

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Contrato de compraventa – Bienes muebles – Incumplimiento del pago – Compraventa de repuestos – Clausula penal pecuniaria – Efectividad – Entidad estatal – Aplicación – Sentencia – Aplicación – Extinta

Observa la Sala que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, se extinguió de la vida jurídica el 31 de enero de 2006 [plazo fijado por el artículo 2 del Decreto 1615 de 2003, modificado por el artículo 1 del Decreto 1915 de 2005 y por el artículo 1 del Decreto 1915 de 2005], como consecuencia de haberse declarado el cierre del proceso liquidatorio de la entidad, previa suscripción del acta final de liquidación, la cual fue publicada en el Diario Oficial No. 46.168 del 31 de enero.

Dada la extinción jurídica de TELECOM y de sus Telesociadas [liquidadas también mediante Decretos 1604 al 1614 y 1773 de 2003], en virtud de lo dispuesto en el numeral 12.29 del artículo 12 del Decreto 1615 de 2003 [adicionado por el artículo 3 del Decreto 4781 de 2005] la Fiduciaria La Previsora, actuando como liquidadora de éstas [artículo 10 ibídem], constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes de TELECOM - PAR, mediante contrato de fiducia mercantil celebrado con el Consorcio Remanentes Telecom conformado por Fiduagraria S.A., y Fiduciaria Popular S.A., entre cuyos objetivos se encuentran los siguientes: i) administrar y enajenar los activos no afectos a la prestación del servicio; ii) administrar, conservar, custodiar y transferir los archivos; iii) atender las obligaciones remanentes y contingentes, entre las cuales se encuentran los procesos judiciales, arbitrales o reclamaciones en curso notificados personalmente al liquidador con anterioridad a la terminación de los procesos liquidatorios.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02446-01(22713)

Actor: SOCIEDAD ELECTROEQUIPOS CASTRO VARELA LTDA

Demandado: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia del 21 de marzo de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

La sociedad ELECTROEQUIPOS CASTRO VARELA LTDA., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, el día 31 de mayo de 1996 presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda ordinaria en ejercicio de la Acción Contractual en contra de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES –TELECOM-. En el escrito de la demanda planteó las siguientes pretensiones¹:

“PRIMERA: Que son nulas las Resoluciones Nos. 0422 y 0551 de 1995 y 0064 de 1996 expedidas por **TELECOM**, mediante las cuales se declaró y confirmó el incumplimiento del contrato de compraventa No. C-0107-92 celebrado con **ELECTROEQUIPOS CASTRO VARELA LTDA.**, en adelante **EL VENDEDOR**.

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, y para restablecer el derecho del **VENDEDOR**, ni éste ni su garante están obligados a cancelar el valor de las sanciones pecuniarias impuestas por **TELECOM** en las Resoluciones anuladas; y que si **TELECOM** lo recauda forzosamente, deberá devolverlo junto con intereses comerciales moratorios, a la tasa máxima permitida por la ley, desde la fecha del recaudo forzado, hasta cuando la devolución se realice.

“TERCERA: Que **TELECOM** incumplió el contrato de compraventa C-0170-92 por los siguientes motivos:

a) Por haber impuesto al **VENDEDOR** sanciones ilegales e injustas.

b) Por no haber pagado al **VENDEDOR** el saldo del precio del contrato, por valor de US\$11.702,60 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica

“CUARTA: Que como consecuencia de la declaración anterior, **TELECOM** debe pagar al **VENDEDOR** la indemnización, consistente en:

a) El valor de la cláusula penal estipulada en la cláusula décima quinta del contrato No.C-0107-92. Este valor es del 20% del valor del contrato (US\$65.199,40 dólares) de los Estados Unidos de Norteamérica más \$139.491,40 pesos colombianos. En caso de que legalmente no fuere posible pagar en dólares, solicito que estos se paguen en pesos colombianos a la tasa vigente del mercado para la fecha del pago y los \$139.491,40 pesos colombianos, en valores actuales o sea con corrección monetaria.

b) El saldo del precio del contrato que es de US\$11.702,60 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, más intereses comerciales moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, desde el 13 de octubre de 1994 hasta cuando el pago se realice.

“QUINTA: Que **TELECOM** debe pagar las costas del proceso.”

2. Hechos.

En su escrito de demanda el actor narró los siguientes hechos:

“1) **TELECOM** y **EL VENDEDOR** celebraron el 28 de Diciembre de 1992 el contrato No. C-0107 para la compraventa de repuestos, por valor de US\$325.997,03 dólares más \$697.457,00 pesos colombianos.

“2) El plazo del contrato fue establecido por **TELECOM**, según oficio No. 00443000-214 de Julio 20 de 1994, hasta el 31 de Agosto de 1994.

“3) **EL VENDEDOR** entregó a **TELECOM** los repuestos objeto de la compraventa así:

¹ Folios 4 a 9 del cuaderno No. 2.

a) El 30 de Marzo de 1994	=	el 74.12%
b) El 26 de Julio de 1994	=	el 12.14%
c) El 12 de Octubre de 1994	=	el 1.37%
d) El 4 de Enero de 1995	=	el 8.77%
e) El 12 de Abril de 1995	=	el 3.60%

Los repuestos fueron recibidos por **TELECOM** sin protesta o inconformidad alguna.

“4. **TELECOM** no pagó al **VENDEDOR** la totalidad del precio pactado en el contrato. Desde el 13 de Octubre de 1994 le adeuda US\$11.702,60 dólares correspondientes a la factura No. 0442.

“5. Nueve (9) meses después de haberse vencido el plazo del contrato, **TELECOM** declaró su incumplimiento por Resolución No. 442 de 1995, la cual modificó por Resolución No. 551 de 1995. Recurridas éstas oportunamente, **TELECOM** las confirmó ocho (8) meses después por Resolución No. 0064 de 1996. En estas Resoluciones **TELECOM** exige el valor del total de la cláusula penal.”

3. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante afirmó que se vulneraron los artículos 6, 113, 122 y 128 de la Constitución Política; los artículos 1602, 1603, 1928, 1929 y 1930 del Código Civil; el artículo 871 del Código de Comercio y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto a los preceptos de la Constitución Política que consideró vulnerados, señaló, en síntesis, que los funcionarios públicos solo pueden hacer lo que está permitido por la ley, en razón de lo cual manifestó que no existe norma alguna que autorice a una entidad estatal para declarar el incumplimiento de un contrato de compraventa meses después de haber recibido el producto de la compraventa, así como de apropiarse del precio y decretar el pago de la cláusula penal como si el contrato se hubiera incumplido totalmente. Además, señaló que el presunto incumplimiento del contratista y la ponderación del perjuicio, ha debido ser conocido y resuelto por la jurisdicción, toda vez que la rama ejecutiva no puede convertirse en juez como lo hizo **TELECOM**.

Respecto de los preceptos violados del Código Civil y del Código Comercio, manifestó, en síntesis, que como el contrato es ley para las partes debe celebrarse y ejecutarse de buena fe. Por tanto, **TELECOM** debía pagar el precio pactado en el contrato –no lo hizo-, toda vez que el objeto de la compraventa se entregó a éste.

En relación con el precepto violado del Código Contencioso Administrativo, solo indicó que “*si las resoluciones impugnadas fueron expedidas irregularmente, con violación a la ley, deben ser anuladas.*”

4. Solicitud de suspensión provisional.

La sociedad actora en el escrito contentivo de la demanda, con fundamento en los artículos 152 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, solicitó la suspensión provisional de las Resoluciones 0422 y 0551 de 1995 y de la Resolución 0064 de 1996, expedidas por **TELECOM**, en las cuales se declaró y se confirmó el incumplimiento del contrato de compraventa No.C-0107-92, celebrado con la sociedad **ELECTROEQUIPOS CASTRO VARELA LTDA**, petición que fue resuelta negativamente mediante auto del 24 de octubre de 1996².

² Folios 15 a 21 del cuaderno No. 2.

En contra de la decisión anterior la parte actora interpuso recurso de apelación³, en virtud del cual esta Corporación, mediante auto del 24 de junio de 1999, confirmó la providencia de primera instancia⁴.

5. Actuación procesal.

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de mayo de 1996⁵.

El 24 de octubre de 1996, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación personal al representante legal de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA –TELECOM- y al Agente del Ministerio Público; además, para integrar el contradictorio, ordenó la vinculación de la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A.⁶ Así pues, dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A.⁷

6. Contestación de la demanda.

Dentro del término de fijación en lista, la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA –TELECOM-, mediante escrito presentado el 12 de agosto de 1997, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, negó algunos de los hechos y aceptó otros.

Manifestó que el demandante citó una serie de normas civiles y comerciales que no guardan relación con el problema planteado y no desvirtúan la facultad de la Administración para declarar el incumplimiento.

Señaló que para la época en la cual se celebró el contrato, de conformidad con la ley vigente, TELECOM era un Establecimiento Público y respecto de los “poderes exorbitantes” sostuvo lo siguiente:

“Los poderes exorbitantes operan fundamentalmente en los contratos administrativos y en los privados que tengan la cláusula de caducidad, la cual se encontraba pactada.

“El artículo 17 del decreto 222 de 1983 en su parágrafo, permite pactar la caducidad de los contratos privados de la administración; así mismo el artículo 60, prescribe que se puede pactar la caducidad en los contratos privados de la administración.

“En el artículo 61 del decreto 222 de 1983, no se prohibió pactar la cláusula de caducidad en los contratos de compraventa, la norma prescribe que no será de forzosa estipulación pactarla en los contratos de compraventa, es decir que la administración la puede pactar o no, de acuerdo a su criterio.

“El artículo 72 del mencionado Decreto 222 de 1983, no prohibió pactar la Cláusula Penal en todos los contratos, a excepción del de empréstito y a su vez faculta a la administración para hacerla efectiva, en caso de incumplimiento, para pagarse por anticipado los perjuicios causados. Lo anterior, para reforzar nuestra tesis en el sentido de que TELE

COM, al declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal obró en derecho, y

³ Folios 24 a 26 del cuaderno No. 2.

⁴ Folios 72 a 76 del cuaderno No. 3.

⁵ Folios 4 a 9 del cuaderno No. 2.

⁶ El 13 de agosto de 1997, la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A., allegó escrito por medio del cual coadyuvó la demanda presentada por la sociedad ELECTROEQUIPOS CASTRO VARELA LTDA., (Folios 64 a 74, C.2.). Sin embargo, este escrito fue presentado de manera extemporánea, toda vez que el término de fijación en lista feneció el 12 de agosto de 1997. (Folio 82, C.2.)

⁷ Folios 15 a 22 del cuaderno No. 2.

en ejercicio de las facultades exorbitantes dadas a la administración y de conformidad a lo pactado en el contrato.”

Indicó también que la jurisprudencia del Consejo de Estado en forma reiterada ha dicho que la cláusula penal se puede hacer efectiva una vez vencido el plazo contractual.

Propuso la excepción de contrato no cumplido, en tanto consideró que el demandante no cumplió con sus obligaciones, en especial, con la obligación contemplada en la cláusula cuarta del contrato, la cual hace referencia al plazo contractual. Añadió que la mencionada excepción se encontraba demostrada y, además, fue aceptada por el contratista en el hecho tercero de la demanda.

7. Cesión de derechos litigiosos.

A través de escrito presentado el 10 de abril de 1997⁸, la sociedad ELECTROEQUIPOS CASTRO VARELA LTDA., cedió a título a gratuito, los derechos litigiosos derivados de la acción contractual a su apoderado.

Mediante auto del 5 de agosto de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aceptó la cesión de derechos litigiosos efectuada⁹.

8. Alegatos de conclusión.

En la oportunidad establecida por el *a quo*, mediante auto del 8 de febrero de 2000¹⁰, la parte demandante, la aseguradora y la parte demandada presentaron los respectivos alegatos de conclusión.

8.1. De la parte demandante.

A través de escrito presentado el 18 de febrero de 2000¹¹, la parte demandante reiteró lo dicho en la demanda y manifestó que *“TELECOM mintió al decir que el VENDEDOR no había cobrado la cuenta que no le pagó. En el folio 51 de la demanda y sus anexos, aparece la autorización del INTERVENTOR para que se pagara esta cuenta insoluta de US\$11.702,60. TELECOM demoró en pagarla nueve (9) meses y transcurridos estos decidió decretar el incumplimiento para definitivamente no pagarla.”*

8.2. De la aseguradora.

A través de escrito presentado el 25 de febrero de 2000¹², la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A., sostuvo que *“expidió una garantía de cumplimiento bajo el número 9331228, con una vigencia pactada hasta el 31 de diciembre de 1993, es decir, que eventuales derechos con cargo a la póliza de cumplimiento, debían ejercitarse mediante la expedición del acto administrativo, en fecha no superior al 31 de diciembre de 1995. Sin embargo, la entidad estatal, decidió declarar en forma unilateral el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal (amparo de cumplimiento de la Garantía Única) el 26 de mayo de 1996, con lo cual ha afectado su decisión de nulidad insaneable.”*

Añadió que *“La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, decidió declarar el incumplimiento del acto jurídico celebrado con quien funge como demandante, sin que tal competencia le haya sido deferida por norma legal, colocando el acto administrativo en condición de nulidad por falta de competencia funcional.”*

⁸ Folios 28 y 29 del cuaderno No. 2.

⁹ Folios 105 y 106 del cuaderno No. 2.

¹⁰ Folio 114 del cuaderno No. 2.

¹¹ Folios 115 y 116 del cuaderno No. 2.

¹² Folios 117 a 119 del cuaderno No. 2.

8.3. De la parte demandada.

A través de escrito presentado el 24 de febrero de 2000¹³, la parte demandada reiteró lo dicho en la contestación de la demanda y manifestó que no se puede predicar que las sanciones impuestas al demandante no se ajustan a la ley, toda vez que éstas se impusieron haciendo uso de las estipulaciones contractuales y legales.

9. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 21 de marzo de 2002¹⁴ a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Como sustento de su decisión, manifestó que *“es cierto que TELECOM dejó de pagar la suma de US\$11.702.00 por concepto de puesta en sitio de la mercancía adquirida. Sin embargo, el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, dio lugar a que TELECOM aplicara, a través del acto acusado, la sanción penal pecuniaria que asciende a US\$ 65.199.49, creando a cargo del actor una obligación por una suma superior a la que se adeuda y que se hizo exigible ante la ejecutoria de la respectiva resolución, originando así un fenómeno de compensación que surte sus efectos mientras el acto conserve su validez, de donde se deduce que, por ahora no existe obligación alguna a cargo de TELECOM como resultado del contrato celebrado entre las partes.”*

En lo que concierne al régimen jurídico aplicable al Contrato C-0107, señaló el a quo que para la época en la cual se celebró este contrato –el 28 de diciembre de 1992-, TELECOM tenía el carácter de establecimiento público y, en consecuencia, el aplicable era el régimen propio de este tipo de entidades, dado que a través del Decreto 2123 de diciembre 29 de 1992 se reestructuró la entidad convirtiéndola en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, no obstante, este Decreto concedió un término de tres meses – artículo 9° transitorio- para que la Junta Directiva adoptara los estatutos y las demás disposiciones necesarias para la organización y funcionamiento de la entidad y dispuso *“mientras se expiden éstos, se continuaran aplicando las normas legales, los estatutos internos y las normas reglamentarias vigentes a la fecha de su reestructuración.”*

Concluyó entonces el Tribunal que de conformidad con el artículo 1° del Decreto-ley 222 de 1983, los contratos celebrados por los establecimientos públicos se rigen en su integridad por este cuerpo normativo.

Respecto de la facultad que tenía TELECOM para imponer la sanción penal pecuniaria por el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, sostuvo el Tribunal Administrativo a quo que la entidad sí estaba facultada para imponer este tipo de sanción, toda vez que el artículo 72 del Decreto-ley 222 de 1983 permite a las entidades administrativas hacer efectiva directamente la cláusula penal pecuniaria por el incumplimiento del contratista; al respecto expuso lo siguiente:

“El debate se contrae a establecer si dentro del régimen jurídico mencionado la administración estaba facultada para imponer por medio de acto administrativo la sanción penal pecuniaria pactada en un contrato por incumplimiento total o parcial de las obligaciones del contratista ya que, según la demanda, TELECOM al tomar esa decisión en el caso concreto infringió los artículos 6 y 122 de la Constitución, según los cuales los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que les está permitido legalmente y, por tanto, al carecer de tal facultad la contratante desconoció también los artículos 113 y 228 del

¹³ Folios 120 a 123 del cuaderno No. 2.

¹⁴ Folios 127 a 147 del cuaderno principal.

mismo ordenamiento porque la declaración de incumplimiento estaba solo en cabeza del juez del contrato.

“Es claro que dentro de la regulación del decreto 222 el contrato de compraventa de bienes muebles era uno de los denominados de derecho privado de la administración, pero ello no es óbice para que en él se incluyera la Cláusula Penal y la administración pudiera imponerla directamente porque así lo establecía el mencionado Decreto y mas aún cuando en el contrato se incluyeran la caducidad y demás cláusulas exorbitantes, dando lugar a que todos los litigios derivados de la relación contractual fueran del conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, en los términos del párrafo del artículo 17 del referido ordenamiento.

“En efecto, al artículo 72 del mismo, disponía lo siguiente:

‘En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.’

“Del contenido de la norma citada se infiere sin ningún esfuerzo la competencia de las entidades administrativas para hacer efectiva directamente la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento del contratista, por lo cual la facultad de TELECOM para producir el acto administrativo acusado es indiscutible ya que la norma legal así se lo permite, sin que tuviera que acudir al juez del contrato, de manera que el cargo formulado en tal sentido se encuentra totalmente desvirtuado.

“Tampoco es válida la aseveración que se infiera de la demanda en el sentido que la aplicación de la sanción penal pecuniaria solo opera por incumplimiento total del contrato, ya que conforme a la norma reguladora, esto es el artículo 1592 del Código Civil, ‘La Cláusula penal es aquellas (sic) en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.’ ”

Indicó también que la mencionada cláusula se pactó en el Contrato C-107-92, en los siguientes términos: *“TELECOM hará efectiva a EL CONTRATISTA en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato, una cláusula penal equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del mismo, que se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados...”* y al respecto concluyó lo siguiente:

“El acto acusado se funda en el incumplimiento por parte de la sociedad demandante de obligaciones contractuales consistentes en [el] retardo en la entrega parcial de los elementos, retardo que se prolongó por nueve meses, aún teniendo en cuenta (sic) la prórroga concedida por el interventor cuatro meses después del vencimiento del plazo inicial, y la negativa del contratista a prorrogar la garantía de cumplimiento y constituir la de calidad y buen funcionamiento de los repuestos objeto de la venta y, por consiguiente, la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, dentro de tales supuestos, se ajusta totalmente a derecho pues TELECOM no hizo cosa distinta a exigir los perjuicios ocasionados por la mora en la ejecución de la obligación principal y la inejecución de las accesorias relacionadas con las garantías.”

De otra parte, adujo que el acto acusado no se expidió de manera extemporánea, toda vez que éste *“se produjo el 26 de mayo de 1995, poco más de un mes después de que el contratista terminó la entrega de los elementos y se concretó por tanto no solo el período de mora sino su incumplimiento de la obligación de constituir la garantía de calidad y buen funcionamiento de los repuestos, a lo cual se agrega que el contrato no se había liquidado pues en tal evento la entidad habría perdido definitivamente la competencia para hacer efectiva la cláusula penal.”*

10. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, concedido por el Tribunal mediante auto del 18 de abril de 2002¹⁵.

10.1. Esta Corporación, a través de auto del 19 de julio de 2002, admitió el recurso de apelación interpuesto¹⁶.

10.2. En su escrito de apelación¹⁷, la parte demandante manifestó que el *a quo* olvidó que las partes habían pactado en la cláusula décima novena del contrato, lo siguiente: *“La duración de este contrato se prolongará hasta la fecha prevista para el recibo y por lo tanto TELECOM podrá ejercer las facultades de terminación y demás otorgadas por el Decreto ley 222 de 1983 hasta el vencimiento de dicho término.”* En consideración a esto, sostuvo que no solo la ley sino las mismas partes habían establecido los límites cronológicos para el ejercicio de los poderes exorbitantes, razón por la cual, señaló que el acto acusado se expidió de manera extemporánea.

En relación con lo expresado por el Tribunal Administrativo en la sentencia, en los siguientes términos: *“a lo cual se agrega que el contrato no se había liquidado pues en tal evento la entidad pública habría perdido definitivamente la competencia para hacer efectiva la cláusula penal”*, afirmó la recurrente que el *a quo* olvidó que el Contrato No. 107-92 era de compraventa de bienes muebles, es decir, que en este tipo de contratos no hay nada que liquidar, toda vez que los contratos de ejecución instantánea –como el contrato de compraventa- no requieren de liquidación.

Expresó que, de conformidad con el artículo 16 del Decreto-ley 222 de 1983, el contrato de compraventa de bienes muebles era de derecho privado y solo era objeto de caducidad, como único poder exorbitante, en razón de lo cual manifestó que por más que el contrato contuviera cláusula penal, como cualquier contrato de derecho privado, su declaratoria solo podía hacerse a través de la jurisdicción competente.

Respecto del incumplimiento del Contrato No. C-107-92 por parte de TELECOM, sostuvo que *“El a-quo olvida por completo que TELECOM incumplió el contrato 107-92 al no pagar el saldo del precio (US\$11.760,60). Con respecto a este incumplimiento TELECOM dice cínicamente en la Resolución 00064/96 que: ‘Parecía inconveniente a la interventoría del contrato la cancelación de valores en el momento en que se estaba tramitando una penalización al contratista por incumplimiento de los plazos contractuales.’ Fue un incumplimiento descarado invocado en la demanda pero olvidado en la sentencia.”*

Indicó que TELECOM en los actos acusados dijo que el incumplimiento del contrato fue parcial, no obstante lo cual aplicó la totalidad del valor de la cláusula penal. Agregó que para los incumplimientos parciales, el contrato contenía estipulaciones de multas en la cláusula décima cuarta.

11. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto del 30 de agosto de 2002, el *ad quem* dispuso correr traslado a las partes por el término común de diez días para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el respectivo concepto¹⁸.

¹⁵ Folio 151 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 158 del cuaderno principal.

¹⁷ Folio 156 del cuaderno principal.

¹⁸ Folio 160 del cuaderno principal.

La parte demandante – recurrente –, en un escrito muy breve, reiteró lo dicho en anteriores oportunidades.

La parte demandada reiteró lo dicho en oportunidades anteriores y manifestó que el incumplimiento del contrato se produjo por parte del contratista, quién no cumplió ni se allanó a cumplir con sus obligaciones, por lo cual el demandado no estaba en la obligación de cumplir obligación alguna, toda vez que la existencia de su obligación dependía del cumplimiento previo del demandante. Por tanto, se da uno de los supuestos de la excepción del contrato no cumplido.

También solicitó que se declare probada la excepción “*exceptio non adimpleti contractus*”, en tanto consideró que la ley solamente otorga vocación de prosperidad jurídica al contratante cumplido para plantear la pretensión indemnizatoria derivada del contrato.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹⁹ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto, para la época de celebración del contrato ahora cuestionado la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES –TELECOM-²⁰ tenía el carácter de entidad estatal²¹, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e

¹⁹ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.*”

²⁰ La EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES –TELECOM- fue creada y organizada a través de las Leyes 6º de 1943 y 83 de 1945 y de los Decretos 1684 de 1947, 1233 de 1950, 1184 de 1955, 1635 de 1960 y 3267 de 1963, con el objeto de unificar y prestar los servicios públicos de radiocomunicaciones y de telefonía. En el artículo 74 del Decreto 1365 de 1960, se dispuso el funcionamiento de TELECOM como un Establecimiento Público, dotado de autonomía jurídica, administrativa y patrimonial. En el artículo 4º del Decreto 3267 de 1963 y en el Decreto 129 de 1976 se reiteró la naturaleza jurídica de TELECOM como Establecimiento Público. A través del Decreto 2123 de diciembre 29 de 1992, se reestructuró la entidad y se transformó en una Empresa Industrial y Comercial del Estado²⁰. Posteriormente, mediante Decreto 1615 de junio 12 de 2003 se ordenó su supresión y su liquidación.

²¹ Se aplica el artículo 75 considerando que las normas procesales son de aplicación inmediata sin importar, como ocurre en el caso concreto, que al contrato no le resulte aplicable la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el día 31 de mayo de 1996, esto es luego de haber entrado en vigencia esta Ley. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido:

“*Es decir, como bien lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación, después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, y sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal - si lo es administrativo o de derecho privado-, para determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven, pues es suficiente con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que aquí se estudia, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75 (...).*” (CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007. Exp. 24.710. C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

independiente.²²

Adicionalmente se señala que esta Corporación es competente en segunda instancia, toda vez que la pretensión mayor ascendió a la suma de US\$ 153.802,00, la cual a la tasa representativa del mercado de mayo 31 de 1996²³ – fecha de presentación de la demanda- equivalía a \$ 165'038.774,12, suma que para esa fecha resulta superior a la entonces legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias: \$13'460.000 (Decreto 597 de 1988).

2. Sucesión procesal.

Observa la Sala que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, se extinguió de la vida jurídica el 31 de enero de 2006 (plazo fijado por el artículo 2 del Decreto 1615 de 2003, modificado por el artículo 1 del Decreto 1915 de 2005 y por el artículo 1 del Decreto 1915 de 2005), como consecuencia de haberse declarado el cierre del proceso liquidatorio de la entidad, previa suscripción del acta final de liquidación, la cual fue publicada en el Diario Oficial No. 46.168 del 31 de enero.

Dada la extinción jurídica de TELECOM y de sus Telesociadas (liquidadas también mediante Decretos 1604 al 1614 y 1773 de 2003), en virtud de lo dispuesto en el numeral 12.29 del artículo 12 del Decreto 1615 de 2003 (adicionado por el artículo 3 del Decreto 4781 de 2005) la Fiduciaria La Previsora, actuando como liquidadora de éstas (artículo 10 *ibídem*), constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes de TELECOM - PAR, mediante contrato de fiducia mercantil celebrado con el Consorcio Remanentes Telecom conformado por Fiduagraria S.A., y Fiduciaria Popular S.A., entre cuyos objetivos se encuentran los siguientes: i) administrar y enajenar los activos no afectos a la prestación del servicio; ii) administrar, conservar, custodiar y transferir los archivos; iii) atender las obligaciones remanentes y contingentes, entre las cuales se encuentran los procesos judiciales, arbitrales o reclamaciones en curso notificados personalmente al liquidador con anterioridad a la terminación de los procesos liquidatorios.

Se advierte entonces que la presente sentencia produce efectos respecto del *“Patrimonio Autónomo Remanentes Telecom y Telesociadas en Liquidación – PAR”*, en su calidad de cesionario de la demandada y desaparecida Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM en Liquidación, de conformidad con el contenido del inciso tercero del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, según el cual opera la sucesión procesal si en el curso del proceso sobreviene, como ocurrió en este caso, la extinción de la persona jurídica que figure como parte.

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere revisar las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se

²² Asimismo, el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de las controversias y litigios originados en contratos en los cuales estén involucradas las entidades públicas *“cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*.

Adicionalmente, el artículo 150 de la mencionada codificación prescribe que el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conoce en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, como la emanada en este caso del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

²³ Consulta realizada en www.banrep.gov.co, el día 3 de abril de 2013 a las 6:30 p.m.

relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

3. Los hechos probados.

A continuación se hará una relación de los hechos demostrados en el proceso, según las pruebas allegada en debida forma, de conformidad con los artículos 168 del Código Contencioso Administrativo, 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil²⁴.

3.1. El Contrato celebrado y su ejecución.

El contrato de compraventa C-0197-92, se suscribió entre la entidad demandada y la sociedad actora el día 28 de enero de 1992 y del mismo se destacan las siguientes cláusulas.

“PRIMERA: OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con TELECOM en modalidad sitio de destino, a suministrar los repuestos para Motogenerador MITSUI – DEUTZ – F3L-912, F4L-912, F5L-912, A6L-514, F6L-912, cuya descripción y cantidades están contenidas en el anexo técnico único. PARAGRAFO: Forman parte integrante del presente contrato a) El Anexo Técnico b) El Pliego de Condiciones y c) La oferta de EL CONTRATISTA. En caso de discrepancias, dudas o vacíos el orden de prelación será: Contrato, Pliego y Oferta, esta en cuanto no contradiga lo estipulado en este Contrato; d) Todos los documentos en donde consten cambios o nuevas condiciones que se convengan entre las partes, en desarrollo del contrato; e) Las garantías debidamente constituidas y aprobadas.

SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO: El valor del presente contrato es la suma de. DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO DOLARES

²⁴ El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo²⁴ señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también la filosofía²⁴ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.²⁴, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

AMERICANOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS DE DÓLAR (US\$278.898.93) más CUARENTA Y SIETE MIL NOVENTA Y OCHO DOLARES AMERICANOS CON DIEZ CENTAVOS DE DÓLAR (US\$47.098.10) estimados pagaderos en pesos colombianos, más SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE (\$697.457.00) M/CTE (...)

CUARTA: PLAZO Y SITIO DE ENTREGA: EL CONTRATISTA entregará los bienes objeto del presente contrato en un plazo de siete (7) meses contados a partir de la apertura de la Carta de Crédito en el almacén de TELECOM ubicado en la avenida 22 No. 117-04 Fontibón. Una vez entregados por parte de EL CONTRATISTA los bienes TELECOM procederá a su recibo, de acuerdo con el procedimiento establecido en los numerales 4.08 a del pliego de condiciones. PARAGRAFO: Cualquier demora de EL CONTRATISTA cuya causa fuere la mala elaboración de la (s) Licencias(s) de Importación o la negligencia en su(s) trámite (s) no prorrogará el plazo de entrega pactado y si podrá ocasionar desplazamiento de los pagos hasta por un tiempo igual a la demora, sin perjuicio de las sanciones pertinentes.

“(..)

DECIMA SEGUNDA: GARANTIAS. EL CONTRATISTA deberá constituir las siguientes garantías bancarias o de Compañías de Seguros domiciliadas en Colombia, cuyas pólizas matrices deberán estar aprobadas por la Superintendencia Bancaria: a) De Cumplimiento Por un monto igual al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, la cual se obliga a constituir dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que TELECOM le entregue firmado el contrato y permanecerá vigente desde la fecha de expedición hasta el Recibo de los bienes. Su cuantía no podrá reducirse por entregas parciales ni por aplicación de multas. Cuando la imposición de multas disminuya el valor de esta garantía, EL CONTRATISTA deberá reajustarla a su valor original. No podrá cancelarse esta garantía sino hasta cuando se haya constituido la de calidad y correcto funcionamiento y TELECOM haya expedido el Acta de Recibo.

“(..).

DECIMA QUINTA: CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: TELECOM hará efectiva a EL CONTRATISTA en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato, una cláusula penal equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del mismo, que se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a TELECOM. Esta cláusula penal se aplicará sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan a TELECOM para el cobro de los valores totales por perjuicios ocasionados. El valor de las multas y el de la cláusula penal podrá ser tomado directamente del saldo a favor de EL CONTRATISTA si lo hubiere o de la garantía de cumplimiento constituida. Si ello no fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva. Este valor ingresará a la Tesorería de TELECOM.

“(..).

DECIMA NOVENA: VIGENCIA DEL CONTRATO: La duración de este contrato se prolongará hasta la fecha prevista para el Recibo y por lo tanto TELECOM podrá ejercer las facultades de terminación y demás otorgadas por el Decreto Ley 222 de 1983 hasta el vencimiento de dicho término.²⁵

El 6 de septiembre de 1993 se modificó la cláusula segunda Literal A, referente a la forma de pago, cuyo texto es el siguiente:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: El presente contrato tiene por objeto establecer la forma de pago del transporte internacional así: La suma de US\$ 6.665.00 (Fijos) se pagará 100% en pesos colombianos a la tasa de cambio representativa del mercado vigente en la fecha que se produzca el embarque, para lo cual el contratista presentará la

²⁵ Folios 25 a 32 del cuaderno No. 2.

*cuenta de cobro 30 días antes de [la] fecha prevista para tal evento.*²⁶

El representante legal de la sociedad demandante, el 23 de marzo de 1994, solicitó a la entidad una prórroga de 30 días para la entrega de los bienes contratados, en razón de las demoras presentadas en el trámite de importación de los mismos²⁷. El día 29 de marzo la actora reiteró la solicitud, en virtud de que aún no había recibido el pago de la carta de crédito.²⁸ La entidad, mediante oficio calendado el 30 de marzo, negó la solicitud de prórroga y le reiteró que *“el plazo de entrega se cumple el 30 de marzo”*.²⁹

El día 29 de julio de 1994 el interventor del contrato C-0107/92, le comunicó a la sociedad actora que *“su solicitud de prórroga del plazo para entrega de todos los elementos del contrato C-01007/92, fue aceptado hasta el 31 de agosto de 1.994”*.³⁰

A través de oficio calendado el 15 de septiembre de 1994, el interventor del contrato informó a la sociedad actora que estaba incumpliendo con la entrega acordada hasta el 31 de agosto de 1994.³¹

La sociedad actora, mediante un oficio calendado el 13 de octubre de 1994, informó a la entidad demandada que *“Atendiendo la solicitud de la referencia, se hizo entrega en el Almacén Central de los Elementos Filtros de Aire pendientes, completando así la totalidad y superando en cuantía la contratada. Igual sucede con los filtros de Aceite.”* Le informó además que los elementos pendientes habían sido solicitados a la fábrica en Alemania.³²

3.2. La garantía de cumplimiento del contrato de Compraventa No. C-0107-92.

La compañía Seguros del Estado S.A., expidió la *“póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades nacionales, departamentales, distritales y municipales”* número 9331228, con el propósito de *“garantizar el cumplimiento del contrato #C-0107-92 referente a la adquisición de repuestos para motogeneradores”*, por un valor de US\$ 65.385,60, *“con tasa representativa de \$746,71 del día 15 de enero de 1.993”*. La póliza se expidió el día 15 de enero de 1993, fecha en la cual inició el amparo y una vigencia hasta el 30 de septiembre de 1993.³³

El día 5 de marzo de 1993, la póliza número 9331228 se modificó a través del *seguro de modificación número 230950*, en el cual se precisó que el valor asegurado era de \$ 48'825.126.³⁴

A través del certificado de modificación número 116173, expedido el día 9 de noviembre de 1993, se prorrogó la vigencia de la póliza 9331228, hasta el día 31 de diciembre de 1993.³⁵

Mediante Oficio del día 29 de julio de 1994, la entidad solicitó a la contratista y ahora demandante mantener la vigencia de la garantía de cumplimiento del

²⁶ Folios 103 y 104 del cuaderno No. 2.

²⁷ Folio 105 del cuaderno No. 2.

²⁸ Folio 106 del cuaderno No. 2.

²⁹ Folio 107 del cuaderno No. 2.

³⁰ Folio 42 del cuaderno No. 2.

³¹ Folio 144 del cuaderno No. 2.

³² Folio 34 del cuaderno No. 2.

³³ Folio 116 del cuaderno número 2.

³⁴ Folio 117 del cuaderno número 2.

³⁵ Folio 118 del cuaderno número 2.

contrato.³⁶

3.3. La declaratoria de incumplimiento.

Mediante Resolución No. 00010000-422, calendada el 26 de mayo de 1995, la entidad demandada *“declara el incumplimiento parcial de un contrato y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria”*. Se transcribe a continuación los principales apartes del contenido de esta Resolución:

“Que entre TELECOM y la sociedad ELECTROEQUIPOS CASTRO VARELA LTDA., se suscribió el contrato de compraventa de bienes muebles, No. C-0107-92, el día 28 de diciembre de 1992, cuyo objeto es el suministro de los repuestos para motogeneradores cuya descripción y cantidad se encuentran contenidos en el anexo técnico único, que hace parte integrante del mencionado contrato.

“Que de conformidad con la cláusula cuarta del contrato No. C-0107-92, el contratista se comprometía a entregar los bienes objeto del contrato, en un plazo de siete (7) meses contados a partir de la apertura de la carta de crédito, en el almacén de Telecom-Fontibón.

“Que la carta de crédito fue abierta el 30 de agosto de 1993, y por consiguiente el plazo límite de entrega de los bienes objeto del contrato precluía el 30 de marzo de 1994.

“Que por oficio No. AO323040 de marzo 23 de 1994, el contratista Electroequipos Castro Varela Ltda., solicitó a la interventoría se prorrogara el plazo del contrato en 30 días, por cuanto necesitaba la expedición de un nuevo registro de importación para la nacionalización de la mercancía.

“Que así mismo, el contratista mediante comunicación No. AO329043 de fecha marzo 29 de 1994, solicitó una prórroga de 30 días en el plazo de entrega, argumentando que hasta esa fecha no se había recibido el pago de la carta de crédito.

“Que el interventor del contrato, mediante oficio No. 00443000-0090 de marzo 30 de 1994 no accedió a la solicitud de prórroga, arguyendo el incumplimiento por parte del contratista, dando aplicación para ello a la cláusula cuarta parágrafo primero del contrato, que estipula que cualquier demora del contratista cuya causa fuera la no elaboración de la (s) licencia (s) de importación o la negligencia en su trámite (s) no prorrogará el plazo de entrega pactado.

“Que el contratista ha sido requerido por la interventoría, por presentar mora en la entrega de los elementos objeto del contrato y no haber renovado la póliza de cumplimiento, tal y como consta en el oficio No. 00443000-0210 de fecha julio 29 de 1994 por el cual el interventor del contrato le exigió la renovación de la póliza de cumplimiento, concediéndole 3 días para su presentación.

“Que para garantizar el cumplimiento del contrato No. C-0107-92, el contratista constituyó la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 9331228 de \$48.824.082.00, que fue ajustado a la suma de \$48.825.126.00 por certificado de modificación No. 230950, con una vigencia de Enero 15 de 1995 a Septiembre 30 del mismo año. Mediante certificado de modificación No. 116173 se prorrogó la vigencia de la póliza hasta diciembre 31 de 1993. Las anteriores modificaciones y prórrogas fueron aprobadas por TELECOM.

“Que el contratista incumplió la obligación de mantener vigente la póliza de cumplimiento hasta el recibo de los bienes a pesar de ser requerido por la interventoría, mediante oficio No. 00443000-0210 de julio 29 de 1994, esto aunado a su negativa de no constituir la póliza de Calidad y Correcto Funcionamiento, de conformidad con lo exigido en la cláusula décima segunda del contrato No. C-0107-92.

³⁶ Folio 139 del cuaderno No. 2.

“Que el interventor del contrato mediante oficio No. 00440000-0045 de fecha enero 16 de 1995, solicita a la Oficina Jurídica le sea impuesta al contratista una sanción por incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas del contrato, por cuanto a la fecha éste no ha entregado la totalidad de los elementos descritos en el anexo No. 1 del contrato C-0107-92, dentro de los plazos acordados.

“Que por oficios Nros. 00440000-00154 y 00440000-00177 del 13 y 24 de febrero de 1995, el interventor del contrato ante el incumplimiento del contratista, remitió a la División de Estudios y Conceptos Jurídicos la relación de los bienes entregados y el número de semanas incurridas en mora, contadas a partir de marzo 30 de 1994, fecha límite de entrega hasta el 3 de enero de 1995, en consideración a que el contratista sólo ha realizado cuatro entregas parciales de elementos.

“Que el valor del contrato es la suma de Doscientos Setenta y Ocho Mil Ochocientos Noventa y Ocho Dólares Americanos con Noventa y Tres Centavos de Dólar (US\$ 278.898.93), más Cuarenta y Siete Mil Noventa y Ocho Dólares Americanos con diez Centavos de Dólar (US\$47.098.10) estimados, pagaderos en pesos colombianos, más Seiscientos noventa y siete mil cuatrocientos cincuenta y siete Pesos m/te. (\$ 697.457.00).

“Que el 20% de dicho valor es la suma de Sesenta y Cinco Mil Ciento Noventa y Nueve Dólares Americanos con Cuarenta Centavos de Dólar (US\$ 65.199.40) más Ciento treinta y nueve mil cuatrocientos noventa y un Pesos con cuarenta centavos m/te.

“Que según las anteriores consideraciones, el contratista ha incumplido parcialmente con las obligaciones consignadas en la cláusula cuarta y las contenidas en la cláusula décima segunda del contrato.

“Que con base en el artículo 72 del decreto extraordinario 222 de 1983, en consonancia con la cláusula décima quinta del contrato,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Declarar que el contratista ELECTROEQUIPOS CASTRO VARELA LTDA. ha incumplido parcialmente con las obligaciones contractuales, contraídas en el contrato C-0107-92, de acuerdo a lo establecido en la parte motiva de la presente resolución.

ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de tal declaración, imponer al contratista ELECTROEQUIPOS CASTRO VARELA LTDA., a título de sanción penal pecuniaria la suma de SESENTA Y CINCO MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE Dólares Americanos con CUARENTA centavos de dólar (US\$ 65.199.40) pagaderos a la tasa representativa del mercado vigente a la fecha en que se realice el pago, equivalente al 20% del valor del contrato C-0107-92 pactado en dólares más CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS con CUARENTA CENTAVOS M/CTE. (\$139.491.40) que corresponde al 20% del valor pactado en Pesos Colombianos, en el mencionado contrato, que se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a TELECOM; la aplicación de esta sanción se hará sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan a TELECOM para el cobro de los valores totales por los perjuicios ocasionados, en razón del incumplimiento contractual del contratista.

“(…)”.³⁷

Esta Resolución se adicionó y se modificó mediante la Resolución No. 00010000-551 de julio 24 de 1995, en el sentido de entender que con la declaratoria de incumplimiento se entendía ocurrido el siniestro de incumplimiento, cuyo riesgo fue amparado por la compañía Seguros del Estado y, en consecuencia se ordenó

³⁷ Folios 1 a 5 cuaderno No. 2.

notificar del contenido de la Resolución 00010000-422 de mayo 26 de 1995, a su representante legal, así como resolver que la entidad compensaría el valor de la cláusula penal de las sumas que la sociedad contratista tuviese a su favor y de no ser ello posible, cobraría directamente a la sociedad aseguradora³⁸. Se transcriben los siguientes apartes de la parte considerativa de esta Resolución:

“(…).

“Que para garantizar el cumplimiento del contrato C-0107-92, el contratista constituyó la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 9331228, expedida por Seguros del Estado S.A., por un valor asegurado de \$48.824.082.00, que fue ajustado a la suma de \$48.825.126.00, por certificado de modificación No. 230950, con una vigencia de Enero 15 de 1993 a Septiembre 30 del mismo año, prorrogada hasta Diciembre 31 de 1993, mediante Certificado de Modificación No. 116173, los cuales fueron aprobados por Telecom.

“Que por medio de Resolución No. 00010000-422 de Mayo 26 de 1995, se declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. C-0107-92, suscrito con la Sociedad Electroequipos Castro Varela Ltda., y se le impuso a título de sanción penal pecuniaria, la suma de Sesenta y Cinco Mil Ciento Noventa y Nueve Dólares Americanos con Cuarenta Centavos de dólar (US\$ 65.199.40), pagaderos a la tasa representativa del mercado vigente a la fecha en que se realice el pago, equivalente al 20% del valor del contrato C-0107-92 pactado en dólares, más Ciento Treinta y Nueve Mil Cuatrocientos Noventa y Un Pesos con Cuarenta Centavos M/CTE (\$139.491.40), que corresponde al 20% del valor pactado en Pesos Colombianos en el mencionado contrato, que considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a Telecom.

“(…)

“Que de conformidad con el numeral 3º. de la estipulación sexta del artículo 2º de la Resolución Orgánica No. 10500 de 1984, el siniestro se entiende causado con la ejecutoria del acto administrativo mediante el cual se declare la ocurrencia del riesgo que cubre el seguro.

“Que según lo dispuesto en el artículo 1º de la Resolución No. 010610 de 1984, por la cual se modifica y aclara la Resolución Orgánica No. 010500 del mismo año, el seguro otorgado se entenderá vigente desde la fecha indicada en la póliza, hasta cuando cese la responsabilidad del asegurador, de acuerdo con la estipulación séptima.

“Que el riesgo asegurado por la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 9331228, expedida por Seguros del Estado S.A., ha ocurrido dentro del período amparado por la citada póliza y sus certificados modificatorios.

“Que en tal virtud, se hace necesario notificar a Seguros del Estado S.A., el contenido de la Resolución No. 00010000-422 del 26 de Mayo de 1995, de conformidad con las normas contenidas en el Decreto-Ley 222 de 1983, vigentes al tiempo de suscripción y ejecución del Contrato No. C-0107-92.”

Ambas Resoluciones se notificaron personalmente al representante legal de la sociedad demandante el día 1 de agosto de 1995.³⁹

El día 11 de agosto de 1995 la sociedad demandante presentó recurso de reposición en contra de las mencionadas resoluciones, en el cual, básicamente planteó lo siguiente: i) que la entidad carecía de competencia para efectuar tal declaratoria de incumplimiento, en razón de que el contrato tenía la categoría de privado de la Administración; ii) que el incumplimiento únicamente se podía

³⁸ Folios 6 a 9 cuaderno No. 2.

³⁹ Folio 10 del cuaderno No. 2.

declarar dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento del plazo y no a los dieciséis meses, como había ocurrido; iii) que a pesar de que la actora le había entregado la totalidad de los bienes contratados, la entidad le adeudaba la suma de US\$11.702,60, desde el 13 de octubre de 1994; iv) que la solicitud de prórroga había sido aceptada hasta el día 31 de agosto de 1994 y que TELECOM incumplió sus obligaciones, entre ellas la apertura de la carta de crédito, la cual fue abierta por la entidad después de un año de presentación de la oferta, el día 30 de agosto de 1993 y su pago se autorizó hasta el 22 de febrero de 1994; v) aunque TELECOM hacía referencia a un incumplimiento parcial, no obstante, había hecho efectiva la totalidad de la cláusula penal pecuniaria y vi) TELECOM había pagado de forma tardía y a esa fecha aún le adeudaba una parte del precio del contrato.⁴⁰

Las resoluciones antes mencionadas fueron confirmadas en todas sus partes a través de la Resolución No. 000100000064 de enero 29 de 1996⁴¹, la cual fue notificada personalmente al representante legal de la sociedad demandante el día 8 de febrero de 1996.

4. El régimen jurídico aplicable al Contrato de Compraventa No. C-0107-92 y la cláusula penal.

Del acervo probatorio se extrae que el Contrato de Compraventa No. C-0107-92, se celebró el día 28 de enero de 1992 entre TELECOM y la sociedad ELECTROEQUIPOS CASTRO VARELA LTDA.

Para la fecha de celebración del referido contrato, tal y como atrás se señaló, TELECOM tenía la calidad de Establecimiento Público, época para la cual se encontraba vigente el Decreto-ley 222 de 1983⁴², normativa que establecía que los contratos que celebraran los Establecimientos Públicos se sometían a las reglas previstas en este estatuto.

El artículo 72 del Decreto-ley 222 de 1983 facultó a las entidades para pactar y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos:

“Artículo 72°. De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.”

Ahora bien, en relación con el momento límite para expedir el acto administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento, con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal, la Jurisprudencia de la Sala desde tiempo atrás ha sostenido que si bien éste puede expedirse con posterioridad al vencimiento del plazo del contrato⁴³, tal facultad no podrá ejercerse después de vencido el plazo con el cual

⁴⁰ Folios 11 a 13 del cuaderno No. 2.

⁴¹ Folios 14 a 23 del cuaderno No. 2.

“Artículo 1° De las entidades a las cuales se aplica este estatuto. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto (...).”

⁴³ Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa

la entidad contaba para liquidarlo. En efecto, así se pronunció la Sala en Sentencia que fijó la pauta jurisprudencial al respecto:

“Basta releer el texto transcrito para observar esas dos vías para hacer efectiva dicha cláusula penal mediante decisión administrativa. Una, por la vía de la caducidad; y otra, por la del incumplimiento. Estas dos oportunidades no son más que la conclusión de la interpretación racional del extremo subrayado “en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento”. Porque, además, aquí la “o” es disyuntiva y tiene que serlo porque la declaración de caducidad no puede confundirse con la de incumplimiento porque en ésta existe sólo un motivo para su declaración (el incumplimiento) mientras que en la de caducidad se pueden dar, además de ese motivo, otros diferentes.

“Pero este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

“En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.

“Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la Administración para liquidar el contrato.

“Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la Administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. Si se vence este último la Administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral, mediante resolución administrativa debidamente motivada.”⁴⁴

5. La ocurrencia del siniestro y el término para declararlo.

Desde tiempo atrás la Sala ha considerado que la Administración Pública cuenta con una facultad especial consagrada en la ley –artículo 68 numerales 4 y 5 del C.C.A., vigente para la época en la cual se expidieron los actos acusados⁴⁵- para

Palacio; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de agosto de 2011, exp. 20910, C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de agosto de 2011, exp. 14461, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de enero 29 de 1988, Expediente 3615, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁴⁵ Artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. “Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos: (...)

“4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de las entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad o la terminación según el caso.

“5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.”

declarar la ocurrencia del riesgo amparado, en virtud de las garantías que se hayan otorgado en su favor⁴⁶.

También se pronunció la Sala en los siguientes términos respecto de esta facultad, con ocasión de la expedición del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, a través del cual el legislador atribuyó al juez de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer de los procesos de ejecución derivados de los contratos estatales:

"De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala⁴⁷, se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos, a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que si quedó derogado fue el hecho de que dichos actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la Ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

'En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquiera otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.

'Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.

'Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado -sin exclusión- prestan mérito ejecutivo; y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación.

'Con mayor razón un análisis finalístico de los numerales 4 y 5 citados ratifica esta posición, pues del haz de amparos que contienen las garantías a favor del Estado, resultaría que sólo en algunos casos -caducidad, terminación y liquidación- pudiere declararse el siniestro, lo que iría en contra de la filosofía de estos preceptos y del privilegio que ellos mismos pretenden otorgar a la administración pública.

'De hecho, el Consejo de Estado ha dicho, respecto a la posibilidad de hacer efectivas las pólizas de cumplimiento, por medio de actos administrativos dictados por la administración, que indiscutiblemente esto es viable, teniendo en cuenta que:

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 14 de 2005, expediente 13.599. CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁷ Cita original de la sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 13599 "Se refiere la Sala a la sentencia de 24 de agosto de 2000 ya citada, con ponencia del Consejero Jesús María Carrillo."

‘De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, y proyecta su eficacia en el tiempo solo si el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato.

‘Lo anterior permite deducir que, una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción (...). (Subrayas fuera de texto.) Sentencia de 24 de agosto de 2000, exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo.”⁴⁸

Posteriormente la Sala reiteró su posición respecto de la potestad con la cual cuenta la Administración Pública para declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, a través de actos administrativos, en los siguientes términos:

“La Sala reitera el criterio que de años atrás ha consolidado en el sentido de que la Administración goza de la prerrogativa de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales, de hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, y en esta oportunidad precisa que tal prerrogativa conlleva la de cuantificar el perjuicio, aún después de la terminación del contrato, mediante la expedición de actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo y judicial, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la propia Administración mediante la interposición de los recursos que la ley ha previsto para el efecto y por vía judicial mediante el ejercicio de la acción contractual.

“En relación con las prerrogativas que posee la Administración frente a las garantías contractuales, también resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, que en materia de contratación estatal no aplica el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador⁴⁹, toda vez que tal reclamación se suple a través de la expedición de un acto administrativo mediante el cual la Administración unilateralmente declara ocurrido el siniestro y ordena la efectividad de las garantías sin la aquiescencia del asegurador, decisión que puede ser impugnada por éste y también por el contratista, administrativa y judicialmente.”⁵⁰ (Subrayas del original)

Expuso el actor en su demanda que las resoluciones demandadas fueron proferidas por TELECOM cuando carecía de competencia temporal para ello. Se impone precisar entonces la época dentro de la cual la Administración Pública está

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 14 de 2005, expediente 13.599. CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁹ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: *“La objeción a la reclamación según el Tratadista Hernán Fabio López Blanco, se entiende como ‘la manifestación realizada por la compañía aseguradora frente a la reclamación debidamente formulada, indicando que no está obligada a indemnizar por no operancia del amparo o porque existiendo el mismo la cuantía reclamada excede de lo considerado como cantidad equitativa y correlativa al daño experimentado efectivamente, evento éste en que la objeción viene a ser parcial pues está aceptando la operancia del amparo y parte de la cuantía. Para realizar esa manifestación la empresa cuenta con un perentorio término legal de, por lo mismo inmodificable, de 60 días, contados a partir de aquel en que se haya completado la reclamación’ (Revista Fasecolda No. 9, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro).”*

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 2009. Expediente 14.667. C.P. Miryam Guerrero de Escobar.

facultada para expedir el acto administrativo por medio del cual declara la ocurrencia del siniestro, para lo cual, por su pertinencia, se citará *in extensum* la sentencia proferida por esta Sección el 22 de abril de 2009⁵¹:

“Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081⁵² del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

“El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.⁵³,

“De otra parte ha señalado la doctrina que los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria corren simultáneamente, es decir, que dentro del plazo de los cinco años puede operar el término de los dos años, lo cual no significa que el interesado pueda acogerse indistintamente, a su conveniencia, a una u otra de las prescripciones anotadas⁵⁴ toda vez que aquella que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo⁵⁵.

“A su vez, el Consejo de Estado, en sentencia de 6 de octubre de 2005, reiteró el criterio que de tiempo atrás había sostenido en relación con el término del cual disponía la Administración para declarar el siniestro acaecido en un contrato estatal, amparado por un contrato de seguro. En el siguiente sentido se pronunció⁵⁶:

‘El acaecimiento del siniestro, o sea, el incumplimiento, debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el Asegurador resulte obligado a la

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 2009. Expediente 14.667. C.P. Miryam Guerrero de Escobar.

⁵² Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: «**Artículo 1081.-** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos (2) años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco (5) años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.»

⁵³ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667Al: “respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000, Exp. 5360, M.P. Nicolás Bechara Simancas.”

⁵⁴ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro. Revista Fasecolda, No. 9. “

⁵⁵ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “OSSA, Efrén, Teoría del contrato de Seguro, Segunda Edición. Editorial Temis, 1991. Bogotá, Colombia, pág. 443.”

⁵⁶ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840, M.P. Camilo Arciniegas Andrade; sobre el mismo tema pueden consultarse las siguientes sentencias: de la Sección Cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; de la Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796.”

indemnización. Empero, dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades aduaneras deben declarar el incumplimiento. La Sala siguiendo este mismo criterio, se ha pronunciado reiteradamente en los siguientes términos⁵⁷ :

‘Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5o. del Código Contencioso Administrativo.

*‘Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.’*⁵⁸

‘Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor:’

“De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como termino máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la Administración, sino basta con que haya sido declarado por ella dentro de este término; lo contrario significaría limitar la competencia de la Administración para expedir el acto.”

En esta oportunidad la Sala reitera la postura según la cual el acto administrativo por medio del cual se declara el siniestro debe ser expedido por la Administración Pública a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en la que ésta tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente deberá acaecer durante la vigencia del seguro.

6. El cómputo del término de caducidad de la acción en el caso concreto.

Para determinar si la demanda fue formulada dentro del término establecido en la ley para la caducidad de las acciones contractuales, o con posterioridad a la configuración de ese fenómeno, resulta necesario remitirse al artículo 136 del C.C.A., de conformidad con los términos en que fue modificado por el artículo 23 del Decreto 2304, vigente tanto para la época en que se celebró el contrato en mención como para la época en la cual terminó el contrato y empezaron a computarse los términos para el ejercicio de la correspondiente acción judicial, normativa que, incluso, estuvo vigente para la época en que fue presentada la correspondiente demanda, norma legal que reguló el término de caducidad de las diferentes acciones judiciales y que en punto de la acción contractual dispuso lo siguiente:

⁵⁷ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “Cita original del texto, Sentencia de 11 de julio de 2002 (C.P. Dr. Gabriel Mendoza Martelo) Exp: 11001-03-24-000-1999-0376-01 (Actor: Avianca S.A.)”

⁵⁸ Cita original del texto transcrito) Sentencia de 31 de octubre de 1994. (C.P: Dr. Guillermo Chaín Lizcano). Exp.5759. (Actor: Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.)

“Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”.

También resulta oportuno insistir en que la jurisprudencia de la Sección Tercera⁵⁹ ha sido reiterada y conteste en considerar que para el inicio del cómputo del término de caducidad de la acción contractual deben distinguirse, por un lado, los contratos que requieren de una etapa posterior para su liquidación y, de otro lado, aquellos que no la requieren.

En este último caso, es decir para los eventos en que no se requiere la liquidación del contrato, se ha señalado que el término para incoar la acción se computa a partir de la terminación del respectivo vínculo contractual, cualquiera sea la causa que origine dicha finalización, mientras que cuando se exige su liquidación se ha indicado que el término debe contarse a partir de la fecha en que efectivamente se hubiere liquidado el contrato o, en su defecto, desde la fecha en que tal liquidación debió realizarse.

Si bien la norma actualmente vigente, contenida en el numeral 2, letra j, del artículo 164 de la Ley 1437, expedida en 2011⁶⁰, precisa, en materia contractual, el momento a partir del cual debe contabilizarse el término para la caducidad de la acción, para la fecha en la cual se celebró el contrato y para aquella en que terminó (e incluso para la fecha en que se formuló la demanda que aquí se estudia), se encontraba vigente el artículo 136 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, a cuya aplicación debe procederse en cumplimiento de los mandatos y las previsiones consagradas en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 -en armonía con el numeral 1 del artículo 38 *ibídem*-, disposición según la cual las normas procesales son de aplicación inmediata, con excepción de los términos que hubieren empezado a correr, los cuales se regirán *“por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*.

⁵⁹ Entre otras, sentencias de 31 de octubre de 2001, Exp. 12278; de 30 de agosto de 2001, Exp. 16256; de 13 de julio de 2000, Exp. 12513; y Auto de 8 de abril de 1999, Exp. 15872.

⁶⁰ *ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:*

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...).

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;

(...).”

Para el caso concreto, el término de caducidad del contrato de compraventa, suscrito entre TELECOM y la sociedad demandante, debe contabilizarse desde el día siguiente a la fecha en que ocurrió su vencimiento por expiración del plazo convenido para su duración, lo anterior por cuanto las partes no estipularon término alguno para su liquidación puesto que según la normativa aplicable a ese vínculo contractual -Decreto-ley 222 de 1983, artículo 287- determinaba la obligatoriedad de la liquidación únicamente para los contratos de *suministro* y de *obras públicas*.

Ahora bien, cuando se trata de la impugnación de actos administrativos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual, pero expedidos con posterior a la terminación, como el que declara el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, o de la liquidación, como el que declara la ocurrencia del siniestro de calidad o de estabilidad, la Sala ha entendido que si bien se deben demandar a través de la acción de controversias contractuales⁶¹, en ese caso, la caducidad de la acción se deberá contar a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo. En efecto, así discurrió la Sala respecto de la posibilidad de impugnar un acto administrativo a través del cual se declaró un siniestro:

“ii) Cuando la póliza solo puede hacerse efectiva después de la terminación o liquidación del contrato.

En esta hipótesis prima la fecha de ejecutoria del acto administrativo que declaró el siniestro, para efecto de la contabilización del término de caducidad de la acción, tal como se explicará a continuación:

En presencia de una póliza que verbigracia, garantiza la estabilidad de las obras ejecutadas por un contratista, su efectividad solo podrá cumplirse después de la terminación y liquidación del contrato, puesto que es después de ejecutadas y entregadas las obras, y puestas al servicio de la comunidad, que la Administración puede detectar defectos en la construcción y amenaza de su deterioro prematuro; situación que como resulta obvio, genera perjuicios al Estado. En tal evento, el acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro, necesaria e inevitablemente, será expedido después de la liquidación del contrato y, por lo tanto, el término a partir del cual empezará a contabilizarse la caducidad de la acción contractual, será el de la ejecutoria del acto que declara el siniestro.

De otra parte cuando se trata de un contrato que según la ley no requiere de liquidación, como en el de compraventa de un bien, si éste presenta vicios ocultos, después de finalizado el negocio jurídico y ello determina la declaratoria del siniestro por parte de la Administración, es decir, después de agotado el contrato, dado que se trata de aquellos que la ley denomina de ejecución instantánea, la fecha a partir de la cual se contabilizará el término para la caducidad de la acción será también el de la ejecutoria del acto administrativo que declaró el siniestro.”⁶²

⁶¹ “En efecto, la pretensión de nulidad del acto que declara el siniestro del incumplimiento del contrato para efectos de hacer exigible la garantía de calidad del bien es pasible jurisdiccionalmente de la acción relativa a controversias contractuales en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma modificada por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 -texto vigente para la época de presentación de la demanda el 29 de abril de 1994⁶¹-, que fue la escogida por el actor, porque, es claro que una vez celebrado el contrato, todos los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual son susceptibles de esta clase de acción, teniendo en cuenta que éstos no se conciben sin la existencia de aquél.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de febrero 23 de 2012, Expediente 20.812, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 22 de 2009, Expediente 14667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

En el presente caso se demandó declaratoria de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró el incumplimiento y se configuró el siniestro respectivo, amparado por la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A.; asimismo se pretendió la declaratoria de incumplimiento por parte de TELECOM y la consecuente indemnización de perjuicios.

El contrato celebrado entre las partes del presente proceso se terminó por vencimiento del plazo el día 30 de marzo de 1994 y la demanda se interpuso el día 31 de mayo de 1996, así que la acción se encuentra caducada respecto de la pretensión de declaratoria de incumplimiento del contrato y de la consecuente indemnización derivada de tal incumplimiento y si bien se encuentra acreditado que después del vencimiento del plazo, el día 29 de julio de 1994, la interventoría autorizó a la contratista para que terminara de entregar los bienes objeto del contrato- hasta el día 31 de agosto de 1994-, tal autorización no tenía la virtualidad de revivir el plazo del contrato que ya se había extinguido, sin que la entidad hubiera accedido a prorrogar el término de ejecución. Al respecto la Jurisprudencia de la Sala ha expresado lo siguiente:

“14.10. (...) Si bien es cierto que en ocasiones el contratista ejecuta obras pactadas después de expirado el plazo, incluso con la aquiescencia de la entidad, tal comportamiento no genera jurídicamente extensión alguna del plazo de ejecución, puesto que un contrato que es solemne por prescripción legal⁶³ –como el contrato estatal y dentro de este, por supuesto, la cláusula que establece el plazo de ejecución–, solo se puede modificar a través de un acuerdo o convención que se ajuste a las mismas formalidades requeridas para la creación del contrato originario, dado que la convención modificatoria está tomando el lugar del contrato originario y la solemnidad que se predica legalmente de éste, se exige para reconocer existencia, validez y eficacia a la convención que lo modifica⁶⁴”⁶⁵.

En cuanto a los actos administrativos por medio de los cuales se declaró el incumplimiento del contrato y la ocurrencia del siniestro respectivo –Resoluciones 00010000-422 de mayo 26 de 1995, 00010000-551 de julio 24 de 1995 y 00010000-0064 de enero 29 de 1996- se encuentra que la diligencia de notificación personal del contenido de la Resolución 00010000-0064 de enero 29 de 1996, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por parte de las sociedades Electroequipos Castro Varela Ltda., por la sociedad Seguros del Estado, se llevó a cabo el día 8 de febrero de 1996, respecto del representante legal de la sociedad actora; así pues, en relación con la pretensión de nulidad de estas resoluciones y la indemnización derivada de tal declaratoria la demanda se interpuso dentro del término de caducidad y, en consecuencia, la Sala se pronunciará acerca de las mismas.

⁶³ “Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. (...)”
“Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

⁶⁴ El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla al señalar que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, de suerte que el consentimiento mutuo para modificar o adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales, por ende a las solemnidades, que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente n.º 15596, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 12 de 2012, Expediente 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

7. El caso concreto.

La sociedad actora solicitó la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato, con base, fundamentalmente, en los siguientes argumentos:

i) Incompetencia de la entidad para efectuar la declaratoria de incumplimiento, en razón de que el contrato celebrado tenía el carácter de contrato de derecho privado celebrado por la Administración.

ii) Incompetencia temporal de la entidad para declarar el incumplimiento, dado que el acto se expidió después de dieciséis meses de haberse terminado el contrato.

iii) Incumplimiento de la entidad con el pago de los bienes contratados, tanto de la carta de crédito como de las facturas correspondientes a los bienes entregados, en razón de lo cual no podía válidamente declarar el incumplimiento de la contratista.

iv) No se presentó incumplimiento por parte de la sociedad actora, toda vez que la entidad le otorgó plazo para la entrega hasta agosto de 1994, momento para el cual la entidad estaba atrasada con los pagos.

v) Aunque en las resoluciones demandadas se mencionaba que había ocurrido un incumplimiento parcial, no obstante, TELECOM había hecho efectiva la totalidad de la cláusula penal pecuniaria.

Como antes se expresó, el Tribunal Administrativo a quo denegó las pretensiones en tanto consideró que, además de que la entidad estaba legalmente facultada para declarar el incumplimiento y se encontraba dentro del término legal para ello, la actora incumplió con las obligaciones contractuales, por lo cual se ajustaba al ordenamiento jurídico tanto la declaratoria como el cobro de la cláusula penal pecuniaria.

La sociedad demandante apeló la sentencia y solicitó su revocatoria, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en el escrito contentivo de la demanda.

Se ocupará entonces la Sala de examinar tales argumentos, con el propósito de determinar si se presentan, o no, los vicios de ilegalidad a los cuales aludió la actora.

7.1. Examen de legalidad de las Resoluciones demandadas.

Según se expuso, al contrato C-0107-92 le resultaban aplicables las normas contenidas en el Decreto-ley 222 de 1983 y si bien el contrato de compraventa celebrado no hacía parte de los contratos administrativos a los cuales aludía el artículo 16, no obstante, el artículo 72 de la misma normativa contemplaba la posibilidad de declarar el incumplimiento de los contratos regidos por la misma, la cual se encontraba asociada a la facultad de cobro de la cláusula penal y de la garantía de efectividad de la póliza de cumplimiento, circunstancia por la cual resultaba procedente su ejercicio aún después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, todo con el fin, se insiste, de cobrar la cláusula penal y el seguro de cumplimiento.

Se encuentra acreditado que en la cláusula décimo quinta del contrato se estipuló que en el evento de que se declarase la caducidad o el incumplimiento del contrato la entidad haría efectiva *“una cláusula penal equivalente veinte por ciento*

(20%) del valor del mismo, que se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a TELECOM”.

Así pues, en principio, podría concluirse que la entidad se encontraba facultada para declarar el incumplimiento, con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, así como de la garantía de efectividad de la póliza de cumplimiento, de conformidad con lo prescrito por el mencionado artículo 72 y con el contenido del contrato, por lo cual no le asiste razón a la actora en su afirmación de que la entidad carecía de competencia para efectuar tal declaratoria, en razón de que se trataba de un contrato de derecho privado celebrado por la Administración.

En cuanto al tiempo durante el cual la entidad podía declarar el incumplimiento, con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y la garantía de cumplimiento, como antes se expresó, de acuerdo con la Jurisprudencia de la Sala, vigente para la época en la cual se expidieron los correspondientes actos administrativos, la entidad gozaba de esta facultad hasta el vencimiento del término durante el cual debía liquidarse el contrato.

En el caso concreto, si bien, como antes se mencionó, este contrato no requería de liquidación, no obstante, la Sala aplicará el criterio expuesto por ésta en oportunidades anteriores⁶⁶ respecto del plazo máximo con el cual contaban las entidades, en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, para declarar el incumplimiento del contrato, el cual, de acuerdo con la pauta jurisprudencial de la época, debía ser de seis meses después de su terminación, bien fuera de forma normal o anormal⁶⁷.

El Contrato C-0107-92 terminó por vencimiento del plazo el día 30 de marzo de 1994 y, en el evento de que éste se fuese a liquidar, el plazo con el cual contaba para hacerlo corría hasta septiembre de 1994, es decir, éste constituía el momento límite para la declaratoria de incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y de cobrar la garantía.

⁶⁶ *“El Consejo de Estado cumple la labor de aplicar el ordenamiento jurídico a los casos que se someten a su consideración. También las interpreta de acuerdo con las particularidades de los casos que decide y fija posiciones que las aclaran, explican, integran o complementan, las cuales han de ser consideradas por la misma corporación en sus futuros pronunciamientos, así como también por los tribunales y jueces administrativos. La Sala considera que temas como el que en el asunto sub judice se discute, en los cuales no existe una definición legal expresa sino que ha sido la labor de la corporación la que ha extraído de las normas la regla jurídica aplicable, deben contar con líneas jurisprudenciales claras y estables, que brinden confianza a las entidades estatales y a los particulares acerca de cuál es el contenido y alcance de la regla correspondiente. La seguridad es una de las más importantes búsquedas del derecho, la cual, ante la realidad indiscutible de que en las leyes se presentan ambigüedades y lagunas, solo se logra con una jurisprudencia armónica, con vocación de estabilidad, que únicamente se debe modificar cuando los cambios normativos y sociales lo impongan. Así, el Consejo de Estado debe estar atento y vigilante de las líneas jurisprudenciales que ha trazado, para que frente a las decisiones que debe tomar, tales líneas se mantengan, o se modifiquen de manera parcial o total cuando los cambios lo demanden.” (NIMROD).” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 12 de 2012, Expediente 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth.*

⁶⁷ *“Para la Sala se debe corregir este aspecto de la sentencia, para indicar, en su lugar, que el plazo que estableció la jurisprudencia, para liquidar un contrato regido por el Decreto-Ley 222 de 1983, es de 4 meses para intentar la liquidación bilateral, si lo anterior no se hace la administración cuenta con un plazo de 2 meses para que realice la liquidación unilateral -para un total de 6 meses-, y si esto tampoco se realiza a partir de allí se cuentan los 2 años de caducidad de la acción.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de noviembre 10 de 2005, Radicado 13.748, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.*

Encuentra la Sala que las Resoluciones números 00010000-551 de julio 24 de 1995 y 00010000-422 de mayo 26 de 1995, se notificaron personalmente al representante legal de la entidad y a la compañía aseguradora el día 1 de agosto de 1995 y éstas fueron confirmadas a través de la Resolución No. 000100000064 de enero 29 de 1996, la cual se notificó personalmente al representante legal de la sociedad contratista el día 8 de febrero de 1996.

Como se observa, tanto para la fecha en la cual se notificaron las resoluciones mediante las cuales se declaró el incumplimiento, como cuando aquellas adquirieron firmeza, ya habían transcurrido más de seis meses, por lo cual la entidad carecía de competencia para declarar el incumplimiento, en razón del factor temporal.

Ahora bien, en relación con la declaratoria del siniestro, según lo expuesto, el acto administrativo que así lo declare, deberá expedirse a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en la cual la entidad tenga conocimiento de su ocurrencia, lo que necesariamente debe suceder durante el tiempo de vigencia de la respectiva garantía, aunque su declaratoria se produzca con posterioridad.

Encuentra la Sala que en los considerandos de la Resolución No. 00010000-422 de mayo 26 de 1995, la entidad hizo referencia a los siguientes hechos, como constitutivos del incumplimiento: i) que el día 29 de marzo de 1994 la sociedad contratista solicitó una prórroga de 30 días y que el interventor del contrato, mediante oficio calendado el 30 de marzo de 1994, negó la solicitud de prórroga del contrato; ii) que el día 29 de julio de 1994 el interventor exigió a la actora *“la renovación de la póliza de cumplimiento”* y le concedió tres días para ello; iii) que el contratista incumplió con la obligación de mantener vigente la póliza de cumplimiento durante la vigencia del contrato, como se lo exigió el interventor en julio 29 de 1994, además de que tampoco constituyó las garantías de calidad y correcto funcionamiento y iv) que en enero 16 de 1995 el interventor solicitó a la entidad la imposición de la sanción de incumplimiento parcial de las obligaciones, en vista de que a esa fecha la contratista no había hecho entrega de la totalidad de los elementos contratados *“dentro de los plazos acordados”*.

Como se puede observar en el texto de las resoluciones demandadas y en el resumen al cual se aludió en el párrafo precedente, los hechos constitutivos del incumplimiento ocurrieron por fuera de la vigencia de la garantía, cuyo vencimiento ocurrió el día 31 de diciembre de 1993. Así pues, si bien los actos administrativos se expidieron dentro de los dos años de ocurrencia de los alegados incumplimientos, no obstante, para esos momentos: marzo 30 de 1994, julio 29 de 1994 y enero 16 de 1995, la garantía ya había expirado, razón por la cual la entidad carecía de competencia para declarar la ocurrencia del siniestro con base en la póliza de seguro de cumplimiento número 9331228 y su certificado de modificación número 230950.

De acuerdo con lo expuesto, como consecuencia de la falta de competencia temporal de TELECOM para declarar el incumplimiento del contrato C-0107-92, así como la ocurrencia del respectivo siniestro, de éste, en atención al Código Contencioso Administrativo⁶⁸, la Sala declarará la nulidad de los actos

⁶⁸ *“Artículo 84.- Modificado por Decreto 2304 de 1989, artículo 14.- Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profirió.”*

administrativos expedidos por la entidad para tal efecto, a saber: las Resoluciones números 00010000-551 de julio 24 de 1995, 00010000-422 de mayo 26 de 1995 y 000100000064 de enero 29 de 1996.

7.2. La indemnización de perjuicios solicitada por la actora.

Solicitó la actora que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas “y para restablecer el derecho del **VENDEDOR**, ni éste ni su garante están obligados a cancelar el valor de las sanciones pecuniarias impuestas por **TELECOM** en las Resoluciones anuladas; y que si **TELECOM** lo recauda forzosamente, deberá devolverlo junto con intereses comerciales moratorios, a la tasa máxima permitida por la ley, desde la fecha del recaudo forzado, hasta cuando la devolución se realice.”

De acuerdo con lo pedido en la demanda, declarará la Sala que ni la sociedad Electroequipos Castro Varela Ltda., ni la compañía aseguradora Seguros del Estado S.A., se encuentran obligadas a pagar a TELECOM - Patrimonio Autónomo de Remanentes de TELECOM – PAR - las sanciones pecuniarias impuestas mediante las resoluciones cuya nulidad será declarada a través de esta providencia.

Si bien en el expediente no se encontró constancia alguna de que la sociedad actora o la compañía aseguradora hubieren realizado el pago de las sumas correspondientes a las sanciones impuestas, no obstante, en el evento de que éstas efectivamente hubieren sido pagadas o compensadas, deberán ser reembolsadas a quien hubiere efectuado el correspondiente pago o a quien se le hubiere aplicado la compensación, así:

i) Las sanciones impuestas en moneda extranjera.

Tales sumas deberán pagarse en moneda legal colombiana liquidada a la tasa representativa del mercado correspondiente a la fecha en la cual se hubiere efectuado el pago o la compensación de la respectiva sanción a TELECOM, de conformidad con lo expuesto por la Sala en la Sentencia de noviembre 13 de 2008, expediente 14.584, de la cual se transcriben los siguientes apartes:

“Tratándose de contratos estatales (entiéndase administrativos bajo la vigencia del Decreto-ley 222 de 1983), en los cuales se pacten obligaciones en moneda extranjera, estas últimas sólo podrán pagarse en tales divisas cuando los contratos respectivos se celebren entre una entidad del Estado y una persona no residente, de acuerdo con las normas cambiarias. Teniendo en cuenta que las entidades públicas, en términos del artículo 2 del Decreto 1735 de 1993, tienen el carácter de residentes, los demás contratos que celebren tendrán el carácter de operaciones internas y por ello tales obligaciones deberán pagarse en moneda legal colombiana.

*“En relación con la tasa de cambio a tener en cuenta para liquidar las obligaciones pactadas en moneda extranjera, estableció el artículo 79 de la Resolución 008 emanada de la Junta Directiva del Banco de la República que éstas deberán pagarse en moneda legal colombiana **a la tasa de cambio representativa del mercado, en la fecha en la cual las operaciones fueron contraídas, salvo que las partes convengan una fecha o tasa de referencia distinta.** La regla general entonces indica que esas obligaciones se han de liquidar con la tasa representativa del mercado vigente al momento en el cual surgió la obligación, salvo que las partes convencionalmente hayan establecido otra cosa, en cuyo caso primará esta convención.*

“Respecto de las condenas que hagan los jueces cuando las obligaciones se hayan pactado en moneda extranjera, si bien no existe una regulación específica en materia contencioso administrativa para los procesos ordinarios, de conformidad con la remisión

normativa contenida en el inciso final del artículo 87 del C.C.A. –modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998- debe entenderse que en aquellos aspectos no regulados se aplicará el Código de Procedimiento Civil. En este caso, por analogía, es posible acudir a las disposiciones del artículo 498 del Código de Procedimiento Civil⁶⁹ referente a los procesos ejecutivos, por cuanto regula un asunto afín, norma según cuyos dictados cuando se trata de obligaciones en moneda extranjera cuyo pago deba realizarse en moneda legal colombiana vigente a la fecha de pago, el juez dictará la sentencia en la divisa acordada.

“El artículo 498 del Código de Procedimiento parte del supuesto de que las partes hayan acordado la fecha de la tasa de cambio con la cual se liquidará la obligación, porque, tal como atrás se mencionó, si las partes no la hubieren acordado se deberá aplicar el artículo 79 de la Resolución 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, es decir, la fecha en la cual se hizo exigible la obligación.”

El valor en pesos deberá actualizarse de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha del pago o de la compensación hasta la fecha de su devolución y se deberán reconocer intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria de esta providencia⁷⁰ hasta la de su pago por la entidad pública demandada, los cuales deberán ser liquidados de conformidad con el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, dado que, si bien se trató de un contrato celebrado y ejecutado en vigencia del Decreto-ley 222 de 1993, no obstante, para el momento en el cual se deben pagar intereses resulta aplicable la Ley 80, según los dictados de la Ley 153 de 1887, como ha sido entendido por esta Corporación:

“21.1 Si bien es cierto que la normatividad a la cual está sometido el contrato de la referencia es el Decreto 222 de 1983, se deben liquidar los intereses moratorios de acuerdo con lo dispuesto en las normas antes referidas, en virtud de la posición que al respecto ha asumido la Sala, de forma reiterada y pacífica:

‘(i) Ante el silencio de las partes al respecto, de conformidad con el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, y en armonía con la figura de la mora, los intereses de mora deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción, de suerte que si la conducta incumplida y tardía del deudor se proyecta en el tiempo y existe durante ese lapso cambio de legislación, es menester aplicar la norma vigente que abarque el período o días de mora de que se trate. (ii) Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades públicas, ante el silencio de las partes, es la establecida en el citado numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea o no de carácter civil o comercial, sin perjuicio de que ellas puedan estipular otro tipo de tasa incluso la civil o comercial sin incurrir en interés de usura. (iii) En los contratos celebrados por las entidades públicas con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para éste de carácter mercantil (arts. 1, 10,

⁶⁹ “Art. 498 C.P.C.- Si la obligación versa sobre una cantidad líquida de dinero, se ordenará su pago en el término de cinco días, con los intereses desde que hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda. Cuando se trate de obligaciones en moneda extranjera cuyo pago deba realizarse en moneda legal colombiana a la tasa vigente al momento del pago, el juez dictará mandamiento ejecutivo en la divisa acordada.”

⁷⁰ “21.4 Huelga advertir que la posición vigente de la Sala consistente en que solo reconoce intereses moratorios a partir de la fecha de la sentencia, está referida a aquellos casos en los que la autoridad judicial correspondiente declara la nulidad del acto a través del cual la entidad impuso una multa o hizo efectiva una cláusula penal pecuniaria, puesto que es entonces cuando nace la obligación a favor del contratista y a cargo de la entidad de restituir la suma respectiva, bajo el entendido de que con anterioridad a la sentencia el acto estaba amparado por la presunción de legalidad correspondiente, y la entidad no debía suma alguna al contratista por ese concepto”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de julio de 2012, expediente 15024, CP. Danilo Rojas Betancourth

y 20 y ss C. Co.); o el artículo 1617 del Código Civil si ninguna de las partes (contratista o entidad) tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de 1993, le será aplicable la establecida en el numeral 8º del artículo 4 ibídem para liquidar el interés de mora⁷¹.⁷²

ii) Las sanciones impuestas en pesos.

Tales sumas se deberán actualizar desde la fecha en la cual se hubiere efectuado el pago o la compensación a TELECOM o esta entidad hubiere afectado la compensación, hasta la fecha en la cual se realice su devolución y sobre el valor actualizado se deberán pagar intereses moratorios, liquidados de conformidad con la Ley 80 de 1993, hasta el momento en el cual se realice el pago por parte de la entidad, por las razones expuestas en el punto anterior.

iii) Las indemnizaciones pedidas en la pretensión cuarta.

Dado que, como antes se expuso, respecto de la declaratoria de incumplimiento solicitada en la pretensión tercera se declarará caducada la acción, en consecuencia, se denegarán las pretensiones indemnizatorias solicitadas como consecuencia de tal declaratoria.

7.3. De la cesión de derechos litigiosos en el caso concreto

Considera la Sala necesario hacer referencia a la cesión de derechos litigiosos en el presente caso, como quiera que el Tribunal *a quo*, mediante providencia de 5 de agosto de 1999⁷³, dispuso su aceptación, sin que en el expediente obre constancia sobre su traslado a la contraparte cedida o que ésta hubiera manifestado su aquiescencia, a efecto de que operara la sucesión procesal de que trata el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil⁷⁴.

En efecto, entre la sociedad demandante y el señor Alfonso Beltrán García, quien además fungía como su apoderado, se celebró un contrato de cesión de derechos litigiosos, a título gratuito⁷⁵, mediante el cual se transfirió al señor Beltrán García, en calidad de cesionario, el evento incierto de la presente Litis que pudiera ser favorable a la parte actora, lo cual equivale a que se transfirió el 100% de los derechos litigiosos que le pudieren corresponder a la sociedad Electroequipos Castro Varela Ltda.

No obstante que el Tribunal se abstuvo de poner en conocimiento de la parte demandada -*contraparte cedida*-, la existencia del mencionado negocio jurídico, la Sala considera que dicha omisión no genera ningún vicio de nulidad procesal en la actuación, toda vez que este supuesto fáctico no está inmerso en las causales taxativamente señaladas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil; además, por tratarse de una cesión realizada a título gratuito, no le resulta

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, expediente n.º 17.214, C.P. Ruth Stella Correa. Dentro del cuerpo de la providencia se hace referencia a pronunciamientos anteriores de la Sala de 11 de septiembre de 2003, expediente n.º 14781; 9 de octubre de 2003, expediente n.º 3412; 29 de enero de 2004, expediente n.º 10779. En el mismo sentido, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente n.º 16495, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de julio de 2012, expediente 15024, CP. Danilo Rojas Betancourth.

⁷³ Obrante a folios 105 y 106 del cuaderno principal No. 1, notificada en estados del 23 de agosto de 1999.

⁷⁴ Dice la norma que “*El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente*”.

⁷⁵ El contrato reposa a folio 29 del cuaderno número 2.

aplicable el “*derecho de retracto*” consagrado en el artículo 1971 del Código Civil⁷⁶, hipótesis en el cual sí es necesario el traslado de la cesión a la contraparte cedida, en aras de garantizar la oportunidad para que aquella ejerza tal derecho.

Por lo anterior, es del caso precisar que en el sub lite, el señor Alfonso Beltrán García ostenta la calidad de litisconsorte de la Sociedad Electroequipos Castro Varela Ltda., pues, como se observa, no ha operado la sucesión procesal que eventualmente podría conllevar la cesión de los derechos litigiosos, por lo que, en los términos del mencionado contrato de cesión, tiene derecho a las eventuales devoluciones de las sumas pagadas o compensadas por el contratista.

Ahora, si bien en este proceso se reconoció al Abogado Alfonso Beltrán García la calidad de litisconsorte de la sociedad demandante, no obstante, la Sala pondrá esta situación en conocimiento de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y compulsará copias de la presente providencia, del poder para actuar como apoderado de la sociedad demandante⁷⁷ y del contrato de cesión de derechos litigiosos⁷⁸, con destino a la misma, con el propósito de que se investigue si el mencionado profesional del derecho incurrió en una falta disciplinaria, en los términos prescritos por el artículo 53 numeral 6 del Decreto 196 de 1971⁷⁹, norma vigente para la fecha en la cual se celebró el contrato de cesión de derechos litigiosos.

7.4. Costas.

Dado que para el momento en que se dicta el presente fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

RESUELVE:

SE REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de

⁷⁶ Sobre el derecho de retracto en materia de cesión de derechos litigiosos, el Código Civil dispone: “*Artículo 1971. Derecho de retracto. El deudor no será obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor.*”

Se exceptúa de la disposición de este artículo las cesiones enteramente gratuitas; las que se hagan por el ministerio de la justicia, y las que van comprendidas en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma una parte o accesión.

Exceptúanse así mismo las cesiones hechas:

1.) *A un coheredero o copropietario por un coheredero o copropietario, de un derecho que es común a los dos.*

2.) *A un acreedor, en pago de lo que le debe el cedente.*

3.) *Al que goza de un inmueble como poseedor de buena fe, usufructuario o arrendatario, cuando el derecho cedido es necesario para el goce tranquilo y seguro del inmueble.*

“*Artículo 1972. Oportunidad para ejercer el derecho de retracto. El deudor no puede oponer al cesionario el beneficio que por el artículo precedente se le concede, después de transcurridos nueve días de la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia*”.

⁷⁷ Folio 1 del cuaderno No. 2.

⁷⁸ Folios 28 y 29 del cuaderno No. 2.

⁷⁹ La norma señalada prescribe como falta el hecho de “[a]dquirir del cliente parte de su interés en causa, a título distinto de la equitativa retribución de los servicios y gastos profesionales”.

Cundinamarca, el día 21 de marzo de 2002, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia. En consecuencia:

PRIMERO: SE DECLARA la nulidad de las Resoluciones números 00010000-551 de julio 24 de 1995, 00010000-422 de mayo 26 de 1995 y 000100000064 de enero 29 de 1996.

SEGUNDO: SE DECLARA que ni la sociedad Electroequipos Castro Varela Ltda., ni la compañía aseguradora Seguros del Estado S.A., se encuentran obligadas a pagar a TELECOM – Patrimonio Autónomo de Remanentes de TELECOM – PAR - las sanciones pecuniarias impuestas mediante las resoluciones cuya nulidad ha sido declarada a través de esta providencia.

TERCERO: En el evento de que TELECOM - Patrimonio Autónomo de Remanentes de TELECOM – PAR - hubiere cobrado o compensado las sanciones pecuniarias impuestas a través de las resoluciones cuya nulidad se declara en esta providencia, **CONDENASELE** a reembolsar las sumas correspondientes a la sociedad Electroequipos Castro Varela Ltda., a su cesionario, o a la sociedad Seguros del Estado S.A., según quien hubiere realizado el pago o quien se le hubiere aplicado la compensación, en los términos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Se deniegan las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

QUINTO: Compulsar, con destino a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, copias de la presente providencia, del poder para actuar como apoderado de la sociedad demandante dentro del presente proceso⁸⁰ y del contrato de cesión de cesión de derechos litigiosos⁸¹.

SEXTO: Sin condena en costas.

En firme esta providencia **DEVUELVA**SE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

⁸⁰ El poder reposa a folio 1 del cuaderno número 2.

⁸¹ El contrato reposa a folio 29 del cuaderno número 2.