

GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS ESTATALES – Finalidad – Ejecución oportuna – Cláusula de garantías

Las garantías en los contratos estatales a lo largo de los diferentes estatutos que han regido la materia, han tenido la connotación de ser obligatorias, toda vez que las debe otorgar todo particular que contrate con la administración pública para asegurar su ejecución oportuna y correcta y proteger patrimonialmente el interés público. Así que cualquiera que sea la legislación que se consulte, vale decir, el decreto ley 150 de 1976, el decreto ley 1670 de 1975 como la Ley 225 de 1938, todas exigían que se aseguraran las obligaciones derivadas de los contratos celebrados con la administración pública. De lo anterior se concluye que es la ley la que impone la exigencia al contratista de garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal y de ahí que sea obligatorio insertar la cláusula de garantías en los mismos, lo cual no tenía ninguna discusión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D. C, trece (13) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01203-01(23828)

Actor: SOCIEDAD LA NACIONAL COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA

Demandado: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P. TELECOM

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 3 de septiembre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "B".

"1. Niéganse las súplicas de la demanda.

"2. Sin condena en costas

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

En ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., **la Sociedad la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia.**, actuando por conducto de apoderado judicial en escrito fechado 21 de julio de 1995¹, presentó demanda en contra de **Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P. TELECOM**, a fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

DECLARACIONES

1.1.- *“Que es nula la resolución número 00300000-8321 del 27 de diciembre de 1993, mediante la cual Telecom, declaró el incumplimiento del contrato CVT 0037-92 celebrado con Beatriz Suárez Quintero, e impuso una sanción penal pecuniaria por valor de \$ 18.838.101.40, declaró ocurrido el riesgo amparado por la póliza de cumplimiento No 557024; declaró ocurrido el riesgo amparado por la póliza No 557022 de buen manejo y correcta inversión del anticipo hasta por la suma de \$ 23.546.799.33; ordenó a la contratista pagar el valor de la sanción penal pecuniaria o en su defecto que se le descontara de los saldos que resultaren a su favor y en ultimo que dicha suma fuere cancelada por la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., y ordenó la liquidación del contrato en los términos del Decreto 222 de 1983.*

1.2 *“Que es nula la resolución No 00300000-373 del 14 de abril de 1994 mediante la cual Telecom, resolvió desfavorablemente el recurso interpuesto por la contratista Beatriz Suárez Quintero contra la resolución No 00300000-8321 del 27 de diciembre de 1993.*

1.3. *“Que es nula la resolución 00300000-704 de fecha 28 de julio de 1994, mediante la cual Telecom declara la ocurrencia del hecho amparado por la póliza de salarios y prestaciones sociales NO 557023 y ordena hacer efectiva la póliza citada en cuantía de \$ 4.709.525.35.*

¹ Fls 2 a 12. C. 1.

1.4 *“Que es nula la resolución No 00300000-853 del 24 de agosto de 1994 mediante la cual Telecom resuelve adoptar y tener por firme liquidación del contrato de CVT 0037-92.*

1.5 *“Que es nula la resolución No 00300000-1077 del 23 de Noviembre de 1994, mediante la cual Telecom resuelve confirmar en todas sus partes la resolución 00300000-853 del 29 de agosto de 1994, teniendo en cuenta que los recursos presentados por la Nacional de Seguros.*

CONDENAS

“1.- Que se condene a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones “Telecom” a reintegrarle a La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. las sumas que ilegalmente se vio obligada a pagarle, por concepto de las pólizas de seguros a que se han hecho mención en el curso de esta demanda. Además mi representada afronta en este momento Proceso Ejecutivo por Jurisdicción Coactiva, abiertamente ilegal, pues lo adelanta Telecom por conducto de su propias división de Ejecuciones Fiscales, desconociendo la ley 80 de 1993.

2.- Que se condene a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones “Telecom” a reintegrarle a La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., los intereses comerciales moratorios de que trata el artículo 884 de del código de comercio, causados desde la fecha en que los pagos se hubiesen realizado , hasta la fecha en que se abonen a mi mandante.

3.- Que se condene a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones “Telecom” a pagarle a la compañía de seguros que represento los valores causados por los perjuicios ocasionados como consecuencia del cobro de las sumas a que hace referencia en esta demanda y que pretende “Telecom” y que corresponden a costos por reservas para pagos de siniestros, costas del proceso, pólizas, gastos general etc., daños a la imagen comerciales y demás perjuicios derivados de la actuación ilegal de la entidad demandada, perjuicios que se estiman en por lo menos veinticinco millones de pesos mcte (\$25.000.000).

4.- Que se condene a la entidad demandada a cancelar a favor de La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., los correspondientes valores

sobre las anteriores sumas, por concepto de ajustes al valor de la moneda, por la desvalorización, de conformidad con las certificaciones que para el efecto expida el Banco de la Republica y el Dane, todo cuantificado hasta el momento en que el pago se produzca.

5.- Que se dé estricta aplicación al artículo 90 de la Constitución Nacional, frente a la responsabilidad patrimonial del estado, que en la presente demanda se concreta por la acción o la omisión de los funcionarios de Telecom.

6. A la sentencia que le ponga fin al presente proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del código contencioso administrativo (folios 2 y 3 c.1)”

2. HECHOS.

La parte actora soportó su demanda en los hechos que a continuación sintetizan:

2.1. El 22 de diciembre de 1992 se expidió la resolución 00500000-12340, a través de la cual Telecom adjudica la Licitación Pública Nacional No 116 de 1992 a la señora Beatriz Suárez Quintero, y como consecuencia de ello celebraron el contrato número CVT 0037-92, cuyo objeto era la construcción de los edificios de propiedad de la entidad contratante en Gachalá y Gama, Cundinamarca por el sistema de precios unitarios con reajuste.

2.2. La contratista constituyó a favor de Telecom las garantías expedidas por La Nacional de Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., así: (i) la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades oficiales No 557022 para garantizar el buen manejo y correcta inversión del anticipo, (ii) la póliza de seguro de cumplimiento a favor de las entidades oficiales No 557024, para garantizar el cumplimiento general del contrato, pago de la cláusula penal y las multas y (iii) la n° 557023 para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales.

2.3. Que Telecom le endilga responsabilidad a la contratista sin haber apreciado o tenido en cuenta las situaciones constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito que le impidieron cumplir con el contrato y que de conformidad con las condiciones generales del contrato de seguro los riesgos asumidos no operan en este caso.

2.4. La señora Beatriz Suarez Quintero le propuso a Telecom la cesión del contrato, y fue así como efectivamente se suscribió un contrato de cesión el 19 de octubre de 1993, con el Señor Ricardo Godoy Arteaga, el cual no se perfeccionó por la ausencia de prórroga de las garantías; sin embargo a la demandante no se le notificó que el contrato iba a ser cedido, habiéndose agravado el riesgo y negándole asumir la terminación del mismo.

2.5. Que Telecom desconoció la cláusula relativa a la caducidad del contrato, pues del incumplimiento de la contratista se derivan consecuencias que hacían imposible la ejecución del contrato o que le estaban causando perjuicios a la entidad, circunstancias que obligaban a Telecom, a decretar la caducidad y no el incumplimiento. Además la liquidación del contrato se hizo en forma extemporánea pues no se realizó en los cuatro meses siguientes a la fecha de terminación del contrato, sino que se efectuó casi un año después de la declaratoria de incumplimiento.

2.6. Finalmente con la expedición de la resolución que adoptó unilateralmente la liquidación del contrato, se violó el derecho de defensa y al debido proceso de la aseguradora ya que no se le permitió controvertir el acta de liquidación, por no habersele citado previamente.

3.- Actuación Procesal.

3.1.- Mediante auto de 8 de agosto de 1995², el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera admitió la demanda y dispuso la notificación personal al representante legal de Telecom, al Agente del Ministerio Público; y ordenó integrar el litisconsorcio necesario vinculando al proceso de la señora

² FI 15. C. 1.

Beatriz Suarez Quintero., ordenó la fijación en lista y reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

3.2.- Por auto de fecha 7 de marzo de 1997³, se abre el periodo probatorio y por auto fechado 25 de octubre de 2000⁴, se ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.2.1.- La parte demandante en escrito presentado el día 21 de noviembre de 2000⁵, alega de conclusión relatando los antecedentes del proceso y afirma que, “*(...) puede observarse fácilmente del contrato y de las resoluciones que el plazo del contrato tanto para la ejecución como para su vigencia era el 20 de octubre de 1993, pero sin embargo la resolución que declara el incumplimiento es del 27 de diciembre de 1993 habiéndose declarado el incumplimiento cuando estaba pactada la caducidad, cuando existía la obligación legal y contractual para declararla. (...).*”

3.2.2.- La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

4. Contestación de la demanda.

Oportunamente la representante Legal de Telecom, mediante apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de sustento factico y legal, en consideración a ello planteó las siguientes excepciones: a) legalidad de los actos administrativos y b) las que resultaren probadas en el proceso

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección “B” en sentencia proferida el 3 de septiembre de 2002⁶, negó las pretensiones de la demanda.

El a quo, luego de relatar los antecedentes del proceso, de analizar el material probatorio existente en el proceso concluye diciendo que “*(...) la empresa*

³ FI 66. C. 1.

⁴ FI 141, ib.

⁵ Fls 170 a 197, ib.

⁶ Fls 207 a 227, C. 2ª instancia.

demandada no desconoció ningún derecho a la aseguradora por cuanto no estaba obligada por virtud de la ley a convocarla a la liquidación, máxime si se tiene en cuenta que la resolución que adoptó la liquidación del contrato le fue posteriormente notificada y contra ella pudo interponer los recursos de ley, como en efecto así lo hizo.

“(...) la contratista no probó que estuviera impedida por un hecho imprevisible e irresistible, para seguir adelante con las obras, simplemente se limitó a expresarlo (octubre de 1993) muy tardíamente y faltando solo un día para vencer el término de entrega de las obras a que se había comprometido (octubre 20 de 1993) y por otra parte a pesar de que se hubiera acreditado esa fuerza mayor o caso fortuito de que habla la accionante, no la relevaba de su obligación de dar cuenta, a través de cualquier medio del manejo del dinero recibido como anticipo (...).”

“En lo que tiene que ver con la posibilidad de declarar la caducidad, la administración podía hacer uso de dicha facultad hasta el vencimiento del plazo del contrato, pero una vez vencido el mismo solo podía declarar el incumplimiento y hacer efectiva la garantía como en efecto sucedió en este caso.

6.- El recurso de apelación.

El día 15 de enero de 2005, la parte demandante sustenta el recurso de apelación⁷, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

El apoderado de la parte actora sustenta el recurso de apelación, relatando los antecedentes del proceso y reiterando que *“(...) Telecom desconoció la cláusula relativa a la caducidad dl contrato, pues si era tan cierto que del incumplimiento del contratista se derivaban consecuencias que hacían imposible la ejecución del contrato o le estaba causando perjuicios a la entidad, dichas circunstancias obligaban a Telecom, a declarar la caducidad del contrato y no el incumplimiento. Pero por negligencia, dejó vencer el pazo del contrato, y con el solo propósito de cobrarle a la Aseguradora, procede a declarar el incumplimiento por fuera del vencimiento del contrato, a sabiendas que después de vencido aquel no tenía posibilidad alguna de decretar la caducidad (...).*

⁷ Fls 202 a 206 C. 2ª instancia.

7. Actuación en segunda instancia.

7.1. El recurso fue admitido el 7 de Marzo de 2003⁸ y luego por auto de 31 de marzo del mismo año, se ordenó el traslado para alegar⁹, término dentro del cual la parte actora alegó de conclusión¹⁰ reiterando lo manifestado en la sustentación del recurso de apelación.

La parte demandada mediante apoderado presenta alegatos de conclusión¹¹ reiterando que “(...) referente a los fundamentos de derecho en lo relativo a la fuerza mayor o caso fortuito no se probó en el caso particular la ocurrencia del hecho alegado, la sola afirmación del contratista no lo exime de la carga probatoria y tampoco es eximido de pruebas, más para el caso en particular (...).

8.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia del tribunal a quo, para lo cual examinará los siguientes aspectos: 8.1. Competencia; 8.2. Hechos probados; 8.3. Los cargos de nulidad formulados al acto que declaró el incumplimiento del contrato y caso concreto.

8.1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la Sentencia de Primera instancia, toda vez que el valor de las pretensiones se estimó en la suma de \$ 25'000.000.00 y la cuantía que se requería para la época de presentación de la demanda -21 de julio de 1995 – para que el asunto fuera susceptible del recurso de apelación, era de \$ 9.610.000.00

8.2. Hechos probados

Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al proceso, se acreditan los siguientes hechos, relevantes para la Litis:

⁸ FI 208, ib.

⁹ FI 316, ib.

¹⁰ FI 214 a 215, ib.

¹¹ 212 a 213, ib.

8.2.1. El 24 de diciembre de 1992 entre Telecom y la señora Beatriz Suárez Quintero se celebró el contrato CVT -0037 -92, cuyo objeto fue la ejecución por parte de la contratista, por su cuenta y cargo y por el sistema de precios unitarios con reajuste de las obras relacionadas con las construcciones de los edificios de Telecom en Gachalá y Gama Cundinamarca, contrato éste que se perfeccionó el 5 de febrero de 1993, señalándose como valor estimado del contrato la suma de \$ 94.190.507,00 ...”.

En la cláusula quinta del contrato se estableció “Plazo de entrega y recibo de la obra”, indicándose que el contratista debería entregar la obra objeto del presente contrato totalmente terminada a satisfacción de Telecom dentro de los seis (6) meses contados a partir de la fecha de entrega del anticipo, hecho ocurrido el 20 de abril de 1993, según consta en el acta n° 1 de iniciación de la obra.

En el acta de iniciación de obra suscrita el 23 de abril de 1993 se dejó constancia que la fecha de iniciación del plazo contractual es la misma del pago del anticipo a la contratista (Abril 20 de 1993).

En este orden de ideas, la contratista debía concluir las obras como máximo el 20 de octubre de 1993¹².

8.2.2. Mediante resolución n° 003000008231 del 27 de diciembre de 1993, el Vicepresidente Administrativo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones declaró el incumplimiento del contrato y ordenó imponer a título de sanción penal pecuniaria a la Contratista, la suma de \$ 18.838.101.40, la cual equivale al 20% del valor estimado del contrato CVT – 0037-37, suma que se considera como pago parcial pero definitivos de los perjuicios causados a Telecom en virtud del incumplimiento contractual y se declararon las ocurrencias de los riesgos amparados por las pólizas 557024 y 557022 expedidas por la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A y se ordenó la liquidación del contrato CVT 0037-92, en los términos del Decreto 222 de 1983, la cual fue notificada el 14 de enero de 1994 a la apoderada de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A ¹³; sanción que fue confirmada en la resolución No. 00300000 – 373 de 14 de abril de 1994 y notificada el 2 de mayo de 1994 a la apoderada de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A ¹⁴.

¹² Fotocopias autenticadas de documentos públicos, fls 2 a 15, C.2, fls 9 a 16 C. 4, fls 140 y 141, ib.

¹³ Fotocopias autenticadas de documentos públicos, fls 22 a 33. c. 2.

¹⁴ Fotocopias autenticadas de documentos públicos, fls 34 a 40, ib.

8.2.3. Resolución n° 00300000 704 – del 28 de julio de 1994, expedida por el Vicepresidente Administrativo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, por medio de la cual declara el riesgo amparado por la póliza n° 557023 (Póliza de salarios y prestaciones sociales) expedida por la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A y notificada el 9 de agosto de 1994 a la apoderada de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A ¹⁵.

8.2.4. Resolución n° 000300000 853 – del 29 de agosto de 1994, expedida por el Vicepresidente Administrativo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, por medio de la cual se adopta unilateralmente la liquidación del contrato CVT - 0037-92 y notificada el 6 de octubre de 1994 a la apoderada de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.¹⁶

8.2.5. Resolución n° 000300000 1077 – del 23 de noviembre de 1994, expedida por el Vicepresidente Administrativo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, por medio de la cual se confirma la Resolución n° 000300000 853 – del 29 de agosto de 1994 y notificada el 5 de diciembre de 1994 a la apoderada de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.¹⁷.

8.2.6. Copias auténticas de las pólizas de cumplimiento números 557022, 557024 y 557023 expedidas por la Compañía de Seguros Generales de Colombia, para garantizar el buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato CVT -0037-92 y para garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal contratado¹⁸.

8.2.7. Copia auténtica del documento público que contiene el acta de liquidación final del contrato CVT-0037 -92, suscrita el 28 de mayo de 1994¹⁹.

8.3. Los cargos de nulidad formulados al acto que declaró el incumplimiento del contrato y caso concreto

Son tres los cargos que hace la parte actora a la decisión del Vicepresidente Administrativo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones –Telecom- de declarar el incumplimiento del contrato: (i) La violación de los artículos 2, 29 y 90 de la C.P y artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto no

¹⁵ Fotocopias autenticadas de documentos públicos, fls 41 a 46, ib.

¹⁶ Fotocopias autenticadas de documentos públicos, fls 47 a 50, ib.

¹⁷ Fotocopias autenticadas de documentos públicos, fls 57 a 61, ib.

¹⁸ Fotocopias autenticadas documentos privados, fls 1 a 8 y 18 a 23. C. 4.

¹⁹ Fls 51 a 54. C. 2.

se le dio a la aseguradora la oportunidad de “ controvertir la liquidación del contrato;” (ii) falsa motivación de las mismas, porque a pesar de que se reconoció por la administración que la contratista no pudo seguir ejecutando el contrato por fuerza mayor o caso fortuito, se le sancionó por un incumplimiento del cual no es responsable y (iii) infracción de los artículos 1060 y 1088 del Código de Comercio, en cuanto que este último establece que “...los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”; y la decisión que debió adoptarse era la declaratoria de caducidad del contrato para que la aseguradora hubiera podido asumir la terminación del contrato, además de que la entidad estaba obligada a informarle a la misma el incumplimiento de la citada arquitecta.

Para responder al primer cargo formulado, y precisar si al expedirse el acto administrativo por medio del cual se declaró el incumplimiento del contrato por parte del Vicepresidente Administrativo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones –Telecom-, se incurrió en la violación de los artículos 2, 29 y 90 de la C.P y artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto no se le dio a la aseguradora la oportunidad de “ controvertir la liquidación del contrato; es necesario formularnos el siguiente interrogante: ¿Se le dio oportunidad a la aseguradora de controvertir la liquidación del contrato? La respuesta es positiva. Es evidente que el principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política -artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Dispone la norma:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”²⁰ (Negrillas fuera del texto)

Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que él es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado.²¹

Teniendo en cuenta que los servidores públicos deben adelantar sus funciones con observancia del ordenamiento jurídico, esta obligación se predica, igualmente, frente al desarrollo de la actividad contractual del Estado, pues para la consecución de los distintos fines dispuestos por la Constitución, es necesario que las conductas públicas se adecuen y ejerzan obedeciendo la ley, esto es, respetando las competencias definidas por la normatividad.

Obsérvese cómo el “principio de legalidad” -es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta -es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

²⁰ Respecto al artículo 29 de la Constitución Política, en lo referente al principio de legalidad, la Corte Constitucional ha expuesto: “Esta disposición consagra el principio de legalidad en materia sancionatoria, expresado en la doctrina jurídica con el aforismo latino ‘*nullum crimen nulla poena sine lege*’, que constituye parte integrante del principio del debido proceso **y en virtud del cual tanto las conductas ilícitas como las sanciones correspondientes deben estar determinadas en ley anterior a la ocurrencia de los hechos respectivos.**” (Negrillas fuera del texto) (Corte Constitucional. Sentencia C-124 de 2003.)

²¹ Se debe indicar, además, que cualquier actuación de orden administrativo debe estar regulada, previamente, en el ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el artículo 121 de la Constitución Política:

“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.”

Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.

En este caso no hay duda que el referido principio de legalidad se cumplió a cabalidad en este caso, pues basta observar los distintos requerimientos e informes suscritos por el interventor del contrato CVT-0037/92, dirigidos al Director de la Oficina Jurídica de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, en donde solicita la aplicación de sanciones a la contratista al detectarse desfases y retraso en la ejecución de la obra, situación que igualmente le es comunicada oportunamente a la Compañía de Seguros;²² al igual que las distintas resoluciones relacionadas en los numerales 8.2.2. a 8.2.5 de este escrito, para advertir que todas y cada una de ellas, fueron notificadas, en debida forma, a la Sociedad La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia.

Si bien es cierto que la compañía aseguradora, no fue parte en el contrato CVT-0037-97 suscrito entre Telecom y la señora Beatriz Suárez Quintero, es evidente que aquella expidió las pólizas de cumplimiento números 557022, 557024 y 557023, con las cuales se avaló y se adquirió el compromiso de respaldar la obligación de la contratista en el evento de que éste la incumpliera, lo que efectivamente ocurrió.

Con esos documentos públicos que aparecen relacionados en los numerales 8.2.2. a 8.2.5 de esta sentencia, lo cuales además no fueron tachados de falsos, se define que la aseguradora “Compañía de Seguros Generales de Colombia” sí fue notificada de las referidas resoluciones. Esto sirve para concluir que el examen y estudio hecho en este punto por el a quo fue acertado, es decir que sí se le notificó al asegurador no sólo el acto que declaró el incumplimiento del contrato, sino además el acto administrativo que ordenó la liquidación del contrato

²² Fls 149 a 152. C. pruebas n° 2.

y el de la ocurrencia de los riesgos amparados en la pólizas 557022, 507023 y 507024, que garantizaban el contrato mencionado. Tanto así, que la compañía aseguradora interpuso los recursos que al efecto consagra la ley.

Además de lo dicho, el cargo tampoco estaría llamado a prosperar, porque la afirmación que hace la parte actora para fundamentar el cargo, al decir que “se incurrió en la violación de los artículos 2, 29 y 90 de la C.P y artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto no se le dio a la aseguradora la oportunidad de “controvertir la liquidación del contrato”, no se ajusta a las normas legales.

En efecto: el decreto ley 222 de 1983, que era el régimen al que se hallaba sujeto el contrato CVT-0037-92, por haberse celebrado aquel el 24 de diciembre de 1992, en lo referente a las garantías que debían acompañar al contrato administrativo para garantizar el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, estableció en los artículos 25. Literal. d, 48, 58, 60, 67 a 70 su estipulación forzosa y su constitución como requisito para el perfeccionamiento, los tipos de riesgos que se hacía obligatorio cubrir (cumplimiento del contrato, el manejo y buena inversión del anticipo, la estabilidad de la obra o calidad del servicio, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal; el correcto funcionamiento de los equipos a suministrar o instalar) y dejó en manos de la Contraloría General de la República la reglamentación de las mismas (art. 69), la cual fue adoptada por medio de la resolución 10500 de 5 de marzo de 1984.

Dicha reglamentación señalaba que se entendía causado el siniestro “con la ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se declarara la ocurrencia del riesgo que cubre el seguro” (art. 2º, estipulación sexta, ord. 3º)

Las garantías en los contratos estatales a lo largo de los diferentes estatutos que han regido la materia, han tenido la connotación de ser obligatorias, toda vez que las debe otorgar todo particular que contrate con la administración pública para asegurar su ejecución oportuna y correcta y proteger patrimonialmente el interés público. Así que cualquiera que sea la legislación que se consulte, vale decir, el decreto ley 150 de 1976, el decreto ley 1670 de 1975 como la Ley 225 de 1938, todas exigían que se aseguraran las obligaciones derivadas de los contratos celebrados con la administración pública.

De lo anterior se concluye que es la ley la que impone la exigencia al contratista de garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal y de ahí que sea obligatorio insertar la cláusula de garantías en los mismos²³, lo cual no tenía ninguna discusión.

Tampoco es discutible que la reglamentación del organismo fiscalizador, el cual para entonces era el competente para fijar las reglas en la materia de los seguros para las entidades estatales, señalaba que la entidad pública debía declarar el siniestro a través de la expedición de un acto administrativo. Vieja práctica que hoy conservan las condiciones generales de la garantía única que expiden las aseguradoras en cumplimiento de la ley 80 de 1993”.

Igualmente se encuentran importantes pronunciamientos jurisprudenciales que desde el año de 1998 ya habían definido con claridad que la configuración del siniestro no dependía exclusivamente de la ocurrencia meramente fáctica de los hechos o riesgos asegurados, sino que, para la constitución del mismo, resultaba indispensable la expedición del correspondiente acto administrativo respecto del cual, como resulta apenas natural, debía poder predicarse su ejecutoria:

“b) Frente a los riesgos del contrato administrativo, amparados por el de seguro que se le incorpora, el siniestro se configura legalmente mediante un acto administrativo que declare su ocurrencia; el solo aspecto fáctico no es suficiente para su estructuración”²⁴.

Lo antes expuesto da a entender, sin lugar a la menor hesitación, que el acto administrativo que declare la ocurrencia de los hechos constitutivos del riesgo es **constitutivo** del respectivo siniestro, lo que conduce a que la entidad pública, no está en el deber de formular reclamación ante la Aseguradora, ni mucho menos que ésta intervenga en la etapa liquidatoria del contrato, puesto que la única obligación de la Administración era que se surtiera la notificación a aquella del acto administrativo que declaró el incumplimiento, tal como aconteció en este caso.

²³ “El artículo 68 del decreto-ley 222 de 1983 hacía de las garantías una cláusula presunta en tanto la falta de estipulación no liberaba al contratista de la obligación de constituir las”.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de marzo 9 de 1998. Expediente número 4913 (180). Magistrado Ponente, doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.

Es decir, que el reparo que hace la compañía aseguradora carece de fundamento, porque al no ser parte dentro del contrato CVT -0037-92, no era necesario que aquella estuviese presente al momento de suscribir la liquidación del contrato. Lo anterior encuentra sustento en el artículo 288 del Decreto Ley 222 de 1983, el cual establecía de manera perentoria las personas que debían efectuar la liquidación del contrato, sin que en ellas se incluyese a la Compañía aseguradora que otorga las pólizas de garantías.

Disponía la citada disposición: *“Artículo 288. De las personas que deben efectuar la liquidación. Cuando a ello hubiere lugar, deberán liquidar los contratos el jefe de la entidad contratante, o quien él encargue por resolución; el contratista y en el evento de que éste se negare, el interventor o quien haga sus veces...”*.

El otro cargo que se formula es la falsa motivación de los actos administrativos, porque a pesar de que se reconoció por la administración que la contratista no pudo seguir ejecutando el contrato por fuerza mayor o caso fortuito, se le sancionó por un incumplimiento del cual no es responsable.

Tampoco está llamado a prosperar en razón a que no pasa de ser una mera conjetura, sin ningún respaldo probatorio dentro del expediente. Es una verdad incontrastable que la fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista. La fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato. En este contexto, entiende la Sala que para que se configure la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad contractual, en los términos del art. 1, de la ley 95 de 1890, es necesario que se trate de "... el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

De manera que la irresistibilidad y la imprevisibilidad del fenómeno, definen su configuración, exigencias a las cuales se debe agregar el hecho de que éste no resulte imputable a una de las partes del contrato, aspectos que se deben analizar

en cada caso concreto. También resulta importante anotar que las causas constitutivas de la fuerza mayor bien pueden provenir de la naturaleza o de un hecho del hombre; lo importante es que cualquiera de ellos reúna las tres exigencias que se acaban de mencionar.²⁵

Para la Sala lo anterior no está probado en este proceso. Lo que sí está probado dentro del expediente, es que la declaratoria de incumplimiento del contrato obedeció a la información suministrada por el interventor, según se desprende de: los distintos requerimientos hechos por aquel a la contratista en los oficios números 00361000-742 del 13 de agosto de 1993, 00361000-01001 del 14 de octubre de 1993, 00361000-1067-93, en los que se le exige la presentación de un informe sobre el manejo del anticipo que le fue entregado, por valor de \$ 23.546.799.93, así como se le exige la presentación de los extractos bancarios mensuales que den cuenta del manejo del referido anticipo, dando un informe detallado y con soportes de su buen uso o en su defecto certifique su existencia en bancos, requerimientos que no fueron atendidos.

Igualmente la contratista Beatriz Suárez Quintero se comprometió a entregar las obras totalmente terminadas a entera satisfacción de Telecom, dentro de los seis (6) meses siguientes contados a partir de la entrega del anticipo, hecho ocurrido el 20 de abril de 1993, según consta en el acta n° 1 de iniciación de obra, sin embargo el plazo para la entrega y ejecución total de la obra, venció el 20 de octubre del mismo año, sin que la misma se hubiese efectuado.

Los hechos narrados lo que denotan es la falta de diligencia y cuidado, por parte del contratista, para cumplir con sus compromisos contractuales. En este orden de ideas, las circunstancias alegadas no constituyen un hecho extraño a la contratista con capacidad para liberarla de responsabilidad; no basta, para ello, con la ocurrencia de un fenómeno que dé al traste con la posibilidad de cumplir las obligaciones adquiridas en un negocio jurídico, incluso si el mismo no es imputable a las partes del contrato, es necesario que dicho fenómeno reúna las características que configuran la fuerza mayor o caso fortuito. En el presente caso, el proceso carece de pruebas adicionales que permitan a la Sala llegar a

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, Radicación 14781

conclusiones distintas. No hay una sola prueba dentro del expediente, que lleven a la Sala a concluir que en este evento se esté en presencia de hechos imprevisibles e irresistibles, que hubiesen dado lugar al incumplimiento del contrato por parte de la contratista Beatriz Suárez Quintero.

Tal como lo expuso el a quo, la contratista no probó que estuviera impedida por un hecho imprevisible e irresistible, para seguir adelante con el objeto del contrato, simplemente se limitó a afirmarlo y tardíamente, porque sólo lo expresa faltando un día para que venciera el plazo de entrega de las obras, por lo cual tampoco prospera el cargo.

Finalmente como tercer cargo se alega la infracción de los artículos 1060 y 1088 del Código de Comercio, en cuanto que este último establece que "...los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento"; y la decisión que debió adoptarse era la declaratoria de caducidad del contrato para que la aseguradora hubiera podido asumir la terminación del contrato, además de que la entidad estaba obligada a informarle a la misma el incumplimiento de la citada arquitecta, tampoco está llamada a prosperar el cargo, porque tal como lo entendió el juzgador de instancia, "en lo que tiene que ver con la posibilidad de declarar la caducidad, la administración podía hacer uso de dicha facultad hasta el vencimiento del plazo del contrato, pero una vez vencido el mismo solo podía declarar el incumplimiento y hacer efectiva la garantía como en efecto sucedió en este caso"

Por ello, fenecido el plazo o realizado el objeto contractual, se extingue el contrato y con él la facultad de la administración de darlo por terminado en ejercicio de la potestad exorbitante (caducidad del contrato), al margen del incumplimiento contractual²⁶.

Pues bien, en los contratos de obra pública, de suministro o prestación de servicios, por ejemplo, en los cuales la nota de tracto sucesivo se ve clara, la administración podrá declarar el incumplimiento del contratista luego de que haya vencido el plazo contractual, sin que éste haya ejecutado la totalidad de la obra, entregado todos los bienes o prestado el servicio convenido, como medida obligada para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

²⁶ Esta conclusión es posteriormente reafirmada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 al disponer que la declaratoria de caducidad sólo procede por hechos constitutivos de incumplimiento del contratista que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato.

En conclusión, cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento.

Siguiendo las anteriores orientaciones, el último cargo de nulidad que se le imputa a los actos administrativos demandados, no tiene vocación de prosperidad, si se tiene en cuenta que pese a que el contrato objeto de la presente litis venció el 20 de octubre de 1993 y la administración declaró el incumplimiento el 27 de diciembre siguiente, para esa fecha ya no procedía la caducidad – como lo afirma el demandante – sino el incumplimiento, razón por la cual la administración sí estaba facultada para declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las garantías respectivas, tal como aquí se dispuso.

Como se puede observar, la razón de la decisión de la administración la constituye el hecho del contratista no haber terminado todas las obras para la fecha del vencimiento del plazo del contrato, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “B” el 3 de septiembre de 2002, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ