley –en este caso en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo- y iii) la oportunidad en el ejercicio de la acción, esto es que no haya operado la caducidad respecto de los hechos que se adecúan a los conceptos jurídicos.*

    *“Para abrir paso a la debida aplicación del principio iura novit curia en segunda instancia, se requiere, además, verificar que el asunto que se reformula desde la óptica de un nuevo concepto jurídico, no entra en conflicto con el principio del debido proceso y el derecho de defensa. Por tanto, en este ejercicio de valoración del plenario frente a los conceptos jurídicos se debe tener en cuenta que los hechos litigiosos sobre los cuales versa la decisión tienen que haber sido objeto del debate probatorio y argumentativo, por manera que en su fijación no se exceda el marco legal de la acción contractual ni el ámbito de la contradicción sub lite”.*  [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 54, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folio 322, cuaderno principal segunda instancia. [↑](#footnote-ref-36)
37. La Resolución 20 de 2004, en su artículo segundo, resolvió declarar *“la ocurrencia de los siniestros correspondientes a los amparos pactados en la garantía constituida respecto del convenio No.(…) y en consecuencia, ordenar hacer efectiva la Póliza de seguros No (…) a través de la reclamación ante la mencionada compañía de seguros y/o sociedad aseguradora”.* [↑](#footnote-ref-37)
38. Folio 27, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-38)
39. Último inciso de la cláusula quinta del convenio, folio 42, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-39)
40. Folio18, cuaderno 2. El texto del acto administrativo copió las obligaciones pactadas en los numeros1, 2, 14, 20, 21 de la cláusula sexta del convenio, entre otras. [↑](#footnote-ref-40)
41. Folio 18, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-41)
42. Oficio obrante en los folios 108 a 113, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-42)
43. De acuerdo con la cláusula décima quinta del convenio, folio 152, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-43)
44. Informe obrante en los folios 114 a 121, cuaderno 1. debidamente suscrito por el doctor Carlos Felipe Mejía Mejía. [↑](#footnote-ref-44)
45. Folios 12 a 30, cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-45)
46. Folio 273, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-46)
47. Folio 275, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-47)
48. Folio 291, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-48)
49. Folio 289, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-49)
50. Folio 281, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-50)
51. Sin perjuicio del valor previsto como deducible, si lo hubiere. En el clausulado acreditado en este proceso, no se incorporó una cláusula de deducible. [↑](#footnote-ref-51)
52. Folio 103, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-52)
53. Folio 103, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-53)
54. Seguro de cumplimiento, amparo y riesgos cubiertos, entidades estatales,Concepto 2010016885-001 del 20 de abril de 2010. [↑](#footnote-ref-54)