

## **CONTRATO DE COMPRAVENTA – Incumplimiento – Caducidad – Cláusula penal**

El Estatuto de Contratación Administrativa – Ley 80 de 1993, en su artículo 18 señala: «La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la Entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.»

Los efectos originados en la cláusula excepcional de caducidad - artículo 18 de la Ley 80-, gravitan permanentemente sobre los contratos de seguros celebrados para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, pues, por expresa disposición legal, la declaratoria de caducidad «*será constitutiva del siniestro de incumplimiento*» [artículo 18 Ley 80 de 1993<sup>1</sup>], efecto éste que se proyecta en relación con el contrato de seguro.

Vale precisar, en todo caso, que en la etapa de ejecución la entidad valora y pondera el comportamiento del colaborador estatal, en orden a establecer si el contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones esenciales, que afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato, con posibilidad de conducir a su paralización. Solo así se justifica el ejercicio del poder punitivo con miras a garantizar el cumplimiento del objeto contratado o impedir que se paralice la prestación del servicio, pues lo que se busca es que con la terminación anticipada, se asegure su continuidad o la ejecución total del contrato por la entidad estatal o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido.

Estos argumentos resultan aplicables en lo que tiene que ver con la efectividad de la cláusula penal pecuniaria impuesta en el marco de la declaratoria de caducidad, pues si bien el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, prevé que una decisión en tal sentido será constitutiva del siniestro de incumplimiento, en tanto comporta la realización del riesgo asegurado, la falta de pruebas sobre lo convenido y ejecutado impiden llegar a conclusiones definitivas

## **CONTRATO ESTATAL – Igualdad**

Es claro que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar el cobro de sanciones, para el efecto multas y cláusulas penales, pues así lo prevén los Códigos Civil y Comercio, sin embargo, cosa diferente a valorar las indemnizaciones por incumplimiento anticipadamente, tiene que ver con asignar a los contratantes o a uno de ellos, así el privilegiado sea una entidad pública, la posibilidad de determinar su imposición y exigir el pago de lo convenido; pues esto contraviene el orden superior a cuyo tenor todas las personas son iguales ante la ley, de donde se colige que ninguno de los contratantes está autorizado para definir a su arbitrio lo acontecido, en el marco de la ejecución contractual y fallar en su beneficio [arts. 13 y 95 de la C.P.].

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 25000-23-26-000-1997-14859-01(26369)**

**Actor: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**

---

**Demandado: FONDO ROTATORIO DE LA POLICIA NACIONAL**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida el 16 de octubre de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas.

**PRIMERO.-** Declárese, de oficio, la nulidad de los apartes de la Cláusula Décima Primera del Contrato n.º136 de 1.995, suscrito entre el Fondo Rotatorio de la Policía y la Sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., en que se faculta al Fondo Rotatorio de la Policía para imponer a la Sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., mediante resolución motivada, las multas allí pactadas.

**SEGUNDO.-** Declárese la nulidad (sic) de las Resoluciones Nos. 0327 de 17 de julio y 0464 de septiembre de 1996, proferidas por el Fondo Rotatorio de la Policía.

**TERCERO.-** Condénase al Fondo Rotatorio de la Policía, a reintegrar a Aseguradora Colseguros S.A. y/o Autos y Camiones de Colombia S.A., debidamente indexadas, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta sentencia, las sumas que éstas hayan cancelado al primero con fundamento en las Resoluciones Nos. 0327 de 17 de julio y 0464 de 13 de septiembre de 1.996, proferidas por la entidad primeramente mencionada.

**CUARTO.-** Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO.-** Sin condena en costas.

## **I. ANTECEDENTES**

El 20 de agosto de 1997, la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., por conducto de apoderado judicial, solicitó i) declarar la nulidad de las resoluciones n.º (s) 0327 del 17 de julio y 0459 de 12 de septiembre de 1996, proferidas por el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA NACIONAL que a su turno declararon el incumplimiento del contrato n.º 136 de 1995, su caducidad, la efectividad de la cláusula penal pecuniaria y la imposición de multas a la sociedad "AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A", al igual que de las resoluciones n.º (s) 0464 de 13 de septiembre y 0584 del 25 de octubre de 1996 que resolvieron desfavorablemente los recursos de reposición interpuestos y ii) en su lugar

declarar el incumplimiento de la entidad demandada y así mismo disponer la indemnización de perjuicios –folio 3 del cuaderno principal-.

### **1.1. LA DEMANDA**

Conforme al texto de la demanda, la compañía de seguros pretende las siguientes declaraciones y condenas:

*1.- Que es nula la Resolución número 0327 del 17 de julio de 1996, mediante la cual el Fondo Rotatorio de la Policía, declaró el incumplimiento del contrato 136 de 1995 e impuso multas sucesivas al contratista AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A.*

*2.- Que es nula la Resolución número 0464 del 13 de septiembre de 1996, mediante la cual se decide desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la Aseguradora Colseguros S.A., y se confirma en su totalidad la Resolución 0327 del 17 de julio de 1996.*

*3.- Que es nula la Resolución número 0459 del 12 de septiembre de 1996, mediante la cual el Fondo Rotatorio de la Policía decide declarar la caducidad del contrato, aplicar y hacer efectivo el valor de la sanción penal pecuniaria pactada en el contrato n.º 136 de 1995.*

*4.- Que es nula la Resolución número 0584 del 25 de octubre de 1996, mediante la cual se decide desfavorablemente el recurso de reposición formulado por Aseguradora Colseguros S.A., contra la Resolución número 0459 del 12 de septiembre de 1996.*

*5.- Que se declare que el Fondo Rotatorio de la Policía incumplió las cláusulas del contrato número 136 de 1995, en especial en cuanto hace a la ilegal, irregular e indebida aplicación de sanciones, declaratoria de incumplimiento y caducidad.*

### **CONDENAS**

*1.- Que se condene al Fondo Rotatorio de la Policía a reintegrarle a la Aseguradora Colseguros S.A., las sumas que ilegalmente se vea obligada a pagarle, por concepto de las pólizas de seguro a que se ha hecho mención en el curso de esta demanda.*

*2.- Que se condene al Fondo Rotatorio de la Policía a pagar intereses comerciales moratorios de que trata el artículo 884 del Código de Comercio, causados desde la fecha en que los pagos se hubieran realizado, hasta la fecha en que se abonen a mi mandante.*

*3.- Que se condene al Fondo Rotatorio de la Policía a pagar a la Compañía de Seguros que represento los valores causados por perjuicios ocasionados como consecuencia del cobro de las sumas a que se hace referencia en esta demanda y que pretende ilegalmente la demandada, y que corresponden a costos por reservas para pagos de siniestros, incrementos en los costos de reaseguro, servicio de consultorías jurídicas para la presentación y atención del trámite de los recursos ordinarios durante la vía gubernativa, costas y agencias en derecho causadas en el curso de este proceso, pólizas, gastos generales, etc., daños a la*

*imagen comercial y demás perjuicios derivados de la actuación ilegal de la entidad demandada, perjuicios que se estiman en por lo menos veinticinco millones de pesos (\$25'000.000) m/cte.*

**4.-** *Que se condene a la entidad demandada a cancelar a favor de Aseguradora Colseguros S.A., los correspondientes valores sobre las anteriores sumas, por concepto de ajustes al valor de la moneda, por desvalorización, de conformidad con las certificaciones que para el efecto expida el Banco de la República y el Dane, todo cuantificado hasta el momento en que el pago se produzca.*

Para el efecto la actora puso de presente los siguientes hechos:

**1.-** El Fondo Rotatorio de la Policía Nacional y la sociedad AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A. celebraron el contrato de compraventa de bienes muebles n.º 136 de 1995, mediante el cual la firma vendedora se comprometió a transferir a favor del comprador dos camionetas con blindaje tipo IV, marca Ford Explorer Limited modelo 1996. En el marco del contrato se fijó como precio la suma de \$ 222'000.000, incluido el IV.A. y se pactó la cláusula de caducidad, para los eventos de incumplimiento.

**2.-** El contrato n.º 136 de 1995 fue adicionado para prorrogar el plazo de ejecución en noventa días y la misma suerte corrió la garantía única otorgada por la actora, de modo que el 28 de junio de 1996 sería el plazo límite para la entrega de los vehículos, esto es ciento noventa y siete días hábiles, desde la fecha de entrega del anticipo.

**3.-** La ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. para garantizar el cumplimiento del contrato expidió la póliza número 1168038-4 el 4 de enero de 1996 y posteriormente el certificado de prorroga n.º 1174662-6, habiendo amparado el anticipo hasta el 16 de agosto de 1996 y el cumplimiento hasta el 13 de septiembre del mismo año.

**4.-** En los términos de la resolución n.º 0327 del 17 de julio de 1996, el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional declaró el incumplimiento del contrato y ordenó hacer efectiva el valor de las multas convenidas, así:

*“Artículo 1º. Declarar el incumplimiento parcial del contrato 136 de 1995, celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Policía y la firma Autos y Camiones de Colombia S.A., para la adquisición de los vehículos que a continuación se relacionan: Dos (2) camionetas, marca Ford Explorer, Limited modelo 1996..., por un valor total de DOSCIENTOS VEINTIDOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$222'000.000), incluido el impuesto a las ventas.”*

*“Artículo 2º. Imponer y hacer efectivas a favor del Fondo Rotatorio de la Policía y en contra de la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., el valor de las multas pactadas en la cláusula Décima Primera del contrato No. 136 de 1995, por la suma de VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$22'200.000), como resultado de aplicar el uno por ciento (1%) del contrato, incluido el valor del I.V.A., es decir la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2'220.000) por un lapso de diez (10) días calendario.”*

Para llegar a esta conclusión, la entidad demandada sostuvo que, según el contrato adicional n.º 1, el plazo de ejecución se prorrogó hasta el 28 de junio de 1996 y como el contratista incumplió el contrato n.º 136, en tanto no hizo entrega de los vehículos adquiridos, correspondía imponer las sanciones respectivas.

La Aseguradora Colseguros S.A. interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto el 13 de septiembre de 1996, mediante resolución n.º 0464 confirmando en todas sus partes la decisión.

5.- El 12 de septiembre de 1996, el Fondo Rotatorio de la Policía profirió la resolución n.º 0459 para declarar la caducidad administrativa del contrato, al tiempo ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y ordenó la liquidación. Así:

*- “Artículo 1º. Declarar la caducidad administrativa del contrato No. 136 de 1995, celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Policía y la firma Autos y Camiones de Colombia S.A.....”.*

*- “Artículo 2º. Imponer y hacer efectivos a favor del Fondo Rotatorio de la Policía y en contra de la firma Autos y Camiones de Colombia S.A., el valor de la sanción penal pecuniaria pactada en la Cláusula Décima Segunda del Contrato No. 136 de 1995, por la suma de VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (22'200.000), CORRESPONDIENTE AL DIEZ POR CIENTO (10%) DEL VALOR DEL CONTRATO No. 136 de 1995”.*

*Artículo 3º. El valor de la sanción consagrada en el artículo anterior, podrá ser tomada directamente d (sic) ellos saldos que posea el Fondo Rotatorio de la Policía a favor de la firma Autos y Camiones de Colombia S.A., y/o de las garantías constituidas...”.*

*Artículo 4º. Terminar y ordenar la liquidación del contrato No. 136 de 1995..., de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas contractuales, en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, una vez ejecutoriada la presente resolución.”*

6.- El contratista y la compañía de seguros interpusieron sendos recursos de reposición, resueltos en el sentido de confirmar el acto impugnado, en los términos de la resolución número 0584 del 25 de octubre de 1996.

7.- Mediante memorial de 15 de julio de 1997, la Aseguradora Colseguros S.A. solicitó copias auténticas de todas las actuaciones surtidas ante la entidad estatal, empero el Fondo Rotatorio de la Policía se abstuvo de dar trámite a su solicitud.

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Para la prosperidad de sus pretensiones la parte demandante expuso que i) el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional incurrió en violación de los artículos 2, 4, 6 y 29 de la Constitución Política, en cuanto negó las pruebas solicitadas impidiéndole probar la falsa motivación de los actos demandados y resolvió de plano los recursos interpuestos por la misma, como aconteció con la liquidación del contrato; ii) aunque la entidad estaba facultada para declarar la caducidad del contrato, dentro del plazo de ejecución y ordenar su liquidación, profirió las resoluciones demandadas por fuera de la oportunidad legal, es decir sin competencia para ello, de modo que le correspondía al juez del contrato resolver sobre la procedencia de las multas, al igual que lo relativo a la cláusula penal pecuniaria y iii) hasta la fecha de presentación de la demanda, la administración no había liquidado el contrato y, de llegar a hacerlo, tendría que abstenerse de incluir el valor de las multas y la cláusula penal pecuniaria, pues dichas atribuciones no fueron contempladas en la Ley 80 de 1993.

### **1.2. INTERVENCIÓN PASIVA**

La parte actora solicitó adicionar el auto admisorio de la demanda en el sentido de vincular a la sociedad AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A. como su litis consorte necesario. Petición a la que accedió el tribunal, mediante auto de 10 de diciembre de 1998.

#### **1.2.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Fondo Rotatorio de la Policía Nacional contestó oponiéndose a las pretensiones –folio 34 del cuaderno principal-. Expuso que i) los actos administrativos demandados se soportaron en las pruebas válidamente recaudadas, ii) no se incurrió en falsa motivación y se garantizó el derecho de defensa de la parte contraria, iii) la entidad demandada tenía competencia para hacer efectivas las multas, conforme lo previsto en la Ley 80 de 1993, en tanto fueron impuestas

dentro de la vigencia del contrato, iv) aunque la declaratoria de incumplimiento, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, se profirió después de vencido el plazo contractual, ello obedeció a que solo hasta entonces se pudo concluir que el contratista incumplió con las prestaciones pactadas. En ese orden, la Dirección General del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional estaba facultada para presentar la respectiva reclamación contra la Aseguradora Colseguros S.A. y así lo hizo, mediante oficio n.º 000654 del 6 de marzo de 1997, en orden a que se le cancelara la suma de \$ 22'000.000,00, sin que se haya verificado el pago.

Por último, dejó sentado que las resoluciones n.º (s) 0327 del 17-07-96 y 0459 de 12-09-96, conforman un título ejecutivo por contener obligaciones claras, expresas y exigibles a favor del Fondo Rotatorio de la Policía y en contra de las firmas AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A.

A título de excepción, propuso la falta absoluta de causa para demandar –folio 107 del cuaderno principal-.

### **1.2.2. LITIS CONSORTE NECESARIO**

El 7 de diciembre de 2000, la sociedad AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., aduciendo su condición de litis consorte, por conducto de apoderado judicial, además de coadyuvar las pretensiones de la parte actora, presentó sus propias pretensiones –folio 85 del cuaderno principal- así:

**PRIMERO:** *Que es NULA la Resolución No. 0327 del 17 de julio de 1996, proferida por el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, por medio del cual declara el incumplimiento del contrato No. 136 de 1995, e impuso multas sucesivas al contratista Autos y Camiones de Colombia S.A., y se toman otras determinaciones.*

**SEGUNDA:** *Que como consecuencia de la nulidad del acto enunciado anteriormente, se declare que la sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., no está obligada con lo ordenado en el artículo segundo de la Resolución 0327 del 17 de julio de 1996, por el cual se dispone:*

*“ARTÍCULO 2º. IMPONER y hacer efectivas a favor del Fondo Rotatorio de la Policía y en contra de la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., el valor de las multas pactadas en la Cláusula Décima Primera DEL CONTRATO No. 136 de 1995, por la suma de VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$22'200.000), como resultado de aplicar el uno por ciento (1%) del valor del contrato, incluido el valor del I.V.A., es decir la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2'200.000) por un lapso de diez (10) días calendario”.*

**TERCERA:** Que es nula la Resolución No. 0464 del 3 de septiembre de 1996, por medio de la cual se resolvió en forma negativa el recurso de reposición instaurado por Autos y Camiones de Colombia S.A., en contra de la resolución No. 0327 de 1996.

**CUARTA:** Que es NULA la Resolución No. 0459 del 12 de septiembre de 1996, proferida por el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, por medio de la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato No. 136 de 1995 y se pudo hacer efectiva la Cláusula Penal pecuniaria al contratista Autos y Camiones de Colombia S.A. y se toman otras determinaciones.

**QUINTA:** Que es NULA la Resolución No. 0584 del 25 de octubre de 1996, proferida por el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, por medio de la cual se resolvió en forma negativa el recurso de reposición interpuesto por Autos y Camiones de Colombia S.A., en contra de la resolución No. 0459 de 1996.

**SEXTA:** Que como consecuencia de la nulidad de los actos enunciados anteriormente, se declare que la sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., no está obligada a cumplir con lo ordenado en el artículo segundo de la Resolución 0459 de 1996, por lo cual se dispone:

*“ARTÍCULO 1º. Imponer y hacer efectivas a favor del FONDO ROTATORIO DE LA POLICIA NACIONAL y en contra de la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., el valor de la sanción penal pecuniaria pactada en la Cláusula Décima Segunda del Contrato No. 136 de 1995, por la suma de VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$22'200.000), correspondiente al diez por ciento (10%) del valor No. 136 de 1995.*

**SÉPTIMA:** Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados y las demás declaraciones, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar la sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., como consecuencia de lo dispuesto en el artículo segundo de la resolución n.º 0327 del 17 de julio de 1996; confirmada por la resolución n.º 0464 del 13 de septiembre de 1996; lo dispuesto en el artículo segundo de la resolución n.º 0459 del 12 de septiembre de 1996, confirmada por la resolución n.º 0584 del 25 de octubre de 1996, por cuanto la expedición de los actos administrativos demandados no es la vía legal para el cobro de tales sumas de dinero.

**OCTAVA:** Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos reseñados en antecedencia y las demás declaraciones, se condene al Fondo Rotatorio de la Policía Nacional a pagar a favor de la Sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., el valor de los perjuicios actualizados como lo dispone el contenido del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta el Índice de precios al Consumidor que certifique el DANE desde el mes de diciembre de 1996 (Índice Inicial) y el mes anterior a la ejecutoria del fallo que ponga fin a la controversia (Índice Final).

**NOVENA:** Que se condene al Fondo Rotatorio de la Policía a pagar a favor de la Sociedad Autos y Camiones de Colombia S.A., los intereses legales, del valor histórico de las condenas, desde el mes de diciembre de 1996 o desde la fecha en que quedaron en firme los actos administrativos demandados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; y, hasta que el pago se verifique, intereses moratorios a la tasa máxima legal, certificado por la Superintendencia Bancaria.

### **1.3 ALEGATOS PRIMERA INSTANCIA**

### **1.3.1. PARTE ACTORA**

La Aseguradora Colseguros S.A. insistió en la prosperidad de sus pretensiones - folio 120 del cuaderno principal-. En lo que se refiere a la cláusula penal pecuniaria, señaló que el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 prevé que *“la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”*, contrario a lo que sucede en el derecho común en donde el siniestro es la realización del riesgo asegurado -artículo 1072 del Código de Comercio-, de modo que para que sea procedente la prueba del siniestro ha debido declararse la caducidad del contrato; empero dentro del plazo de ejecución y no por fuera de él, como efectivamente ocurrió. Al respecto señaló que aunado a que para entonces el demandado carecía de competencia, no podía fungir como juez y parte, es decir hacer efectiva unilateralmente la cláusula penal pecuniaria.

### **1.3.2. LITIS CONSORTE NECESARIO**

La sociedad AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A. presentó intervenciones finales –folio 125 del cuaderno principal- y en términos similares a los de la Aseguradora concluyó que, como el contrato estaba gobernado por la Ley 80 de 1993, la administración no tenía competencia para declarar el incumplimiento como una facultad autónoma, sino como supuesto de la declaratoria de caducidad del contrato, según se desprende del contenido del artículo 18 de la misma. En ese orden de ideas, los actos administrativos que declararon el incumplimiento, vencido el plazo de ejecución, son nulos por falta de competencia, pues, para entonces, correspondía al juez del contrato y no a la contratante pronunciarse sobre el incumplimiento. Nulidad también predicable de las resoluciones que impusieron multas, en cuanto la entidad ejerció una facultad que no le ha sido conferida.

### **1.3.3. PARTE DEMANDADA**

La entidad demandada reiteró los planteamientos de su defensa –folio 142 del cuaderno principal- y solicitó negar las súplicas de la demanda, fundada en que los actos demandados se ajustaron a la ley, dado el incumplimiento del contratista y por ende su deber de sancionarlo, de manera que no podría afirmarse que se vulneraron las normas que en la demanda se consideran infringidas.

#### 1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones -folio 165 del cuaderno principal-. A su juicio, aunque no se allegó copia, los actos administrativos demandados incorporados al proceso permiten inferir la existencia del contrato n.º 136 de 1995, como quiera que las resoluciones n.º (s) 0327 de 17 de julio, 0464 de 13 de septiembre de 1996, 0459 de 12 de septiembre y 0584 de 25 de octubre de 1996 dan cuenta del mismo.

Además, previo el estudio de competencia de la entidad, el tribunal concluyó sobre la nulidad de las dos primeras resoluciones, en cuanto declararon el incumplimiento y ordenaron hacer efectiva la multa a cargo del contratista; porque, aunque los contratos estatales están sometidos a reglas civiles y comerciales y al principio de la autonomía de la voluntad, las prerrogativas conferidas a la entidad constituyen expresión misma del ejercicio del poder público.

Agregó que la ley no atribuye a la administración la facultad de imponer unilateralmente multas, como tampoco la de declarar el incumplimiento del contrato, de donde la administración no puede ejercer atribuciones que no han sido asignadas expresamente. Advirtió, también, que las cláusulas exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 se contraen a la terminación, interpretación y modificación unilateral de los contratos, caducidad y reversión, sin perjuicio de lo previsto en normas especiales, como ocurre con la facultad de liquidación unilateral. De modo que si la administración se atribuye facultades que no le han sido conferidas, viola el artículo 121 de la Constitución Política. Advirtió sin embargo el *a quo* que lo expuesto no comporta negar a las partes la posibilidad de convenir multas, conforme lo previsto en los artículos 32, 40 y 13 de la Ley 80 de 1993, sin que de ello se derive la facultad o prerrogativa de hacerlas efectivas unilateralmente, de modo que, de llegarse a pactar esta atribución se configuraría su nulidad absoluta, en los términos del numeral 2º, del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por proceder contra expresa prohibición de los artículos 121 y 122 de la Carta Política.

Ahora, no encontró el tribunal comprendida la competencia para imponer multas, tampoco dentro de las facultades de dirección y control en la ejecución contractual asignada a la administración; al establecer que éstas se cumplen con la continua

vigilancia y supervisión, impartiendo instrucciones, arbitrando soluciones y fijando correctivos a través de la interventoría y no ejerciendo como juez del contrato. En suma concluyó que la administración no puede hacer uso de privilegios que el legislador no le ha concedido, para el efecto, la facultad de imposición unilateral de multas.

En lo que concierne a las resoluciones 0459 y 0584 de 12 de septiembre y 25 de octubre de 1996, que declaran la caducidad del contrato y ordenan hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, el tribunal negó la pretensión de nulidad, en tanto i) no se incurrió en violación del derecho de defensa, si se tiene en cuenta que, para entonces, se había puesto en conocimiento de la sociedad contratista el hecho constitutivo del incumplimiento e impuesto la sanción, ii) aunque la declaratoria de caducidad del contrato n.º 136 de 1995 se produjo con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución -28 de junio de 1996-, ello no determina incompetencia por el factor temporal, en razón a que, solo al advenimiento del mismo resulta posible evaluar el comportamiento del contratista y tomar las decisiones sancionatorias, aunado a que se convino en un plazo de 197 días hábiles, contados a partir de la fecha de entrega del anticipo y, como al proceso no se allegó prueba que permita establecer la entrega, no resulta posible determinar su vencimiento y así mismo decretar la nulidad alegada, iii) la declaratoria de ocurrencia del siniestro bien puede tener lugar vencido el plazo de ejecución y el plazo de vigencia, sin exceder el término de caducidad de la acción, pues lo que importa es que el riesgo asegurado tenga lugar dentro del plazo de vigencia de la garantía (4 de enero al 13 de septiembre de 1996), lo que sucedió efectivamente, en razón a que el incumplimiento se configuró el 28 de junio del mismo año, de donde se colige que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado y iv) aunque la cláusula penal pecuniaria, en vigencia de la Ley 80 de 1993, no sea de obligatoria estipulación, una vez pactada puede hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, lo que conlleva, necesariamente, al cobro o recaudo del valor de la misma por parte de la entidad contratante, dado que la declaratoria de caducidad confirma el siniestro por incumplimiento, con cargo a la garantía. En consecuencia, al no haberse desvirtuado la legalidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato, los cargos invocados por la parte actora no prosperan.

La sentencia se aprobó con el salvamento de voto del magistrado JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ –folio 186 del cuaderno principal-, en lo que atañe a la

cláusula de multas, pues, a su juicio, el mismo estatuto contractual otorgó competencia a las entidades para *“adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias”* y, en ese sentido, no se encuentra ninguna limitante para que en ejercicio de la autonomía de la voluntad y en desarrollo de esa competencia se estipule, dentro de las cláusulas contractuales, que la entidad estatal pueda arrogarse la facultad para imponer las multas convenidas.

## **SEGUNDA INSTANCIA**

### **2.1 RECURSO DE APELACIÓN**

#### **2.1.2. PARTE ACTORA**

La parte actora, inconforme con la decisión del tribunal, interpone recurso de apelación, para que se acceda a todas las pretensiones –folio 221 del cuaderno principal-, fundada en que i) la facultad exorbitante asignada por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor *“la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”*, no puede ejercerse por fuera de la vigencia contractual, de modo que la demandada no podía hacer efectiva unilateralmente la cláusula penal pecuniaria, por fuera de la facultad temporal, sino acudir al juez del contrato. En ese orden de ideas, la Aseguradora insiste en que se declare la nulidad de las resoluciones n.º (s) 0459 del 12 de septiembre y 0584 del 25 de octubre de 1996.

#### **2.1.3. LITIS CONSORTE NECESARIO**

La sociedad AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A. coadyuva los planteamientos de la Aseguradora demandante –folio 201 del cuaderno principal- y a la vez advierte que la caducidad solo podrá ser declarada dentro del plazo de ejecución, porque busca impedir la paralización del contrato con ocasión del incumplimiento grave del contratista, de manera que, como la demandada actuó por fuera de su competencia, los actos demandados se encuentran afectados de nulidad absoluta.

#### **2.1.4. PARTE DEMANDADA**

La entidad demandada solicitó revocar la decisión del tribunal –folio 215 del cuaderno principal-, en tanto, así como las partes pueden convenir en el pago de las multas, la entidad tenía competencia para imponerlas unilateralmente conforme lo previsto en el artículo 64 del C.C.A., esto último porque la facultad sancionadora de la administración está ínsita en los poderes de control y dirección, sin necesidad de reconocimiento ni regulación contractual, para su ejercicio, como tampoco de intervención judicial.

## **2.2. INTERVENCIONES FINALES**

### **2.2.1. PARTE ACTORA**

En la etapa de intervenciones finales de la segunda instancia, la parte actora insiste en la prosperidad de las pretensiones de la demanda –folio 257 del cuaderno principal-, por iguales razones a las expuestas al sustentar el recurso, es decir, reitera sus pretensiones de nulidad porque la demandada no podía declarar la caducidad, como tampoco hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el plazo contractual.

### **2.2.2. LITIS CONSORTE NECESARIO**

La sociedad AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A. comparte los argumentos expuestos por la parte actora –folio 240 del cuaderno principal-,

### **2.2.3. PARTE DEMANDADA**

Por último, el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional insiste en que debe ser absuelto –folio 236 del cuaderno principal-, pues la decisión de la entidad comportó una declaratoria de caducidad por hechos imputables al contratista, acontecidos en vigencia del plazo contractual, concretamente durante su prórroga, conforme se advierte en la respectiva póliza de cumplimiento, de donde no puede afirmarse que la entidad actuó por fuera de su competencia temporal.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. COMPETENCIA**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, dado que la cuantía del asunto alcanza la exigida en vigencia del Decreto Ley 597 de 1988 para que esta Corporación conozca del mismo en segunda instancia<sup>2</sup>.

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a la Sala resolver sobre la competencia temporal y material de la entidad demandada para proferir los actos acusados, en tanto declararon el incumplimiento y así mismo la caducidad del contrato n.º 136 de 1995 y ordenaron hacer efectivas las multas pactadas y la cláusula penal pecuniaria; porque la parte actora insiste en la nulidad de las resoluciones 327 y 464 de 1996 y la demandada pretende la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró nula la decisión del tribunal de imponer al contratista la multa pactada.

## **3. HECHOS PROBADOS**

### **3.1. Cuestión previa**

Las pruebas documentales aportadas por las partes en las oportunidades procesales respectivas serán valoradas por cumplir los requisitos legales, de donde se colige que:

3.1.1. Según resolución n.º 0327 de 17 de julio de 1996, el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional declaró el incumplimiento del contrato 136 de 1995 y ordenó hacer efectiva la multa convenida -folio 5 del cuaderno n.º 2-, así:

**ARTÍCULO 1º.** *DECLARAR el incumplimiento del contrato No. 136 de 1995 celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Policía y la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., para la adquisición de los vehículos que a continuación se relacionan: Dos (2) Camionetas marca Ford Explorer, Limited, Modelo 1996 con blindaje IV (7.62 Nato M80-Bal) y demás especificaciones de la oferta, por un valor total de DOSCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$222'000.000, oo), incluido el impuesto a las ventas.*

**ARTÍCULO 2º.** *IMPONER y hacer efectivas a favor del Fondo Rotatorio de la Policía y en contra de la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., el valor*

---

<sup>2</sup> Cuando se presentó la demanda, la cuantía exigida para que la acción contractual tuviera vocación de doble instancia ascendía a \$ 13.460.000 y el monto de la pretensión mayor equivale a la suma de \$ 25.000.000,oo.

de las multas pactadas en la Cláusula Décima Primera del contrato n.º 136 de 1995, por la suma de VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$22'200.000, oo), como resultado de aplicar el uno por ciento (1%) del valor del contrato incluido el valor del I.V.A., es decir la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2'220.000, oo) por un lapso de diez (10) días calendario.

**ARTÍCULO 3º.** Las sumas anteriormente impuestas a título de multas diarias, podrán ser tomadas directamente de los saldos que posea el Fondo Rotatorio de la Policía a favor de la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., y/o de las garantías constituidas de conformidad con la Cláusula Décima del contrato No. 136 de 1995.

**ARTÍCULO 4º.** La firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., procederá a efectuar las publicaciones de la parte resolutive de la presente resolución una vez ejecutoriada, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993. Si ésta no cumple con tal obligación las mismas se harán por parte de este Instituto quien repetirá contra el obligado.

(...)

Para llegar a dicha conclusión se sostuvo:

El Fondo Rotatorio de la Policía celebró el contrato No. 136 de 1995 con la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., para la adquisición de los vehículos que a continuación se relación con destino a la Policía Nacional, así: Dos (2) camionetas marca Ford Explorer, Limited, Modelo 1996 con blindaje IV (7.62 Nato M80-Bal) y demás especificaciones de la oferta, por un valor total de DOSCIENTOS VEINTIDOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE. (\$222'000.000, oo), incluido el impuesto a las ventas.

Según contrato adicional No. 1 al contrato principal No. 136 de 1995 celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Policía y la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., las partes de común acuerdo convienen en modificar las cláusulas. OCTAVA: PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO. NOVENA: VIGENCIA. Y DÉCIMA: GARANTIA ÚNICA, del contrato No. 136 de 1995 así: "OCTAVA: plazo de ejecución del contrato: Se concede al contratista como plazo límite para la entrega de los vehículos relacionados en la Cláusula PRIMERA del contrato principal hasta el 28 de Junio de 1996. Cláusula NOVENA: VIGENCIA: El contrato principal tendrá una vigencia de 197 días hábiles contados a partir de la fecha de entrega del anticipo"....

El Jefe del grupo Contratos del Fondo Rotatorio de la Policía, mediante oficio No. 292 del 02 de Julio de 1996, informa a la Oficina Jurídica del Instituto que la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., tenía como plazo para la ejecución del contrato 136 de 1996 hasta el 28 de Junio de 1996.

Es evidente que la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., incumplió el contrato No. 136 de 1995 al no hacer entrega de los vehículos objeto del contrato referido dentro del plazo contractual y en consecuencia se deben aplicar los correctivos correspondientes.

La firma contratista para garantizar el cumplimiento del contrato No. 136 de 1995, constituyó la Póliza No. 116803/1174662 por la suma de VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$22'2000.000, oo), expedida

por la Compañía ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., con una vigencia hasta el 13 – 09 – 96.

Que la Cláusula Décima Primera del contrato No. 136 de 1995 establece: *MULTAS: La mora o el incumplimiento de las obligaciones que asume el CONTRATISTA por medio de este contrato dará derecho al Fondo Rotatorio de la Policía para imponer a aquel multas diarias sucesivas del uno (1%) por ciento sobre el valor de los elementos no entregados oportunamente, y hasta por un término de diez (10) días. Llegado el caso, su imposición se hará mediante, resolución motivada del Fondo Rotatorio de la Policía en las que se expresaran las causas que dieron lugar a ella.*

3.1.2. Mediante resolución n.º 0464 de 13 de septiembre de 1996, el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional resolvió el recurso interpuesto y confirmó la decisión, para el efecto afirmó –folio 8 del cuaderno n.º 2-:

*1.- Es cierto que es requisito indispensable para que se entienda realizados los riesgos que amparan la póliza de cumplimiento, que dichos riesgos se den “por causas imputables al contratista”, pero no es cierto que tal hecho no aparece demostrado en los considerandos de la resolución recurrida; en efecto en la Resolución No. 0327 del 17-07-96, se señaló: “según contrato adicional No. 136/1995, Cláusula Octava –Plazo de Ejecución del Contrato-, la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., tenía como plazo límite para la entrega de los vehículos relacionados en la cláusula primera del contrato principal hasta el 28 de Junio de 1996, sin que para la fecha señalada la firma contratista hubiera efectuado la entrega de los vehículos objeto del contrato referido como era su compromiso contractual.*

*De otra parte; las causas o circunstancias que dieron lugar a la no entrega de los vehículos dentro del plazo estipulado en el contrato adicional No. 1 al principal No. 136 de 1995, deben ser justificadas, sustentadas y probados por la firma contratista AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., y no por parte del Fondo Rotatorio de la Policía; esto con fundamento en la Regla General de la Carga de Prueba, consagrada en el inciso primero del artículo 1757 del Código Civil que expresa: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.*

*2.- Señala el recurrente que “en ninguna parte del texto de la resolución que decreta el incumplimiento y las multas en cuestión, se dice cuando se entregó el anticipo, es decir, que se está ante una indebida motivación de la resolución recurrida pues se habla que hubo incumplimiento, pero no se da la fecha que servirá para determinar la certeza de tal afirmación”.*

*Sobre el particular se aclara: De conformidad con el contrato adicional No. 1 al contrato principal No. 136/95, la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., se obligó a efectuar la entrega de los vehículos camionetas Ford Explorer, objeto del contrato referido, el día 28 de Junio de 1996, fecha ésta que sirve para determinar a partir de cuándo se da el incumplimiento en el plazo de ejecución del contrato No. 136/95 y en consecuencia no es cierto que exista una indebida motivación de la resolución No. 0327 del 17-07-96.*

*3.- Considera el recurrente que es necesario tener en cuenta que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, régimen bajo el cual se celebró el contrato que ha dado lugar al acto administrativo aquí impugnado, se produjo un cambio*

*fundamental en materia de las llamadas por el régimen jurídico anterior como “Cláusulas Exorbitantes” pues a partir de la Ley 80 de 1993 se llama “Cláusulas Excepcionales al Derecho Común”, de la mencionada Cláusula de acuerdo con el inciso 2º del artículo 14 de la Ley 80 son las siguientes: “de terminación, interpretación, modificación unilateral, de sometimiento a las leyes nacionales, y de caducidad”... lo que nos está demostrando que la cláusula sobre multas dejó de ser en su consagración y definición una prerrogativa de la entidad contratante.*

(...)

*La Ley 80 de 1993 en su artículo 3º DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL señala: “...los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumple una función social que, como tal, implica obligaciones”.*

*A su vez el artículo 4º establece: “Para la consecución de los fines que trata el artículo anterior, las entidades estatales;... 2º) Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las acciones pecuniarias garantías a que hubiera lugar.*

(...)

*La figura jurídica del CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR, su configuración requiere de la concurrencia de sus dos elementos, IMPREVISIBILIDAD O IRRESISTIBILIDAD., según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1º de la Ley... (ilegible), los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor, antes reseñados, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructura del caso fortuito o fuerza mayor.*

3.1.3. El 12 de septiembre de 1996, el Fondo Rotatorio de la Policía Nacional declaró la caducidad del contrato y la ocurrencia del siniestro, al tiempo que ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en los términos de la resolución n.º 0459 de la fecha –folio 12 del cuaderno n.º 2-, así:

**ARTÍCULO 1º.- DECLARAR** la caducidad administrativa del Contrato No. 136 de 1995, celebrado entre el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA y la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., para la adquisición de los vehículos que a continuación se relacionan con destino a la policía nacional, así: Dos (2) camionetas marca Ford Explorer, Limited, Modelo 1996 con blindaje IV (7.62 Nato M80-Bal) y demás especificaciones de la oferta, por un valor total de DOSCIENTOS VEINTIDOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE. (\$222'000.000, oo), incluido el impuesto a las ventas.

**ARTÍCULO 2º.- IMPONER** y hacer efectivas a favor del FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA y en contra de la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., el valor de la sanción penal pecuniaria pactada en la Cláusula Décima Segunda del contrato No. 136 de 1995, por la suma de VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$22'200.000, oo) correspondiente al diez por ciento (10%) del valor del contrato No. 136 de 1995.

**ARTÍCULO 3º.-** El valor de la sanción consagrada en el artículo anterior, podrá ser tomada directamente de los saldos que posea el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA a favor de la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A. y/o de las garantías constituidas en la cláusula Décima del contrato No. 136 de 1995.

**ARTÍCULO 4º.-** TERMINAR Y ORDENAR la liquidación del contrato No. 136 de 1995 celebrado entre el FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA y la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas contractuales, en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, una vez ejecutoriada la presente resolución.

Para el efecto la entidad demandada sostuvo:

La Cláusula Décima Segunda del Contrato No. 136 de 1995 establece: (sic) **PENAL PECUNIARIA:** En caso de que el Fondo Rotatorio de la Policía, declare la caducidad administrativa de este contrato o por incumplimiento del contratista se hará efectiva directamente por el Fondo Rotatorio de la Policía al CONTRATISTA, como Cláusula Penal pecuniaria el valor correspondiente al diez por ciento (10%) del valor del contrato suma que se considera como pago parcial de los perjuicios causados al Fondo Rotatorio de la Policía el valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refiere la anterior y la presente cláusula ingresará al tesoro del Fondo Rotatorio de la Policía y podrá ser tomada directamente de la garantía constituida o de los saldos a favor del contratista si no fuere posible se cobrará por jurisdicción coactiva.

El Contrato No. 136 de 1995 en su cláusula Décima Tercera, señala: **CADUCIDAD ADMINISTRATIVA:** En cuanto a la caducidad y sus efectos estará sometido el presente contrato a lo que expresamente prevé el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

El Estatuto de Contratación Administrativa – Ley 80 de 1993, en su artículo 18 señala: “La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la Entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”....

3.1.4. Mediante resolución n.º 0584 de 26 de octubre de 1996, el Fondo Rotatorio demandado confirmó la decisión. Manifestó al respecto –folio 19 del cuaderno n. 2-:

1.- Como es conocimiento de los recurrentes, las causas o circunstancias que dieron lugar a la no entrega de los vehículos –camionetas marca Ford Explorer-, objeto del contrato No. 136 de 1995 dentro del plazo contractual, deben ser justificadas, sustentadas y probadas por la firma contratista AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A. y no por parte del Fondo Rotatorio de la Policía, esto con fundamento en la regla general de la carga de prueba, consagrada en el inciso primero del artículo 1757 del Código Civil que expresa: “Incumbe probar las obligaciones o su ... (ilegible) al que alega aquellos o esta”.

2.- De otra parte, la Dirección del Instituto ante el incumplimiento de la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., en la entrega de los vehículos objeto

del contrato No. 136/95, procedió a dar cumplimiento y aplicación a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, - Estatuto de Contratación Administrativa respecto de declarar la CADUCIDAD ADMINISTRATIVA del contrato referido.

**3.-** Manifiesta el apoderado de la Aseguradora Colseguros S.A., "que en los documentos que reposan en el expediente correspondiente al contrato No. 136 de 1995, se encuentra una carta en virtud de la cual AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., cede sus derechos del contrato citado a favor del Banco de Colombia. Considera que dicha entidad bancaria debe ser vinculada a este proceso Administrativo, con el fin de que se conozca el propósito de tal acuerdo y sus alcances para el desarrollo del contrato No. 136 de 1995.

Al respecto la Dirección del Fondo Rotatorio de la Policía, aclara: Que revisados todos y cada uno de los documentos, correspondientes al contrato 136 de 1995 celebrado con la firma AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., no existe el documento en virtud del cual el contratista AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., cede los derechos del contrato citado a favor del Banco de Colombia, a la Dirección del Fondo Rotatorio de la Policía ... (Ilegible) conocimiento, ni ha autorizado la cesión del contrato 136/95, y en consecuencia no es procedente vincular a la entidad Banco de Colombia en el proceso Administrativo, por no ser parte contractual.

3.1.5. Consta la póliza única de seguro de cumplimiento n.º 1168038 expedida por la Aseguradora Colseguros S.A. correspondiente al contrato n.º 136 de 1995 de la cual se destaca –folio 3 del cuaderno n.º 2-:

**ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**  
**PÓLIZA UNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO**  
Póliza de Seguro No. 1168038

Asegurado: **FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA NACIONAL**  
Contratista: **AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A.**  
Certificado: **NEGOCIO NUEVO - 168038-4**  
Fecha Expedición: **Santafé de Bogotá D.C., Enero 04 de 1.996**  
Vigencia Anticipo: **DEL 04-01-96 AL 23-05-96**  
Vigencia cumplimiento: **DEL 04-01-96 AL 22-06-96**  
Suma Asegurada Anticipo: **\$111'000.000, 00**  
Suma Asegurada Cumplimiento: **\$22'200.000, 00**  
**AMPARO DE CALIDAD:** Será de un año a partir de la fecha de entrega.

**OBJETO DEL SEGURO:** Garantizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas en virtud del contrato No. 136 de 1995. Referente al suministro de dos camionetas Ford Explorer Limited Blindadas.

3.1.6. Obra el certificado de prórroga n.º - 1174662- 6 que corresponde al contrato adicional n.º 1 y de la póliza de seguro de cumplimiento 1168038 –folio 4 del cuaderno n.º 2-.

**ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**  
**PÓLIZA UNICA DE SEGURO DE CUPLIMINETO**

*Póliza de Seguro No. 1168038*

**Asegurado: FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA NACIONAL**

**Contratista: AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A.**

**Certificado: PRORROGA - 1174662-6**

**Fecha Expedición: Santafé de Bogotá D.C., mayo 30 de 1.996**

**Vigencia Anticipo: DEL 23-05-96 AL 16-08-96**

**Vigencia cumplimiento: DEL 22 - 06 - 96 AL 13-09-96**

**Suma Asegurada Anticipo: \$111'000.000, oo**

**Suma Asegurada Cumplimiento: \$22'200.000, oo**

**OBSERVACIONES:** Según Contrato Adicional No. 1 al Contrato principal No. 136 de 1996, (sic) se prorroga la vigencia de los amparos de anticipo y cumplimiento como figura en el presente documento.

**AMPARO DE CALIDAD:** Será de un año a partir de la fecha de entrega

**OBJETO DEL SEGURO:** Garantizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas en virtud del contrato No. 136 de 1996 (sic). Referente al suministro de dos camionetas Ford Explorer Limited Blindadas.

#### **4.1. FACULTADES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN**

##### **4.1.1 Primer cargo**

Es claro que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar el cobro de sanciones, para el efecto multas y cláusulas penales, pues así lo prevén los Códigos Civil y Comercio, sin embargo, cosa diferente a valorar las indemnizaciones por incumplimiento anticipadamente, tiene que ver con asignar a los contratantes o a uno de ellos, así el privilegiado sea una entidad pública, la posibilidad de determinar su imposición y exigir el pago de lo convenido; pues esto contraviene el orden superior a cuyo tenor todas las personas son iguales ante la ley, de donde se colige que ninguno de los contratantes está autorizado para definir a su arbitrio lo acontecido, en el marco de la ejecución contractual y fallar en su beneficio (arts. 13 y 95 de la C.P.).

Aunque las partes demandante, demandada y el litis consorte necesario de la parte actora no cumplieron con su carga probatoria, en tanto se echan de menos el contrato n.º 136 de 1995, el adicional n.º 1 de 1996, la constancia de pago del anticipo, el acta o constancia de inicio del contrato y las distintas comunicaciones cruzadas entre las partes relativas al comportamiento observado por los contratantes; los actos administrativos demandados dan cuenta, no solo de la existencia de un contrato sobre la adquisición de vehículos automotores, sino del convenio relativo a las multas y cláusula penal pecuniaria y a su ejecución

unilateral por parte de la administración. En ese orden de ideas, los actos demandados indican que lo convenido excedió la facultad legal, pues otorgó autotutela a favor de la administración, comprometiendo el orden jurídico, dado el desconocimiento de los principios fundamentales constitucionales que orientan las actuaciones públicas y privadas, que la auto asignación de privilegios comporta, aunado a que, en los términos de los artículos 6º y 121 de la C.P., las autoridades públicas no pueden ejercer facultades que no les han sido atribuidas y si lo hicieran responden por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

El privilegio al que se refiere la documentación allegada al plenario y que al parecer fue efectivamente pactado, es decir, la capacidad del sujeto contratante para tutelar sus propios intereses en vía declarativa o ejecutiva, sin necesidad de acudir al juez, comporta una competencia funcional que la entidad demandada no podía ejercer, así considere que lo adquirió por convención, pues esto se traduce, necesariamente, en que el acuerdo, en cuanto vulnera el principio de legalidad, tendría que haberse inaplicado, en defensa de uno de los pilares y valores fundamentales del estado de derecho, que por lo mismo no se puede soslayar en orden a obtener el cumplimiento contractual.

De manera que las partes podían, como todo indica que ocurrió, convenir en una sanción pecuniaria, pero no atribuir la facultad de imponer unilateralmente la misma, como al parecer figura en la cláusula décima primera del contrato<sup>3</sup>, la cual, por lo mismo, devendría en ineficaz de pleno derecho en los términos de la Ley 80 de 1993, pues, como quedó expuesto, se habría otorgado a la administración el privilegio de fungir como juez y parte, contraviniendo principios y valores constitucionales y legales que sustentan la institucionalidad.

Ahora, aunado a que la aludida autorización carece de respaldo positivo normativo, resulta inusual en materia contractual, así la contratante fuere de naturaleza estatal, pues, en todo caso y salvo regulación expresa, las normas del Código Civil y del Código de Comercio, aplicables en vigencia de la Ley 80 de 1993, precisamente propenden porque las entidades públicas concurren al tráfico jurídico de bienes y servicios en igualdad de condiciones que los particulares, contrario a lo que sucede con la modificación introducida por la Ley 1150 de

---

<sup>3</sup> Según da cuenta la resolución 0327 de 17 de julio de 1996.

2007<sup>4</sup>, conforme al cual la administración recobró la facultad para multar al contratista en forma unilateral.

En resumen, la cláusula décimo primera del contrato n.º 136 de 1995, referida por las partes, devendría en ineficaz de pleno derecho, en cuanto habría otorgado competencia material a la entidad contratante para imponer “*multas diarias sucesivas del uno (1%) por ciento sobre el valor de los elementos no entregados oportunamente, y hasta por el término de diez días*”, por fuera de las previsiones constitucionales y legales. No obstante sin perjuicio de que la Sala podría considerar que la mentada cláusula estaría viciada de nulidad y confirmar la sentencia de primera instancia, ello no resulta posible en cuanto no cabe declarar la nulidad así fuere parcial, de un contrato que no se allegó a la actuación.

Lo anterior sin perjuicio de la competencia para resolver sobre la nulidad de las resoluciones n.º (s) 0327 de 17 de julio de 1996 y 464 de 13 de septiembre de la misma anualidad que comportan el ejercicio de prerrogativas no atribuidas por el ordenamiento y que imponen su retiro, pues, se insiste, la Ley 80 de 1993 no atribuyó a la administración facultad en tal sentido, por lo que resultan ineficaces de pleno derecho.

Para la Sala la ineficacia de la prerrogativa a la que se hace mención conlleva la necesaria sustracción de la obligación de pagar la suma impuesta a través del

---

<sup>4</sup> Ley 1150 de 2007. ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

**PARÁGRAFO.** *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** *Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.*

acto administrativo. Ahora, en caso de haber operado la satisfacción indebida de la prestación, el Fondo Rotatorio de la Policía tendría que reintegrar a la Aseguradora Colseguros S.A. y/o Autos y Camiones de Colombia S.A., debidamente indexadas, las sumas que éstas hayan cancelado con fundamento en las resoluciones n.º (s) 0327 de 17 de julio y 0464 de 13 de septiembre de 1996, que ahora se anulan.

Por iguales razones, aunadas a la falta de elementos de juicio, la Sala no se pronunciará respecto de la declaración de incumplimiento, a la que también se refieren los actos administrativos, porque nada puede agregarse sobre la debida o indebida ejecución de una prestación que no se probó.

#### **4.1.2. Segundo cargo**

En lo que tiene que ver con la nulidad de las resoluciones n.º (s) 0459 del 12 de septiembre y 0584 del 25 de octubre de 1995, en cuanto se declaró la caducidad del contrato y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la Sala comparte lo dicho por el tribunal, si se considera que la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad que pesa sobre ambas decisiones.

Los efectos originados en la cláusula excepcional de caducidad - artículo 18 de la Ley 80-, gravitan permanentemente sobre los contratos de seguros celebrados para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, pues, por expresa disposición legal, la declaratoria de caducidad “... *será constitutiva del siniestro de incumplimiento*” (artículo 18 Ley 80 de 1993<sup>5</sup>), efecto éste que se proyecta en relación con el contrato de seguro.

Ahora, aunque la parte actora aseguró que la declaratoria de caducidad tuvo lugar por fuera del plazo de ejecución del contrato y que la demandada no tenía competencia temporal para hacerlo al haberse proferido extemporáneamente, lo cierto es que, si bien la caducidad constituye una forma de terminar anticipadamente un contrato estatal y no puede declararse cuando hubiese

---

<sup>5</sup> El tenor literal del inciso final del artículo 18 de la Ley 80 es el siguiente:

“Artículo 18.- DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. (...)

“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

vencido el plazo de ejecución contractual<sup>6</sup>, nada agregará la Sala sobre el punto, en cuanto no es posible resolver dichos extremos, pues la falta del contrato principal y su adicional le impiden pronunciarse sobre su contenido.

Vale precisar, en todo caso, que en la etapa de ejecución la entidad valora y pondera el comportamiento del colaborador estatal, en orden a establecer si el contratista incurrió en incumplimiento de sus obligaciones esenciales, que afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato, con posibilidad de conducir a su paralización. Solo así se justifica el ejercicio del poder punitivo con miras a garantizar el cumplimiento del objeto contratado o impedir que se paralice la prestación del servicio, pues lo que se busca es que con la terminación anticipada, se asegure su continuidad o la ejecución total del contrato por la entidad estatal o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido<sup>7</sup>.

Estos argumentos resultan aplicables en lo que tiene que ver con la efectividad de la cláusula penal pecuniaria impuesta en el marco de la declaratoria de caducidad, pues si bien el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, prevé

que una decisión en tal sentido será constitutiva del siniestro de incumplimiento, en tanto comporta la realización del riesgo asegurado, la falta de pruebas sobre lo convenido y ejecutado impiden llegar a conclusiones definitivas, por lo que en síntesis no fue desvirtuada la presunción de legalidad de las resoluciones n.º (s) 0459 del 12 de septiembre y 0584 de 25 de octubre de 1995.

Siendo así los cargos invocados por la parte actora no prosperan al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos acusados.

---

<sup>6</sup> Sentencia de 20 de noviembre de 2008. Proceso n.º 17031. Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sección Tercera. Consejo de Estado

<sup>7</sup> Sentencia 20 de noviembre de 2008. Proceso 17031.

El artículo 9º, en el inciso último de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007 que reformó el Estatuto General de Contratación Pública, previó que: "Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar".

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

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

**FALLA:**

**MODIFÍCASE** la sentencia proferida el 16 de octubre de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLÁRESE** la nulidad parcial de las resoluciones n.º (s). 0327 de 17 de julio y 0464 de septiembre de 1996, proferidas por el Fondo Rotatorio de la Policía, en cuanto multaron a la sociedad contratista AUTOS Y CAMIONES DE COLOMBIA S.A., por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO.-** El Fondo Rotatorio de la Policía deberá reintegrar a la Aseguradora Colseguros S.A. y/o Autos y Camiones de Colombia S.A., debidamente indexadas, las sumas que éstas hayan cancelado con fundamento en las resoluciones n.º (s) 0327 de 17 de julio y 0464 de 13 de septiembre de 1996.

**TERCERO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO: SIN COSTAS** por no aparecer causadas.

**DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Presidente

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**  
Magistrado