

DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO – Acto administrativo

[E]stima la Sala oportuno y necesario hacer referencia a aquéllos presupuestos que la jurisprudencia de la Sección Tercera ha indicado que deben hallarse presentes en el acto administrativo mediante el cual se declara la ocurrencia de un siniestro y se hacen efectivas las garantías que amparaban el riesgo respectivo, pues la prerrogativa que en ese sentido atribuye el ordenamiento jurídico a la entidad estatal contratante no incluye la posibilidad de adoptar la decisión correspondiente con desconocimiento del principio/derecho fundamental al debido proceso y/o con prescindencia de constatar la existencia de unos presupuestos fácticos o de unos motivos que constituyan sustento válido de la determinación que se adopta y que se esté en condiciones de acreditar, en caso de resultar necesario porque el acto administrativo respectivo sea demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dentro del proceso judicial al que haya lugar. [...] [Se] destaca [...] la importancia que desde la perspectiva de la validez del acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro revisten las exigencias (i) de una actuación administrativa previa a la adopción de la decisión, en la cual se recaude el material probatorio que fundamente, desde el punto de vista fáctico, la determinación a proferir y que permita a quienes se puedan ver afectados con ella ejercer sus derechos al debido proceso, a la contradicción y a la defensa y (ii) de que efectivamente se haga acopio de los elementos demostrativos necesarios y suficientes para permitir que el acto administrativo se encuentre debidamente soportado en unos motivos o hechos determinantes cuya existencia se constató de manera previa al dictado de la decisión y que fueron debidamente valorados por la entidad estatal contratante. La cabal observancia de los presupuestos anotados tiene incidencia en la carga de la prueba de los hechos determinantes de la decisión administrativa, dentro del proceso judicial en el cual se debate sobre su juridicidad.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Procedencia – Acto precontractual

[L]a Ley 80 de 1993, para efectos de definir el cauce procesal a través del cual ha de llevarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso la controversia relativa a la legalidad de alguna de las decisiones proferidas por la Administración con ocasión de su actividad contractual, suprimió la diferenciación que con anterioridad a la entrada en vigor de dicho cuerpo normativo efectuaba la jurisprudencia entre los antes mencionados actos separables de los contratos –los cuales debían ser enjuiciados a través del ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho– y los actos contractuales –impugnables a través de la acción de controversias contractuales, por manera que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo de su artículo 77, todos los actos administrativos que se proferieran con motivo u ocasión de la actividad contractual únicamente podían ser demandados mediante la acción de controversias contractuales, excepto en el caso previsto en el párrafo primero del mismo precepto, por cuya virtud en tratándose del acto de adjudicación –al igual que jurisprudencialmente habría de entenderse que acontece con el de declaratoria de desierta de la licitación o concurso o del mismo modo que ocurre con el acto de calificación y clasificación de proponentes ante las Cámaras de Comercio, según lo dispone el artículo 22-5 de la misma Ley 80– la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue instituida como el mecanismo procesal idóneo. La regulación descrita fue nuevamente modificada con los cambios que el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para consagrar legislativamente la idoneidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de permitir el enjuiciamiento de los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, eventos en los cuales la demanda tendría que ser presentada dentro de los treinta días siguientes a la comunicación, la notificación o la publicación del acto respectivo y sin que la interposición de la acción tuviere la virtualidad de interrumpir el procedimiento administrativo de licitación y menos aún la celebración o la ejecución del contrato; de hecho, el término de 30 días en mención podría verse reducido en caso de acaecer la condición prevista en el mismo precepto en cita, en el sentido de que se produjere con antelación al vencimiento de dicho plazo la celebración del contrato, pues en este último evento la solicitud de declaratoria judicial de ilegalidad de los actos previos solamente podría invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del negocio jurídico. [...] [L]a Sección Tercera del Consejo de Estado [...] estimó improcedente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, cada una con su correspondiente término de caducidad, para controvertir el mismo acto administrativo proferido ora en la etapa precontractual, ora durante la ejecución del objeto negocial o incluso en fase postcontractual, en el entendido de que la univocidad del cauce procesal a emplear para la fiscalización judicial de tales decisiones administrativas garantiza de mejor manera la efectividad del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, toda vez que el ejercicio de esta garantía constitucional resultará posible bajo parámetros más claros y definidos, sin que existan divergencias o disyuntivas interpretativas al momento de instaurar las acciones contencioso administrativas en consideración a quién fuere el interesado en el ejercicio de las mismas. Súmese a lo anterior que la estructura, el contenido y los alcances de la acción de controversias contractuales permiten que por intermedio

suyo se formulen, de manera conjunta o autónoma, pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, particularidad que torna innecesario acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el propósito de llevar a conocimiento del Juez de lo Contencioso Administrativo pretensiones que sin lugar a la menor hesitación pueden serle planteadas a través del primero de los mecanismos procesales en mención [...].

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Actividad contractual

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 77 de la ley 80 de 1993, los actos proferidos con ocasión de la actividad contractual resultan pasibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de controversias contractuales [...]. [...] [L]a norma que se ha dejado transcrita establece la naturaleza de la acción a intentar cuando lo que se pretende es la declaratoria de nulidad de actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual, sin que se consagre condicionamiento o exigencia de tipo alguno respecto de quien cuenta con la titularidad del derecho de acudir al referido cauce procesal; sin embargo, el artículo 87 del C.C.A., igualmente señala que, en principio, son las partes de un contrato estatal quienes se encuentran legitimadas para instaurar la acción de controversias contractuales.

GARANTÍAS EN EL CONTRATO ESTATAL – Obligatoriedad

Pues bien, sabido como es que los contratistas particulares se encuentran en la obligación de constituir garantías que amparen tanto la estabilidad de la obra como la calidad de los bienes o servicios suministrados, riesgos que deben cubrirse a partir de la terminación del plazo contractual y de la entrega de los trabajos o servicios constitutivos del objeto negocial –artículos 67 a 70 del Decreto-ley 222 de 1983 y artículos 25-19 y 60 inciso final de la Ley 80 de 1993–, resulta evidente que el incumplimiento de las obligaciones materia de los aludidos amparos se encuentra directamente vinculado a la existencia misma y a la ejecución del contrato, circunstancia que conduce inexorablemente a concluir que las controversias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se declara algún siniestro de los respaldados por las garantías a las cuales se ha hecho alusión, tienen innegable naturaleza contractual, aun cuando encuentren su origen en circunstancias o en acontecimientos ocurridos con posterioridad a la terminación del contrato. Lo dicho lleva a determinar que, de acuerdo con cuanto se ha dejado expuesto, la acción a elegir en los casos en los cuales se persiga la anulación del acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro de falta de estabilidad de la obra o de deficiente calidad de los bienes o servicios entregados por el contratista, con el fin de hacer efectivas las garantías respectivas, no puede ser otra que la de controversias contractuales.

DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO – Acto administrativo – Facultad de la administración

[L]a Sala reiterará el análisis que en ocasiones anteriores ha llevado a cabo la Sección Tercera del Consejo de Estado con el propósito de identificar las particularidades, los presupuestos de aplicación y los específicos alcances de cada una de las modalidades que puede revestir la potestad de la entidad estatal contratante para declarar la ocurrencia de alguno de los siniestros amparados por las garantías que el contratista particular constituye con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que asume como consecuencia de la celebración y de la ejecución del contrato estatal.

GARANTÍAS – Procedimiento administrativo – Cobro de póliza

[E]l principal rasgo característico que acompaña a las garantías constituidas en favor de las entidades estatales consiste en que se invierte el procedimiento que para efectuar la reclamación tiene contemplado el Código de Comercio, pues al paso que en el marco de la regulación contenida en éste el beneficiario y/o el asegurado debe[n] acudir ante la compañía de seguros para acreditarle la ocurrencia del siniestro y el daño consecuencial –junto con los distintos rubros del perjuicio y con el monto de las indemnizaciones que procedan–, por el contrario cuando la entidad estatal es la beneficiaria de una póliza será a la compañía de seguros la que deberá acudir ante el Estado, en ejercicio de sus derechos a la defensa y al debido proceso, a sustentar su posición frente a cada uno de los aspectos que involucra la declaración del siniestro, el cual ya no dependerá del reconocimiento voluntario que haga la aseguradora respecto de su acaecimiento y de sus consecuencias patrimoniales, sino que se deja en manos de la entidad estatal contratante decidir si se presentó, o no, el hecho cubierto con la garantía y cuáles han sido los efectos derivados del acaecimiento del mismo. En el anterior orden de ideas y de acuerdo con lo que en este sentido ha afirmado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el procedimiento que debe seguirse en procura de hacer efectiva la garantía constituida a favor de las

entidades estatales contratantes con el fin de obtener la indemnización que corresponda ante la concreción del riesgo que se halla amparado por la misma, es el siguiente: (i) En primer término, corresponde a la entidad estatal contratante declarar la ocurrencia del hecho constitutivo del siniestro y ordenar la efectividad de la garantía que ampara el riesgo, mediante la expedición de un acto administrativo con fundamento en las prerrogativas establecidas en los numerales 4 y 5 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, sin que haya lugar a la aplicación de lo previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio; (ii) En segundo lugar, ese acto administrativo de carácter particular y concreto deberá ser notificado personalmente a los interesados –aseguradora y contratista– para que les sea oponible y vincule a quienes resulten obligados con sus disposiciones, con el fin de proceder al cobro de la respectiva indemnización; y (iii) En tercer y último término, la aseguradora no puede objetar la reclamación –artículos 1053 y 1080 C.Co.–, sino que para oponerse a ella tendrá a su alcance la interposición de los recursos en sede administrativa que legalmente procedan en contra de la decisión; resueltos éstos negativamente o si no fueren interpuestos, el acto adquiere firmeza y con ella la ejecutoriedad propia de toda decisión administrativa, lo cual permite a la entidad proceder a su cobro ejecutivo. Esta decisión, por supuesto, también puede ser impugnada por el contratista tanto administrativa como judicialmente.

FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Anulación

[C]on fundamento en la causal de anulación del acto administrativo denominada «falsa motivación» resulta posible la formulación de cargos en contra de la decisión cuya legalidad se censura tanto por adolecer de deficiencias en la motivación en cuanto formalidad que debe acompañar, por regla general, las decisiones de la Administración y que consiste en la explicitación, dentro del cuerpo de la misma –los usualmente denominados "considerandos" incluidos en la parte motiva o considerativa de la decisión–, de los fundamentos fácticos y jurídicos que explican la parte resolutive del acto, como también por razón de vicios radicados en los motivos o presupuestos fácticos o hechos determinantes de la decisión –la realidad fáctica que la sustenta y cuya existencia debe constatar y valorar la Administración antes de proferir el acto–, los cuales pueden consistir ora en que tales motivos resultan inexistentes o inexactos, ora en que su calificación o valoración jurídica se advierte desacertada. Así las cosas, al invocar como vicio atribuible a un acto administrativo la falsa motivación, resulta posible atacarlo por (i) inexistencia o inexactitud de motivos o presupuestos fácticos; (ii) por la errada o desacertada valoración o calificación jurídica de tales motivos o hechos determinantes; (iii) por inexistencia de motivación –«considerandos»– en los casos –regla general, según se indicó– en los cuales su incorporación y exposición formal resultan legalmente obligatorias o (iv) por falsa motivación "stricto sensu", esto es yerros, inexactitudes o imprecisiones en la parte motiva del pronunciamiento administrativo.

INTERÉS MORATORIO – Interés moratorio comercial

A diferencia de lo regulado en el Código Civil, el transcrito artículo 884 del Estatuto Mercantil establece que en los negocios de esta naturaleza –comercial–, el pago de réditos de un capital cuando las partes no han pactado la tasa respectiva, tomará como referencia la de interés bancario corriente, esto es aquella que surge del promedio de lo que en el mercado cobran los Bancos por los créditos otorgados a los usuarios de su actividad, según la correspondiente certificación expedida por la antes denominada Superintendencia Bancaria –actualmente Financiera–, cuya fórmula de cálculo incorpora tanto el costo puro del dinero, como también el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, por manera que no hay lugar a acumular esos intereses con la actualización de la suma adeudada, comoquiera que las tasas de interés remuneratoria o moratoria mercantiles, según el caso, incluyen ya el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Dicho de otra forma y de acuerdo tanto con lo expuesto por la jurisprudencia como con lo previsto en el citado artículo 884 del Código de Comercio, no resulta jurídicamente admisible reconocer los intereses legales comerciales corrientes remuneratorios o de mora y además la corrección monetaria, puesto que las respectivas tasas ya aparejan la indexación de la moneda. Precisadas las particularidades que acompañan a las normativas civil y mercantil en punto del reconocimiento de intereses legales remuneratorios y/o moratorios, resulta menester señalar ahora que la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar los correspondientes intereses de mora será el artículo 884 del Código de Comercio si al menos una de las partes en la obligación tiene la condición de comerciante o si el acto negocial reviste carácter mercantil, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 1, 10 y 20 y siguientes del Código de Comercio; en caso contrario, las reglas aplicables serán las contenidas en el precitado artículo 1617 del Código Civil. Lo anterior si se toma en consideración que la legislación mercantil tiene carácter especial respecto de la civil, según se desprende de lo normado en el artículo 1º del C. de Co., por cuya virtud «[L]os comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos

por analogía de sus normas» –analogía interna–, al tiempo que el artículo 22 de la misma Codificación dispone que «Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial». Por consiguiente, tratándose de los negocios jurídicos celebrados por comerciantes y de las actividades que de acuerdo con los enunciados criterios deban ser catalogadas como mercantiles, a falta de estipulación expresa de las partes la norma aplicable para efectos de establecer la tasa del interés de mora adeudado es el artículo 884 del Código de Comercio; por su parte, el artículo 1617 del Código Civil estará llamado a regular, de manera subsidiaria, las relaciones contractuales civiles entre particulares cuando éstas no deban regirse, de conformidad con lo expuesto, por la legislación mercantil; así lo ha indicado en relación con los negocios jurídicos mercantiles en los que funge como una de las partes la Administración Pública [...]. [...] [C]on 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, debe ser la establecida en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea de carácter civil o comercial y sin perjuicio de que tales partes puedan estipular una tasa diferente, siempre que la misma no traspase el límite de la usura.

LIQUIDACIÓN DE INTERESES – Aplicación del estatuto general de contratación

El referido precepto del Estatuto de Contratación Estatal –se itera, el artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993–, puede resultar aplicable tanto en relación con litigios derivados de la celebración, ejecución o liquidación de contratos estatales de obra como el celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y el señor Mario Cuéllar Gaviria, al igual que en contratos de seguros como el celebrado entre éste último y MAPFRE S.A., en la medida en que respecto de éste último tipo de vínculos negociales la Sala, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha considerado que resultan pasibles de la aplicación de las disposiciones del mencionado Estatuto de Contratación de las entidades estatales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00662-01(25742)

Actor: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Demandado: FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de julio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 3ª, Subsección A, la cual, en su parte resolutive, dispuso:

“PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Sin condena en costas" (fls. 186-201, c. 8).

1. ANTECEDENTES

1.1 Lo que se demanda.

Por medio de escrito presentado el día 8 de marzo de 1999 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la sociedad MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A. –en adelante, MAPFRE S.A.–, en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –C.C.A.–, demandó al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, unidad administrativa especial con personería jurídica, adscrita al citado Ministerio, con el propósito de que, previa citación como tercero del señor Mario Cuéllar Gaviria, se declare la nulidad de la Resolución No. 143 del 5 de diciembre de 1997, mediante la cual el mencionado Fondo Rotatorio declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza No. 3133 expedida por la demandante y le exigió a ésta el pago de la suma de \$65'211.607, "por concepto de estabilidad de la obra y calidad del servicio dentro del contrato concertado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y el señor Mario Cuéllar Gaviria".

Asimismo, solicitó la parte actora que se declaren nulas las resoluciones No. 146, también del 5 de diciembre de 1997, mediante la cual se aclaró el mencionado acto administrativo y No. 022 del 19 de marzo de 1998, mediante la cual se confirmó en todas sus partes la varias veces aludida Resolución No. 143 del 5 de diciembre de 1997; como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se deprecó en la demanda que se declare que MAPFRE S.A., no está obligada a pagar suma alguna de dinero con fundamento en la póliza No. 3133 y que se condene al Fondo Rotatorio demandado a pagar, en favor de la sociedad actora, la suma de \$31'892.072, junto con la corrección monetaria y los intereses a los cuales hubiere lugar, desde el 14 de septiembre de 1998 y hasta tanto se produzca el pago de la condena principal. Igualmente se formuló la pretensión consistente en que

"... también como restablecimiento del derecho, y en el evento en que mi procurada se viere obligada o constreñida a pagar indemnización alguna con fundamento en la póliza enunciada y en los actos administrativos cuya nulidad impetro, se condene al FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES a reintegrar a la parte actora la totalidad de las sumas de dinero canceladas junto con la corrección monetaria y los intereses de que trata el art. 178 del C.C.A., desde la fecha en que se realice el hipotético pago y hasta tanto se produzca su reembolso a la demandada".

Por último, solicitó la sociedad demandante que "se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de 30 días contados desde su comunicación, conforme al art. 176 de C.C.A., teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 177 de la misma obra".

1.1 Los hechos.

La demanda dio cuenta de que el día 6 de mayo de 1994 se celebró entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y el señor Mario Cuéllar Gaviria el contrato No. 109, cuyo objeto lo constituyó la preparación de los estudios técnicos completos, de la propuesta de intervención y la realización de las obras de restauración y adecuación del inmueble ubicado en la calle 10 No. 5-

27 de la ciudad de Bogotá, mediante el sistema de administración delegada; dicho contrato fue modificado en varias oportunidades con el propósito tanto de incrementar el precio como de ampliar el plazo de ejecución. A efectos de asegurar el mencionado negocio jurídico, MAPFRE S.A., otorgó, el 12 de diciembre de 1994, la póliza No. 3133, con los amparos de correcto manejo del anticipo, cumplimiento, pago de salarios y prestaciones y calidad del servicio. Dicha póliza fue objeto de múltiples modificaciones, entre ellas la contenida en el certificado No. 021 del 4 de junio de 1996, con ocasión de la cual "se pactó por estabilidad de la obra una suma asegurada de \$30'000.000,00 con vigencia del 15 de febrero de dicho año al 15 de febrero del año 2001".

El día 21 de junio de 1996 la representante legal del Fondo Rotatorio demandado y el contratista Mario Cuéllar Gaviria suscribieron el acta de liquidación del contrato de obra No. 109/94, en la cual las partes declararon encontrarse a paz y salvo por todo concepto; de todos modos, según se precisó en la demanda, el objeto del mencionado contrato no comprendía la realización de la totalidad de las obras de restauración del inmueble en cuestión, razón por la cual la entidad accionada, de un lado, tuvo que contratar al ingeniero Fabio Yesid Tapiero con el propósito de obtener asesoría para la elaboración de las especificaciones, así como para la identificación de las cantidades y presupuestos de las referidas obras y, de otra parte, se vio precisada a ordenar la apertura de la licitación pública No. 005-96 para acometer la culminación de las mismas, procedimiento administrativo de selección en el cual resultó adjudicataria la firma CONCONCRETO S.A.

Así las cosas, tras haberse perfeccionado la relación contractual entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y CONCONCRETO S.A., mediante comunicación calendada el 15 de septiembre de 1997, la Subsecretaria de Asuntos Administrativos de la Cancillería solicitó a MAPFRE S.A., el pago de la suma de \$31'892.074, por supuestas fallas en la estabilidad de las obras realizadas por el Ingeniero Mario Cuéllar Gaviria, requerimiento que se habría sustentado en un oficio fechado el 1 de julio de 1997, mediante el cual CONCONCRETO S.A., le informó al Fondo Rotatorio que la obra realizada por el contratista Cuéllar Gaviria requería de unas correcciones cuyo costo ascendía a la cantidad de dinero que se acaba de referir. Ante la reclamación del Fondo Rotatorio, MAPFRE S.A., manifestó que "existía una imprecisión sobre los materiales a que se refería la solicitud de indemnización, la responsabilidad que correspondía al interventor de la obra y en fin que la restauración no fue ejecutada en su totalidad habiéndose dejado abandonado el trabajo por más de seis meses lo cual desde luego implicó un deterioro de los trabajos".

Prosiguió el recuento efectuado en el acápite de hechos de la demanda con la alusión a que el 5 de diciembre de 1997 el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores profirió la Resolución No. 143, mediante la cual declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza No. 3133 expedida por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., por manera que aquél solicitó a ésta el pago de una indemnización por la suma de \$65'211.607,00; dicho acto administrativo fue aclarado mediante la Resolución No. 146 de la misma fecha y recurrido en reposición por MAPFRE S.A., pero la entidad demandada lo confirmó íntegramente mediante la Resolución No. 022 del 19 de marzo de 1998. Tales decisiones, según se indicó en la demanda, resultan contrarias al ordenamiento jurídico comoquiera que el costo de las obras supuestamente mal ejecutadas superaba el monto asegurado, además de no existir prueba alguna que demostrara la alegada inestabilidad de las obras o la mala calidad del bien o servicio contratado, si se tiene en cuenta que "la simple afirmación de un nuevo contratista, acogiendo el concepto de un nuevo interventor no es prueba del siniestro".

En consideración a lo anterior, se narra en el libelo introductorio del litigio que MAPFRE S.A., sin aceptar responsabilidad y, por tanto, reservándose la facultad de pedir su devolución, "impetrando la nulidad de los actos administrativos que impusieron las condenas", procedió a consignar en favor de la entidad demandada la suma de \$31'892.072,00.

1.2 Normas vulneradas y concepto de la violación.

A juicio de la sociedad demandante, los actos administrativos censurados incurren en las siguientes causales de invalidación:

a. Violación de los artículos 29 de la Constitución Política, 3 y 8 del Código Contencioso Administrativo, comoquiera que el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores requirió inicialmente a MAPFRE S.A., el pago de una indemnización de \$31'892.074, utilizando como fundamento para así proceder la cotización presentada por el nuevo contratista –CONCRETO S.A.–; empero, en forma inexplicable –según lo advierte la sociedad actora–, se profirieron los actos administrativos demandados exigiendo el pago de \$65'211.607, sin que se conozca el sustento probatorio en el cual se apoyó la reclamación por ese monto, de suerte que a MAPFRE S.A., ni siquiera se le indicó cuáles son los elementos demostrativos que soportan las resoluciones atacadas, con evidente transgresión del derecho constitucional a la defensa.

b. Falta de adecuada motivación y error en los motivos, habida cuenta de que si bien el Fondo Rotatorio hizo efectiva la cobertura de calidad del servicio, en la parte motiva de las resoluciones cuestionadas no indica en qué pruebas o sobre qué fundamentos fácticos sustentó la correspondiente decisión, de suerte que en tales pronunciamientos administrativos no se expresa en qué consistió el supuesto incumplimiento de las especificaciones y requisitos mínimos fijados en el contrato, riesgo cubierto por el amparo de calidad del bien o servicio; así pues, en el sentir del actor los actos administrativos acusados aluden a unas supuestas correcciones que se deben realizar a las obras ejecutadas por el señor Mario Cuéllar Gaviria, así como a algunas fallas en las estructuras de cimentación, circulaciones, galerías y alero, pero sin aportar prueba alguna que lo acredite y sin tener en cuenta que "de tales deficiencias no puede inferirse un siniestro que afecte el amparo de calidad del bien o servicio bajo los términos de la estipulación contractual contenida en el contrato de seguros ...".

En cuanto tiene que ver con el siniestro que según la entidad demandada habría afectado la estabilidad de la obra, indicó la demandante que se invocó como fundamento del mismo una carta fechada el 1 de julio de 1997, dirigida por CONCRETO S.A., al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, "en la cual se dice que la "OBRA YA RESTAURADA POR CORREGIR A SOLICITUD DE LA INTERVENTORIA \$31'892.074.00". Sin embargo se termina haciendo efectiva la póliza por la suma de \$65'211.607.00"; en el sentir de la sociedad actora no puede servir como fundamento de la ocurrencia del siniestro "la simple anotación de que deben corregirse las obras restauradas", sino que resulta necesario demostrar que las mismas se deterioraron de tal forma que impiden el servicio para el cual se habían realizado y que ello aconteció por causas imputables al contratista, como se exige en las condiciones generales de la póliza de seguro.

c. Violación de los artículos 1053, 1077, 1079 y 1080 del Código de Comercio –C. de Co.– y del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que, por virtud de lo dispuesto en este último, a las garantías que afianzan los contratos estatales les resultan aplicables las disposiciones del C. de Co., en cuanto no existan

disposiciones especiales en el Estatuto de Contratación Estatal y los actos administrativos censurados desconocen las disposiciones mencionadas del Estatuto Mercantil, comoquiera que el asegurado debe demostrar la ocurrencia del siniestro –artículo 1077 del C. de Co.–, entendido éste como la realización del riesgo asegurado –artículo 1072 ídem–, mientras que el riesgo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1054 ídem, es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, cuya realización da origen a la obligación del asegurador. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta las condiciones generales de la póliza, el riesgo de estabilidad de la obra se contraía a cubrir a la entidad demandada contra el deterioro que los trabajos sufrieran, durante el término estipulado y en condiciones normales de uso, "que impidiera el servicio para el cual se ejecutó el contrato, siempre y cuando fuera imputable al contratista"; de esta manera, indicó la demandante que el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores

"... ha debido probar:

- a) Que las obras ejecutadas sufrieron deterioro.
- b) Que este deterioro implicó que la obra ejecutada no prestaba el servicio para el cual se contrató.
- c) Que el deterioro es imputable al contratista.

Ocurre que la contratante se ha limitado a afirmar que existen algunos puntos que comprometen la responsabilidad del contratista en cuanto a la estructura de cimentación y la estructura de circulaciones, galerías y alero, pero no ha probado la ocurrencia del siniestro conforme a los principios enunciados.

Igual ocurre con el amparo de calidad del servicio. Mediante éste se estaba protegiendo a la entidad estatal contra "el incumplimiento de las especificaciones y requisitos mínimos fijados en el contrato". Sin embargo la demandada no ha probado el hecho contemplado como riesgo y aún más en las Resoluciones que censo ni siquiera se afirma o señala en qué especificaciones o requisitos se funda el incumplimiento".

Finalmente, expuso la parte actora que de conformidad con el anexo 21 a la póliza de seguros No. 3133, de fecha 4 de junio de 1996, la suma asegurada por concepto de estabilidad de la obra se redujo a \$30'000.000.00, por manera que no resultaba procedente "imponer ninguna condena por encima de la suma asegurada so pena de violar el artículo 1079 del C. de Co.".

1.3 Trámite de la primera instancia.

La demanda fue admitida a trámite mediante auto calendado el 7 de abril de 1999 (fls. 37-38, c. 1).

El Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores la contestó oportunamente mediante memorial en el cual se opuso a la totalidad de las pretensiones elevadas por la sociedad MAPFRE S.A., reconoció como ciertos algunos de los hechos narrados en el libelo introductorio del litigio y catalogó como apartados de la realidad o matizó el alcance que la demandante le atribuyó a los presupuestos fácticos restantes. Expresó que mediante los actos administrativos censurados se declaró la ocurrencia del siniestro protegido bajo los amparos de estabilidad de la obra y calidad del servicio contratado, en atención a que dentro del término de vigencia de la póliza de seguro tuvo lugar la aparición de "vicios ocultos que se denominaron "obras ya ejecutadas por corregir" susceptibles de ser

atendidas por la aseguradora del contratista avalado" y que constituían obligaciones contraídas por éste último en virtud del contrato No. 109/94.

Añadió la apoderada de la entidad demandada que la Resolución No. 143 fue debidamente motivada y notificada a MAPFRE S.A., por conducto de su representante legal, es decir que le fue dada a conocer en debida forma y se le brindó a la aseguradora la oportunidad para interponer recursos en la vía gubernativa; precisamente, el recurso de reposición interpuesto por la sociedad ahora demandante fue desatado mediante la Resolución No. 022 del 19 de marzo de 1998, la cual también fue debidamente motivada. Los actos administrativos enjuiciados, en criterio de la demandada, no hacen cosa distinta que exigir de la aseguradora la asunción de las responsabilidades que asumió como consecuencia del otorgamiento de la póliza No. 3133 para afianzar el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por el señor Mario Cuéllar Gaviria en el contrato No. 109/94; de hecho, estimó "inaudito que se pretenda por la vía judicial en un casi abuso del derecho demandar la exoneración de las obligaciones contraídas con motivo de la suscripción del contrato de seguro referido".

Expresó igualmente el Fondo Rotatorio demandado que no resulta cierto que en relación con el amparo de estabilidad de la obra cubierto por la póliza de seguro en mención se hubiera pactado un monto de apenas \$30'000.000, pues el contenido mismo de los anexos de la póliza en comento establece que la suma asegurada por este amparo fue la de \$60'000.000; añadió que el hecho de que la obra hubiere sido recibida y de que hubiera sido liquidado el contrato no obsta para que operen las garantías de estabilidad de la obra y de calidad del servicio, dentro de los plazos estipulados. En cuanto a la falsa motivación que en la demanda se enrostra a los actos administrativos enjuiciados, expresó el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores que

"[N]o se puede predicar ninguna falsa motivación en tales resoluciones, por cuanto son susceptibles de su ratificación bajo juramento en cuanto que existieron, fueron inspeccionados por funcionarios de la demandada, fueron referidos en las conversaciones producidas en el seno del Comité de licitaciones y adquisiciones, de lo cual se dejó consignado en un acta de octubre 22 de 1997 (sic); alcanzó a hacerse la propuesta para que la misma aseguradora efectuara las reparaciones. Mejor no se podían fundamentar, en cuanto a lo técnico se refiere. En el evento de que para efecto del presente trámite se insista en lo contrario ha debido afirmarse la verdad real que se estimare e indicarse la prueba idónea a tal controversia.

Las normas constitucionales y administrativas relacionadas con el debido proceso y el derecho de defensa, han tenido cumplimiento. Las disposiciones especiales relacionadas con el contrato de seguro también".

La apoderada de la entidad demandada propuso la excepción que denominó "caducidad de la acción y no procedibilidad de la contractual", la cual sustentó de la forma que se transcribe a continuación:

"Se trata de que las obligaciones sometidas a la consideración de la acción de nulidad (sic), no tienen origen en el contrato de seguro, sino en el contrato de obra No. 109 de 1994. Así las cosas, no puede pasar desapercibido que éste es el principal y el de seguro es el derivado, pero no entre las mismas partes. De donde la acción de nulidad derivado (sic) de una controversia contractual, no es entre el Fondo Rotatorio y Mapfre de Seguros (sic). De manera que la acción idónea y adecuada para la obtención de los actos de declaratoria del siniestro en cuestión era ordinaria. Así las cosas, y si se tiene en cuenta que la pretensión de nulidad se ha complementado con el respectivo restablecimiento del derecho, como reintegro de una suma ya entregada con la indemnización de perjuicios más intereses y

actualización, el plazo para la presentación de la demanda era de cuatro meses y no de dos años.

Se trata de que se revise al entrar a decidir de mérito, la legitimación del demandante para incoar la acción contractual presentada. Por lo tanto la procedibilidad de la misma y el plazo legal para la presentación de la demanda" (fls. 46-56, c. 1).

Mediante proveído fechado el 4 de noviembre de 1999 se abrió el proceso a pruebas (fls. 142-144, c. 1); una vez expirado el término fijado para la recolección de las mismas y teniendo en cuenta que no se formuló solicitud alguna de audiencia de conciliación, a través de auto calendado el 31 de julio de 2001 se corrió traslado tanto a las partes para alegar de conclusión como al Ministerio Público para rendir concepto de fondo en la primera instancia (fl. 129, c. 1); las partes actora y demandada se pronunciaron en esta ocasión, al paso que el Ministerio Público guardó silencio.

La entidad accionada, tras realizar un recuento del material probatorio recaudado en el plenario y que consideró relevante para la adopción de la decisión de fondo, reiteró, prácticamente en idénticos términos, los argumentos que expuso en su contestación de la demanda; añadió que una vez el Fondo Rotatorio formuló la correspondiente reclamación a MAPFRE S.A., a través de la notificación de los actos administrativos demandados, la aseguradora no presentó objeción alguna y que "si bien la reclamación implica la presentación de las pruebas necesarias para acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de las pérdidas, las pruebas que deben aportarse son las señaladas en la póliza, o, en caso de que en ella no se diga nada, las que usualmente deben allegarse ante un juez para comprobar determinado hecho".

Señaló la entidad demandada que tanto los factores determinantes de la inestabilidad de las obras como el monto de la indemnización cuyo pago se reclamó a MAPFRE S.A., se sustentó en los informes técnicos rendidos por el arquitecto interventor del contrato celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y CONCRETOS S.A., para la terminación de las obras de restauración que constituyeron objeto del contrato No. 109/94 varias veces aquí mencionado; que dicho material probatorio fue conocido y no controvertido por la sociedad aquí demandante, la cual "... se hizo presente para inspeccionar las obras objeto del siniestro" y a pesar de ello, no presentó reclamación alguna ni manifestó su inconformidad (fls. 163-168, c. 1).

La sociedad demandante, a su turno, subrayó que la atenta lectura de la parte motiva de las resoluciones atacadas, al igual que los testimonios rendidos por los exfuncionarios de la entidad demandada, permiten inferir que a MAPFRE S.A., "nunca se le citó para controvertir los supuestos estudios que sirvieron de apoyo a la declaración del riesgo asegurado. Es más, en mi sentir dichos estudios técnicos no existen, pues tan sólo se aduce como fundamento del siniestro el concepto emitido por la interventoría y conforme a la cual existieron unos supuestos defectos de las obras construidas".

Agregó el apoderado de MAPFRE S.A., que la más evidente transgresión del derecho de defensa de la cual fue víctima la demandante tuvo lugar

"... cuando se presenta como soporte para el pago de la indemnización la cotización de un contratista por \$31'892.074.00 el 15 de septiembre de 1997, según se reconoce expresamente en los considerandos de la Resolución antes mencionada [se refiere a la No. 143 del 5 de diciembre de 1997], y a escasos dos meses, esto es el 3 de diciembre de 1997, apenas dos días antes de expedirse la

resolución, por arte de magia la anterior suma se vuelve de \$65'211.607, con base en que supuestamente el arquitecto IVAN FORERO FAJARDO determinó que éste era el valor de las obras por corregir. Desde luego este sólo aspecto conduce inexorablemente a la nulidad de los actos administrativos impugnados, puesto que a mi representada no se le dio la oportunidad de controvertir el supuesto informe del citado profesional, como lo confesaron paladinamente los profesionales que manejaron el caso".

A renglón seguido, la sociedad actora reiteró los argumentos que expuso en la demanda para sustentar sus cargos de falsa motivación –por error en los motivos– y de vulneración de los artículos 1053, 1077 y 1080 del C. de Co., que achacó a los actos administrativos acusados (fls. 169-172, c. 1).

1.4 La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 3ª, Subsección A, después de relacionar y de valorar las evidencias allegadas y controvertidas en el proceso, así como de analizar los argumentos jurídicos planteados por las partes, negó prosperidad a todas las pretensiones elevadas en la demanda. Para arribar a dicha conclusión, el a quo subdividió sus consideraciones en unas que denominó “de naturaleza procesal” y otras que llamó “de naturaleza sustancial”. En lo atinente a las primeras, estimó infundada la excepción de caducidad e improcedencia de la acción contractual propuesta por el Fondo Rotatorio demandado, pues en criterio del a quo el cauce procesal utilizado por la parte actora para cuestionar la legalidad de las resoluciones enjuiciadas sí resultaba idóneo y la demanda respectiva fue presentada dentro del término de caducidad de dos años que la ley prevé tratándose de la acción de controversias contractuales.

En cuanto tiene que ver con los denominados aspectos sustanciales, el Tribunal Administrativo de primera instancia consideró que con la expedición de las resoluciones enjuiciadas no se produjo vulneración alguna de los derechos de defensa o de contradicción de la accionante, pues sí se le permitió controvertir "la decisión de pago por concepto de ocurrencia del siniestro amparado en la póliza expedida"; en cuanto a la alegada falta de pruebas que sustentaran la declaratoria del siniestro, el fallo apelado consideró que el oficio de fecha 3 de diciembre de 1997 dirigido por el residente de obra de CONCRETO S.A., al Jefe de Contratos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el cual aquél informó a éste sobre las razones del aumento del monto a pagar por parte de la aseguradora por la ocurrencia del siniestro, resulta suficiente para brindar sustento fáctico a las resoluciones demandadas, por manera que

"... sí obraba prueba respecto al por qué del aumento del valor a cancelar por parte de la aseguradora; además se observa que en escrito de contestación de la demanda, el Fondo demandado manifestó que la administración sí dio a conocer a la compañía aseguradora, mediante documentos técnicos el respectivo análisis y relación de las obras realizadas por el contratista afianzado (...) manifestación ésta que no fue controvertida por la parte actora incumpliendo así su carga procesal probatoria".

Añadió que

"[S]egún la resolución No. 022 de 19 de marzo de 1998 que resolvió el recurso de reposición confirmando en todas sus partes el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro, se señala que de manera clara el interventor de la obra en informe rendido puso en conocimiento los inconvenientes encontrados en la obra provenientes tanto de la mala calidad del servicio como el de estabilidad de la

obra, citando el mismo en donde se evidencia un estudio serio para haber declarado la ocurrencia del siniestro".

En cuanto al cargo de desconocimiento de lo normado por los artículos 1053, 1077, 1079 y 1080 del Código de Comercio, en el cual habrían incurrido los actos administrativos enjuiciados comoquiera que previamente a su expedición no se acreditó cuál fue el deterioro sufrido por las obras ejecutadas por el contratista afianzado y menos aún que dicho supuesto menoscabo fuere imputable al señor Mario Cuéllar Gaviria, de igual modo que tampoco se estableció en qué consistió el incumplimiento, por parte de éste, "de las especificaciones y requisitos mínimos del contrato", consideró el sentenciador de primera instancia que las resoluciones atacadas declararon el siniestro "con base en un estudio serio de interventoría en donde se acreditó debidamente el por qué de la ocurrencia de estos siniestros y la consecuente necesidad de su declaratoria, situaciones éstas que se pusieron en conocimiento de la aseguradora previamente al proferimiento de los actos administrativos demandados..."

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró infundado el reproche formulado por MAPFRE S.A., contra los actos demandados, en el sentido de que con ellos "se le impuso condena por una suma superior a la suma asegurada", por entender que de la sola lectura del certificado de modificación a la póliza No. 3133, de fecha 4 de junio de 1996, se puede advertir que allí se estableció como valor asegurado del amparo de estabilidad de la obra la suma de \$60'000.000,00, con una vigencia comprendida entre el 15 de febrero de 1996 y el 15 de febrero de 2001 y por concepto de amparo de calidad del servicio, la suma de \$30'000.000, con una vigencia comprendida entre el 1 de junio de 1994 y el 15 de febrero de 1999. Tales condiciones determinan que con la obligación impuesta a MAPFRE S.A., mediante las resoluciones acusadas, se respetaron tanto los montos asegurados como los plazos de vigencia de las respectivas garantías (fls. 186-201, c. 8).

1.5 El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión proferida en los términos descritos en el acápite anterior, la parte demandante interpuso el recurso de apelación –fl. 203, c. 8–; mediante auto fechado el 31 de octubre de 2003 –fl. 210, ídem–, el Consejero de Estado a quien correspondió el conocimiento del proceso en la segunda instancia corrió traslado al impugnante para que, en el término de tres días, sustentara el recurso de alzada.

El apoderado del MAPFRE S.A., dentro de la oportunidad en mención, presentó escrito a través del cual sustentó el medio de impugnación interpuesto contra la sentencia de primera instancia; adujo la sociedad apelante que durante el procedimiento administrativo previo a la expedición de los actos administrativos demandados, se informó a la aseguradora que la reparación de las obras supuestamente mal ejecutadas tendría un costo de \$31'892.074, en sustento de lo cual le fue entregado a la sociedad actora un informe de interventoría y cotizaciones realizadas por la firma CONCONCRETO S.A; empero, asegura el recurrente que el acto administrativo censurado toma en consideración un nuevo experticio técnico, desconocido por MAPFRE S.A., que no fue objeto de contradicción alguna, con la consecuente violación que ello comporta de los derechos de contradicción y de defensa de la parte actora; añadió el apelante que

"... el Tribunal de primera instancia acepta una hipotética demostración en la ocurrencia del siniestro, cuando antes de la expedición del acto administrativo, y aún en el mismo, no se presentó ningún medio probatorio que demostrara a

cabalidad no un incumplimiento de contrato sino la mala calidad de las obras ejecutadas.

4. Finalmente, el Tribunal desconoció las sumas aseguradas, que desde luego limitan la responsabilidad del asegurador" (fls. 211-212, c. 1).

1.6 Trámite de la segunda instancia.

A través de providencia calendada el 12 de diciembre de 2003, el ad quem admitió el recurso de apelación (fl. 214, c. 8); posteriormente, mediante proveído del 27 de febrero de 2004 se corrió traslado tanto al Ministerio Público para rendir concepto de fondo, como a las partes para alegar de conclusión en la segunda instancia (fl. 216, ídem); dentro de este lapso se pronunciaron las partes actora y demandada, mientras que el Ministerio Público guardó silencio.

La apoderada del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, además de reiterar los argumentos que esgrimió tanto en la contestación de la demanda como en sus alegatos ante el Tribunal Administrativo de primera instancia, subrayó que la entidad accionada dio oportuno aviso a la aseguradora sobre los hechos constitutivos del siniestro, antes de declararlo mediante las resoluciones acusadas y que le permitió a la sociedad aquí demandante conocer los estudios y soportes técnicos respectivos; además, indicó que durante una reunión del Comité de Licitaciones y Contratos de la entidad, llevada a cabo el 22 de octubre de 1997, se dieron las explicaciones de rigor al personal de MAPFRE S.A.; todas esas circunstancias, además, según lo expuso la demandada, fueron objeto de verificación directa por parte del ajustador de MAPFRE S.A., durante la visita que este último realizó a las obras en compañía de los ingenieros residentes y del interventor.

De otro lado, una vez notificados los actos administrativos censurados, indicó el Fondo Rotatorio demandado que no hubo objeción alguna por parte de MAPFRE S.A., sociedad que como única respuesta formuló la "solicitud del número de la cuenta y el NIT para efectuar la consignación"; de otro lado, señaló la accionada que la variación en la cuantía del monto a pagar por la aseguradora, de \$31'892.074,00 a \$65'211.607,00, fue una cuestión que el arquitecto interventor explicó suficientemente en su declaración. Culminó su argumentación la apoderada de la entidad demandada señalando que

"... queda claro que la Aseguradora busca por la vía judicial ordinaria, acumular que se declare la ilegalidad de unos actos administrativos que hacen parte de la etapa contractual posterior al recibo y liquidación de una obra afianzada con una Póliza Única de Cumplimiento, con la pretensión de deshacerse de la relación contractual que existe bajo los amparos de estabilidad y calidad del servicio. Es lo mismo que el juez le decrete la resolución del contrato de seguro. Lo anterior para evitarse asumir su responsabilidad con relación al pago del siniestro declarado y cobrado ejecutivamente en el proceso No. 19990434 que se adelanta en esta Sección despacho del Magistrado Dr. Herrera (sic)" (fls. 217-229, c. 8).

A su turno, la parte actora reiteró lo expuesto en la sustentación del recurso de alzada y reafirmó que cuando se expidió la Resolución No. 143 del 5 de diciembre de 1997, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores trajo a colación un estudio realizado el 3 de diciembre de 1997 por el interventor y residente de obra de CONCRETOS S.A., en el cual se incrementó el costo de las obras a corregir a un total de \$65'211.607, concepto técnico que adolece de graves falencias y con el cual se desconoció el derecho de defensa de MAPFRE S.A., toda vez que nunca se le permitió controvertir dicho elemento probatorio en

sede administrativa y sólo vino a conocerlo en el proceso judicial; a ello debe sumarse que

"... en el hipotético estudio técnico (...) se incluyen imprevistos por \$14'000.000 y nuevas actividades por \$8'751.624,00, más \$5'600.000 por otros aspectos poco identificables (...) no se explica por el arquitecto, a qué corresponden estos guarismos...

(...)

Agotada la vía gubernativa, mi representada procedió a consignar la cuantía inicialmente reclamada, pero desde luego se abstuvo de pagar el monto que había establecido unilateralmente el Ministerio, no sólo por la negación al derecho de defensa, sino porque no se había demostrado la cuantía del siniestro" (fls. 230-244, c. 8).

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

2. CONSIDERACIONES

2.1 Lo que se debate.

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, estima la Sala que para resolver el asunto que se somete a su consideración por razón del recurso de apelación impetrado por la parte demandante contra la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del presente proceso, previa relación del material probatorio acopiado en el plenario y examen tanto respecto de la idoneidad del cauce procesal elegido por la demandante para ventilar el presente litigio como en relación con la competencia de la Sala para pronunciarse en el mismo, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes problemas jurídicos:

(i) Establecer los presupuestos con fundamento en los cuales las entidades estatales pueden ejercer la potestad de declarar, mediante acto administrativo, la ocurrencia de los siniestros amparados por las pólizas o garantías que constituyen los contratistas particulares con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo en desarrollo del negocio jurídico respectivo; con base en lo anterior,

(ii) Determinar si atendidos tanto los presupuestos fácticos del asunto sub examine como los cargos formulados en el libelo introductorio del litigio –en su mayoría reiterados por la parte actora en el escrito contentivo del recurso de alzada–, los actos administrativos cuya legalidad cuestiona el apelante resultan conformes a Derecho y si debe, en consecuencia, accederse a las pretensiones de la demanda cuya prosperidad fue negada por el Tribunal Administrativo de primera instancia.

2.2 El caudal probatorio obrante en el expediente.

A continuación se relacionan los elementos acreditativos que se han aportado al presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de dilucidar si resultan conformes a Derecho, o no, los pronunciamientos realizados por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores cuya legalidad cuestiona el apelante y si, consecuentemente, asiste vocación de prosperidad a la pretensión de éste respecto de la indemnización de los perjuicios que estima le fueron irrogados con la adopción de las aludidas decisiones administrativas.

El material probatorio en referencia se encuentra en condiciones de ser valorado por la Sala habida consideración de que o bien algunos documentos fueron aportados en original o bien fueron allegados en copia por parte de la entidad demandada junto con la contestación de la demanda o mediante oficio No. 5613 del 3 de octubre de 2000, suscrito por la Secretaria General de dicho Ministerio (fls. 1-2, c. 3) o bien se trata de copias de documentos que obran en el proceso ejecutivo instaurado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores contra MAPFRE S.A., Radicación 990434 –vale decir las mismas partes del asunto sub iudice– según se indica en la constancia obrante a folio 59 del cuaderno 2, siempre por solicitud de la entidad demandada formulada en la contestación del libelo introductorio del litigio –fl. 55, c. 1–, pruebas que fueron decretadas por el Tribunal Administrativo a quo mediante providencia del 4 de noviembre de 1999 –fl. 143, c. 1–. De cualquier modo, se trata de documentos relacionados con la celebración, desarrollo, ejecución, liquidación y fase postcontractual del contrato estatal No. 109/94 celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Mario Cuéllar Gaviria.

a. Contrato estatal número 109 de 1994, celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Mario Cuéllar Gaviria, dentro de cuyo clausulado se encuentran incluidas las siguientes estipulaciones:

“CLÁUSULAS. PRIMERA: OBJETO. EL CONTRATISTA se obliga para con el FONDO ROTATORIO a ejecutar los estudios técnicos completos, propuesta de intervención y obras de restauración y adecuación del inmueble ubicado en la calle 10 No. 5 – 27 en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., por el sistema de administración delegada, de acuerdo con sus propuestas técnicas y económica revisadas, aceptadas y aprobadas por el FONDO ROTATORIO y de acuerdo con las estipulaciones del presente contrato, las normas de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y demás reglamentaciones expedidas por el Gobierno Nacional.

SEGUNDA: PLAZO. El plazo para la ejecución de los estudios, propuesta de intervención y obras materia de este contrato, será de 8 meses, contados a partir de la fecha de entrega del fondo de la Obra de conformidad con lo estipulado en la cláusula octava del presente contrato.

TERCERA: PLAZO DE VIGENCIA. El presente contrato tendrá una vigencia igual al plazo estipulado en la Cláusula anterior y sesenta (60) días más hábiles.

CUARTA: VALOR DEL CONTRATO. Para los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato se fija en la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000.00) MONEDA CORRIENTE, valor que comprende los honorarios del CONTRATISTA y el costo de los estudios y las obras en general.

(...)

DECIMA TERCERA: PLANOS Y ESPECIFICACIONES. En la ejecución de las obras materia de este contrato, EL CONTRATISTA se ceñirá a los planos, especificaciones y proyectos de construcción aprobados por el FONDO ROTATORIO. Como se trata de un proyecto de restauración de un inmueble ubicado en un sector Histórico se requerirá, además de la aprobación del Consejo de Monumentos Nacionales, la aprobación del FONDO ROTATORIO conforme a los planos, programas de inversión.

(...)

DECIMA QUINTA: VIGILANCIA DE LAS OBRAS. El FONDO ROTATORIO ejercerá la vigilancia del presente contrato por medio de un Interventor designado

por el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores, que deberá ser Ingeniero o Arquitecto matriculado con experiencia profesional no menor de tres (3) años. El Interventor tendrá en todo momento libre acceso a los trabajos, a la contabilidad del CONTRATISTA y al almacén. Toda discrepancia relacionada con la supervisión, control y dirección de la obra que ocurra entre el Interventor y el CONTRATISTA será dirimida por el Subsecretario de Asuntos Administrativos. En caso de no llegar a un acuerdo se acudirá al Ministerio de Relaciones Exteriores, cuya decisión será definitiva.

(...)

VIGESIMA: GARANTÍAS. EL CONTRATISTA se obliga a constituir y presentar a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, las siguientes garantías: a) Para garantizar el cumplimiento general del contrato, el pago de las multas, demás sanciones que se le impongan, el contratista se obliga a constituir una garantía equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del presente contrato, la cual deberá constituirse y presentarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del presente contrato. Esta garantía tendrá un término igual al plazo de vigencia del contrato y tres (3) meses más contados a partir de la suscripción del mismo. b) Para garantizar la buena calidad y la estabilidad de las obras ejecutadas, una garantía equivalente al veinte por ciento (20%) del valor final de la obra, con vigencia de cinco (5) años contados a partir de la fecha de recibo definitivo de las obras a satisfacción del FONDO ROTATORIO, la cual deberá ser constituida y presentada el día en que se haga entrega de la obra objeto del contrato. La aprobación de estas garantías es requisito previo para que EL FONDO ROTATORIO pueda declarar el recibo a satisfacción de las obras objeto del contrato. (...) PARAGRAFO: En caso de que el presente contrato se adicione, prorrogue, suspenda o cualquier otro evento en que fuere necesario, EL CONTRATISTA se obliga a modificar o prorrogar las garantías, señaladas en ésta cláusula de acuerdo con las normas legales vigentes. f) Para garantizar la calidad de los bienes y el correcto funcionamiento de los equipos una póliza por el diez (10%) del valor del contrato con una vigencia de tres (3) años. g) Para garantizar la calidad de los estudios técnicos y proyecto arquitectónico, objeto del presente contrato, EL CONTRATISTA se obliga a constituir una garantía de calidad del servicio equivalente al diez (10%) por ciento del valor total del contrato, con una vigencia igual a la duración del contrato y tres (3) meses más, contados a partir de la suscripción del mismo.

(...)

VIGESIMA SEGUNDA: REPARACIONES. EL CONTRATISTA se obliga a reparar cualquier daño que ocurra en las obras contratadas dentro del plazo señalado en el artículo 2060 del Código Civil, por causas que le fueren imputables (...)” (fls. 208-214, c. 2).

El contrato en mención fue objeto de la Modificación No. 1, suscrita el 7 de diciembre de 1994, mediante la cual se autorizó al contratista el manejo de una caja menor y se introdujeron otros cambios en relación con la disposición de los recursos entregados al contratista (fls. 215-216, c. 2); además tuvo lugar la celebración del contrato adicional No. 01, suscrito el 28 de abril de 1995, mediante el cual se adicionó en cien millones de pesos el contrato No. 109/94 y se obligó al contratista a modificar la póliza de seguro estipulada en el contrato principal –fls. 217-218, c. 2–. El 12 de febrero de 1995 se suscribió la modificación No. 2 al contrato 149/94, mediante la cual se amplió el plazo para la ejecución del objeto de éste a doce meses contados a partir de la fecha de entrega del fondo de la obra –fl. 219, c. 2–. Posteriormente, los contratos adicionales números 3 y 4, firmados los días 28 de julio y 27 de septiembre de 1995, ampliaron por dos

meses más, cada uno de ellos, el plazo previsto para la ejecución del objeto negocial (fls. 220-223, c. 2).

b. Póliza única de seguro de cumplimiento otorgada por MAPFRE S.A., el día 4 de junio de 1996, en la cual aparece como obligación asegurada el contrato estatal No. 109/94, como tomador o afianzado el señor Mario Cuéllar Gaviria y como asegurado o beneficiario, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores; entre los amparos cubiertos por la póliza en mención figuran el de estabilidad de la obra, por un monto de hasta \$60'000.000 y con una vigencia desde el 15 de febrero de 1996 hasta el 15 de febrero de 2001 y el de calidad del servicio por un monto de \$30'000.000, con una vigencia del 1 de junio de 1994 hasta el 15 de febrero de 1999.

Entre las condiciones generales de la póliza de seguro en mención, pueden leerse las siguientes:

"Amparos.

La aseguradora otorga a la entidad estatal contratante los amparos mencionados en la carátula de la presente póliza, con sujeción, en su alcance y contenido, a las definiciones que a continuación se estipulan:

(...)

1.5 Amparo de estabilidad de la obra.

El amparo de estabilidad de la obra cubre a las entidades estatales contratantes contra el deterioro que sufra la obra, durante el término estipulado y en condiciones normales de uso, que impida el servicio para el cual se ejecutó, siempre y cuando sean imputables al contratista.

Cuando se trate de edificaciones, la estabilidad se determinará de acuerdo con los planos, proyectos, seguridad y firmeza de la estructura.

1.6 Amparo de la calidad del bien o servicio.

El amparo de calidad del bien o servicio cubre a las entidades estatales contratantes contra el incumplimiento de las especificaciones y requisitos mínimos fijados en el contrato del bien o servicio contratado" (fls. 1212-1271, c. 3; se deja subrayado).

c. Contrato de Interventoría No. 149/94, suscrito entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Rafael Rincón Calixto, junto con sus contratos adicionales 01, 02 y 03, cuyo objeto estuvo constituido por la ejecución de "la interventoría técnica, administrativa y contable del proyecto de restauración de la casa "Antonio José Uribe Gaviria", ubicada en la calle 10A No. 5-27 de la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., donde funcionará la Academia Diplomática de la Cancillería, obra que se adelantará en cumplimiento del contrato No. 109/94" (fls. 1180-1189, c. 3).

d. Informes rendidos por el arquitecto Rafael Rincón Calixto, interventor del contrato No. 109-94 suscrito entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Mario Cuéllar Gaviria; en el informe No. 6, calendado el 10 de enero de 1995, se dejó consignada la siguiente información:

"La obra ejecutada, hasta el momento, ha sido de buena calidad, las demoras se han debido a la falta definitiva del proyecto de Restauo (sic), el cual se demoró

hasta la semana pasada su entrega, lo mismo que los presupuestos y programaciones correspondientes.

(...)

5. CONCLUSIONES GENERALES.

Durante este período las actividades programadas para finalizar la viga perimetral superior y las vigas cintas se cumplieron; inmediatamente se procedió a fijar las soleras y los tirantes de la parte norte y seguir avanzando por el oriente, al tiempo que se montó la estructura a par y nudillo en madera rolliza (mangle) debidamente inmunizada; esta cubierta, como los refuerzos del primer piso para consolidar los muros, se iniciaron con un poco de retardo debido a la entrega de planos y cálculos, durante la obra.

A este momento se acaban de entregar los planos definitivos arquitectónicos y técnicos, así como también la programación y los presupuestos correspondientes.

Queda muy claro para esta interventoría, que conocido el presupuesto general de la obra, y habiendo ejecutado un seguimiento del mismo, tal como se ha venido diciendo en los informes anteriores, existe un faltante que se aproxima a los doscientos millones de pesos, así como también los plazos de entrega se deberán prorrogar para la entrega definitiva del inmueble restaurado.

De todo lo anterior tiene conocimiento el Ministerio de Relaciones Exteriores, por intermedio de la Subsecretaria de Asuntos Administrativos, con quienes se reunieron el contratista, Dr. Mario Cuéllar Gaviria, el interventor, Arq. Rafael Rincón Calixto y la Dra. Clara Esperanza Cáceres Wills, por parte del Fondo Rotatorio.

Analizando los presupuestos, se pidió para aprobación presupuestal, todo lo anterior, comprometiéndolo al Constructor a hacer la entrega en los tiempos comprometidos" (fls. 895-911, c. 3).

En el informe No. 06, correspondiente al mes de febrero de 1995, fueron expresadas las siguientes conclusiones generales:

"Dentro del marco general de la obra, esta se viene desarrollando normalmente, salvo los trámites legales de ampliación de las partidas correspondientes a este año, por una cuantía de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$200'000.000.00) para culminar la obra, que de alguna manera podría disminuir el ritmo de trabajo y de contratación; para tal fin se actualizó el presupuesto y se propuso una programación de obra consecuente para hacer entrega de los trabajos en los tiempos pactados.

(...)

De la obra, como se dijo en el transcurso del informe, se vienen adelantando los trabajos de cubierta y de cimentación; respecto a los entresijos, se han consignado en bitácora las observaciones correspondientes por parte del proyectista y que esta interventoría comparte respecto a la búsqueda de otra alternativa, para dichos entresijos.

El Consejo de Monumentos y la Corporación La Candelaria, pidieron los planos definitivos de la obra y a la vez, se ha cumplido con el envío de toda la información al mencionado Consejo y a la Corporación, esperando respuesta y aprobación de los mismos" (fls. 1014-1030, c. 3).

e. Acta de liquidación del contrato de obra No. 109/94 celebrado entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Mario Cuéllar Gaviria; en dicho documento se expresó lo siguiente:

"XVII. Que el 15 de febrero de 1996, se suscribió entre el ingeniero Mario Cuéllar Gaviria y el Interventor, Arq. Rafael Rincón Calixto, el Acta de Entrega de Obra, en la que consta que:

1. El Administrador Delegado ha entregado a la Interventoría Externa y esta hace recibo de la obra ejecutada a satisfacción, según los términos del contrato, pliegos y especificaciones. Por tratarse de un contrato, por Administración Delegada, las obras fueron ejecutadas aproximadamente en un 58%, porcentaje para el que alcanzaron los recursos del presupuesto asignado para la obra, según contrato principal y adicionales.

2. Las obras fueron realizadas por el Administrador Delegado dentro de los plazos estipulados en los Contratos principal 109-94, modificaciones No. 01 y 02 adicionales No. 01, 03 y 04" (fls. 1170-1179, c. 3; se deja subrayado).

El acta de entrega de la obra a la cual se hace referencia en el documento que se acaba de referir, obra a folios 224-225 del cuaderno número 2.

f. Carta del 1 de julio de 1997 suscrita por el Director de Obra de CONCRETO S.A., dirigida a la Subsecretaria de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la cual se dejó consignada la siguiente información:

"El día de hoy se ha aprobado en Comité de Obra la inversión de el (sic) ítem de imprevistos, ANEXO No. 1; motivo por el cual deseamos aclararle a usted las prioridades subsiguientes con respecto a las actividades adicionales que comprometen todas las obras que se generan en el desarrollo constructivo y que en este instante están precediendo las actividades del objeto legal de el (sic) contrato. Por lo tanto son indispensables para dar una continuidad racional al proceso y para lograr terminar la obra civil en la edificación.

(...)

El cuadro ANEXO No. 3, "OBRAS YA RESTAURADAS POR CORREGIR A SOLICITUD DE LA INTERVENTORIA". Presenta el costo de estas Obras que a solicitud de el interventor se requieren para corregir las ya ejecutadas por el anterior contratista. De estas actividades se requiere ejecutar por ser antecedentes prioritarias al objeto contractual nuestro, los ítems correspondientes a las demoliciones de columnas, de arranques de vigas en concreto y a la reparación de puertas en madera existentes en la Obra.

Para sintetizar el análisis describimos un cuadro resumen de el costo total general proyectado de la Obra, observando el valor discriminado de todos los anteriores cuadros anexos así:

DESCRIPCIÓN	VALOR
COSTO DE OBRA DEL CONTRATO 321/96 SIN IMPREVISTOS	\$199.326.538
INVERSION DE IMPREVISTOS DEL CONTRATO ORIGINAL	\$45.553.661

OBRAS ADICIONALES AL CONTRATO INICIAL SIN IMPREVISTOS
\$147.331.524
OBRA YA RESTAURADAS POR CORREGIR A SOLICITUD DE
INTERVENTORIA \$31.892.074

COSTO DE LA OBRA TOTAL	\$424.103.697
CONTRATO INICIAL No. 321/96	\$245.171.642
SUBTOTAL ADICIONAL	\$178.932.055"

(fls. 226 y 227, c. 2; se deja subrayado).

g. Oficio CN 047753 del 15 de septiembre de 1997 suscrito por la Subsecretaria de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores y dirigido a la Subgerencia de Riesgos Patrimoniales de MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., en el cual se expresó lo siguiente:

“Respetados Señores,

En desarrollo del Contrato de Obra No. 109/94 suscrito entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Mario Cuéllar Gaviria, la Compañía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. expidió la Póliza No. 00003133 que corresponde a la Garantía Única del Contrato en mención.

(...)

El Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores encontró que parte de la obra desarrollada por el señor Mario Cuéllar Gaviria, en la propuesta de intervención, restauración y adecuación del inmueble ubicado en la calle 10ª No. 5 – 27, quedó mal ejecutada, según el Informe desarrollado por la Interventoría efectuada al Contrato de Obra Pública No. 321/96 suscrito con la firma ConConcreto S.A. para la restauración del inmueble en mención, razón por la cual se hace necesario hacer efectiva la Póliza expedida para cobijar el Contrato de Obra No. 109/94, puesto que de no corregir esta situación se pondría en peligro la seguridad de la edificación.

De conformidad con lo establecido anteriormente, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores requiere hacer efectiva la Póliza en mención, en lo referente a calidad del servicio, estabilidad de la obra, calidad de los bienes, por la suma de TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (\$31.892.074.00) MONEDA CORRIENTE.

Rogamos a ustedes que una vez se haga efectiva la póliza mencionada, pagar directamente el valor del reclamo a la firma ConConcreto S.A., para así poder corregir las obras mal ejecutadas en virtud del Contrato No. 109-94.

Toda la información pertinente a este caso, fue remitida a esta Aseguradora por la firma Aon/Saiz Corredores de Seguros Ltda., en calidad de Corredores de Seguros del Ministerio de Relaciones Exteriores, cualquier información adicional, le solicito efectuarla directamente a nuestros Corredores de Seguros” (fls. 233-234, c. 2).

h. Oficio No. 27252 del 15 de octubre de 1997 suscrita por una abogada de la Subgerencia de Riesgos Patrimoniales de MAPFRE S.A., y dirigido a la Subsecretaria de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la cual puede leerse lo siguiente:

“Respetada Doctora:

Nos referimos a su comunicación CN No. 047753 del 15 de septiembre de 1997, recibida en nuestras oficinas el 16 de septiembre del presente año. Sobre el particular nos permitimos reiterar los términos de nuestra comunicación anterior y precisar:

El acto administrativo mediante el cual el Ministerio pretenda hacer efectiva la póliza citada deberá estar debidamente motivado, ejecutoriado y expresar los recursos que le son oponibles.

Ahora bien, aún cuando la carta enviada por Ustedes es efectivamente un acto administrativo por provenir de una entidad de derecho público, no reúne los requisitos antes mencionados.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, en la ley 80 de 1993 y en las Condiciones Generales de la Póliza.

Sin otro particular, a la espera de sus comentarios para dar una pronta solución a este caso, nos suscribimos” (fl. 236, c. 2).

i. Oficio No. 33868 del 28 de noviembre de 1997 suscrito por el Representante Legal de MAPFRE S.A., dirigido a la Subsecretaria de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el cual se expresó lo siguiente:

“Respetados Señores:

Damos alcance a nuestra comunicación No. 27252 del día 15 de Octubre de 1997, recibida en sus oficinas el 16 de Octubre del presente año, siendo lo primero manifestar que hasta el momento no hemos recibido respuesta de su parte.

No obstante lo anterior, y una vez recibido el informe de la firma CONSULTORES DE PROTECCIÓN S.A. designada para coadyuvar en la determinación de la responsabilidad de la aseguradora frente a las sumas reclamadas, nos permitimos manifestarles:

1. Con el fin de precisar el alcance de su solicitud de indemnización por concepto de calidad de los bienes, consideramos necesario establecer sobre qué materiales recae dicha solicitud, toda vez que de conformidad con el acta de liquidación del contrato afianzado, éstos fueron suministrados por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

2. Con el propósito de evaluar la eventual responsabilidad a cargo del interventor de la obra, solicitamos nos envíen copia del contrato de interventoría y de las pólizas que respalden su cumplimiento.

3. De la documentación allegada y del estudio realizado por el ingeniero ajustador es claro que:

– La obra no se ejecutó en su totalidad por motivos imputables al ministerio, lo que agrava el deterioro tratándose de obras de restauración.

- Una vez recibida a entera satisfacción, la edificación fue abandonada por más de seis meses y destinada a depósito de materiales, objeto para el cual no había sido diseñada, de donde concluimos que fue objeto de un uso inadecuado y no se siguieron las recomendaciones sobre mantenimiento que debía recibir.

- El Ministerio de Relaciones Exteriores solicita indemnización por obras adicionales que obedecen a las necesidades actuales y que no eran requeridas, ni fueron contempladas al tiempo de ejecución inicial del contrato.

Sin perjuicio de lo expuesto y de las aclaraciones que sobre tales aspectos obtengamos del Ministerio, reiteramos nuestra voluntad de lograr un arreglo extrajudicial que ponga fin a la controversia" (fls. 237-238, c. 2).

j. Contrato de obra pública No. 321/96, suscrito entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Sociedad CONCRETO S.A., cuyo objeto estuvo constituido por la realización de la "restauración del inmueble ubicado en la Calle 10 No. 5-27 de la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., por el sistema de precios unitarios" (fls. 1204-1211, c. 3).

k. Oficio de fecha 3 de diciembre de 1997 suscrito por el arquitecto residente de interventoría del contrato No. 321/96, celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Sociedad CONCRETO S.A., dirigido a la Jefe de Contratos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el cual se consignó cuanto se transcribe a continuación:

"La presente con el fin de remitirle el nuevo cuadro con el aumento del valor de la obra mal ejecutada por el anterior contratista y por medio de esta informarle el por qué del aumento en dicho valor. Primero que todo el total \$31.892.074 debe aumentarse debido a que cuando se presupuestó dicho arreglo la obra se encontraba en obra negra, con un avance lento debido a los diferentes inconvenientes encontrados en la obra y puestos a su conocimiento desde el mes de marzo.

Los nuevos gastos van referidos básicamente a la construcción de una sobrecubierta que proteja las obras ya adelantadas en un 95% nos referimos básicamente al acabado total de pintura en muros y artesa, pintura mural, restauración de rosetones, yeserías y cielo raso en el segundo nivel en yeso acabados de piso como tapete, madera, iluminación (lámparas) oficina abierta ya instalada en las áreas previstas para ella y otros acabados que deben ser protegidos pues al desarmarlos parcialmente la cubierta para el arreglo del alero y parte de su estructura, se presentaría imprevistos que no pueden ser contemplados previamente, como las fisuras y agrietamientos que se produzcan en la artesa.

Así mismo al desarmar la estructura de la cubierta, esta puede encontrarse en malas condiciones físicas, no sabemos si se requiera del cambio de elementos, de su inmunización, u otras actividades que deben ser previstas, para cumplir con los requerimientos básicos de una restauración de cubierta pues dicho arreglo debe ser entendido de esta forma.

Como usted puede ver es muy vago el conocimiento que tenemos de la armada anterior de dicha estructura, es por ello que los imprevistos deben ser presupuestados altos, de igual forma sería conveniente que la obra de reparación a ejecutarse tenga una interventoría para verificar el estado en que se encuentra la cubierta cuando se inicie su restauración, para que se tenga a conocimiento de las partes comprometidas la buena inversión de los recursos previstos para su arreglo.

A continuación se anexa el nuevo valor a cobrar con un aumento del 12% en los valores de los materiales y mano de obra de los diferentes ítems, debido a que ellos han variado desde que se pasó el valor aproximado de las obras a corregir hasta el momento.

(...)

OBRAS YA RESTAURADAS, POR CORREGIR A SOLICITUD DE INTERVENTORIA

CONTRATISTA: CONCRETO S.A.

(...)

TOTAL 65'211.607" (fls. 163, c. 2; énfasis añadido).

I. Resolución número 143 del 5 de diciembre de 1997, proferida por la Secretaría General del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la cual se declara un siniestro de la obra para la restauración y adecuación del inmueble ubicado en la Calle 10 No. 5 – 27 de la ciudad de Santafé de Bogotá; del contenido del acto administrativo en mención resulta relevante para el presente litigio la siguiente información:

“LA SECRETARIA GENERAL (E) DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

En uso de las facultades legales y en especial las que le confieren los artículos 49 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y

CONSIDERANDO

Que el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores suscribió con el señor Mario Cuéllar Gaviria el Contrato de Obra pública por el Sistema de Administración Delegada Número 109 de mayo 6 de 1994, para la restauración y adecuación del inmueble ubicado en la calle 10 No. 5 – 27 de la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. El valor total de la obra se pactó en la suma de Doscientos Millones de Pesos (\$200.000.000.00) Moneda Corriente.

Que el día veintisiete (27) de junio del mismo año, se suscribió el Acta de Iniciación de la obra.

Que el 28 de Abril de 1995, las partes contratantes suscribieron el contrato adicional No. 01, por el cual se adicionó en la suma de Cien Millones de pesos (\$100.000.000.000) Moneda Corriente.

Que el día 21 de septiembre de 1995, las partes contratantes suscribieron el contrato adicional No. 03, mediante el cual se prorrogó el plazo para la ejecución de la obra hasta el 2 de diciembre de 1995.

Que el 15 de febrero de 1996, se suscribió entre el contratista Mario Cuéllar Gaviria y el Interventor, Rafael Rincón Calixto, el Acta de Entrega de la obra.

Que el 21 de junio del mismo año, las partes del contrato de obra y el interventor de la misma, suscribieron el Acta de Liquidación del Contrato No. 109 de 1994 y sus adicionales.

Que mediante Orden de Servicio No. 348 de 9 de agosto de 1996, se contrató al ingeniero Fabio Yesid Tapiero Ortiz, con el objeto que prestara sus servicios para la asesoría técnica de la elaboración de las especificaciones, cantidades y presupuesto de las obras de restauración de la casa de la Academia Diplomática de San Carlos, con base en los planos, documentos e instrucciones entregados por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Que mediante Resolución No. 165 de fecha 13 de septiembre de 1996 se ordenó la Apertura de la Licitación Pública No. 005-96, para “la Restauración del Inmueble ubicado en la Calle 10 No. 5 – 27 de la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., por el sistema de precios unitarios”.

(...)

Que por Resolución No. 0252 del 19 de diciembre de 1996 se adjudicó la Licitación Pública No. 005/96, cuyo objeto es la restauración del inmueble ubicado en la Calle 10 No. 5 – 27 de la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., a la sociedad Conconcreto S.A.

(...)

Que el primero (1) de Julio de 1997, la firma Conconcreto S.A. presenta al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, una relación de presupuesto a precios de esa fecha, necesario para efectuar obras adicionales de la Restauración de la casa ubicada en la Calle 10 No. 5 – 27. Dentro de este presupuesto se incluyó un ítem denominado “Obras ya restauradas por corregir a solicitud de interventoría”.

Que según éste informe las “obras ya restauradas, por corregir a solicitud de la interventoría” son: la estructura, la cubierta, la carpintería de madera y algunas demoliciones.

Que mediante comunicación CN No. 047753 de 15 de septiembre de 1997, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, dio a conocer la ocurrencia del siniestro y solicitó a la compañía de Seguros Mapfre Seguros de Colombia S.A., hacer efectiva la póliza No. 00003133, por valor de treinta y un millones ochocientos noventa y dos mil setenta y cuatro pesos (\$31.892.074.00), en la cual se anexaron los informes presentados por Conconcreto S.A. y por el interventor de la obra, así como documentos referentes al siniestro.

(...)

Que el objeto de la reclamación del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores a la compañía Mapfre Seguros de Colombia S.A. es referente a la estabilidad y calidad de la obra, pues una vez liquidado el contrato con el contratista Mario Cuéllar Gaviria, la construcción presentó fallas que deben ser corregidas para evitar un mayor deterioro del inmueble.

Que una vez liquidado el contrato 109-94 no le fue dado un uso inadecuado a la inmueble (sic) ubicado en la Calle 10 No. 5- 27, de tal forma que no se ocasionó ningún daño a sobre (sic) la estructura o sobre las obras ya restauradas.

Que el Fondo Rotatorio no está solicitando indemnización por obras adicionales; la reclamación recae sobre obras mal ejecutadas por el Administrador Delegado, Sr. Mario Cuéllar Gaviria, y pendientes de corrección.

Que mediante comunicación de 3 de diciembre de 1997, suscrita por el Interventor de la Obra, Sr. Rafael Murillo Saldaña y por el Residente de obra- Conconcreto S.A., Arq. Iván Forero Fajardo, se determina que el valor de las “Obras ya restauradas, por corregir a solicitud de interventoría”, a la fecha ascienden a la suma de \$65.211.607.

Que los amparos de Estabilidad de la Obra y calidad del Servicio se encuentran vigentes.

Que en consecuencia de lo antes expuesto, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO.- Declarar la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza No. 3133 expedida por Mapfre Seguros de Colombia S.A. y hacer efectiva dicha póliza.

ARTICULO SEGUNDO. Solicitar a Mapfre Seguros de Colombia S.A. el pago de la indemnización por la suma de \$65'211.607, suma asegurada bajo el amparo de Estabilidad de la Obra y Calidad del Servicio.

ARTICULO TERCERO. Notificar al representante legal de Mapfre Seguros de Colombia S.A. y al señor Mario Cuéllar Gaviria.

ARTICULO CUARTO. Contra esta resolución, no procede recurso alguno por la vía gubernativa (artículo 77, parágrafo 1º de la Ley 80 de 1993).

ARTICULO QUINTO.- La presente resolución rige a partir de la fecha de su notificación. (...)" (fls. 203- 206, c. 2).

II. Resolución número 146 del 5 de diciembre de 1997, proferida por la Secretaría General del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la cual se aclara el artículo cuarto de la Resolución No. 143 del 5 de diciembre de 1997; el contenido del primero de los actos administrativos en cuestión es el que se transcribe enseguida:

“ RESOLUCIÓN NUMERO 146 DE 1997
Por la cual se aclara la Resolución No. 143 del 5 de diciembre de 1997
LA SECRETARIA GENERAL (E) DEL MINISTERIO DE RELACIONES
EXTERIORES

En uso de sus facultades legales y en especial las que le confieren los artículos 49 y siguientes del Código Contencioso Administrativo

CONSIDERANDO

Que el 5 de diciembre de 1997 se expidió la Resolución No. 143 por la cual se declara un siniestro de la obra para la restauración y adecuación del inmueble ubicado en la Calle 10 No. 5 – 27 de la ciudad de Santafé de Bogotá.

Que por error involuntario, en la parte resolutive, artículo cuarto, de la referida Resolución quedó establecido que contra dicha resolución no procede recurso alguno por la vía gubernativa (artículo 77, parágrafo 1 de la Ley 80 de 1993).

Que tal como lo establece el Código Contencioso Administrativo, contra la Resolución No. 143 de 5 de diciembre de 1997 procede el recurso de reposición ante la vía gubernativa.

Que en consecuencia de la expuesto

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Aclarar el Artículo Segundo (sic) de la Resolución No. 143 de 5 de diciembre de 1997, el cual quedará así: “Contra la presente Resolución procede el recurso de reposición por la vía gubernativa, de acuerdo con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo”.

ARTICULO SEGUNDO: Notificar la presente Resolución al Representante Legal de Mapfre Seguros de Colombia S.A. y al señor Mario Cuéllar Gaviria.

ARTICULO TERCERO: Contra la presente Resolución no procede ningún recurso ante la vía gubernativa.

ARTICULO CUARTO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación” (...) (fl. 201, c. 2).

m. Resolución No. 022 del 19 de marzo de 1998, proferida por el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por MAPFRE S.A., contra la Resolución No. 143 del 5 de diciembre de 1997, emanada de ese mismo Despacho; en el primero de los actos administrativos en mención puede leerse lo siguiente:

“CONSIDERANDO:

Que Seguros del Caribe S.A., hoy Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., mediante su apoderada MARIA PATRICIA LONDOÑO FORERO interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución Número 143 del 5 de diciembre de 1997 emanada del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Que el mencionado recurso de reposición fue fundamentado por la apoderada de la parte actora con los siguientes argumentos:

1. Imprecisión del acto administrativo impugnado. Se aduce fundamentalmente que no se ha individualizado el siniestro que se pretende declarar.
2. Indebida motivación del acto administrativo y violación del derecho de defensa de la aseguradora, por desconocimiento de documentos que sustenten el monto de la reclamación y por la omisión del deber de motivar de manera amplia y suficiente los actos de la administración.
3. Indebida notificación de las resoluciones No. 146 y 143 de 1994.
4. Violación del artículo 77 de la ley 80 de 1993.
5. No se afecta el amparo de estabilidad contenido en la Póliza No. 3133 de conformidad con las condiciones generales de ésta.
6. No se afecta el amparo de calidad del bien o servicio, de conformidad con el acta de liquidación del contrato de obra No. 109 de 1994.

Que con relación a los argumentos esgrimidos, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores considera que:

(...)

2. INDEBIDA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA ASEGURADORA

En ningún momento la ley obliga a la entidad estatal a expedir copias de todos y cada uno de los documentos que forman parte de un expediente administrativo, salvo que medie la previa solicitud de los administrados en ese sentido. Lo que busca la ley es evitar que se oculten las pruebas dentro de un procedimiento administrativo, lo cual en ningún momento ha ocurrido en este caso, toda vez que

las copias de dichas pruebas se encuentran a disposición del interesado en el momento en que éste las solicite.

En cuanto al argumento de que la motivación del acto debe efectuarse en forma amplia y suficiente, es procedente señalar que el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo estipula que la decisión será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares, sin que en momento alguno establezca que deba ser “amplia” como lo afirma el recurrente. La jurisprudencia, por su parte, ha señalado que “la motivación, ante todo, debe ser seria, adecuada o suficiente e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende...”, requisitos que en la resolución en cuestión se cumplieron por completo, independientemente de que el recurrente difiera de esta apreciación. En efecto, la resolución en mención señala, con fundamento en un informe técnico que es de conocimiento de la firma aseguradora, una serie de deficiencias de la obra, a las cuales se suma el aspecto presupuestal, a saber que inicialmente se había estimado como costo de las deficiencias la suma de \$31.892.074, pero que de acuerdo con los cálculos realizados posteriormente por la firma Concreto, ascendió a la suma de \$65'211.607.

3. INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

(...)

Realizada la aclaración anterior, es del caso precisar que el defecto que se endilga a las resoluciones 143 y 146 de 1997 no lo tiene la resolución recurrida, en primer lugar porque la resolución 146 modificó en su momento la 143, en el sentido de indicar que contra ella (la 143) sí procedía el recurso de reposición y, en segundo lugar porque en el evento de haber adolecido la mencionada resolución del defecto aducido, no habría viciado éste la debida notificación de la resolución, como lo alega el recurrente, sino que habría dado paso a que el administrado hubiese podido iniciar un proceso de nulidad sin necesidad de agotar previamente la vía gubernativa.

4. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 77 DE LA LEY 80 DE 1993

El apoderado de la parte actora presenta argumentos jurídicos sólidos para determinar que existen recursos en contra de la Resolución 146 de 1997, por lo cual el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores procederá, en uso del mecanismo jurídico de la revocatoria directa parcial, a indicar la procedencia del recurso correspondiente, atendiendo lo establecido en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo que en la parte pertinente reza así: “además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión”. Atendiendo a los argumentos presentados por la parte actora, y en atención a su solicitud, la revocación se hará mediante resolución separada.

5. NO SE AFECTA EL AMPARO DE ESTABILIDAD

Los argumentos sostenidos por la apoderada de la actora tienden a desvirtuar la responsabilidad del contratista afianzado. Es conveniente recalcar que la naturaleza del amparo de estabilidad de la obra –la cual se refuerza por las condiciones estipuladas en el contrato– como bien lo afirma la parte actora, “...cubre a las entidades estatales contratantes contra el deterioro que sufra la obra, durante el término estipulado y en condiciones normales de uso, que impida el servicio para el cual se ejecutó, siempre y cuando sean imputables al contratista” (el subrayado es de la entidad). De esta afirmación se desprende que el amparo al momento de la reclamación se encuentra en plena vigencia, toda vez

que de acuerdo con la póliza se extiende hasta el 15 de febrero del 2001; y en cuanto a las condiciones normales de uso y a la responsabilidad que la apoderada de la sociedad aseguradora imputa a esta entidad, vale la pena resaltar que las citas que el recurrente hace del informe del arquitecto Gustavo Murillo Saldaña, son simples extractos incompletos y fuera del contexto en que inicialmente fueron incluidos.

En efecto, dentro del mismo informe, se señalaron algunos puntos que comprometen directamente la responsabilidad del contratista, como por ejemplo los siguientes:

A. "2.1. ESTRUCTURA DE CIMENTACIÓN (...)

Hay que anotar que se encontraron estructuras en concreto (zarpas) de más de 10 cm de espesor y de hasta 75 cm de altura que no tienen fundamento estructural y que deben ser retiradas de la base de los muros en donde se encuentran" (el subrayado es del texto).

B. 2.3 ESTRUCTURA DE CIRCULACIONES, GALERIAS Y ALERO.

"Las vigas principales, soleras fueron reutilizadas siendo elementos de mal estado estructural, ya que poseen roturas por esfuerzos de torsión y flexión hasta de 9cm en una longitud de 7Mts, están mal ensamblados entre sí por medias cajas de diferente sección y en muchos casos suplementados los ensambles con cuñas.

(...)

La mala armada de la estructura que soporta el alero alrededor de los patios, tiene varios problemas referidos al ordenamiento técnico de los elementos en madera; los canes que deben soportar el peso de la teja de remate y la canal, no están bien anclados a las vigas; sobre solera y a la solera de tal manera que dejan caer el entablado, y por lo tanto las tejas, además están acuñados con elementos de mala factura y material y no cumplen con la función estructural que poseen".

C. El informe señala, en forma por lo demás contundente, dentro del capítulo antecedente, lo siguiente:

"En primeras inspecciones se vislumbró parcialmente las condiciones estructurales y técnicas en que se encontraba la edificación, al entrar a ejecutar el objeto del contrato, empezaron a sobresalir los evidentes errores de ejecución técnica realizados por el anterior constructor, notándose elementos estructurales en mal estado y deteriorados, como las viguetas, solera, sobresolera, pies derechos desviados en su eje, lo que altera significativamente la estructura.

6. NO SE AFECTA EL AMPARO DE CALIDAD DEL BIEN O SERVICIO

(...)

De otra parte, en el acta de liquidación se dejó constancia de una situación aparente que encontró el interventor en el momento de recibir la obra por parte del contratista, sin que por ello el Fondo Rotatorio esté reconociendo que la obra se hubiera entregado después de haberse cumplido con todas las especificaciones técnicas del contrato. No es ésta la realidad y así se ve claramente al estudiar el informe del arquitecto Murillo, en el cual se señala en forma diáfana, cuáles fueron los inconvenientes que encontró en la obra provenientes de la mala calidad del servicio prestado por el Ingeniero Mario Cuéllar Gaviria.

Que en mérito de lo expuesto, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución 143 del 5 de diciembre de 1997 del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

ARTICULO SEGUNDO. Notificar la presente Resolución al representante legal de Mapfre Seguros de Colombia S.A.

ARTICULO TERCERO. Contra esta resolución, no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

ARTICULO CUARTO. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su notificación. (...)" (fls. 196-200,c. 2).

n. Oficio CN 064676 del 19 de diciembre de 1997 suscrito por la Subsecretaria de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores y dirigido al representante legal de MAPFRE Seguros de Colombia S.A., en la cual se expresó:

“Respetado señor:

Doy respuesta a las comunicaciones descritas en la referencia con el fin de aclarar las observaciones planteadas y seguir adelante con el proceso de reclamación de la póliza No. 3133, expedida por MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A.

1. En cuanto al punto 1. Se solicita aclarar sobre qué materiales recae la solicitud de indemnización, “toda vez que de conformidad con el acta de liquidación del contrato afianzado, éstos fueron suministrados por el Ministerio de Relaciones Exteriores”.

Efectivamente, tal como consta en el Acta de Liquidación, numeral XVIII, bajo el título de “Entrega de Almacén” –anexa con la presente- se dice que: “El Ministerio de Relaciones Exteriores, suministró materiales y elementos al Contratista Delegado Dr. Mario Cuéllar Gaviria, para que estos fueran utilizados en la misma”.

Dichos elementos, que hacían parte del inventario del Almacén General del Ministerio de Relaciones Exteriores, fueron adquiridos en desarrollo de obras anteriores y dados en préstamo al Contratista Mario Cuéllar G. Tal como se puede constatar sobre dichos elementos devolutivos no se está haciendo ninguna reclamación, pues ellos no fueron, por su naturaleza, incorporados a la obra.

Los documentos sobre los que recae dicha reclamación fueron entregados a MAPFRE a través de AON/Sáiz Corredores de Seguros Ltda.

2. No anexamos el contrato de Interventoría No. 149/94 suscrito entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Rafael Rincón Calixto, pues fue entregado a la mano a la Dra. María Patricia Londoño F. Las pólizas expedidas en desarrollo del mismo, se anexan con la presente.

3. Efectivamente la obra no se realizó en su totalidad, pero de ello no se puede asegurar que fuera por motivos imputables a la Entidad, pues tal como está establecido en la Ley 80 de 1993, artículo 40, los contratos no pueden adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor expresado éste en salarios mínimos mensuales. El contrato de obra No. 109/94 celebrado con Mario Cuéllar Gaviria ya había sido adicionado en el 50% de su valor por lo cual se debió

liquidar y se convocó a la Licitación No. 005 de 1996, abierta el 13 de septiembre de 1996 y adjudicada a Conconcreto S.A.

4. Efectivamente dentro de la obra se dejaron los excedentes de materiales, así como los elementos desmontados y pendientes de reparación. El propósito de la obra no es servir de depósito de materiales, pero durante la construcción y restauración es evidente que se deben dejar en el sitio de los trabajos los elementos necesarios para concluir la obra.

5. El Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, no está solicitando indemnización por obras adicionales; la reclamación recae sobre obras mal ejecutadas por el Administrador Delegado, Sr. Mario Cuéllar Gaviria, y pendientes de corrección, tal como consta en la relación que reposa en sus archivos.

6. Anexo fotocopia de la Licencia de Construcción expedida por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

Agradezco su amable colaboración para lograr la finalización de la obra de la Casa de la Academia Diplomática de San Carlos" (fls. 246-247, c. 2).

o. Oficio de fecha 10 de septiembre de 1998 suscrito por el Representante Legal para Asuntos Judiciales y Administrativos de MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., enviado a la Subsecretaria de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el cual puede leerse lo siguiente:

"Nos referimos a su comunicación CN No. 040401 del 06 de agosto de 1998 y CN No. 045767 del 02 de septiembre de 1998.

Sobre las mismas le manifestamos lo siguiente:

1. En nuestro sentir los Actos Administrativos por los cuales se declaró la ocurrencia del siniestro resultan ilegales especialmente en lo que se refiere a la cuantía de los mismos.

2. Dado lo anterior estamos otorgando poder al Dr. SANTIAGO LOZANO ATUESTA para que demande la nulidad de los mismos.

3. No obstante lo acabado de expresar, y considerando el mérito ejecutivo de los Actos Administrativos, hemos decidido consignar a su favor la suma de \$31.892.072,00 sin que ello implique aceptación expresa de que adeudamos esta suma de dinero, reservándonos la facultad de impetrar su devolución dentro de la Acción Contractual respectiva.

4. En lo concerniente a la diferencia entre el valor consignado y el exigido por las Resoluciones mencionadas, nos negamos a depositarla por cuanto nuestra convicción es que resulta totalmente ilegal esta exigencia. Por tanto, con fundamento en el art. 140 del C.C.A. y demás normas concordantes, si lo exige la Jurisdicción Contenciosa procederemos a prestar las cauciones a que haya lugar" (fls. 250, c. 2).

Junto con esta comunicación aparece un comprobante de consignación bancaria realizada por "Mapfre Seguros Generales", en favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, el día 14 de septiembre de 1998, por valor de \$31'892.072 –fl. 251, c. 2–.

p. Testimonio rendido por María Margarita Salas Mejía, Subsecretaria de Asuntos Administrativos de la Cancillería para la época durante la cual se celebró y ejecutó

el contrato No. 109/94 entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Mario Cuéllar Gaviria, en el proceso ejecutivo instaurado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores contra MAPFRE S.A., Radicación 990434 –se itera, entre las mismas partes en el litigio sub judice– según se indica en la constancia obrante a folio 59 del cuaderno 2, expediente cuyas copias fueron incorporadas en el presente encuadernamiento por solicitud de la entidad demandada formulada en la contestación del libelo introductorio del litigio –fl. 55, c. 1–, prueba que fue decretada por el Tribunal Administrativo a quo mediante providencia del 4 de noviembre de 1999 –fl. 143, c. 1–.

En cuanto al traslado de éste expediente, se deben tener en cuenta las reglas que gobiernan la materia atinente a la prueba trasladada, asunto sobre el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el sentido de que aquéllas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas en el primer proceso .

También ha dicho la Sala que, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión .

De no cumplirse alguno de los mencionados requisitos, la posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá de si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto ya precisado por la Sala en los siguientes términos :

“... el artículo 229 del mismo código dispone:

“Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”. (Se subraya).

Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados, en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o

cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente.

En relación con la indagatoria de un agente estatal, practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio.

En cuanto a los documentos, públicos o privados autenticados, podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, una vez allegado el documento, deberá expedirse un auto que ordene tenerlo como prueba; la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en la misma norma, no se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica.

Sobre los informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil establece que deberán ponerse en conocimiento de las partes por el término de tres días, para que puedan pedir su complementación o aclaración, de manera que, una vez trasladados a un proceso administrativo, deberá surtirse este trámite para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la que se pretenden hacer valer.

Finalmente, las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que, obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivos. Por lo anterior, la inspección o el peritazgo deberán practicarse nuevamente en el nuevo proceso” .

Teniendo en cuenta, entonces, que todo el material probatorio recaudado en el proceso ejecutivo en cita fue allegado al mismo con audiencia y posibilidad de contradicción para las mismas partes en el litigio sub lite, además de que se trata de elementos demostrativos arrimados a este encuadramiento por solicitud de la entidad demandada formulada en la contestación del libelo introductor del proceso, la Sala le atribuirá el mérito demostrativo que de acuerdo con la ley le corresponde.

En la declaración en comentario, la deponente expuso lo siguiente:

“(…)Yo me posesioné el 23 de enero de 1995, en ese momento estaba en ejecución el contrato de administración delegada suscrito entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Mario Cuéllar, dicho contrato fue ampliado por el 50% de la cuantía inicial sin que el contratista lograra terminar las obras. El Fondo tomó la decisión de contratar un ingeniero que estableciera las

cantidades de obra necesarias para terminar la obra. Es así como después del proceso de selección ganó la firma Conconcreto S.A.; al momento de esta firma recibir la obra notó varias fallas que afectaban la estabilidad de la obra por ello el comité de adquisiciones y contratos del Fondo Rotatorio, después de estudiado el caso con la firma Conconcreto y el arquitecto interventor tomó la decisión de hacer efectiva la garantía única y así lo hizo saber mediante oficio a la firma Mapfre; los representantes de dicha firma visitaron varias veces la Cancillería para sostener reuniones en donde se habló de los problemas de la obra y ellos sostuvieron que el oficio enviado por la Cancillería no era un acto administrativo. En este lapso pasaron los meses sin que la firma pagara el siniestro, por ello el Fondo con la asesoría de sus corredores de seguros AON COLOMBIA dictó la resolución declarando el siniestro, esta resolución presentó una mayor cuantía que el aviso del siniestro en el oficio por cuanto los precios ya no eran los mismos y un menor valor se adicionó con el fin de arreglar las obras que presentaban desperfectos; dicha resolución fue notificada a Mapfre y dicha firma solamente pagó la cuantía inicial por el siniestro.

PREGUNTADO. Tomando en cuenta su respuesta anterior por favor precise al Despacho si en las conversaciones que señala que representantes de la aseguradora realizaron en la Cancillería, hubo una presentación de los hechos del denominado siniestro o relación de obras realizadas y por corregir, con la suficiente extensión y profundización, tomando como punto de partida informes técnicos; en caso afirmativo infórmenos si la aseguradora propuso alguna fórmula para subsanar o atender los amparos de estabilidad y calidad del servicio, cuya póliza se encontraba vigente.

CONTESTO. Sí, la aseguradora contó con toda la explicación necesaria por parte de los ingenieros de la firma Conconcreto y del arquitecto interventor, así mismo fueron invitados a que sus técnicos revisaran personalmente la obra. La firma Mapfre no ha propuesto otra solución para garantizar la estabilidad de la obra.

(...)

No siendo más por parte de la actora, se le concede la palabra al apoderado de la demandada:

PREGUNTADO. Con la venia del H. Tribunal quiero poner de presente a la testigo los documentos que obran a folio 142 y siguientes del expediente para que nos diga si contienen el presupuesto y oferta presentada por Conconcreto S.A. para reparar o arreglar las obras supuestamente defectuosas.

CONTESTO. Esta comunicación contiene dos puntos, uno que hace referencia a obras adicionales que se requirieron para terminar la obra y otras para corregir las ya ejecutadas, evidentemente el Fondo Rotatorio adicionó el contrato de Conconcreto S.A. en el 50% del valor inicial con el fin de poder terminar la obra.

PREGUNTADO. En el citado documento se dice que corregir las obras y restaurarlas a solicitud de la interventoría tiene un valor de 31.892.074, informe al Tribunal si con posterioridad a la fecha de este presupuesto se realizó uno nuevo o un dictamen pericial nuevo en donde expertos hubieran incrementado ese valor de reparación.

CONTESTO. Como ya lo dije, la cifra que usted menciona es la inicial del siniestro que Mapfre no pagó a tiempo y que con el transcurso del mismo tiempo sufrió reajustes en los precios que los expertos de la firma Conconcreto calcularon, existe además una cuantía menor como ya lo dije para rehacer algunos ítems que repararon a causa de los daños que presentaba la obra.

PREGUNTADO. Diga al Despacho si los expertos de Concreto consignaron en un documento, las fórmulas que aplicaron para incremento de costos, menores precios y demás circunstancias que condujeron a que los 31.892.074 previstos en septiembre 15 del 97, ascendieran a 65.211.607 al 5 de diciembre de 1997.

CONTESTO. Existe un informe completo de la firma Concreto que en el detalle no recuerdo si están o no consignadas las fórmulas de reajuste, lo que tengo claro es que esta firma se basó en los parámetros que para el efecto dicta la Sociedad Colombiana de Ingenieros y Arquitectos.

PREGUNTADO. Como consta en el documento que ha tenido de presente y el cual fue enviado a la Compañía de Seguros, éste se entregó en septiembre 15 de 1997, diga al Despacho si entre esa fecha y la de la expedición de la resolución declarando la ocurrencia del siniestro la Secretaría o el Fondo envió otro presupuesto, estudio o dictamen a la Compañía de Seguros fundamentando el incremento de los costos de reparación.

CONTESTO. No recuerdo haber enviado otro informe, pero tengo claro que la Compañía al no considerar el oficio del Fondo como acto administrativo de lo que fue notificada fue de la resolución por la cual se declaró el siniestro, documento éste que la Compañía Mapfre si consideraba que era el acto administrativo con el cual podía hacerse efectiva la póliza, así las cosas el Fondo haciendo caso de las indicaciones que hizo la firma Mapfre en diferentes reuniones procedió a elaborar, numerar y notificar el acto administrativo que ella exigía para hacer efectivo el pago de la póliza” (fls. 164 – 166, c. 2; énfasis añadido).

q. Testimonio rendido por Adriana Martínez Sánchez, Coordinadora del Grupo de Contratos de la Secretaría General del Ministerio de Relaciones Exteriores para la época durante la cual ocurrieron los hechos que dieron origen al presente litigio, dentro del ya citado proceso ejecutivo instaurado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores contra MAPFRE S.A., Radicación 990434:

“(…) PREGUNTADO. Tomando en cuenta su respuesta anterior por favor precise al Despacho si en las conversaciones que señalan que representantes de la aseguradora realizaron en la Cancillería, hubo una presentación de los hechos del denominado siniestro o relación de obras realizadas y por corregir, con la suficiente extensión y profundización, tomando como punto de partida informes técnicos; en caso afirmativo infórmenos si la aseguradora ha propuesto alguna fórmula para subsanar o atender los amparos de estabilidad y calidad del servicio, cuya póliza se encontraba vigente.

CONTESTO. Me acuerdo perfectamente que ellos dijeron que iban a mandar a un ajustador para que hiciera una inspección sobre lo que se solicitaba, evidentemente el señor ajustador fue, se presentó en mi oficina y como su actividad era netamente técnica lo puse en contacto con los interventores y los arquitectos de la obra para que le hicieran el recorrido, en ese momento no sé si expidió algún informe a la compañía, porque era una persona enviada de la compañía. Respecto a si propuso alguna fórmula para subsanar o atender, no lo recuerdo.

No siendo mas, se le otorga la palabra al apoderado de la demandada.

PREGUNTADO. Con la venia del Despacho le pongo de presente los documentos que obran a folios 140 y subsiguientes del expediente, los cuales demuestran que el Ministerio de Relaciones Exteriores, envió a Mapfre Seguros Generales el

presupuesto y análisis de inversión, dentro del cual se incorporaba el costo de corregir obras ya restauradas a solicitud de la interventoría, indíquele al Despacho si con posterioridad a esta fecha se realizó por Conconcreto o cualquier otro ingeniero constructor, un nuevo presupuesto, estudio o adición al presupuesto inicial.

CONTESTO. De conformidad con la resolución con la cual se declaró el siniestro mediante Resolución No. 143 del 5 de diciembre del 97 que obra a folio 100 del expediente, dentro de los considerandos de dicho acto administrativo se estableció en uno de sus incisos que mediante comunicación del 3 de diciembre del 97 suscrita por el interventor y el residente de la obra se determina que el valor de las obras ya restauradas por corregir a solicitud de la interventoría a la fecha (5 de diciembre) ascienden a la suma de 65.211.000. Dicho informe fue la base para emitir dicho acto administrativo.

PREGUNTADO. Infórmele al Tribunal si este informe, junto con sus soportes técnicos y financieros fue enviado a la Compañía de Seguros, con anterioridad a la expedición de la resolución 143 de 1997.

CONTESTO. Dicho informe, como lo dije fue presentado el 3 de diciembre a la entidad y el acto fue expedido el 5 de diciembre. No recuerdo si se envió a la entidad” (fls. 167 – 168, c. 2; énfasis añadido).

r. Declaración rendida dentro del presente proceso por Adriana Martínez Sánchez, deponente mencionada en el apartado inmediatamente anterior; en esta ocasión, la testigo expresó cuanto se transcribe a continuación:

“(…) Me citan por un auto que me llegó a través de la Cancillería auto de 10 de octubre de 2000. Yo fui Asesora Coordinadora del Grupo de contratos de la Secretaría General de la Cancillería, para el año de 1997 de abril de 1997 a octubre de 1998. (...) PREGUNTADO: Sírvase informar si con motivo de la reunión efectuada con los miembros del comité de licitaciones el 22 de octubre de 1997, para estudiar y buscar soluciones a la relación de obras encontradas mal ejecutadas por el contratista Mario Cuéllar, díganos el debate de la reunión en cuanto a las soluciones dispuestas por la aseguradora Mapfre, si las hubo? CONTESTO: A esa junta concurrió una niña Alejandra Torres en representación de Mapfre y un funcionario de AON –intermediarios de Seguros del Ministerio–, se puso en conocimiento de todo el comité la situación de las obras mal ejecutadas por parte del contratista Mario Cuéllar, se hizo entrega de unas fotografías tomadas, a la funcionaria de Mapfre en donde se mostraba mediante fotos la situación el inmueble producto de aquellas obras mal ejecutadas, a ella se le dijo que ellos podrían tener diferentes soluciones contratando con Conconcreto o con los que ellos tuvieran a bien hacer esas obras, pero después de eso, creo que mandaron al ajustador y no volvió a ver (sic) ninguna comunicación respecto al pago del siniestro, repito, me retiré en octubre de 1998. La funcionaria de Mapfre se llevó las fotocopias del documento, después de eso mandaron al ajustador, supongo que estaban reconociendo, nunca hubo un no rotundo a esa situación. (...) PREGUNTADO. Con la venia del despacho solicito se le ponga a la testigo de presente la resolución que obra a folios 8 y subsiguientes del cuaderno de pruebas indicando que en la misma se hace referencia a unos informes elaborados por Conconcreto S.A. y por el interventor, señalando una cuantía del siniestro de 31.892.074 pesos Mcte, mi pregunta se contrae a que nos diga si fuera de este estudio se realizaron peritajes o informes adicionales? –El despacho autoriza a la testigo a revisar el documento–. CONTESTO: Que yo recuerde fueron los únicos informes presentados, toda vez que el Ministerio no tiene dentro de su planta, personal capacitado para rendir esos informes. PREGUNTADO: En la misma resolución más adelante se dice que el valor de las obras por corregir asciende a

65.211.607 pesos, indique al despacho qué dictámenes o estudios se tuvieron en cuenta para cuantificar esta cifra. CONTESTO: Como lo dice la resolución fue mediante una comunicación del interventor y del contratista. PREGUNTADO: Diga al despacho, si con anterioridad a la expedición de la resolución 143 de 97, esto es al 5 de diciembre del mismo año, el Ministerio para el cual usted laboraba, notificó a Mapfre la comunicación a que se refiere su respuesta anterior? CONTESTO: No recuerdo, como el despacho ni los apoderados tienen más preguntas a la testigo, termina la recepción a este testimonio” (fls. 170 – 173, c. 2; se deja destacado).

s. Testimonio rendido dentro del presente proceso por el señor GUSTAVO ADOLFO MURILLO SALDAÑA, arquitecto interventor del contrato No. 321/96 celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y CONCRETO S.A., para la culminación de las obras de restauración que fueron iniciadas por el señor Mario Cuéllar Gaviria en ejecución del contrato 109/94 tantas veces aquí mencionado; el declarante expuso lo siguiente:

"Me citan por la obra de restauración de la casa de diplomacia de San Carlos, de la cual fui interventor y por lo cual cuando se inició esta etapa de la obra –segunda etapa-, pasamos un informe del estado en que encontramos algunas fallas en la construcción de las obras que se habían hecho. Ese informe se pasó a la Cancillería al Fondo Rotatorio. (...) PREGUNTADO: Se dice en las diligencias que usted realizó la interventoría en la obra de remodelación del contratista Concreto, en continuación de la obra del contratista Mario Cuéllar; sírvase informar los pormenores técnicos en qué consistió una relación de obras encontradas mal ejecutadas y para corregir al parecer que hacían parte del contrato de Mario Cuéllar? CONTESTO: Nosotros, mi oficina, cuando iba a iniciar la obra de restauración haciendo una inspección general de la misma para poder tener una relación exacta de cómo habíamos encontrado la obra, dispuse que se hiciera un informe acompañado de fotografías de la situación en que se encontraba. Haciendo esta inspección nos dimos cuenta que la obra presentaba una serie de fallas en su construcción y que para nosotros afectaba claramente la estructura física de la obra. Se encontraron fallas en la construcción de la cubierta pues encontramos que se habían utilizado vigas torcidas y atacadas por el gorgojo que desempeñan el papel de la viga principal o solera que son el sostén de la cubierta, a su vez encontramos que los aleros también estaban mal armados por falta de vigas son resoleras que debería presentar, lo que estaba ocasionando que los canes de madera que forma este alero se estuvieran inclinando por el empuje del peso de la cubierta. También encontramos que en el patio principal se habían colocado unos pies derechos en madera con torsiones demasiado pequeñas que eran esenciales para la conformación de la galería de este patio. En el patio posterior encontramos también problemas similares en la cubierta y en los aleros. También encontramos en los entresijos con algunas viguetas, vigas de madera en su construcción que ponían en peligro estos entresijos. En el sector de los baños encontramos que se habían fundido unas columnas en concreto totalmente desplomadas y mal fundidas igualmente que las cabezas de unas vigas sobre los muros. Estos nos llevó a hacer una evaluación de los costos que implicarían estas obras y que nos parecían básicas de realizar para la continuación de la obra de restauración. PREGUNTADO: Sírvase informar si usted tuvo conocimiento que esta relación de obras, haya sido dada a conocer a los funcionarios de la aseguradora que avaló el cumplimiento del contratista Mario Cuéllar? CONTESTO: Nosotros le comunicamos al Ministerio y el Ministerio se encargó de comunicarlo a la aseguradora de quienes recibimos una visita para hacer una inspección ocular de los problemas informados por nosotros, esta visita fue atendida directamente por la residente de obra de la interventoría quien le hizo un recorrido pormenorizado de éstas. PREGUNTADO: Se dice en las diligencias que el valor de las obras mal realizadas por el anterior contratista a Concreto es de

aproximadamente 31 millones de pesos, según su informe; igualmente hay otro informe que se refiere a obras por 65 millones aproximadamente; sírvase explicar si son las mismas obras que usted señala haber dado a conocer al Ministerio?

CONTESTO: Al Ministerio efectivamente se le pasó un informe primero cuyas obras estaban avaluadas en 31 millones, pero en vista de que a nosotros y al contratista le tocaba continuar la obra acorde con el contrato suscrito con el Ministerio, éstas se siguieron avanzando. En el mes de diciembre, cuando ya estaba avanzada la obra, decidimos hacer una nueva evaluación del costo de las obras y vimos que por costos habría que hacer unos reajustes y también habría que hacer obras adicionales para poder proteger lo que ya se había ejecutado de obra. En vista de esto aparte de los ítems que se habrían relacionado en el primer presupuesto se adicionaron otros que consideramos totalmente necesarios como fue una sobrecubierta, una intervención más a fondo de zonas estructurales que tenían problemas y metimos unos imprevistos que consideramos necesarios porque nuestra evaluación era simplemente por lo que veíamos y previendo que el estado del resto de la cubierta presentaba un deterioro tan grave como el que teníamos a la vista, esto fue lo que nos hizo prever unos imprevistos más grandes, que es lo que se hace en obras de restauración.

PREGUNTADO: Diga si los aspectos que señaló en su respuesta anterior, igualmente los dio a conocer el contratista Conconcreto y la interventoría a su cargo, a los funcionarios de Mapfre que usted dice haber atendido en una inspección de obra?

CONTESTO: Yo oficié directamente al Ministerio ya que era por medio de ellos que se informaba a la aseguradora de estas obras, de este presupuesto necesario para arreglar las obras mal ejecutadas en el contrato anterior. En la inspección de obra, al funcionario de Mapfre se le dio a conocer cada una de las obras que habría que arreglar para dejar otra vez en buenas condiciones las obras mal ejecutadas por el anterior contratista.

PREGUNTADO: Solicito poner de presente al testigo el folio 37 del cuaderno principal en el cual se encuentra una relación de obras mal realizadas por un valor de 31 millones, sírvase informar si el aumento de valor a 65 millones referido en esta diligencia, tiene que ver en forma directa con la cubierta y la sobrecubierta además de los imprevistos que informó?

CONTESTO: Sí, efectivamente nosotros consideramos que para efectuar los arreglos de las obras mal ejecutadas en la cubierta era indispensable y necesario armar una sobrecubierta con el fin de proteger las partes originales del monumento.

PREGUNTADO: Por favor aclare al despacho teniendo en cuenta la gravedad del juramento y haber sido interventor en el contrato de Conconcreto con el Fondo Rotatorio de la Cancillería para continuar con la remodelación de la obra, si esa cubierta y sobrecubierta eran obras o ítems de orden técnico que ha debido realizar el contratista Mario Cuéllar?

CONTESTO: Efectivamente, nosotros como interventoría considerábamos que el contratista anterior ha debido entregar perfectamente armada la cubierta tanto en su parte constructiva como en la parte de materiales lo que al hacer una revisión encontramos que efectivamente estaba mal ejecutada tanto en sus materiales como técnicamente.

PREGUNTADO: Se dice en las diligencias particularmente en la demanda que no hubo prueba alguna de la inestabilidad de las obras o de la mala calidad del servicio y que la relación de obras mal realizadas a las que usted se viene refiriendo, es apenas una afirmación; sírvase decir qué estudios de carácter técnico le llevaron a concluir que la cubierta y la sobrecubierta así como los aspectos de su primer informe a la Cancillería, constituían una obra mal realizada y necesaria de corregir.

CONTESTO: Aparte de las obras de cubierta mal ejecutadas, lo que se observaba en las inclinaciones que presentaban los aleros y las torsiones que presentaban las vigas de sostén de la cubierta que hacían prever que en algún momento podrían comenzar a caer las tejas de barro, la obra presentaba en su primer patio un problema que agravaba esta condición de la cubierta que era la torsión desplome que presentaba las columnas o pies derechos de madera que conformaban las galerías y que ponían en serio peligro la estabilidad del edificio, lo cual nos vimos en la necesidad de necesariamente corregir todos estos

problemas que presentaba la obra en su estabilidad. PREGUNTADO: Usted ha informado que sus conclusiones las daba a conocer a la Cancillería; diga qué respondieron y si Concreto realizó las obras de cubierta y sobrecubierta? CONTESTO: Las obras de la cubierta se hicieron algunas parciales necesarias para garantizar la estabilidad ya que no se contaba con los recursos para esta obra puesto que se consideraba ya ejecutada o sea que la intervención de cubierta no se pudo realizar por la razón dicha antes que no había recursos dentro del presupuesto para ejecutar este ítem. La obra que sí nos vimos en necesidad de ejecutar fue las columnas o pies derecho del patio principal que necesariamente había que ejecutar para poder garantizar la estabilidad del edificio y por supuesto la vida de los trabajadores de la obra de restauración. A continuación se otorgó la palabra al apoderado del actor. PREGUNTADO: Informe al despacho si usted recuerda el mes en que los funcionarios de la aseguradora realizaron las visitas a las obras. CONTESTO: No, en este momento no recuerdo exactamente en qué mes se realizó la visita. PREGUNTADO: Recuerda si esa visita fue anterior o posterior a su informe de diciembre de 1997. CONTESTO: La visita fue anterior al informe pero en éste se informó detalladamente al funcionario, los problemas que presentaba la estructura y las consecuencias que podría tener esto en la estabilidad y ejecución de las obras. PREGUNTADO: Indique si realizó algún tipo de interventoría al contrato suscrito entre el Ministerio y Mario Cuéllar. CONTESTO: No yo no realicé interventoría a este contrato. PREGUNTADO: Al momento de la liquidación del contrato con Mario Cuéllar, se incluyó como obra construida y terminada la sobrecubierta a que se ha hecho referencia en sus presupuestos anteriores. CONTESTO: No, esta sobrecubierta de la cual hablamos es una necesaria para ejecutar o arreglar las obras mal ejecutadas en el contrato anterior (...)” (fls. 174–178, c. 2).

2.3 La idoneidad del cauce procesal elegido por la sociedad demandante para ventilar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la presente controversia.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 77 de la ley 80 de 1993, los actos proferidos con ocasión de la actividad contractual resultan pasibles de ser enjuiciados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de controversias contractuales:

“Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo” (se ha subrayado).

Así pues, la norma que se ha dejado transcrita establece la naturaleza de la acción a intentar cuando lo que se pretende es la declaratoria de nulidad de actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual, sin que se consagre condicionamiento o exigencia de tipo alguno respecto de quien cuenta con la titularidad del derecho de acudir al referido cauce procesal; sin

embargo, el artículo 87 del C.C.A., igualmente señala que, en principio, son las partes de un contrato estatal quienes se encuentran legitimadas para instaurar la acción de controversias contractuales. A ese respecto, ésta última disposición mencionada indica lo siguiente:

“Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil” (subrayas añadidas).

Por consiguiente, se hace menester llevar a cabo una interpretación armónica y conjunta de los dos referidos preceptos legales con el propósito de precisar, de un lado, (a) cuál es la vía procesal idónea a efectos de controvertir la legalidad de actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual, como aquéllos que fueron atacados por el demandante dentro del presente litigio, mediante los cuales la entidad pública accionada declaró la ocurrencia de uno de los siniestros amparados por la póliza de seguros emitida por la sociedad demandante para asegurar el contrato estatal No. 109 de 1994 celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y el señor Mario Cuéllar Gaviria y, de otra parte, (b) si la sociedad aseguradora que presentó la demanda mediante la cual se dio inicio al presente proceso, es titular del derecho de acción que permite incoar válidamente el cauce procesal idóneo para ventilar las pretensiones que elevó ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el asunto sub examine.

(a) En cuanto tiene que ver con el primero de los asuntos planteados, estima la Sala que la acción escogida por la parte actora es la idónea para deprecar del Juez de lo Contencioso Administrativo que examine la legalidad del acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro cubierto por los amparos de estabilidad de la obra y de calidad del servicio prestado por el contratista particular ; en efecto, la pretensión de nulidad del acto que declara el mencionado siniestro se elevó correctamente a través del ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, comoquiera que resulta claro que una vez celebrado el contrato estatal, todos los actos administrativos que se profieran con motivo u ocasión de la ejecución del negocio jurídico resultan susceptibles de ser demandados a través del referido cauce procesal, si se tiene en cuenta que las decisiones unilaterales en comento mal podrían haber sido dictadas sin la existencia del vínculo contractual.

En el anotado sentido, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que no resulta viable que un acto que haya sido proferido con posterioridad al perfeccionamiento del contrato se impugne judicialmente mediante el ejercicio de

otro tipo de acción diversa de la de controversias contractuales, pues en caso de admitirse lo contrario "... no tendría sentido la existencia de una acción especial, concebida para ventilar todas las controversias relativas al contrato, para simultáneamente permitir que algunas de tales controversias se tramitaran por una acción diferente" ; también en esa dirección, la misma Sección Tercera expresó que

"... [S]i la controversia persigue un pronunciamiento de la jurisdicción acerca de la existencia de un contrato administrativo, o de uno interadministrativo o de uno de derecho privado de la administración en que se haya pactado la cláusula de caducidad, o busca un pronunciamiento sobre su validez o va en procura de que se decrete su revisión, o se pretende que por la jurisdicción se declare que fué incumplido y que se indemnizen los perjuicios que con el incumplimiento se causaron o, finalmente, que el actor cumplió y que debe pagársele las prestaciones convenidas, todo ello deberá ventilarlo por la vía de las que con alguna impropiedad el artículo 87 del C.C.A. denominaba de las 'acciones relativas a contratos' y que el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 que lo subrogó, llama 'controversias contractuales' y por esta misma vía podrá pedir que se diriman sus pretensiones de nulidad de los que la doctrina denomina actos administrativos no separables del contrato, es decir de aquellos que por tener fundamento en un contrato de las especies anotadas no hubieran podido ser proferidos sino por existir alguno de tales contratos..." (énfasis añadido).

Como corolario de lo anterior y a propósito de lo que debía entenderse por actos separables de los contratos, la jurisprudencia definió que tal calificación se encontraba reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del negocio jurídico, por manera que habrían de catalogarse como actos contractuales propiamente dichos aquellos cuya adopción se produjera durante las etapas de ejecución y de liquidación del contrato, circunstancia ésta determinante de que el control judicial de la legalidad de éstas últimas decisiones hubiere de tener lugar, por consiguiente, a través del ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993, para efectos de definir el cauce procesal a través del cual ha de llevarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso la controversia relativa a la legalidad de alguna de las decisiones proferidas por la Administración con ocasión de su actividad contractual, suprimió la diferenciación que con anterioridad a la entrada en vigor de dicho cuerpo normativo efectuaba la jurisprudencia entre los antes mencionados actos separables de los contratos –los cuales debían ser enjuiciados a través del ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho– y los actos contractuales –impugnables a través de la acción de controversias contractuales□, por manera que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo de su artículo 77, todos los actos administrativos que se profirieran con motivo u ocasión de la actividad contractual únicamente podían ser demandados mediante la acción de controversias contractuales, excepto en el caso previsto en el párrafo primero del mismo precepto, por cuya virtud en tratándose del acto de adjudicación –al igual que jurisprudencialmente habría de entenderse que acontece con el de declaratoria de desierta de la licitación o concurso o del mismo modo que ocurre con el acto de calificación y clasificación de proponentes ante las Cámaras de Comercio, según lo dispone el artículo 22-5 de la misma Ley 80– la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue instituida como el mecanismo procesal idóneo.

La regulación descrita fue nuevamente modificada con los cambios que el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 introdujo en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, para consagrar legislativamente la idoneidad de las acciones de

nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de permitir el enjuiciamiento de los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, eventos en los cuales la demanda tendría que ser presentada dentro de los treinta días siguientes a la comunicación, la notificación o la publicación del acto respectivo y sin que la interposición de la acción tuviere la virtualidad de interrumpir el procedimiento administrativo de licitación y menos aún la celebración o la ejecución del contrato; de hecho, el término de 30 días en mención podría verse reducido en caso de acaecer la condición prevista en el mismo precepto en cita, en el sentido de que se produjere con antelación al vencimiento de dicho plazo la celebración del contrato, pues en este último evento la solicitud de declaratoria judicial de ilegalidad de los actos previos solamente podría invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del negocio jurídico .

Pues bien, sabido como es que los contratistas particulares se encuentran en la obligación de constituir garantías que amparen tanto la estabilidad de la obra como la calidad de los bienes o servicios suministrados, riesgos que deben cubrirse a partir de la terminación del plazo contractual y de la entrega de los trabajos o servicios constitutivos del objeto negocial –artículos 67 a 70 del Decreto-ley 222 de 1983 y artículos 25-19 y 60 inciso final de la Ley 80 de 1993–, resulta evidente que el incumplimiento de las obligaciones materia de los aludidos amparos se encuentra directamente vinculado a la existencia misma y a la ejecución del contrato, circunstancia que conduce inexorablemente a concluir que las controversias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se declara algún siniestro de los respaldados por las garantías a las cuales se ha hecho alusión, tienen innegable naturaleza contractual, aún cuando encuentren su origen en circunstancias o en acontecimientos ocurridos con posterioridad a la terminación del contrato.

Lo dicho lleva a determinar que, de acuerdo con cuanto se ha dejado expuesto, la acción a elegir en los casos en los cuales se persiga la anulación del acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro de falta de estabilidad de la obra o de deficiente calidad de los bienes o servicios entregados por el contratista, con el fin de hacer efectivas las garantías respectivas, no puede ser otra que la de controversias contractuales.

De hecho, ya la Sección Tercera se ha ocupado de sostener que los actos expedidos por la entidad estatal contratante después de terminado el contrato participan de la naturaleza de actos contractuales por ser expedidos como consecuencia de la ejecución del respectivo negocio jurídico y, además, que el debate en sede judicial respecto de su conformidad a Derecho debe darse en un proceso instaurado con ocasión del ejercicio de la acción de controversias contractuales:

“A primera vista se advierte que una vez liquidado el contrato, la única responsabilidad que subsiste para el contratista con la administración como dueña de la obra, es la de acudir al saneamiento de los vicios y defectos de construcción de la obra en los términos del art. 2060 del C.C., cuando se trata de la ejecución de un contrato de obra pública, así como amparar la de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones laborales o de los daños causados a terceros por el contratista, riesgos que en la contratación estatal es obligatorio garantizar (Art. 25-19 y 60 ley 80 de 1993). La Administración tiene la potestad de hacer efectivas las garantías correspondientes en el evento que se configure cualquiera de los anteriores riesgos. Ocurrido el siniestro la administración puede declararlo mediante acto administrativo debidamente motivado, que podrán impugnar judicialmente dentro de los dos años siguientes quienes se sientan afectados con la decisión de la administración, esto es, el

contratista de la obra y la compañía de seguros. En el presente caso, se trataría de un acto que es necesario expedir como consecuencia de la ejecución de un contrato y el cual tendría igual tratamiento y discusión judicial que los actos dictados durante el desarrollo del contrato” (subrayas fuera del texto original).

Y en otra oportunidad, en idéntica dirección a la que se ha dejado expuesta, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

“Con apoyo en los razonamientos expuestos y en los lineamientos jurisprudenciales de la Sala, se impone concluir que los actos impugnados, mediante los cuales se declaró el siniestro de mala calidad del servicio de reparación de los equipos y se ordenó hacer efectiva la póliza que garantizaba la calidad y el correcto funcionamiento de los mismos, son actos contractuales dictados con ocasión de la actividad contractual, toda vez que su existencia se justifica y origina en razón de la celebración y ejecución del contrato.

De otra parte, según lo prescrito por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 , norma vigente al momento de incoar la acción contractual, los actos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual son controlables por vía administrativa mediante el recurso de reposición y judicialmente a través del ejercicio de la acción contractual, quiere decir que los actos administrativos expedidos por la Administración, después de la terminación del contrato, como lo es el acto mediante el cual se declara el siniestro en un contrato estatal, serán enjuiciables mediante el ejercicio de la acción contractual” (énfasis añadido).

Los planteamientos que se han traído a colación ponen de presente que la sociedad demandante acertó al instaurar el presente proceso en ejercicio de la acción de controversias contractuales, claro como se encuentra que el litigio sub judice deriva de los cargos de contrariedad con el ordenamiento jurídico que MAPFRE S.A., formuló en contra de los actos administrativos que expidió la entidad demandada para hacer efectiva la garantía contractual que amparaba los riesgos de estabilidad de la obra y de calidad del servicio prestado, cuestión que efectivamente debe ventilarse ante esta Jurisdicción a través del cauce procesal escogido por la parte actora.

La acción de controversias contractuales, por lo demás, fue incoada de manera oportuna en el caso materia de examen comoquiera que la Resolución No. 022 del 19 de marzo de 1998, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 143 del 5 de diciembre de 1997 –por la cual se declaró un siniestro en la obra adelantada para la restauración y adecuación del inmueble ubicado en la Calle 10 No. 5-27 de la ciudad de Bogotá–, y se confirmó esta última en todas sus partes, fue notificada personalmente el mismo día 19 de marzo de 1998 –constancia a fl. 5, vto., c. 2–, momento en el cual, entonces, el acto administrativo impugnado en la vía gubernativa adquirió firmeza, de conformidad con lo previsto en el artículo 62-2 del C.C.A., y comenzó a computarse el término de caducidad de la referida acción, esto es el de "dos años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento" –artículo 136-10 ídem–, plazo que en el presente asunto expiró, por consiguiente, el 19 de marzo de 2000, sin embargo, la demanda mediante la cual se dio inicio al presente encuadernamiento fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 8 de marzo de 1999, vale decir, indudablemente, dentro del término legalmente previsto para tal efecto.

(b) Por cuanto respecta al segundo extremo que se dejó planteado en este acápite, esto es el enderezado a dilucidar si la sociedad aseguradora aquí accionante cuenta, o no, con la titularidad de la acción de controversias

contractuales para promover el presente litigio habida consideración de que no goza de la condición de parte dentro del contrato estatal asegurado, lo cierto es que debe reconocérsele a MAPFRE S.A., la facultad de promover el presente litigio a través del cauce procesal en comento comoquiera que le asiste un interés directo en que se fiscalice la conformidad a Derecho del acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, con el propósito de declarar el siniestro que permitió hacer efectiva la garantía constituida para respaldar las obligaciones asumidas por el contratista Mario Cuéllar Gaviria como consecuencia de la celebración del contrato No. 109-94.

Lo anterior habida cuenta de que, según se viene de indicar, el mencionado acto administrativo sólo es susceptible de ser atacado en sede judicial a través de la acción de controversias contractuales, según se desprende de lo normado por el varias veces referido artículo 77 de la Ley 80 de 1993, por manera que sostener que la acción cuya instauración resultaba procedente por parte de MAPFRE S.A., era la de nulidad y restablecimiento del derecho en atención a que la mencionada aseguradora no fue parte del aludido contrato estatal 109-94 –en el cual, efectivamente, las partes fueron el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y el señor Mario Cuéllar Gaviria–, supondría no sólo desconocer de manera directa lo preceptuado por la disposición legal en cita, sino también generar una contradicción lógico-jurídica en la medida en que la misma situación jurídica –la necesidad/posibilidad/derecho de cuestionar en sede judicial la juridicidad del acto administrativo contractual en mención– recibiría dos tratamientos normativos disímiles y excluyentes entre sí.

La postura descrita ha sido asumida precedentemente por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual estimó improcedente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, cada una con su correspondiente término de caducidad, para controvertir el mismo acto administrativo proferido ora en la etapa precontractual, ora durante la ejecución del objeto negocial o incluso en fase postcontractual, en el entendido de que la univocidad del cauce procesal a emplear para la fiscalización judicial de tales decisiones administrativas garantiza de mejor manera la efectividad del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, toda vez que el ejercicio de esta garantía constitucional resultará posible bajo parámetros más claros y definidos, sin que existan divergencias o disyuntivas interpretativas al momento de instaurar las acciones contencioso administrativas en consideración a quién fuere el interesado en el ejercicio de las mismas.

Súmese a lo anterior que la estructura, el contenido y los alcances de la acción de controversias contractuales permiten que por intermedio suyo se formulen, de manera conjunta o autónoma, pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, particularidad que torna innecesario acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el propósito de llevar a conocimiento del Juez de lo Contencioso Administrativo pretensiones que sin lugar a la menor hesitación pueden serle planteadas a través del primero de los mecanismos procesales en mención; en la anotada dirección, sostuvo lo siguiente la Sección Tercera:

"Ahora bien, revisada la demanda y sus anexos, encuentra la Sala que el presente asunto es una controversia de carácter contractual, como quiera que va dirigida a que se declare la nulidad de unos actos administrativos, que se derivan del ejercicio de la mencionada actividad.

En efecto, observa la Sala que mediante las resoluciones demandadas el INVIAS declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra y ordenó hacer efectiva la póliza de garantía expedida por Seguros del Estado, controversia que si bien

tiene por fuente un contrato de seguro, no se encuentra por fuera del conocimiento de esta Jurisdicción, como quiera que se discute la legalidad de actos administrativos a través de los cuales se hace efectiva la garantía que ampara el negocio jurídico celebrado entre el INVIAS y el Consorcio Edgardo Navarro Vives - Construcciones G.B.G. Universal Ltda., el cual tiene la connotación de estatal, lo que permite concluir que el conflicto que se demanda surgió con ocasión que un contrato de aquellos que se rigen por la ley 80 de 1993" (énfasis añadido).

2.4 La competencia de la Sala para pronunciarse en el asunto sub judice.

2.4.1 Sea lo primero advertir que la controversia que aquí se dirime cuenta con vocación de doble instancia atendiendo a los parámetros establecidos tanto en los artículos 2 y 4 del Decreto 597 de 1988, como en el artículo 20-1 del Código de Procedimiento Civil habida consideración de que a la fecha de presentación de la demanda —8 de marzo de 1999— el monto mínimo exigido para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales debiere ser tramitado en dos instancias ascendía a la suma de \$18'850.000 y la pretensión quinta de la demanda, encaminada a que se le reparen al demandante los daños materiales que le fueron causados con las decisiones cuya legalidad cuestiona, sin contar otros pedimentos elevados en la pretensión sexta del libelo introductorio del litigio, resulta superior a dicho mínimo, pues equivale a la cantidad de \$31'892.072,00 .

2.4.2 Ahora bien, resulta menester señalar, en punto de la naturaleza jurídica de la entidad demandada —factor determinante para catalogar como estatal, o no, el contrato celebrado entre las partes en disputa— que, como se indicó en el acápite de antecedentes del presente pronunciamiento, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1 del Decreto-ley 20 de 1992, tiene la condición de Unidad Administrativa Especial con personería jurídica propia, vale decir que se trata de una entidad estatal, más exactamente, de un ente descentralizado por servicios, circunstancia que resulta de trascendencia a la luz de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 , por cuya virtud la competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; a ese respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, habida cuenta de que la normativa vigente prohijó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico para efectos de determinar la condición de estatal del vínculo negocial, de modo que habrán de reputarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En el anotado sentido se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación:

“De este modo, son contratos estatales “todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales”, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos” (énfasis añadido).

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica del contrato radica en el análisis particular respecto del tipo de entidad que concurre a su celebración, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable; dicho aserto encuentra soporte legal en lo preceptuado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993,

disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: ...”

Así las cosas, el mencionado artículo 32 del Estatuto Contractual torna ineludible remitirse al catálogo de entidades expresamente calificadas como estatales por el artículo 2º de la misma Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos ...” (se ha subrayado).

Adicionalmente, el artículo 82 del Decreto-ley 1 de 1984, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue subrogado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y los litigios originados en la actividad de las entidades públicas; de este modo se definió el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de la previsión consistente en que a la misma le compete “juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”, en lugar de “juzgar las controversias y litigios administrativos”, como lo establecía la redacción anterior del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, por manera que la norma subrogada pasó a disponer lo siguiente:

“Artículo 1º. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales

administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional” (subrayas fuera de texto).

Respecto del alcance del precepto transcrito se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante auto del 8 de febrero de 2007 —Radicación 30.903 —, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, se señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo”.

La anterior conclusión mantiene vigencia con la modificación introducida al objeto de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por la Ley 1437 de 2011, toda vez que así lo deja establecido con claridad su artículo 104-2 , precepto que, de todos modos, ha de precisarse que no resulta aplicable al asunto sub judice por virtud de lo establecido en el artículo 308 del mismo cuerpo normativo .

Todo lo expuesto implica, en el asunto sub lite, que habida cuenta de que el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores tenía la condición de Unidad Administrativa Especial con personería jurídica, entidad estatal perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el sector descentralizado por servicios, para el momento en el cual celebró el contrato estatal número 109-94 con el señor Mario Cuéllar Gaviria, dicho negocio jurídico participa de la naturaleza de contrato estatal y los litigios derivados de su ejecución —como lo es el proceso sub examine, en el cual se controvierte la legalidad de tres actos administrativos proferidos como consecuencia de la ejecución del mencionado vínculo comercial—constituyen materia de la cual debe conocer el Juez de lo Contencioso Administrativo.

2.5 La facultad de las entidades estatales contratantes de declarar, mediante acto administrativo, la ocurrencia de los siniestros amparados por las garantías constituidas por los contratistas particulares para amparar el cumplimiento de las obligaciones que asumen en desarrollo de los contratos estatales de los cuales son parte.

A continuación la Sala reiterará el análisis que en ocasiones anteriores ha llevado a cabo la Sección Tercera del Consejo de Estado con el propósito de identificar las particularidades, los presupuestos de aplicación y los específicos alcances de cada una de las modalidades que puede revestir la potestad de la entidad estatal contratante para declarar la ocurrencia de alguno de los siniestros amparados por las garantías que el contratista particular constituye con el propósito de asegurar el

cumplimiento de las obligaciones que asume como consecuencia de la celebración y de la ejecución del contrato estatal.

2.5.1 Según se ha recordado ya en el presente pronunciamiento, en los contratos que celebran con las entidades estatales, los contratistas particulares se encuentran en la obligación de constituir garantías que amparen tanto la estabilidad de la obra como la calidad de los bienes o servicios suministrados, riesgos que deben cubrirse a partir de la terminación del plazo y de la entrega de los trabajos o servicios constitutivos del objeto negocial –artículos 67 a 70 del Decreto-ley 222 de 1983, artículos 25-19 y 60 inciso final de la Ley 80 de 1993–; en términos de lo preceptuado por el numeral 19 del artículo 25 de la citada Ley 80 de 1993, el contratista del Estado debe prestar garantía única, bien sea que la constituya con una compañía de seguros ora con una entidad bancaria, con el objeto de asegurar los riesgos que surgen con la celebración y ejecución del contrato . En este sentido, enseña la norma citada lo siguiente:

“Art. 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

(...)

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

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

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

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada”.

La garantía única se convierte, en este orden de ideas, en un sistema de protección contra ciertos riesgos que ampara a las entidades estatales contratantes por los daños que puedan sufrir, él o los ciudadanos –según cuál(es) sea(n) el(los) amparo(s) que se constituya(n)–, como consecuencia de la ejecución del contrato ; de ahí que la cláusula de garantía incorporada en los contratos celebrados por la Administración se considere obligatoria y de orden público, por cuanto constituye un mecanismo de protección tanto del fin pretendido por la contratación estatal, cual es la satisfacción del interés general, como del patrimonio público; en efecto, por una parte, asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y, por otra, protege el patrimonio estatal del daño derivado del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de sus obligaciones por parte del contratista.

Precisamente en razón de las consideraciones que anteceden, dicho contrato de seguro celebrado en garantía de un contrato estatal tiene elementos diferenciales respecto de aquellos contratos, también de seguro, suscritos en interés particular, comoquiera que tratándose de los primeros, para efectos de realizar la reclamación derivada del acaecimiento de un siniestro, la entidad estatal contratante se encuentra normativamente autorizada para expedir un acto administrativo mediante el cual declara su ocurrencia, decisión que, como todas las de su estirpe, viene acompañada de la presunción de legalidad que permite su inmediata eficacia una vez cobra fuerza ejecutoria y que puede ser impugnada en sede gubernativa tanto por parte de la aseguradora como por cuenta del contratista, quienes, asimismo, pueden demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del aludido pronunciamiento.

Así pues, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido como integrante del elenco de prerrogativas en cabeza de las entidades estatales en materia contractual, precisamente, la de declarar mediante acto administrativo motivado el siniestro del riesgo de cumplimiento de las obligaciones o de estabilidad de la obra y calidad de los bienes suministrados, asegurados mediante las garantías del contrato, garantías con las cuales se salvaguarda el interés público y se protege patrimonialmente a la Administración; para tal efecto, la Sección Tercera se apoyó en lo preceptuado por el numeral 5 del artículo 68 del C.C.A., de conformidad con el cual las pólizas en las que las entidades estatales son beneficiarias prestan mérito ejecutivo al integrarse con el acto administrativo ejecutoriado que declara esa obligación, de donde se origina la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro y sin que el asegurador pueda oponerse al pago directamente ante la entidad, una vez desatado el medio de impugnación pertinente en vía gubernativa en caso de que se haya adecuado a su ejercicio, de suerte que se verá precisado –de estimarlo necesario y oportuno– a demandar el acto administrativo correspondiente ante la Jurisdicción Especializada. Se trata de un privilegio desprovisto de naturaleza sancionatoria, cuyo ejercicio resulta procedente incluso después de la ejecución del contrato y/o de su liquidación .

Sobre esta línea argumentativa han descansado los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los cuales se ha concluido, según se viene de referir, que las entidades estatales son competentes para declarar los siniestros que se hallan cubiertos por las pólizas de seguros que los contratistas constituyen para amparar a las entidades contratantes por los riesgos que corren con ocasión de la ejecución del contrato; en ese sentido se pronunció en la providencia que se cita in extenso a continuación, comoquiera que en ella se abordó el estudio de la atribución de declarar el acaecimiento del siniestro cubierto con el amparo de estabilidad de la obra, de modo similar a lo acontecido en el asunto sub judice:

“Lo anterior, sin embargo, no obsta para considerar, como lo hizo la Sala en la sentencia del 24 de mayo de 2001, que son válidos los actos administrativos por los cuales la entidad contratante decidió hacer efectiva la póliza que garantiza la estabilidad de la obra contratada, al declarar la ocurrencia del riesgo amparado. En efecto, no cabe duda de que aquella contaba, para hacerlo, con una facultad legal expresa, prevista en los numerales 4° y 5° del art. 68 del C.C.A., en los cuales se relacionan los actos que prestan mérito ejecutivo, y allí se incluyeron, entre otros:

“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" (Se subraya).

Para la Sala, estas dos normas contemplan la posibilidad de que las garantías constituidas a favor de las entidades estatales, incluida la de estabilidad de la obra, presten mérito ejecutivo, con las siguientes precisiones:

En primer lugar, lo dicho supone tener claro que el numeral 4 del art. 68, que se encuentra parcialmente vigente, como se deduce de la sentencia de agosto 24 de 2000 -Exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo-, en la que señaló: 'La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, sí derogó el numeral 4º de la norma, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integraran 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. El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal.

De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala, 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 sí 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 cualquier 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:

“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, como pasa a exponerse: ...” (Subrayas fuera de texto. Sentencia de agosto 24 de 2000, exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo)

Como se advierte, para la propia Sala ha sido claro que la facultad de declarar el siniestro de una póliza no es un problema nuevo; al contrario, la potestad de hacerlo ha sido analizada en oportunidades como la citada. Ahora, esta facultad no tiene por qué reducirse a algunos tipos de amparos de la póliza o garantía, pues, de hecho, ni siquiera la Sala lo ha restringido, y tampoco el CCA lo hace.

Así, puede considerarse que la Administración sí tiene una facultad especial consagrada en la ley, de declarar ocurrido el riesgo amparado en virtud de las garantías que en su favor se hayan otorgado, facultad que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual y que, por esa razón, constituye una auténtica prerrogativa del poder público, que no es más que un privilegio de que goza la administración. Se aclara, entonces, que no es cierto lo expresado por el apelante, en el sentido de que el Tribunal consideró que las facultades exorbitantes de la Administración no son taxativas. Es evidente que las mismas -que, más que facultades exorbitantes, son prerrogativas de poder público-, tienen tal carácter, sin perjuicio de que puedan encontrarse establecidas en normas diferentes a los artículos 60 y siguientes del Decreto 222 de 1983 o a los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

(...)

Ahora bien, en el caso concreto, teniendo en cuenta los hechos probados en el proceso, así como las consideraciones expuestas anteriormente, se concluye que el Director Ejecutivo del FOSOP, en su condición de representante legal de la entidad, tenía competencia para declarar el siniestro referido a la inestabilidad de la obra contratada, a través de un acto administrativo debidamente motivado, como en efecto lo hizo, así como para evaluar el monto de las fallas presentadas y ordenar allí mismo el pago correspondiente...” (negritas fuera del texto original, subrayas incluidas en él).

De esta manera, resulta claro que con fundamento en lo normado por los numerales 4 y 5 del artículo 68 del C.C.A., las entidades estatales han mantenido la potestad de declarar unilateralmente los siniestros amparados por las garantías contractuales, más allá de que su exigibilidad sólo pudiere resultar posible por la vía ejecutiva judicial, extremos perfectamente diferenciados –la declaración del siniestro y el cobro ejecutivo–; esa facultad de declaratoria unilateral indiscutiblemente radicada en cabeza de las entidades estatales contratantes comprende igualmente, como lo ha precisado la jurisprudencia, la atribución de identificar los daños causados y de cuantificar las indemnizaciones correspondientes, siempre, claro está –y es éste un aspecto de capital trascendencia para el asunto sub lite, como enseguida se verá–, arribando a la adopción de tales decisiones con escrupuloso respeto por los derechos a la defensa y al debido proceso, tanto del asegurador como del contratista –quienes individual y/o conjuntamente se pueden ver afectados por las determinaciones respectivas– y, adicionalmente, con adecuado y suficiente fundamento en material probatorio que dé cumplida cuenta de los presupuestos fácticos que sustentan las medidas que resulte menester adoptar en el(los) acto(s) administrativo(s) correspondiente(s):

"En los anteriores términos, la Sala reiterará la tesis consolidada hasta ahora, en el sentido de que las entidades públicas pueden declarar el siniestro de las pólizas de seguros constituidas a su favor. Incluso pueden -mejor sería decir que deben-, cuantificar el perjuicio, para determinar qué monto asegurado es el que debe pagar la compañía de seguros y/o el contratista. De allí que, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la decisión del tribunal, porque en su criterio la cuantía del daño sólo podrá determinarse en un proceso judicial, cuando es claro –como lo ha sostenido la Sala- que para hacer efectiva la póliza debe entenderse incluida la facultad de la administración de determinar el monto del daño, previo debido proceso, y con soporte en pruebas del hecho.

De no ser así, carecería de sentido práctico y jurídico sostener que se puede declarar el siniestro, pero que no es posible indicar el monto que se debe pagar al beneficiario. Por razones obvias esta decisión incluye: i) la determinación del amparo o amparos siniestrados –cuando son varios los que cubre la póliza-, ii) las personas a cuyo cargo queda la deuda –aseguradora y/o contratista- y iii) el monto del daño, que no podrá exceder del valor asegurado en la póliza, cuando se le pretende cobrar a la compañía.

En estos términos, perfectamente el perjuicio puede ser inferior al monto asegurado, caso en el cual la entidad estatal no podrá ordenar el pago del límite del amparo, como quiera que su perjuicio no alcanzó esa cuantía. Y en el evento de que exceda el valor asegurado, no podrá perseguir de la compañía de seguros más de lo que ésta aseguró, quedando exclusivamente por cuenta del contratista la suma que exceda lo cubierto con la póliza" .

Las potestades a las cuales se viene de hacer alusión quedaron expresamente consagradas en el derecho positivo con la expedición de la Ley 1.150 de 2007, la cual dispuso, particularmente en el inciso cuarto de su artículo 7, lo siguiente:

“Artículo 7. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el

reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento”.

2.5.2 En realidad, el principal rasgo característico que acompaña a las garantías constituidas en favor de las entidades estatales consiste en que se invierte el procedimiento que para efectuar la reclamación tiene contemplado el Código de Comercio, pues al paso que en el marco de la regulación contenida en éste el beneficiario y/o el asegurado debe(n) acudir ante la compañía de seguros para acreditarle la ocurrencia del siniestro y el daño consecuencial –junto con los distintos rubros del perjuicio y con el monto de las indemnizaciones que procedan–, por el contrario cuando la entidad estatal es la beneficiaria de una póliza será a la compañía de seguros la que deberá acudir ante el Estado, en ejercicio de sus derechos a la defensa y al debido proceso, a sustentar su posición frente a cada uno de los aspectos que involucra la declaración del siniestro, el cual ya no dependerá del reconocimiento voluntario que haga la aseguradora respecto de su acaecimiento y de sus consecuencias patrimoniales, sino que se deja en manos de la entidad estatal contratante decidir si se presentó, o no, el hecho cubierto con la garantía y cuáles han sido los efectos derivados del acaecimiento del mismo.

En el anterior orden de ideas y de acuerdo con lo que en este sentido ha afirmado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el procedimiento que debe seguirse en procura de hacer efectiva la garantía constituida a favor de las entidades estatales contratantes con el fin de obtener la indemnización que corresponda ante la concreción del riesgo que se halla amparado por la misma, es el siguiente:

(i) En primer término, corresponde a la entidad estatal contratante declarar la ocurrencia del hecho constitutivo del siniestro y ordenar la efectividad de la garantía que ampara el riesgo, mediante la expedición de un acto administrativo con fundamento en las prerrogativas establecidas en los numerales 4 y 5 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, sin que haya lugar a la aplicación de lo previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio;

(ii) En segundo lugar, ese acto administrativo de carácter particular y concreto deberá ser notificado personalmente a los interesados –aseguradora y contratista– para que les sea oponible y vincule a quienes resulten obligados con sus disposiciones, con el fin de proceder al cobro de la respectiva indemnización;
y

(iii) En tercer y último término, la aseguradora no puede objetar la reclamación – artículos 1053 y 1080 C.Co.–, sino que para oponerse a ella tendrá a su alcance la interposición de los recursos en sede administrativa que legalmente procedan en contra de la decisión; resueltos éstos negativamente o si no fueren interpuestos, el acto adquiere firmeza y con ella la ejecutoriedad propia de toda decisión administrativa, lo cual permite a la entidad proceder a su cobro ejecutivo. Esta decisión, por supuesto, también puede ser impugnada por el contratista tanto administrativa como judicialmente.

2.5.3 Debe en todo caso tenerse presente también que la evaluación del cumplimiento del contrato y/o de la idoneidad del desarrollo del mismo para satisfacer el interés general y los fines de la contratación, durante el plazo de ejecución del objeto negocial, para efectos de valorar la procedencia y la conveniencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los cuales cuenta la entidad estatal con fundamento en la cláusulas excepcionales a las cuales se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, resulta disímil de la valoración que se realiza por parte de la entidad estatal para adoptar la determinación de declarar alguno de los siniestros amparados por las garantías constituidas por el contratista y para hacer efectivas dichas garantías ante la realización de los riesgos por ellas amparados.

Así, por ejemplo, los límites temporales para el ejercicio de las potestades exorbitantes fundamentadas en las cláusulas excepcionales resultan diversos de la oportunidad que tiene la entidad estatal para hacer exigibles las garantías de las cuales es beneficiaria a propósito de los contratos que ella celebra con los particulares; ello por cuanto si bien es verdad que esta Corporación ha sido enfática en señalar que la exorbitancia que puede ejercer la Administración en el desarrollo de sus contratos presenta límites temporales y que, en tal virtud, no puede interpretarlo, modificarlo o terminarlo unilateralmente y menos caducarlo después del vencimiento del mismo, so pena de que el acto quede viciado de nulidad por falta de competencia en virtud del factor temporal, no es menos cierto que dicho criterio está circunscrito al ejercicio de las atribuciones ejercidas en aplicación de las referidas cláusulas excepcionales que por ley se insertan en los contratos de acuerdo con su categoría, pero no así para cuando se requiere hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y/o las garantías que amparen el contrato. En ese sentido se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación:

“Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada...” .

Y en otra ocasión, en la misma dirección anotada, se expresó lo siguiente:

“En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante de la Administración para declarar su caducidad y, en tal virtud, en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública, la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en

vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, facultad que excluía, entonces, la posibilidad de decretar la caducidad.(...) [L]uego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 72 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista... ” (se subraya).

También en línea con el planteamiento que se deja expuesto, más recientemente se afirmó cuanto se transcribe a continuación:

"(ii) Dicho acto [mediante el cual se declaró la ocurrencia de un siniestro y se hizo efectiva la correspondiente garantía] no fue expedido con sustento en una potestad exorbitante o sancionatoria fundamentada en aquellas cláusulas excepcionales insertas en los contratos, bien tendiente a la extinción anticipada del vínculo o para apremiar al contratista en la ejecución del objeto contractual, por cuanto, como quedó visto, se trata del uso de una potestad o privilegio diferente a los que se ha referido la jurisprudencia invocada por el recurrente -tiene carácter indemnizatorio-, de manera que no está sometida a los mismos límites o restricciones temporales para el ejercicio de la primera potestad mencionada" .

Por similares razones a las que hasta ahora se han puesto de presente, de cara a la posibilidad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo ha de tomarse en consideración que la liquidación del contrato, pese a constituir una instancia –bilateral o unilateral– provista de la virtualidad de finiquitar el negocio jurídico y de poner punto final a las obligaciones recíprocas de las partes derivadas de la ejecución del vínculo negocial, en realidad sólo significa para la entidad contratante la aprobación de la obra, del bien o del servicio contratados como exteriormente ajustados tanto a las exigencias contractuales cuanto a las reglas del arte correspondientes, pero no comprende ni puede comprender, como es lógico, la estabilidad de los mismos y su buena calidad futura, porque al momento de la entrega y de la liquidación en no pocas ocasiones resultará imposible detectar falencias, deficiencias o vicios ocultos que sólo con el transcurso del tiempo aparecerán o se harán perceptibles. Si ello no se admitiese, carecería completamente de sentido o de justificación alguna la exigencia de esas garantías por un plazo más amplio y posterior al fenecimiento del término previsto para la ejecución del objeto contractual.

Así ha expresado esa idea la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"c) La aplicación del artículo 2060 del C.C.

De ser cierto que el contratista de una obra pública, con la liquidación del contrato, se libera de responder por la estabilidad de la misma y su buena calidad, habría que aceptar dos tesis francamente inaceptables. La primera, que la administración contratante no podrá instaurar, luego de la liquidación, acción de perjuicios contra el contratista por la obra que perece o amenaza ruina, bien por vicios en la construcción o en los materiales utilizados o por vicios en el suelo que debió conocer, porque esa liquidación purgó cualquier vicio en la construcción; o, en otras palabras, que luego de la liquidación el contratista no será responsable por la construcción de la obra. Y la segunda, que la estabilidad de la obra y su buena

calidad no son obligaciones emanadas del contrato porque el art 2060 del c.c., en sus nls 3 y 4, sólo opera en el derecho privado y para las obras contratadas entre particulares.

Las afirmaciones precedentes no tienen justificación alguna, por desconocer los efectos de los contratos y de las obligaciones emanados de los mismos. Los contratos se celebran para su recto y cabal cumplimiento; y en los contratos de obra pública ese cumplimiento es de interés general; y la aceptación inicial que se haga por el dueño de la misma durante la diligencia de entrega, no le impedirá a éste exigirle al constructor que le responda en el futuro por su estabilidad y buena calidad de los materiales utilizados. De allí que si nadie discute esa facultad en el campo del derecho privado, frente a las obras públicas es más evidente esa exigencia porque en éstas está involucrado, como se dijo, el interés general.

En tal sentido, si la obligación de estabilidad, de rango legal y supletiva de la voluntad de las partes (art 2060 antecitado), opera entre particulares, no se entiende cómo pueda alegarse su inoperancia en el campo de las obras públicas que interesan a toda la comunidad. Se habla de norma supletiva porque los contratantes podrán convenir plazos diferentes para exigir esa estabilidad.

Y ante el vacío que se observa dentro del régimen legal de los contratos estatales, en especial en el de obra pública, nada impide así la aplicación de ese art 2060 también en el aludido campo salvo estipulación en contrario, en la cual se entienda que las partes convinieron un plazo de estabilidad mayor o menor al término de 10 años señalado en esta norma" .

En el anterior contexto, resulta de interés subrayar, entonces, específicamente en relación con la vigencia de garantías como las que fueron hechas efectivas por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores en el asunto sub examine –estabilidad de la obra, calidad y correcto funcionamiento de los bienes o servicios entregados–, que dicha vigencia comienza con la terminación del contrato y se extiende durante el plazo determinado en el contrato de seguro con el objeto de garantizar la indemnización de los perjuicios que se puedan ocasionar como consecuencia de la ejecución del contrato estatal pero con posterioridad a su culminación y ante la ocurrencia de los riesgos amparados en la respectiva póliza.

Las garantías de estabilidad de la obra y de calidad de los bienes y/o servicios adquiridos por la entidad contratante amparan frente a la aparición de vicios redhibitorios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que no pudieron ser percibidos o detectados al momento de recibir el bien y que se presentan o descubren con posterioridad a la terminación del contrato y afectan el cumplimiento de los fines que animaron la contratación; por ello la póliza respectiva debe tener una cobertura por un plazo determinado, contado a partir de la entrega efectiva de los bienes adquiridos, por manera que la entidad contratante beneficiaria quede cubierta respecto de los perjuicios que le pudieren ocasionar los vicios o deficiencias aludidos, en caso de que los mismos resulten imputables al contratista garantizado:

"De ahí que, en el caso de que una entidad pública ha adquirido un bien a través de un contrato de compraventa y posteriormente descubre o se percata que el mismo no cumple con los requisitos de calidad exigidos y necesarios para su correcto funcionamiento o no reúne las características y especificaciones que fueron exigidas, ofertadas y que hacen parte del contrato, está en el deber de declarar a través de un acto administrativo el siniestro de incumplimiento de la obligación de entregar un bien de óptima o buena calidad, con el fin de hacer efectiva ante la aseguradora la póliza que ampara dicho riesgo; y cuando ello sucede, el contrato ya ha terminado, por cuanto la obligación principal de entrega

ya se cumplió, razón por la cual resulta ilógico que estuviese sometida a los límites temporales derivados de la vigencia del contrato, como sostiene el recurrente, por cuanto de ser así, sería un imposible jurídico realizar el cobro directo de la indemnización contenida en la póliza de seguro de cumplimiento tomada por su contratista.

Dicho de otro modo, cuando se realiza el riesgo asegurado relativo a la calidad del bien suministrado, con independencia de que el contrato amparado con la póliza de seguro se hubiese terminado o liquidado, nace el derecho de la entidad estatal de cobrar la indemnización, para cuyo efecto debe declarar el siniestro mediante un acto administrativo, como lo ha dicho esta Sección:

“[U]na vez se concreta el riesgo, como en este caso lo es el incumplimiento contractual, surge el derecho de la entidad estatal de cobrar la indemnización contenida en la póliza de seguro de cumplimiento tomada por su contratista, pero como requisito formal para realizar la reclamación, se exige la declaratoria de tal hecho a través de un acto administrativo, momento en el cual, para efectos de solicitar el pago de la indemnización ante la aseguradora, se entenderá ocurrido el siniestro.

No obstante, cuando se declara el siniestro a través del acto administrativo, es porque el riesgo ya se realizó, es decir, el incumplimiento ya se produjo, y lo que hace la entidad estatal a través de su decisión unilateral, es manifestarlo y concretarlo para derivar a partir de tal declaración, las consecuencias contractuales y legales del caso.

(...)

Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que el riesgo efectivamente se materialice durante el período de vigencia de la póliza, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho a obtener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley.” (Se subraya) .

2.5.4 Finalmente, con el propósito de abordar el análisis de un extremo ya mencionado en este pronunciamiento y que cuenta con especial trascendencia de cara a la resolución del litigio sub iudice, estima la Sala oportuno y necesario hacer referencia a aquéllos presupuestos que la jurisprudencia de la Sección Tercera ha indicado que deben hallarse presentes en el acto administrativo mediante el cual se declara la ocurrencia de un siniestro y se hacen efectivas las garantías que amparaban el riesgo respectivo, pues la prerrogativa que en ese sentido atribuye el ordenamiento jurídico a la entidad estatal contratante no incluye la posibilidad de adoptar la decisión correspondiente con desconocimiento del principio/derecho fundamental al debido proceso y/o con prescindencia de constatar la existencia de unos presupuestos fácticos o de unos motivos que constituyan sustento válido de la determinación que se adopta y que se esté en condiciones de acreditar, en caso de resultar necesario porque el acto administrativo respectivo sea demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dentro del proceso judicial al que haya lugar. En esa dirección, la jurisprudencia de esta Corporación se ha expresado en los siguientes términos:

"Posteriormente, esta Sección se pronunció de nuevo sobre el mismo asunto, en la sentencia de 22 de abril de 2009 –exp. 14.667- e indicó esta vez, con ocasión del siniestro del amparo de “calidad y correcto funcionamiento de los equipos”, que:

“Lo anterior no significa que la entidad pública pueda, al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma.

Con esta lógica resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional" (subrayas en el texto original, negrillas añadidas).

Los planteamientos que se acaban de traer a colación y que serán íntegramente reiterados y desarrollados en el acápite inmediatamente siguiente, destacan la importancia que desde la perspectiva de la validez del acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro revisten las exigencias (i) de una actuación administrativa previa a la adopción de la decisión, en la cual se recaude el material probatorio que fundamente, desde el punto de vista fáctico, la determinación a proferir y que permita a quienes se puedan ver afectados con ella ejercer sus derechos al debido proceso, a la contradicción y a la defensa y (ii) de que efectivamente se haga acopio de los elementos demostrativos necesarios y suficientes para permitir que el acto administrativo se encuentre debidamente soportado en unos motivos o hechos determinantes cuya existencia se constató de manera previa al dictado de la decisión y que fueron debidamente valorados por la entidad estatal contratante. La cabal observancia de los presupuestos anotados tiene incidencia en la carga de la prueba de los hechos determinantes de la decisión administrativa, dentro del proceso judicial en el cual se debate sobre su juridicidad.

2.6 Los motivos o hechos determinantes o presupuestos fácticos del acto administrativo como elemento de validez del mismo y su control por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo. La carga de la prueba respecto de los motivos o presupuestos fácticos del acto administrativo en el proceso judicial en el cual se examina su validez.

2.6.1 El control judicial de la existencia y de la valoración o calificación jurídica de los motivos o presupuestos fácticos del acto administrativo.

2.6.1.1 En el proceso de aplicación del Derecho son identificables dos actividades básicas que usualmente se consideran diversas y sucesivas, cuya realización pone de relieve la trascendencia de realizar una correcta determinación de los hechos en los cuales habrá de sustentarse la adopción de la decisión: en primer lugar, la fijación de los presupuestos fácticos a los cuales va a ser aplicada una norma y, en segundo término, la subsunción de esa realidad que se ha

determinado previamente, en el supuesto de hecho normativo cuya concurrencia desencadenará la aplicación de la correspondiente consecuencia jurídica.

Como fácilmente puede advertirse, que una de las partes dentro del proceso contencioso-administrativo consiga que la determinación o la apreciación de los hechos que se dé por demostrada, conduzca a una calificación jurídica de los mismos que resulte coincidente con sus pretensiones, reforzará indudablemente su posición litigiosa. Por consiguiente, si se tiene por cierto que una de las garantías consustanciales a todo Estado de Derecho la constituye la adecuada protección de los derechos e intereses de los ciudadanos que se ven afectados por la actividad de la Administración, resulta imperativo reconocer que éstos deben disponer de manera real y efectiva de la oportunidad y de los mecanismos idóneos para que en sede judicial pueda verificarse la existencia y la exactitud de la realidad en la que los órganos administrativos fundamentan sus decisiones, como condición necesaria de un control eficaz de que la actuación de dichas autoridades se ajusta a los parámetros del ordenamiento jurídico.

Constituye función de la Administración Pública al ejecutar la Ley, operar sobre realidades concretas a las que aplica las normas pertinentes; pues bien, esa "correspondencia" entre supuesto de hecho normativo y situación fáctica concreta se erige en un presupuesto imprescindible de corrección del ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico atribuye a las entidades estatales y/o a quienes ejercen funciones administrativas; en este simplificado esquema, que obviamente las más de las veces no coincide con la complejidad de los casos prácticos, se traduce la mecánica del control de los motivos o de los presupuestos fácticos o de los hechos determinantes de las decisiones que adopta la Administración.

Así pues, el control de legalidad de un acto administrativo con base en el examen de sus motivos —o de sus hechos determinantes o de los presupuestos fácticos que le sirven de sustento, expresiones éstas a las cuales se atribuye aquí un alcance similar— parte de la evidencia de que la aplicación de toda potestad administrativa exige como presupuesto insoslayable la existencia de una realidad de hecho que dé lugar a la actividad y a la decisión de que se trate. Ahora bien, como se desprende del principio lógico de identidad o de no contradicción, esa realidad es una y sólo una, no puede ser y no ser a la vez o simultáneamente ser de una manera y de otra. La verificación de la ocurrencia de unos hechos, al igual que la forma o las circunstancias en las cuales se han producido escapan, por tanto, a todo tipo de apreciación subjetiva, aún cuando no pueda necesariamente afirmarse lo mismo en relación con la valoración de dicha realidad, según más adelante se referirá.

Por consiguiente, la actividad probatoria que se despliegue tanto en sede administrativa como, eventualmente, con posterioridad ya ante la instancia judicial, tiene por objeto controlar plenamente la existencia y la exactitud de los motivos o presupuestos fácticos determinantes de la decisión, de suerte que, por esa vía, se fiscaliza naturalmente el ejercicio de las facultades con que cuenta la Administración, la cual sólo podrá ponerlas en marcha una vez acreditada la concurrencia de las circunstancias que integran el supuesto de hecho de la norma que las consagra. Negar la facultad judicial de controlar/constatar la existencia de los motivos o de los hechos determinantes de la decisión administrativa supondría sujetar inexorablemente al Juez a la fijación que de tales hechos determinantes hubiere realizado la propia Administración, con lo cual se conculcaría el derecho al eficaz acceso a la Administración de Justicia del cual es titular toda persona, a quien se privaría de la posibilidad de discutir, ante el Juez de la legalidad de las decisiones administrativas, el acaecimiento y la exactitud de esos hechos que

constituyen la base o el fundamento sobre los cuales se apoya y edifica de decisión administrativa objeto de control judicial.

Dicho en otros términos, con el fin de proferir válidamente un acto administrativo, resulta necesario que existan unos presupuestos fácticos –motivos– reales, que sirvan de soporte a la actuación administrativa y, adicionalmente, también se hace menester relacionar tales hechos, debidamente establecidos y acreditados, con el ordenamiento jurídico, de modo que resulte posible constatar si los realmente demostrados y apreciados, son aquellos elementos fácticos que contemple o exige la norma para que se puedan desencadenar los efectos jurídicos previstos en ella misma.

En el Derecho francés, desde principios del siglo XX, la jurisprudencia del Consejo de Estado comenzó a involucrarse con el control de materialidad de los hechos en los cuales sustenta la Administración sus decisiones. Fue con el arrêt Camino, de 14 de enero de 1916, con el que se dio el primer paso en esta dirección, providencia en la cual se afirmó que de las normas que imponen a la Administración el deber de motivar sus actos se deriva también la exigencia para aquélla de no basarse sino en hechos exactos para proferirlos, lo cual supone para el Juez de lo Contencioso Administrativo, correlativamente, la posibilidad de verificar, en caso de controversia, la materialidad de los hechos alegados cuya exactitud condiciona la legalidad de la decisión .

De este modo, el Consejo de Estado francés estableció una subregla aparentemente simple: nunca la Administración debe basar sus decisiones en motivos materialmente inexactos y, con el fin de garantizar que esta máxima fuese respetada, puede y debe el Juez comprobar, en caso de controversia, la exactitud material de los hechos en los que se funda la determinación administrativa . En palabras de Rivero y Waline, el control del juez versa siempre "sobre la exactitud material de los motivos de hecho. Si los hechos sobre los cuales el acto declara fundarse no se han producido, el acto, en ausencia de motivos reales, pierde su justificación" .

Estos dos autores, en una línea argumental muy similar, afirman que frecuentemente la propia ley prevé que la ocurrencia de una determinada situación de hecho constituye condición necesaria de la expedición de un acto administrativo, de modo que la Administración sólo estará habilitada para adoptar la correspondiente decisión cuando ese presupuesto fáctico efectivamente se dé; en tales casos □continúan□, se tornará imposible controlar la legalidad del acto sin constatar que los mencionados elementos de hecho que debieron conducir a su expedición, en primer término, tuvieron cabal existencia y, en segundo lugar, realmente se adecúan al enunciado normativo en cuyo contenido se sustenta la determinación administrativa sometida a examen .

En el caso del sistema jurídico colombiano, el control de legalidad de una decisión administrativa por sus hechos determinantes, por sus presupuestos fácticos o por sus motivos, encuentra fundamento legal –según lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado– en la codificación de lo Contencioso Administrativo de 1984, a través de la inclusión de la causal de invalidación de los actos administrativos consistente en la “falsa motivación” en la cual se han entendido comprendidos tanto los vicios afectantes de la motivación como los yerros o deficiencias en los motivos de la decisión. Así lo ha expresado el Consejo de Estado al sostener que "la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los

hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable" . O, en similar dirección, al aseverar que

"... para que una motivación -o unas motivaciones- pueda ser calificada "falsa", como dice Laubadère ("Manuel de Droit Administratif". onzième édition, 1978, L.G:D.J., pág. 90), para que esa clase de ilegalidad se dé en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructura la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada, por la otra" .

En igual sentido lo expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación al referirse al control de legalidad de los actos administrativos por razón de sus motivos o hechos determinantes, así: "el supuesto de hecho, en cuanto proviene directamente de la norma atributiva de la potestad, es siempre un elemento reglado y la realidad misma del supuesto no puede ser eventualmente objeto de apreciación discrecional, si no lo autoriza la ley misma" .

En realidad, con fundamento en la causal de anulación del acto administrativo denominada "falsa motivación" resulta posible la formulación de cargos en contra de la decisión cuya legalidad se censura tanto por adolecer de deficiencias en la motivación en cuanto formalidad que debe acompañar, por regla general , las decisiones de la Administración y que consiste en la explicitación, dentro del cuerpo de la misma –los usualmente denominados "considerandos" incluidos en la parte motiva o considerativa de la decisión–, de los fundamentos fácticos y jurídicos que explican la parte resolutive del acto, como también por razón de vicios radicados en los motivos o presupuestos fácticos o hechos determinantes de la decisión –la realidad fáctica que la sustenta y cuya existencia debe constatar y valorar la Administración antes de proferir el acto–, los cuales pueden consistir ora en que tales motivos resultan inexistentes o inexactos, ora en que su calificación o valoración jurídica se advierte desacertada.

Así las cosas, al invocar como vicio atribuible a un acto administrativo la falsa motivación, resulta posible atacarlo por (i) inexistencia o inexactitud de motivos o presupuestos fácticos; (ii) por la errada o desacertada valoración o calificación jurídica de tales motivos o hechos determinantes; (iii) por inexistencia de motivación –"considerandos"– en los casos –regla general, según se indicó– en los cuales su incorporación y exposición formal resultan legalmente obligatorias o (iv) por falsa motivación "stricto sensu", esto es yerros, inexactitudes o imprecisiones en la parte motiva del pronunciamiento administrativo.

2.6.1.2 En cuanto tiene que ver con la calificación o valoración jurídica de los hechos determinantes o motivos de la decisión, resulta necesario indicar que si bien es verdad que no ofrece mayor discusión que la existencia y exactitud de tales presupuestos fácticos constituye un elemento que escapa a todo tipo de margen de apreciación subjetiva por parte de la Administración y que, por tanto, se trata de un extremo que puede y/o debe ser plenamente fiscalizado por los Jueces de lo Contencioso Administrativo –en la medida en que siempre debe estar presente como un elemento que determina la validez del acto y que debe preexistir a su expedición–, no puede sostenerse lo mismo respecto de la valoración o calificación que de los aludidos presupuestos de hecho hace al decidir la autoridad administrativa, en particular cuando debe preguntarse por su encuadre en disposiciones normativas que contengan nociones imprecisas, vagas, de textura abierta o conceptos jurídicos indeterminados, evento en el cual la operación de valorar los elementos fácticos del caso puede determinar la

existencia de indudables espacios de discrecionalidad. Lo anterior si se tiene en cuenta que, como lo afirma el profesor Karl Larenz,

"... el objeto de un juicio o apreciación específicamente jurídico no es nunca el hecho real en su inmediatividad, el puro "factum", sino siempre una imagen de representación preformada ya por la conciencia, fundamentada ciertamente en percepciones (del mismo juzgador o de otro), pero, además, ordenada ya categorialmente e interpretada conforme a la experiencia. Sólo un hecho aprehendido en determinados conceptos ordenadores y representaciones generales puede ser expresado lingüísticamente, y, con ello, dado a conocer a los otros; sólo así puede ser protocolarizado (sic) y convertido en objeto de una discusión. Inevitablemente, tiene lugar ya una selección de las circunstancias individuales: sólo lo que en opinión del juzgador o del relator presenta una relación con el núcleo del acontecimiento y está sujeto a un enjuiciamiento jurídico será admitido en el relato y, finalmente, en el hecho enjuiciado. Por consiguiente, "el hecho" es ya, previamente a todo enjuiciamiento jurídico, el resultado de un proceso juzgador interpretativo y selectivo llevado a cabo o por el mismo juzgador o ya por aquel que le ha comunicado los hechos o una parte de ellos, que los afirma y los somete a prueba" .

Sin embargo, en no pocas ocasiones el Juez de lo Contencioso Administrativo no requiere acometer una labor de revisión de la labor de calificación jurídica, interpretación o valoración que de los presupuestos fácticos efectuó en su momento la Administración, pues resulta suficiente con verificar la existencia y exactitud de los fundamentos de hecho tenidos en cuenta por la autoridad administrativa para proferir la decisión enjuiciada, para que el control judicial de validez de la decisión de la Administración resulte idóneo y garantice de manera eficaz el derecho de acceso a la Administración de Justicia. El litigio que mediante el presente pronunciamiento se dirime, es buena muestra de ello, pues el control de legalidad de los actos administrativos enjuiciados en consideración a sus motivos o presupuestos fácticos no exige llegar hasta la valoración o calificación que de tales motivos hizo el ahora demandado Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores puesto que basta con cerciorarse de la existencia y exactitud de los mismos.

2.6.2 La carga de la prueba de los hechos determinantes o motivos o presupuestos fácticos del acto administrativo demandado.

Como resulta normal en una relación trabada al amparo del Derecho Administrativo, cuando los operadores jurídicos □Administración y administrado□ difieren respecto de la existencia, de la apreciación o de la calificación de los hechos que dan lugar a determinada decisión administrativa dentro de un asunto concreto, será el Juez de lo Contencioso Administrativo el llamado a intentar el establecimiento de la verdad en torno de tales presupuestos fácticos, para cuyo propósito debe valerse de todos los mecanismos y reglas que en materia probatoria contempla y autoriza el ordenamiento jurídico vigente.

Esta labor del Juez de lo Contencioso Administrativo cobra singular significado en atención a que la determinación que le corresponde efectuar respecto de los hechos no es idéntica a la tarea que en sus respectivos campos deben cumplir los Jueces Civiles, Laborales o Penales, por ejemplo, ello en atención a las características y atributos que acompañan las decisiones de la Administración Pública por razón de las responsabilidades que le competen como gestora de los intereses generales, lo cual explica, entre otras circunstancias, que las decisiones de naturaleza administrativa estarán amparadas por una presunción de legalidad – que a su turno transmite la presunción de veracidad a los supuestos o motivos fácticos que le sirven de fundamento- la cual deberá ser desvirtuada por quien se

considere agraviado por esa decisión y pretenda su declaratoria judicial de nulidad.

Así pues, la principal prerrogativa de la cual dispone la Administración Pública en torno a la determinación de los hechos y a la consecuente fundamentación en ellos de la decisión del caso, es la que ha dado en llamarse "autotutela declarativa", "privilegio de ejecutividad" o "carácter ejecutorio" de los actos administrativos, de acuerdo con la cual las decisiones administrativas obligan desde que son dictadas y adquieren firmeza en sede administrativa, lo cual determina su inmediato cumplimiento, independientemente de que puedan surgir discrepancias en torno a si se ajustan o no al ordenamiento jurídico, cuestiones éstas que habrán de ser ventiladas por los interesados que se sientan injustamente afectados, en el proceso judicial al que tendrán que concurrir a través de la impugnación de la respectiva decisión; no obstante, como es bien sabido, el ejercicio del derecho de acción por el particular no implica la suspensión de la obligación de cumplimiento de la resolución atacada □ que sólo excepcionalmente puede ser suspendida por el juez como medida cautelar □, toda vez que la misma, una vez ejecutoriada, despliega todos sus efectos sin que se requiera de una decisión judicial previa que la avale, al contrario de lo que ocurre en las relaciones jurídicas de Derecho privado en las que rige el principio de la heterotutela y, por tanto, la afectación de situaciones jurídicas ajenas contra la voluntad del compelido precisa de una intervención judicial antecedente.

Como corolario de lo anterior, el privilegio de la autotutela declarativa o la presunción de legalidad de las decisiones administrativas –que es en lo que aquélla se traduce– impone al interesado la carga de impugnar judicialmente el acto administrativo para desvirtuar su presunción de legalidad; sin embargo, que la presunción de legalidad radique en el interesado la carga de accionar, no quiere decir que igualmente traslade a éste, sin más y plenamente, el deber de probar la totalidad de los hechos relevantes para el proceso o, en otros términos, la carga de aportar siempre y en todos los casos todos los elementos demostrativos, necesarios e idóneos, para acreditar que fue errónea la aplicación sobre la existencia de los hechos o la calificación que de los mismos realizó la Administración.

En línea con lo expuesto, con acierto se han realizado precisiones respecto de los que en realidad constituyen propósitos de la presunción de legalidad o del carácter ejecutorio de los actos administrativos; esa presunción –que, dicho sea de paso, es *iuris tantum* y, en cuanto tal, puede ser desvirtuada a instancia del interesado– sólo pretende que la simple oposición de éste □ que en no pocas ocasiones se ejerce invocando razones completamente carentes de fundamento □ pueda paralizar la actuación administrativa. La presunción de legalidad responde, por tanto, a la necesidad de garantizar la ejecutoriedad, la eficacia inmediata de los actos administrativos, pero deja intactas las reglas de la carga de la prueba, que operan con toda normalidad en el procedimiento contencioso-administrativo, del mismo modo que lo hacen en el proceso judicial civil o laboral, por ejemplo. De ahí que resulte frecuente encontrar pronunciamientos, por vía de ejemplo, en la jurisprudencia contencioso administrativa española, en los cuales se expresa que "la presunción de legalidad del acto administrativo traslada al administrado la carga de accionar para impedir que se produzca la figura del acto consentido pero no afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales" y, adicionalmente, que en el proceso contencioso-administrativo "cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias invoca" .

Cabe sostener a este respecto, por tanto, que la distribución de la carga de la prueba en el proceso judicial no se basa en la posición formal de demandante o demandado, sino en el objeto y en el contenido de las pretensiones; cada parte

deberá probar aquellos hechos en los cuales se funda su pretensión o su oposición a la misma, lo que equivale a decir que cada parte tendrá que acreditar la concurrencia de las circunstancias configuradoras del supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca en su favor ; tal es el contenido, por lo demás, del principio de carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil colombiano, de conformidad con el cual "[I]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" , precepto legal que debe ser aplicado en los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por virtud de lo normado en el artículo 168 del C.C.A .

Así las cosas, si lo que el administrado pretende al incoar el proceso contencioso administrativo es el reconocimiento de un derecho, correrá con la carga de acreditar los hechos que dan lugar a la existencia de ese derecho , mientras que si le ha sido impuesta una sanción y considera que la misma carece de motivos o que los hechos en los cuales se fundamentó la Administración para imponerla han sido incorrectamente calificados por la autoridad que expidió el acto respectivo, podrá y/o deberá arrimar al proceso judicial las pruebas que así lo acrediten o, en cuanto resulte pertinente según las características particulares del respectivo caso concreto, podrá formular –naturalmente desprovisto de temeridad– la correspondiente negación indefinida encaminada a sostener, cuando a ello hay lugar, que el hecho o los hechos aludido(s) por la Administración en su decisión “nunca” ocurrieron, negación que por encontrarse legalmente exenta de prueba traslada a la Administración demandada la carga de acreditar la configuración de los hechos positivos que a su turno desvirtúen y dejen sin piso la aserción del demandante.

De acuerdo con lo anterior, una vez que el interesado ha cumplido con la carga que para él se deriva de la presunción de legalidad de la decisión administrativa que le afecta, impugnándola ante el Juez de lo Contencioso Administrativo y con apoyo ora en el material demostrativo de la concurrencia del supuesto de hecho de la(s) norma(s) cuyo(s) efecto(s) jurídico(s) persigue y/u ora con respaldo en la negación indefinida de conformidad con la cual jamás se configuraron los hechos aludidos, mencionados o invocados como fundamento en el acto administrativo enjuiciado, será a la Administración demandada a la que entonces corresponderá acreditar la fundamentación de su demandado acto administrativo, esto es tanto la ocurrencia real de los presupuestos fácticos –motivos o hechos determinantes– como su consistencia y coherencia con la motivación del mismo y con las hipótesis fácticas previstas en las normas a cuya aplicación se procedió en ese específico evento.

De hecho, como lo afirman los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez,

"... la Administración es titular de la carga de la prueba con normalidad en el plano material de las relaciones (...), de modo que si la ha desatendido y no obstante ha dado sin prueba por probados determinados hechos, la decisión que adopte será inválida (en este sentido, rotundamente, la sentencia de 12 de noviembre de 1974). El administrado tendrá la carga de impugnar esta decisión y de justificar su ilegalidad, desde luego, pero para hacerlo le bastará con invocar la desatención de la carga de la prueba que incumbía a la Administración, argumento formal que no le grava a él en el proceso con la carga de hacer una prueba contraria, muchas veces, por lo demás (siempre que se trate de hechos negativos) virtualmente imposible" (énfasis añadido).

Sólo el lleno de tales requisitos y el respeto de estas garantías debe conducir, una vez el interesado demandante ha satisfecho tanto su carga de accionar como su

propio onus probandi –exclusivamente el encaminado a acreditar que en el caso concreto se da el supuesto de hecho de las normas en las cuales apoya sus pretensiones, lo cual, claro está, puede satisfacerse, siempre que a ello haya lugar, con la oportuna formulación de la(s) correspondiente(s) afirmación(es) o negación(es) indefinida(s), según se explicó– a que la presunción de validez del acto administrativo no decaiga, de modo que, como se ha afirmado por la doctrina autorizada, para que el privilegio de ejecutividad de la decisión "sea compatible con las exigencias mínimas de seguridad jurídica es necesario que la Administración sólo pueda actuar cuando haya adoptado las garantías suficientes para presumir válida su actuación. Sólo así pueden considerarse legítimas (sic) la perturbación de la paz jurídica que la ejecutividad propia de las decisiones de la Administración conlleva" .

De acuerdo con lo anterior y en dicho contexto, cuando la Administración no aporta al proceso judicial la fundamentación –los presupuestos fácticos en los cuales se apoya su determinación–, del acto administrativo cuya validez se examina en sede judicial, bien porque no instruyó en su oportunidad el correspondiente expediente administrativo, ora porque lo ha hecho de manera deficiente o incompleta y en él no obran todos los elementos de juicio que según el ordenamiento se requerían para decidir como se hizo, cuando esto ocurre tras la satisfacción por el actor de su respectivo onus probandi, se derrumbará entonces la presunción de legalidad que amparó al acto administrativo y que obligó al ejercicio de la acción correspondiente, puesto que, como lo ha afirmado el profesor González Pérez, "no puede admitirse que, por el hecho de que la Administración pública haya dictado un acto administrativo, por arbitraria que haya sido su actuación, el órgano jurisdiccional haya de dar por cierto cuanto en él se contiene en tanto el demandante haya probado lo contrario en el proceso" .

Debe la Administración, por tanto, allegar al expediente todos los elementos probatorios -de ordinario documentos- que conduzcan al juez a establecer que está llamado a desestimar los cargos de ilegalidad formulados por falsa motivación en contra del acto demandado, como lo sugería la presunción de validez que le amparaba; en otros términos, la autoridad administrativa que profirió el acto enjuiciado está en la obligación –normativamente consagrada de forma expresa, por lo demás, a la altura del artículo 207-6 del C.C.A.-, de llevar a cabo, con destino al proceso judicial respectivo, "el envío de los antecedentes administrativos, dentro del término que al efecto se le señale" en el auto admisorio de la demanda , "antecedentes administrativos" que no reflejan nada distinto a los motivos, esto es los presupuestos fácticos o los hechos determinantes de la decisión, el acervo probatorio que le sirve de sustento y las actuaciones cumplidas de manera previa a la expedición del acto administrativo con el fin de garantizarle en sede administrativa a los que en ese entonces eran los posibles afectados, el derecho fundamental al debido proceso, que incluye los derechos a la contradicción y a la defensa, como con el propósito de permitirle a la propia Administración la posibilidad/exigencia de ubicarse en la mejor posición para adoptar una decisión objetiva, imparcial, razonada y razonable. La carga de remitir todo ese material acreditativo al expediente del proceso judicial –esto es la carga de la prueba respecto de los anotados extremos– ha sido legalmente asignada, según acaba de verse, de forma expresa e indubitable, a las autoridades investidas de la facultad de proferir actos administrativos.

O, como expresivamente lo afirma el profesor Fernández Rodríguez,

"... lo que no puede admitirse es la mera afirmación del «porque sí» por parte de la Administración y el traslado al recurrente de la carga de demostrar el «porque no», so pretexto de una presunción que (...) agota su función en la traslación al

ciudadano de la carga de impugnar la decisión administrativa" (negritas y subrayas añadidas).

Y es que no puede olvidarse que a la Administración se le compele legalmente a instruir un procedimiento, a recaudar pruebas, a escuchar, valorar y ponderar las alegaciones de los interesados, antes de adoptar su decisión y como condición de mantenimiento de la presunción de validez que ampara a la misma. Todos estos trámites y garantías tienen por objeto que el órgano decisor se ubique en la mejor posición posible para expedir un acto administrativo que cumpla con el propósito de servir al interés público. De ahí que cuando el particular inconforme con la decisión la demanda ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, la ley establezca como una de las primeras determinaciones que éste forzosamente debe adoptar –según se ha indicado ya–, que se ordene a la Administración la remisión o entrega, con destino al respectivo proceso judicial, del expediente o de los antecedentes administrativos de la resolución impugnada .

Desde esta perspectiva algunos autores han llegado a sostener que en el fondo y en el ámbito del proceso contencioso administrativo lo que ocurre es que se invierte la regla general respecto de la carga de la prueba y que habida consideración de que "en el procedimiento administrativo la carga de la prueba del interés público corresponde a la Administración" , también corre por su cuenta en el proceso judicial, comoquiera que es

"... a la Administración, a quien la ley obliga a practicar de oficio la «instrucción» necesaria para que la resolución que se adopte esté fundada en un análisis razonado de lo que conviene al interés público. Por eso nuestra jurisprudencia declara que la falta de un expediente en que consten tales datos constituye un vicio de legalidad que induce a presumir que la decisión no ha sido tomada «con fundamento» (sentencia de 2 de marzo de 1973). La prueba del interés público corre a cargo de la Administración y su omisión provoca una presunción contraria a su concurrencia en el acto impugnado» .

En consecuencia, si el interesado consigue demostrar en el proceso judicial la existencia de hechos y de razones que ponen en entredicho la conformidad de la decisión administrativa para con el ordenamiento jurídico, el interés general u otros parámetros de control o consigue dicho propósito, cuando a ello hay lugar, mediante la formulación de la correspondiente afirmación o negación indefinida, de acuerdo con lo antes expuesto, sin que la Administración hubiere esgrimido argumento o aportado pruebas que sirvan para enervar de manera efectiva los presupuestos fácticos en los cuales el demandante apoya sus pretensiones, será a aquélla a quien corresponda asumir las resultas desfavorables en el proceso, como colofón de su falta de diligencia en la instrucción del expediente administrativo y/o en la defensa de los intereses que gestiona, ya dentro del juicio , pues de esta actitud los tribunales podrán inferir que la Administración carece de razones para oponerse fundadamente a lo pretendido por el particular y, por tanto, que en relación con el acto recurrido procede su anulación .

Por tanto, las consideraciones expuestas en relación con el manejo de la carga de la prueba en los procesos judiciales de naturaleza contencioso administrativa en los cuales se debate sobre la juridicidad de un acto administrativo, facilitan la eficacia del control judicial de tales decisiones gubernativas y proporcionan al administrado posibilidades reales de ver protegidos sus derechos e intereses afectados por el actuar de una Administración que, en ese orden de ideas, estará obligada a demostrar que la decisión que adoptó se apoya en hechos ciertos y que los mismos se ajustan a las exigencias que el ordenamiento jurídico consagra como requisitos o presupuestos para el ejercicio de sus facultades, siempre que el demandante/afectado con la decisión enjuiciada haya satisfecho su propia carga

probatoria, bien a través de la aportación del pertinente material demostrativo, bien por la vía de la formulación de la pertinente y correspondiente negación indefinida en el sentido de que jamás ocurrieron los hechos que sirven de fundamento a la decisión cuestionada. Y todo en consideración a que para la respectiva autoridad administrativa la prueba de la ocurrencia de los hechos que le sirvieron de apoyo y dieron lugar a su actuación y a su determinación debería resultar de tal sencillez, que ello da lugar a que se distribuya razonablemente la carga de la prueba del modo descrito, cosa que efectivamente ha hecho el Legislador al imponer –según se vio– precisas y contundentes obligaciones en materia de aportación de material probatorio al proceso judicial, a cargo de las autoridades demandadas.

Dicha distribución de la carga probatoria cobra aún mayor sentido, en los supuestos en los cuales las razones y los hechos sobre los cuales se fundamenta la adecuación del acto administrativo al interés público no pueden apreciarse ni inferirse del expediente o de la motivación del acto mismo, circunstancia ante la cual el afectado se encuentra en presencia de una dificultad mayor para defender sus derechos e intereses; ese desconocimiento de los presupuestos fácticos de la decisión prácticamente le impiden controvertirla y justifica que sea la Administración □a la que por lo demás ello no debe suponerle dificultad alguna si ha cumplido con las exigencias legales para adoptar su determinación□ la que corra con la carga de acreditar que tanto su actuación como el acto administrativo que puso fin a la misma, cuentan con una fundamentación fáctica real y verídica, comoquiera que es ella la legalmente obligada "a practicar de oficio la "instrucción" necesaria para que la resolución que se adopte esté fundada en un análisis razonado de lo que conviene al interés público" y con la acreditación de que así ha obrado debería ser suficiente para dejar sin asidero la negación indefinida que, de ser viable, hubiere formulado el actor para atender su carga demostrativa.

En definitiva, la presunción de legalidad de los actos administrativos sin duda es una herramienta de la mayor importancia de cara a garantizar la eficacia de la gestión de la Administración Pública, en la medida en que permite que las decisiones de las autoridades administrativas puedan ser ejecutadas inmediatamente adquieren firmeza, sin necesidad de contar para ello con el respaldo de una orden judicial –privilegio de autotutela o de decisión previa–, lo cual evita que la sólo oposición de los destinatarios de tales determinaciones, obligados a cumplirlas, puedan paralizar la buena marcha y la acción eficaz de la Administración, con el menoscabo que ello comportaría para la adecuada gestión de los intereses generales; así pues, la presunción de legalidad como característica que acompaña a los actos administrativos traslada al interesado en impedir que los mismos se ejecuten, la carga de la acción consistente en demandarlos ante el juez competente, único autorizado en el Estado Social de Derecho para suspender o anular los efectos de las decisiones administrativas, al igual que la carga de la prueba de los supuestos de hecho de las normas en las cuales fundamenta sus pretensiones, exigencia que, cuando a ello hay lugar, podría satisfacer a través de la formulación de las negaciones o de las afirmaciones indefinidas que resulten procedentes, en los términos explicados en el presente proveído.

Sin embargo, la adscripción al demandante de las mencionadas cargas en modo alguno supone, adicionalmente, que se le deba atribuir, en el proceso judicial encaminado a debatir la validez del acto respectivo, la totalidad de la carga de la prueba, pues no existe fundamento constitucional o legal alguno que así lo sustente y, al contrario, en los juicios en cuestión, como en cualesquiera otros, debe aplicarse el principio de carga de la prueba que, en el sistema jurídico colombiano, consagra el artículo 177 del Estatuto Procedimental Civil. Concernirá, entonces, en desarrollo de dicho postulado y según se ha dicho, a quien censura la legalidad del acto administrativo, arrimar al proceso el material demostrativo que

acredite la concurrencia, en el caso concreto, de los supuestos de hecho de las normas en las cuales fundamenta sus pretensiones; sin embargo, ello no necesariamente le impone el deber de allegar al expediente la prueba de que la decisión administrativa demandada ha sido adoptada con plena observancia de las exigencias procedimentales constitucional y legalmente previstas en protección de los derechos al debido proceso, a la contradicción y a la defensa; con base en unos motivos o presupuestos fácticos cuya existencia se ha constatado fehacientemente; respetando las formalidades que exige la ley para la adopción de la decisión, entre ellas contar con una adecuada y suficiente motivación –o explicitación de las razones en las cuales se funda, en el cuerpo de la misma ("considerandos")– y procurando materializar una finalidad constitucional y legalmente prevista dentro de la órbita de la competencia de la autoridad administrativa de la cual se trate.

Por las razones que se han dejado expuestas, cabe precisar que en cuanto el demandante haya satisfecho su correspondiente onus probandi, es la autoridad administrativa que adoptó la decisión demandada a la que corresponde constitucional y legalmente la carga de allegar al expediente del proceso judicial el material demostrativo que evidencie que el acto fue proferido previa instrucción del procedimiento de rigor, con base en unos motivos o hechos determinantes existentes y razonablemente valorados, provisto de la motivación que exige la ley –salvo las excepciones por ella misma previstas– y con una finalidad conforme a Derecho; no se olvide que al proceso judicial la Administración acude desprovista de prerrogativas excepcionales y que el Juez Administrativo, como tercero imparcial que dirime una controversia en la cual una de las partes es una autoridad, debe garantizar la igualdad entre las partes en contienda; es la Administración la obligada normativamente a instruir correctamente el expediente administrativo previo a la adopción de su decisión –artículo 29 constitucional y Libro Primero del C.C.A.–; es la Administración la obligada legalmente –artículo 207-6 C.C.A.– a remitir, con destino al proceso judicial, los antecedentes administrativos de su decisión; es la Administración, por tanto, la que debe aportar el referido material demostrativo, de suerte que nada justifica que deba ser el demandante, quien cuestiona la legalidad del acto y ha satisfecho su carga probatoria –a través de la aportación de evidencias materiales o de la formulación de afirmaciones o de negaciones indefinidas, en cuanto las mismas fuesen pertinentes–, el que se vea abocado a asumir las consecuencias derivadas de que al proceso no se alleguen los medios de prueba idóneos respecto –fundamentalmente para lo que al presente caso interesa– del procedimiento previo y de los motivos o presupuestos fácticos que debieron servir de sustento a la decisión censurada.

2.7 Examen de la legalidad de las resoluciones proferidas por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuya declaratoria de nulidad depreca el apelante.

A todo lo hasta ahora expuesto debe añadirse que en relación con el contrato de seguros y de manera perfectamente consistente y coherente con lo explicado en el apartado inmediatamente anterior de este pronunciamiento, el artículo 1077 del Código de Comercio establece que "[C]orresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad".

La norma en cita resulta aplicable incluso en los casos en los cuales la beneficiaria del contrato de seguro es una entidad estatal a la cual se ampara respecto de los riesgos derivados de la celebración y de la ejecución de un contrato estatal, comoquiera que la potestad de la cual ella es titular para declarar y constituir la

ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo –según antes se explicó–, si bien impide que la aseguradora objete o se oponga a la reclamación por un camino diverso de la interposición de recursos en la vía gubernativa o de la formulación de la correspondiente demanda ante el Juez de lo Contencioso Administrativo contra los actos respectivos, no releva a la entidad estatal que profiere dicha decisión de la obligación de hacerlo con plena observancia de las exigencias procedimentales constitucional y legalmente previstas, así como con fundamento en unos motivos o hechos determinantes cabalmente establecidos, los cuales no constituyen cosa distinta, en este tipo de casos, de los presupuestos fácticos que ponen de presente que el siniestro, ontológicamente, tuvo efectiva ocurrencia.

Así pues, tanto en virtud de las exigencias que en general el ordenamiento jurídico establece como requisitos de validez de los actos administrativos –artículo 84 C.C.A.–, como en consideración a lo preceptuado por el artículo 1077 del Estatuto Mercantil, es a la autoridad que mediante acto administrativo declara y constituye la ocurrencia de un siniestro a la que concierne hacer acopio del material demostrativo que dé cuenta de que ello efectivamente ocurrió, medios de prueba que constituirán los motivos de la decisión unilateral y cuya aportación al proceso judicial en el cual se debate sobre la legalidad de la misma, por todo lo precedentemente expuesto, constituye una carga de la entidad estatal contratante.

Ahora bien, si la aseguradora llamada a responder como consecuencia de la expedición del acto administrativo que declara el siniestro estima que en el caso del cual se trate concurre algún hecho o circunstancia que le libere de responsabilidad, la aportación de los elementos acreditativos que así lo evidencian constituye una carga exclusivamente suya.

En el asunto sub iudice se demostró que el contratista Mario Cuéllar Gaviria entregó a satisfacción la obra para la cual fue contratado, según se desprende tanto del contenido del acta de entrega de la obra y del acta de liquidación del contrato 109/94, como de los informes rendidos por el interventor del mismo; lo anterior, sin embargo y según igualmente se explicó en la presente providencia, no obsta para que, en caso de presentarse las circunstancias que den lugar a ello, se hagan efectivas las garantías de estabilidad de la obra y de calidad de los bienes o servicios contratados, las cuales están llamadas a desplegar sus efectos precisamente con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del objeto contractual y/o de su satisfacción, así como a la entrega del mismo a la entidad contratante.

No obstante, en criterio de la Sala el material probatorio recaudado en el plenario no resulta suficiente para demostrar que las resoluciones atacadas, en primer término, fueron proferidas con apego a las exigencias derivadas de la eficacia de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la contradicción, en particular por cuanto tiene que ver con que a MAPFRE S.A., se le hubiera permitido conocer y controvertir, antes de que las decisiones enjuiciadas fueran proferidas, los conceptos, los dictámenes o los estudios de naturaleza técnica en los cuales se apoyó el Fondo Rotatorio demandado para entender que, como lo exigían las condiciones generales del seguro, la obra presentó un deterioro, en sus condiciones normales de uso, que le impide prestar el servicio para el cual se ejecutó y que dicho menoscabo o deficiencia resulta imputable al contratista.

Pero, más allá de lo anterior y lo que resulta todavía más grave desde la perspectiva de la legalidad del acto, es que no se arrimó al presente encuadramiento un sólo elemento probatorio idóneo para demostrar que tales estudios o dictámenes técnicos realmente fueron llevados a cabo, cuál fue su contenido, en qué consistieron las disparidades entre las especificaciones de la

obra ejecutada por el señor Mario Cuéllar Gaviria y las exigidas en el contrato, de qué manera se constató y cuál fue el alcance de la inestabilidad de la obra, además de por qué razón dicha inestabilidad resulta imputable a la manera como el mencionado contratista Mario Cuéllar Gaviria desarrolló el objeto del contrato No. 109/94 que le vinculó con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Y es que si bien es verdad que en el expediente del presente proceso obran un oficio remitido por la firma CONCRETO S.A., y otro por el arquitecto interventor del contrato No. 321/96 celebrado entre dicha firma y la entidad aquí demandada, al aludido Fondo Rotatorio, comunicaciones en las cuales se afirma que resulta menester ejecutar unas obras con el alegado propósito de corregir las que el contratista Mario Cuéllar Gaviria habría dejado mal realizadas, no es menos cierto que junto con tales escritos no aparece elemento acreditativo alguno que brinde sustento técnico, material y científico a las que no pasan de ser meras apreciaciones, carentes de sustento fáctico aportado a este expediente, de quienes suscribieron las misivas en comento.

De hecho, llama la atención la ligereza con la cual en el oficio de 3 de diciembre de 1997 suscrito por el interventor del citado contrato No. 321/96, a pesar de expresarse con rotundidad que las obras que se hace necesario acometer son una consecuencia de las deficiencias de los trabajos adelantados por el anterior contratista –señor Mario Cuéllar Gaviria–, se asegura sin reparos que "es muy vago el conocimiento que tenemos de la armada interior de dicha estructura" y que por esa razón los costos de los imprevistos "deben ser presupuestados altos", sin que se aporte, a través de elementos probatorios idóneos, de naturaleza técnica, fundamento concreto alguno en el cual se sustenten tan contundentes conclusiones e, incluso, que se cuantifique sin referencia objetiva y específica de ningún tipo, el monto al cual ascenderían unas pretendidas reparaciones cuya entidad y contenido abiertamente se dice desconocer.

En la misma dirección argumentativa anotada, nótese que ni en la parte motiva de las decisiones administrativas acusadas, ni en el contenido de las declaraciones rendidas por funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores y que obran en el presente encuadernamiento, se hace referencia puntual a documentos o a elementos de naturaleza técnica, debidamente soportados en elementos científicos o propios del respectivo arte, de los cuales puedan desprenderse con objetividad y con apoyo en evidencias contrastadas y contrastables por los interesados, cuáles fueron las causas determinantes tanto de la inestabilidad de la obra ejecutada por el señor Mario Cuéllar Gaviria, como de la insuficiente calidad de los trabajos por él realizados a los que se les endilga haberse apartado de las especificaciones exigidas en el contrato.

Tampoco hay prueba en el expediente del presente proceso de que las escuetas y tan débilmente sustentadas comunicaciones emanadas de CONCRETO S.A., y del interventor del contrato No. 321/96, con destino al Fondo Rotatorio del Ministerio del Relaciones Exteriores, hubieran sido oportunamente –es decir, antes de que las resoluciones demandadas fueran proferidas– puestas en conocimiento de la sociedad accionante, a la cual le asistía el derecho a controvertir los argumentos que en los referidos documentos se adujeron para considerar deficientes los trabajos realizados por el contratista Mario Cuéllar Gaviria, para demostrar que las obras que se hacía necesario realizar eran consecuencia directa de tales deficiencias –y, por tanto, imputables al alegado obrar apartado de las obligaciones del contratista– y para cuantificar en los montos que allí se refirieron, el costo de los correspondientes arreglos.

De acuerdo con lo expuesto con antelación en el presente proveído, la carga de demostrar en el asunto sub iudice que las resoluciones atacadas fueron proferidas con apego a las exigencias procedimentales que de cara a su validez imponen la Constitución y la ley, así como la de aportar al expediente del proceso el material acreditativo de que tales actos administrativos se dictaron con fundamento en unos motivos o hechos determinantes fehacientemente constatados y exactos, corría por cuenta de la entidad demandada, pues tanto en el libelo introductorio del litigio como a lo largo de sus distintas intervenciones a lo largo del proceso, la parte actora formuló la negación indefinida por virtud de la cual sostuvo que al expedir las Resoluciones demandadas nunca se observaron las reglas propias del debido proceso y jamás se agotó en forma previa una actuación que garantizara el derecho de defensa, amén de que tales decisiones administrativas no se sustentaron en hechos debidamente constatados y valorados por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad que se limitó a dar crédito a unas comunicaciones que adolecían de sustento probatorio, emanadas de CONCRETO S.A., y del interventor del contrato No. 321/96. Es decir que la parte actora satisfizo cabalmente su onus probandi.

Por consiguiente, mal podría escudarse el Ministerio de Relaciones Exteriores en la naturaleza exorbitante de la potestad que le asiste para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de seguros, para eludir la observancia del deber de adoptar dicha decisión con el lleno de las exigencias que impone el ordenamiento jurídico y de la mencionada carga de allegar el correspondiente acervo demostrativo al proceso judicial.

La ausencia de material probatorio que permita al Juez Administrativo establecer la existencia de los hechos determinantes o motivos de las decisiones enjuiciadas, así como la falta de medios demostrativos que le permitan igualmente a la autoridad judicial cerciorarse de que la actuación previa a la adopción de las resoluciones atacadas fue adelantada con escrupuloso respeto por las garantías constitucionales de debido proceso, derecho a la contradicción y a la defensa, conducen a tener por desvirtuada la presunción de legalidad de los actos demandados y a declarar su contrariedad con el ordenamiento jurídico al haber sido proferidos con falsa motivación y con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, en los términos utilizados por el inciso segundo del artículo 84 C.C.A. Por tal razón, en la parte resolutive de este pronunciamiento se dispondrá la revocatoria de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declarará la nulidad de las resoluciones demandadas.

Dicha anulación de los pronunciamientos administrativos en comento abre paso, asimismo, a que se haga necesario restablecer el derecho afectado a la sociedad demandante y a que se ordene, en consecuencia, la reparación de los daños materiales que con la ilegal expedición de las resoluciones censuradas le fueron causados a MAPFRE S.A.

2.8 Liquidación de perjuicios.

2.8.1 De conformidad con lo preceptuado por el artículo 1613 del Código Civil, la indemnización de los perjuicios derivados de la causación de daños materiales comprende los rubros de daño emergente y lucro cesante, ora que aquéllos provengan de no haberse cumplido una obligación, ora de haberse cumplido la misma de manera imperfecta o de haberse retardado su cumplimiento, modalidades del daño material a las cuales alude el artículo 1614 ídem al establecer que se entiende "por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse

cumplido la obligación o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento...”.

Así pues, como es bien sabido, el daño emergente (*damnum emergens*) lo constituye la disminución patrimonial que sufre la víctima a causa del hecho que se juzga, representada por la pérdida de recursos económicos consistente en los gastos en los cuales incurre para la adquisición de determinados elementos o en los desembolsos futuros que resultará menester realizar para recuperar o enmendar las especies dañadas, en la constitución de un pasivo o, en otros términos y de modo más general, en un empobrecimiento debido a que un bien salió o saldrá de su patrimonio; por su parte, el lucro cesante (*lucrum cessans*) supone la frustración de las utilidades, de las ventajas o del lucro esperado o la pérdida de un beneficio futuro para un bien o la pérdida o la no percepción de determinados aumentos patrimoniales o de ganancias futuras pero ciertas, que dejarán de ingresar al patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho dañino.

Pues bien, tratándose de obligaciones pecuniarias o monetarias, esto es de aquellas obligaciones de género que tienen por objeto prestaciones de dar o de entregar sumas de dinero, bien fungible “considerado éste por su valor de cambio, o sea, medio idóneo para adquirir toda clase de cosas o remunerar toda especie de servicios” y, por tanto, obligaciones regidas por la máxima “*genera non pereunt*” –los géneros no perecen, por virtud de la cual el deudor de la cosa no puede pretenderse liberado con el pretexto de que la misma pereció, habida cuenta de que “siempre habrá en alguna parte del mundo la cantidad suficiente de esta especie para que pueda tener lugar su entrega”, establecida como regla en el artículo 1567 del Código Civil, por cuya inteligencia “[l]a pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o las destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe”–, se tiene que los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de una obligación consistente en pagar una suma de dinero deben ser indemnizados, de un lado, con la actualización del capital adeudado –a título de daño emergente– y, de otro, con el reconocimiento de intereses desde el momento en que se incurrió en mora de cumplir y hasta cuando la prestación debida se satisfaga –a título de lucro cesante– .

En cuanto a la actualización del dinero –daño emergente–, ella constituye desarrollo del principio de indemnización integral del daño comoquiera que tiene por objeto preservar la equivalencia o representación del valor real de la moneda entre el momento en que se adquiere y se hace exigible la obligación dineraria y el de su pago, de suerte que se compense o se corrija el efecto inflacionario constatado durante el transcurso de dicho período de tiempo, pues “[P]agar una suma actualizada- lo ha dicho la jurisprudencia de esta misma Sala- no implica ni pagar más ni enriquecer indebidamente al acreedor. Los mecanismos de la devaluación mantienen la obligación en los términos reales; vale decir, conservan el poder adquisitivo del peso en tal forma que hoy se le pague al acreedor una suma con un poder equivalente a la que tenía la suma que se quiere actualizar” .

En lo que atañe al aludido segundo rubro del perjuicio material –lucro cesante– cuando la incumplida es una obligación consistente en pagar una suma de dinero, se debe el interés de mora a título de indemnización en favor del acreedor de la prestación y como sanción para el deudor de la misma; en efecto, en los términos del artículo 1625 del Código Civil, uno de los modos de extinguir las obligaciones es la solución o pago efectivo, el cual corresponde al cumplimiento de la prestación debida –artículo 1626 *ibídem*–, pago que deberá hacerse de conformidad con el tenor de la obligación –artículo 1627 *eiusdem*– y, por lo mismo, si ella no se cumple dentro del término estipulado o del previsto en la ley, se

incurre en una tardanza con relevancia jurídica denominada por el ordenamiento jurídico "mora", que como estado de incumplimiento obligacional produce un daño al acreedor que su deudor se encuentra en el deber de reparar.

De ahí que según las voces del artículo 1608 del Código Civil, una vez transcurre el plazo o término para el pago de una obligación positiva sin que se hubiere satisfecho a plenitud en la oportunidad debida, por esa sola circunstancia se incurre en mora, salvo que la ley o el contrato exijan requerimiento o reconvención para tal efecto y no se hubiere renunciado a él ; así las cosas, cuando la obligación incumplida es la de pagar una cantidad de dinero, la ley presume la existencia del daño sin que el acreedor tenga la carga de demostrarlo y éste se entiende producido desde el momento en el cual el deudor debió cumplir con el pago de la deuda y no lo hizo, razón por la cual tanto en el derecho privado – Código Civil y Código de Comercio– como en el público –Ley 80 de 1993– se prevé que la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de pago oportuno de una cantidad de dinero se traduce en el reconocimiento de intereses de mora . Así lo ha indicado la Sección Tercera del Consejo de Estado, al expresar que

"... cuando la obligación incumplida es de índole dineraria, la indemnización de perjuicios por la mora está constituida por el pago de intereses, tal y como lo determina el artículo 1617 del Código Civil, de conformidad con el cual “[e]l acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo” , disposición que ha permitido a la jurisprudencia sostener que:

“Por medio del cobro de los intereses moratorios se pretende indemnizar al acreedor por los perjuicios que le causó el incumplimiento del deudor, en el pago de una suma de dinero, perjuicio que se presume y cuya cuantía no está en el deber de demostrar, sea porque se pactaron entre las partes, o porque se aplica la regulación legal.” ” .

Los intereses pueden ser definidos como la utilidad, el beneficio o la renta que resulta viable y lícito obtener de un capital, por manera que se constituyen en los frutos civiles o las ganancias o que cabe percibir por el uso del dinero –artículo 717 del Código Civil (C.C.)– y pueden revestir las siguientes modalidades :

(i) convencionales, esto es los que pactan en forma expresa las partes en el contrato –artículo 1617-1 C.C.–;

(ii) legales, es decir los tarifados y prefijados expresamente por el legislador – artículos 1617-1, 2231 y 2232 C.C.; artículos 883, 884, 885, 942, 1163 y 1251 del Código de Comercio (C. de Co.)–;

(iii) corrientes, vale decir aquellos que común o usualmente se cobran en determinado mercado, lugar o plaza –artículos 513, 1367, 2171, 2182, 2184, 2318 y 2231 C.C.; artículos 884, 885, 1163, 1251 y 1388 C. de Co.–;

(iv) remuneratorios, son los devengados en virtud de un crédito de capital por el uso del mismo durante el término al cabo del cual el deudor se encuentra en la obligación de restituirlo, de suerte que tienen carácter meramente retributivo por la utilización del dinero a lo largo del período de su disfrute por parte del deudor – artículos 1617-3, 2229, 2231 y 2234 C.C.; artículos 883, 884 y 1163 C. de Co.–;

(v) moratorios, los cuales debe el deudor pagar a título de indemnización de perjuicios al acreedor desde el momento en que se constituye en mora respecto del capital adeudado, cuya tasa puede ser acordada por los sujetos de la

obligación aunque se halla fijada por la ley de manera supletiva –artículos 1617 C.C., 65 de la Ley 45 de 1990 y 4-8 de la Ley 80 de 1993–; se trata, pues, de la pena tarifada por la mora en que incurra el deudor por la no entrega del dinero en la oportunidad debida al acreedor; y, finalmente,

(vi) usurarios, que serán aquellos que exceden la tasa máxima legalmente permitida y cuyo pacto o cobro se encuentra prohibido y sancionado por la ley – artículos 1617-3 y 2235 C.C.; artículos 884 (modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999) y 886 C. de Co.; 64-2 de la Ley 45 de 1990; 121-3 del Decreto Ley 663 de 1993 y 34-3 de la Ley 1142 de 2007–.

En relación con los extremos a los cuales se viene de hacer referencia, la Corte Suprema de Justicia ha expresado cuanto se transcribe a continuación:

“...Por interés, se entiende, la contraprestación por el uso o disfrute de cosa de género y la retribución, rédito, ganancia, rendimiento, provecho o porción equivalente prorrateada temporis en dinero del valor del bien cuya restitución o pago se debe a futuro (intereses remuneratorios) y la indemnización o sanción impuesta en virtud del incumplimiento de la prestación (intereses moratorios), esto es, la “utilidad o beneficio renovable que rinde un capital”, “provecho, utilidad, ganancia”, “valor que en sí tiene una cosa” (Diccionario de la Real Academia Española), “precio por el uso del dinero” (T. P, FITCH, Dictionary Of Banking Terms, Barron’s, New York, 1990, p. 317), “la renta, utilidad o beneficio que rinde algún dinero, en virtud del contrato o por disposición legal”, “el beneficio o la cantidad que el acreedor percibe del deudor además del importe de la deuda” (J. ESCRICHE, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Librería de la Ciudad de Ch. Bouret, París, 1931), los frutos civiles (art. 717 Código Civil), la sanción, pena, reparación o indemnización por la mora (art. 1608 Código Civil).

En las obligaciones dinerarias, cuyo objeto in obligatione e in solutione, es el pago de una cantidad de dinero, interés, es el precio por el uso del dinero durante todo el término de su disfrute o, la pena por la mora, expresado siempre en una parte de su valor, ya por disposición legal, ora comercial hasta el límite normativo tarifado, suscitándose la inquietud concerniente a la generación de intereses sobre intereses, rectius, anatocismo (...), proscrito desde el derecho romano (...).

b) Los intereses remuneratorios retribuyen, reditúan o compensan el costo del dinero, el capital prestado en tanto se restituye al acreedor o el precio debido del bien o servicio mientras se le paga durante el tiempo en el cual no lo tiene a disposición, el beneficio, ventaja o provecho del deudor por tal virtud y el riesgo creditoris de incumplimiento o insolvencia deuditoria. Por su naturaleza y función, requieren estipulación comercial (accidentalía negotia) o precepto legal (naturalía negotia), son extraños a la mora e incompatibles con los intereses moratorios, pues se causan y deben durante el plazo o tiempo existente entre la constitución de la obligación y el día del pago o restitución del capital, son exigibles y deben pagarse en las oportunidades acordadas en el título obligacional o, en su defecto, en la ley, esto es, con anterioridad a la misma.

c) Los intereses moratorios, tienen un carácter eminentemente punitivo y resarcitorio, representan la indemnización de perjuicios por la mora, la presuponen, se causan ex lege desde ésta, sin ser menester pacto alguno - excepto en los préstamos de vivienda a largo plazo en los cuales no se presumen y requieren pacto expreso, art. 19, Ley 546 de 1999- ni probanza del daño presumido iuris et de iure (art. 1617 [2], Código Civil), son exigibles con la obligación principal y deben mientras perdure, sancionar el incumplimiento del deudor y cumplen función compensatoria del daño causado al acreedor mediante la fijación de una tasa tarifada por el legislador, la cual, si bien no es simétrica con

la magnitud del daño, se establece en consideración a éste y no impide optar por la indemnización ordinaria de perjuicios ni reclamar el daño suplementario o adicional, acreditando su existencia y cuantía, con sujeción a las reglas generales. A partir de la mora respecto de idéntico período y la misma obligación, estos intereses no son acumulables ni pueden cobrarse de manera simultánea con los remuneratorios, con excepción de los causados y debidos con anterioridad. Producida la mora de la obligación principal sus efectos se extienden a la prestación de pagar intereses mientras no se cumpla lo debido.

d) Unos y otros se devengan pro rata temporis en proporción al plazo o tiempo y al capital, están sujetos a topes máximos normativos o tasas legales imperativas no susceptibles de sobrepasar, pudiéndose, sin embargo, estipular una tasa inferior.

e) Las partes, en ejercicio de la autonomía privada dispositiva, libertad contractual o de contratación, pueden acordar la tasa de interés remuneratorio y moratorio. Con todo, esta facultad está sujeta a limitaciones o restricciones normativas imperativas y no puede ejercerse ad libitum (....)”

f) En lo relativo a los factores de cálculo de la tasa del interés comercial, sea remuneratorio (“bancario corriente”), sea moratorio (“una y media veces del bancario corriente”), en el estado actual, las fórmulas metodológicas contienen el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, por lo cual, el interés remuneratorio comercial sirve al designio simultáneo de retribuir el capital debido a título de préstamo o precio de un bien o servicio, el riesgo de la operación y la desvalorización de la moneda y, el interés moratorio comercial, al propósito convergente de sancionar la mora del deudor, reparar los perjuicios derivados de ésta y mantener el poder adquisitivo del dinero, esto es, “incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero” (cas. civ. 30 de mayo de 1996, CCXL, n. 2479, primer semestre 1996, 707; 19 de noviembre de 2001), por lo cual, no obstante la absoluta y elemental distinción entre los intereses y la corrección monetaria –que tampoco es del caso examinar en el sub lite y que de ninguna manera constituye daño, perjuicio resarcible, daño emergente, lucro cesante, ni se asimila siquiera por aproximación a estos conceptos, a la mora o a los intereses remuneratorios o moratorios y en rigor se sustenta en la simetría, equilibrio, paridad y plenitud prestacional - “(...) cuando el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (...), ya comprende, per se, la aludida corrección” (cas. civ. 19 noviembre 2001, Exp. 6094), o sea, la tasa de interés nominal comprende el costo del dinero, el riesgo de la operación y el índice de depreciación monetaria o inflación, esto es, no pueden acumularse en cuanto el cálculo de la tasa la contiene y no porque de suyo sean incompatibles, a diferencia de la tasa de interés real o interés puro, técnico o compensatorio del costo, precio o uso del dinero como el interés legal civil (C.C., art. 1617, num. 1º, inc. 2º, art. 2232, inc. 2º), que al no contener en su fórmula de cálculo la depreciación monetaria es acumulable con ésta, o sea, “nada obsta para que se disponga que el pago se realice incluyendo, además de dichos réditos, la corrección monetaria, pues en este evento la tasa en cuestión únicamente refleja el precio adeudado por el uso del dinero, sin miramiento a su poder adquisitivo” (cas. civ. 19 noviembre 2001, exp. 6094; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Sentencias del 7 de marzo de 1980, exp. 5322; 6 de agosto de 1987, exp. 3886; 10 de mayo de 2001 – exp. 12719; 17 de mayo de 2001, exp. 13635; 7 de marzo

de 2002, exp. 25000-23-26-000-1995-1425-01 [17785])...” (negrilla ajena al texto original).

Fijados los elementos diferenciadores entre los intereses remuneratorios y los moratorios, se impone precisar que el artículo 1617 del Código Civil preceptúa que si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora se sujeta a las siguientes reglas:

“1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Así pues, la norma reproducida fijó el interés legal civil en el 6% anual, tasa de interés que se cataloga como pura en la medida en que no incluye dentro de su cálculo el componente inflacionario o de actualización monetaria, razón por la cual en los casos en los que hay lugar a la aplicación del precepto transcrito, también resulta procedente el reconocimiento de la indexación de la suma debida para resarcir la pérdida o merma del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo.

Por su parte, el artículo 884 del Código de Comercio –modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999–, estableció en relación con el asunto que en este lugar ocupa la atención de la Sala, lo siguiente:

“Artículo 884. [modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999]. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria” (énfasis añadido).

A diferencia de lo regulado en el Código Civil, el transcrito artículo 884 del Estatuto Mercantil establece que en los negocios de esta naturaleza –comercial–, el pago de réditos de un capital cuando las partes no han pactado la tasa respectiva, tomará como referencia la de interés bancario corriente, esto es aquella que surge del promedio de lo que en el mercado cobran los Bancos por los créditos otorgados a los usuarios de su actividad, según la correspondiente certificación expedida por la antes denominada Superintendencia Bancaria –actualmente Financiera–, cuya fórmula de cálculo incorpora tanto el costo puro del dinero, como también el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, por manera que no hay lugar a acumular esos intereses con la actualización de la suma adeudada, comoquiera que las tasas de interés remuneratoria o moratoria

mercantiles, según el caso, incluyen ya el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Dicho de otra forma y de acuerdo tanto con lo expuesto por la jurisprudencia como con lo previsto en el citado artículo 884 del Código de Comercio, no resulta jurídicamente admisible reconocer los intereses legales comerciales corrientes remuneratorios o de mora y además la corrección monetaria, puesto que las respectivas tasas ya aparejan la indexación de la moneda. En los anteriores términos se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación:

"También ha considerado la Sección que siempre que se trate de intereses puros dicho concepto no resulta incompatible con la actualización monetaria, por tener causas diferentes; y, contrario sensu, serán incompatibles cuando los intereses comerciales corrientes o de mora lleven ínsito el factor de corrección monetaria o de indexación por la desvalorización o devaluación de la moneda ante el fenómeno inflacionario, tal y como así lo explicó la Sala en Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 12.719:

"[S]e procederá a reconocer en su favor la indexación y los intereses remuneratorios, pues como lo ha señalado la Sección en repetidas oportunidades, éstos rubros "tienen causas diferentes: los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria, según ZANNONI, se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufrirá menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño en signo monetario envilecido. Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. De allí que no sería equitativo reevaluar y cobrar esa clase de intereses." " (énfasis añadido).

2.8.2 Precisadas las particularidades que acompañan a las normativas civil y mercantil en punto del reconocimiento de intereses legales remuneratorios y/o moratorios, resulta menester señalar ahora que la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar los correspondientes intereses de mora será el artículo 884 del Código de Comercio si al menos una de las partes en la obligación tiene la condición de comerciante o si el acto negocial reviste carácter mercantil, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 1, 10 y 20 y siguientes del Código de Comercio; en caso contrario, las reglas aplicables serán las contenidas en el precitado artículo 1617 del Código Civil.

Lo anterior si se toma en consideración que la legislación mercantil tiene carácter especial respecto de la civil, según se desprende de lo normado en el artículo 1º del C. de Co., por cuya virtud "[L]os comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas" –analogía interna–, al tiempo que el artículo 22 de la misma Codificación dispone que "Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial".

Ha de agregarse a lo anterior, que el artículo 10 del Estatuto Mercantil prevé que "[S]on comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles" y que de conformidad con lo establecido en el artículo 13 ídem, para todos los efectos legales se presume que una persona ejerce el comercio, "[C]uando se halle inscrita en el registro mercantil", al igual que cuando tenga abierto establecimiento de comercio o cuando se anuncie al público como comerciante por cualquier medio; de igual forma, el numeral 10 del artículo 20 ídem dispone que se reputan mercantiles, para todos los efectos legales, "[L]as empresas de seguros y la actividad aseguradora".

Por consiguiente, tratándose de los negocios jurídicos celebrados por comerciantes y de las actividades que de acuerdo con los enunciados criterios deban ser catalogadas como mercantiles, a falta de estipulación expresa de las partes la norma aplicable para efectos de establecer la tasa del interés de mora adeudado es el artículo 884 del Código de Comercio; por su parte, el artículo 1617 del Código Civil estará llamado a regular, de manera subsidiaria, las relaciones contractuales civiles entre particulares cuando éstas no deban regirse, de conformidad con lo expuesto, por la legislación mercantil; así lo ha indicado en relación con los negocios jurídicos mercantiles en los que funge como una de las partes la Administración Pública, por lo demás, la Sección Tercera de esta Corporación al señalar que

"[L]a referencia al citado artículo 884, en el primer evento indicado, por lo demás, no sólo resulta imperiosa en cumplimiento de las disposiciones contenidas en los artículos 1, 10 y 22 del Código de Comercio antes mencionados, sino que encuentra, como se ha demostrado, fundamentos constitucionales suficientes. En la Carta Política se consagran, en efecto, los principios que, de modo imperativo, obligan a las entidades estatales a dar cumplimiento oportuno a las obligaciones que adquieren frente a los particulares, y a la reparación integral de los perjuicios causados a éstos como consecuencia del retardo, entre ellos los derivados de la imposibilidad de tener en el tiempo esperado la disponibilidad del dinero, con la consecuente pérdida de sus rendimientos y aun de su poder adquisitivo, perjuicios que resultan indemnizados, conforme a la ley, mediante el pago de los intereses de mora".

Todo lo anterior sin perjuicio de la necesidad de recordar que, como es bien sabido, 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, debe ser la establecida en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea de carácter civil o comercial y sin perjuicio de que tales partes puedan estipular una tasa diferente, siempre que la misma no traspase el límite de la usura.

Ello por cuanto el mencionado numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, norma legal especial y expresa para el caso de los contratos estatales, dispuso que sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios en los contratos que celebren las entidades estatales, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado; es decir que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en la contratación estatal la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato, ante el silencio de las partes, será la que de manera supletiva estableció en esta disposición el Estatuto General de la Contratación Pública y no las previstas en el Código Civil o en el Código de Comercio, según lo explicó en su oportunidad la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"Es preciso reiterar que si las partes lo consideran conveniente pueden acordar el pago de intereses moratorios de acuerdo a la legislación comercial, pero de no hacerlo, la única posibilidad es aplicar lo establecido en la norma mencionada. Con la entrada en vigencia de la ley 80 se reguló de manera íntegra la materia por lo que, ante la falta de estipulación de las partes, no es posible remitirse a la legislación comercial para aplicar la figura consagrada en el art. 886 del Código de Comercio (...). Para el 18 de octubre de 1995, fecha de presentación de la demanda, ya regía la ley 80 de 1993, la cual marcó un hito importante en la materia, toda vez que reguló los intereses moratorios en la contratación estatal en caso de no haberse pactado por las partes. (...) La discusión planteada por la demandante en tanto pretende que se le aplique la legislación mercantil por

ejercer una actividad comercial quedó ya superada, toda vez que pese a que los contratos estatales se rigen por las reglas del derecho privado (arts. 13 y 32 ley 80 de 1993), ello habrá de entenderse para el evento en que la normatividad contractual no haya contemplado norma especial y particular” .

El referido precepto del Estatuto de Contratación Estatal –se itera, el artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993–, puede resultar aplicable tanto en relación con litigios derivados de la celebración, ejecución o liquidación de contratos estatales de obra como el celebrado entre el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores y el señor Mario Cuéllar Gaviria, al igual que en contratos de seguros como el celebrado entre éste último y MAPFRE S.A., en la medida en que respecto de éste último tipo de vínculos negociales la Sala, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha considerado que resultan pasibles de la aplicación de las disposiciones del mencionado Estatuto de Contratación de las entidades estatales .

Sin embargo, por las razones que pasará a explicar la Sala a continuación en cuanto al momento a partir del cual, atendidas las particularidades del presente caso, habrá de reconocerse el derecho de la parte actora a percibir intereses respecto de la suma que en su momento entregó al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores para dar cumplimiento a lo ordenado en los actos administrativos enjuiciados en el presente litigio, el varias veces aludido artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993 no es la norma legal llamada a ser aplicada para establecer la tasa de interés que deba reconocerse en este caso.

2.8.3. Ciertamente, en cuanto a la determinación del momento a partir del cual procede ordenar el reconocimiento y pago de intereses en favor de la sociedad demandante en el presente litigio, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que cuando la actuación de la entidad estatal demandada –en el sub lite consistente en no acceder al pago o devolución de las sumas de dinero reclamadas por el particular aquí demandante– se encuentra sustentada en un acto administrativo que, por encontrarse ejecutoriado, goza de la presunción de legalidad, mal puede exigírsele a dicha entidad, antes de la ejecutoria de la sentencia que declara la invalidez del correspondiente pronunciamiento administrativo, que despache favorablemente los reclamos de la persona jurídica accionante, por manera que es la presente decisión judicial la fuente de la obligación resarcitoria a cargo del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual apenas ahora tiene certeza jurídica respecto de que se encuentra obligado a restituir a MAPFRE S.A., debidamente actualizada, la suma de dinero que dicha sociedad pagó para dar cumplimiento –parcial– a lo ordenado en las resoluciones cuya legalidad se examinó en el proceso que ahora finaliza y será, por tanto, a partir de la ejecutoria de esta sentencia cuando comiencen a causarse intereses de mora en favor de MAPFRE S.A., hasta el momento en el cual se haga efectivo el pago que la presente decisión ordena realizar por parte de la entidad demandada.

En similar dirección se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación, al señalar lo siguiente:

"Con fundamento en lo anterior la Sala accederá a la pretensión 3.1.1 de la demanda y dispondrá la liquidación del perjuicio tomando como base el valor por el cual se exigió garantizar la seriedad de la oferta.

Negar los intereses pedidos en la demanda con fundamento en que el derecho a percibir una suma de dinero se declara en esta sentencia y hasta entonces la entidad no estaba obligada a pago alguno porque su actuación estaba legitimada por un acto administrativo que hasta entonces gozó de la presunción de legalidad.

Dicho en otras palabras, no procede condena por concepto de intereses porque los mismos sólo resultan procedentes para reparar daños causados con el incumplimiento de obligaciones de pagar una suma de dinero y en el caso concreto mal se haría en considerar incumplida una obligación exigible a la ejecutoria de esta sentencia.

A este respecto resulta ilustrativo tener en cuenta lo manifestado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

- "La mora en el pago solo llega a producirse cuando existe en firme una suma líquida a cargo del deudor" .

- "[n]o estaba claramente determinada para las partes la existencia de una obligación pecuniaria a cargo de la demandada y a favor de la demandante en una cantidad líquida, lo que, por falta de certeza, excluye la posibilidad de que la deudora se encontrara en mora de pagar la obligación" "

Ya en otra ocasión había indicado también la Sección Tercera de esta Corporación que cuando la Administración asume la condición de deudor sólo con la ejecutoria de la sentencia que la obliga a pagar una suma de dinero a una persona, será a partir de dicho momento cuando deba iniciarse la causación de intereses moratorios en favor del acreedor:

"En segundo lugar: En lo que tiene que ver con la condena al pago de intereses moratorios, cabe tener en cuenta que estos intereses proceden frente al incumplimiento o retardo en el cumplimiento en que incurre el DEUDOR.

En eventos como el que se estudia, la Administración sólo está obligada al pago de la suma correspondiente a los perjuicios materiales a partir del día siguiente a la fecha [de] ejecutoria de la sentencia, porque la obligación de pago que se le impone surge como consecuencia de declaraciones, de una parte, de ilegalidad del acto y, de otra, de la de condena a indemnizar los perjuicios causados, QUE SE HACEN EN LA SENTENCIA JUDICIAL. En efecto, por virtud del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, la obligación de pagar la indemnización de perjuicios es consecuencia de la firmeza de la sentencia que declaró la nulidad del acto administrativo (que hasta entonces estaba cobijado por la presunción de legalidad) y condenó al pago de perjuicios; por consiguiente es a partir de la firmeza de la sentencia que en dicho evento la Administración se convierte en deudora y también es a partir de esa firmeza que la deuda le es exigible a la Administración, por lo general.

Se tiene así que si la condena al pago de intereses moratorios tiene por objeto sancionar el incumplimiento o la mora del DEUDOR, es lógico que cuando la Administración por sentencia en firme adquiere la calidad de DEUDOR, en el caso como el que se estudia, sólo a partir del día siguiente de dicha firmeza, si es que la Administración no satisface al acreedor, estará obligada no sólo por el capital de la condena sino también por los intereses moratorios, sin exceder el límite de usura. Por ello mismo no tiene fundamento legal imponer intereses moratorios cuando no existe obligación previa ni exigibilidad de la misma, pues la sanción al deudor con intereses moratorios requiere de la existencia y de la exigibilidad de una obligación.

Por lo tanto la Sala modifica así las anteriores posturas y por eso concluye que la condena al pago de intereses moratorios en eventos como el presente, es decir cuando la calidad de deudor de la Administración aparece después de quedar en

firme la sentencia condenatoria, y SÓLO surge a partir del día siguiente a la firmeza de esa sentencia" (subrayas añadidas).

2.8.4 También en cuanto tiene que ver con la determinación del momento a partir del cual los mencionados intereses de mora deben empezar a causarse en favor de la sociedad demandante, resulta pertinente señalar que los principios de reciprocidad y de buena fe, fundados, a su vez, en los principios de justicia conmutativa, de igualdad y de garantía de los derechos adquiridos, los cuales rigen las relaciones negociales tanto de los particulares como del Estado, imponen que dicho momento coincida con el antes aludido de la ejecutoria de la sentencia que pone fin al proceso, sin que se conceda plazo adicional alguno en favor de la Administración a dicho efecto, tal y como lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001, por cuya virtud se declaró parcialmente inexecutable el artículo 6 de la Ley 598 de 2000:

"Bajo el actual esquema, a partir de la consagración constitucional del principio de responsabilidad patrimonial del Estado (C.P: art. 90), la obligación de pagar intereses de mora encontró un evidente respaldo jurídico. Sobre el punto, la Corte Constitucional, en reciente pronunciamiento, tuvo oportunidad de señalar que la obligación de la Administración de pagar intereses de mora desarrolla el principio constitucional de la igualdad, materializado en el derecho de los particulares a recibir un mismo tratamiento jurídico frente al incumplimiento de la administración en el pago de sus obligaciones. Sostuvo este Tribunal que "el principio de igualdad y la equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos, y ello a partir del primer día de retardo en el pago, las obligaciones en mora a cargo del Estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar[las] ...con notorio perjuicio para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados...". (Sentencia C- 188/99, M.P. José Gregorio Hernández Galindo). (Subrayas fuera de texto).

(...)

... de acuerdo con la disposición acusada "... las entidades del Estado, reconocerán un interés equivalente al DTF transcurridos 90 días de la fecha establecida para los pagos."(Subraya la Corte). Quiere ello decir, que además del plazo que la propia Administración haya establecido para el pago, habría uno adicional de 90 días, que correría sin intereses y a partir del cual se empezaría a reconocer un interés a la tasa del DTF.

La Administración Pública, por su condición de tal se encuentra en una situación de supremacía en sus relaciones jurídicas con los particulares, situación que para el caso concreto, le permite y le impone, determinar las condiciones en las que habrán de cumplirse los pagos a los que se vea obligada como consecuencia de los contratos que celebre. Así, en los contratos estatales es la Administración la que establece la fecha para los pagos y para ese efecto debe tener en cuenta todas las limitaciones que se deriven de su régimen contable, presupuestal y administrativo. Vencido ese término, no existe ninguna razón para una diferencia de trato y si ella se establece por la ley, ésta resultará violatoria de los artículos 2°, 13, 58, 83 y 90 de la Constitución.

(...)

Ciertamente, haciendo eco de los criterios Superiores que informan el instituto resarcitorio..., resulta evidente que cuando una entidad pública se abstiene de pagar el precio del contrato dentro del término pactado, se configura la mora y, de

contera, surge para ella la obligación de pagar, a título de responsabilidad contractual, los intereses correspondientes. Esa responsabilidad contractual y la obligación de pagar intereses de mora se justifica en razón del daño antijurídico que sufre el contratista, materializado en la imposibilidad que tiene éste de disponer en tiempo del dinero que ha adquirido con justo título.

(...)

En conclusión, encuentra la Corte que la norma parcialmente acusada, en cuanto establece un plazo de gracia de 90 días para que la administración empiece a reconocer intereses de mora, luego de vencido el plazo para el pago, viola el principio de responsabilidad contractual consagrado en el artículo 90 de la Carta y, por esa misma vía, los principios de justicia conmutativa, igualdad, respeto por los derechos adquiridos con justo título y buena fe, contenidos en los artículos 2º, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento Superior. Igualmente, la previsión demandada resulta contraria a los principios que desarrollan la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta.

Por las razones expuestas, la expresión “transcurrido 90 días de la fecha establecida para los pagos”, contenida en el párrafo único del artículo 6º de la Ley 598 de 2000, será declarada inexecutable...” (subrayas fuera del texto original).

En idéntica dirección a la anotada y con fundamento en argumentos coincidentes con los recién reseñados, la misma Corte Constitucional, mediante sentencia C-188 de 1999, declaró inexecutable parcialmente el artículo 65 de la Ley 23 de 1991 y, por unidad de materia, el artículo 177 del C.C.A., en cuanto establecían plazos de gracia en favor de la Administración, posteriores a la fecha en que resultaba exigible el pago acordado en una conciliación o el ordenado en una sentencia, respectivamente; razonó en los siguientes términos esa Corporación para arribar a la conclusión aludida:

“...la Administración Pública está obligada por un acto suyo a pagar unas determinadas cantidades de dinero a los particulares con quienes concilia y éstos tienen derecho a recibirlas dentro de los términos pactados. No se pierda de vista que ellos sufren perjuicio por la mora en que la Administración pueda incurrir. Tales perjuicios se tasan anticipadamente mediante la fijación por la propia ley de intereses moratorios.

Para la Corte es claro que el principio de igualdad y la equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos, y ello a partir del primer día de retardo en el pago, las obligaciones en mora a cargo del Estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar dichos réditos durante seis meses, con notorio perjuicio para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados...

Es evidente la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que, con independencia de si el deudor es el gobernado o el ente oficial, el hecho es el mismo; la circunstancia es equivalente; el daño económico que sufre el acreedor por causa de la mora es idéntico; y las obligaciones asumidas por las entidades públicas no tienen alcance jurídico diverso de las que están a cargo de las personas privadas.

Por otro lado, en la disposición impugnada se muestra con claridad el desconocimiento de los principios de igualdad, eficacia y celeridad, que deben presidir la función administrativa, según el artículo 209 *Ibidem*. El Estado, en sus

relaciones con los particulares, no puede asumir legítimamente las conductas que censura y castiga si provienen de ellos. Si les exige puntualidad en el pago de sus obligaciones tributarias, y si tan duramente castiga el hecho de que no las cancelen a tiempo, elementales principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, su propio comportamiento en idénticas situaciones se ajuste a las exigencias que formula a los particulares. Pero, además, la mora en el pago de las obligaciones a cargo del fisco delata, en los servidores públicos responsables, un deplorable descuido que no encaja dentro de los criterios constitucionales que deben inspirar la actividad administrativa.

(...)

Se declararán inexecutable las expresiones que, en la norma, dan lugar a la injustificada e inequitativa discriminación objeto de examen, y que favorecen la ineficiencia y la falta de celeridad en la gestión pública.

Las mismas razones expuestas son válidas respecto del último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo (Decreto Ley 01 de 1984), que dice:

"Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término".

Se declarará la unidad normativa y, por consiguiente, la disposición transcrita será declarada executable, salvo las expresiones "durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria" y "después de este término", que serán declaradas inexecutable.

Es entendido que, en las dos normas sobre cuya constitucionalidad resuelve la Corte, el momento en el cual principia a aplicarse el interés de mora depende del plazo con que cuente la entidad pública obligada, para efectuar el pago. Así, en el caso de la conciliación, se pagarán intereses comerciales durante el término que en ella se haya pactado y, vencido éste, a partir del primer día de retardo, se pagarán intereses de mora. En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago -evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales-, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria" (subrayas y negrillas añadidas).

2.8.5 Con fundamento en lo expuesto en el presente apartado de esta sentencia, en relación con la indemnización de los perjuicios materiales que le fueron irrogados a la sociedad demandante, se ordenará la devolución de la suma de dinero que dicha sociedad demostró haber pagado para dar cumplimiento a la reclamación que le formuló el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, debidamente actualizada a la fecha del presente pronunciamiento. La misma orden habrá de impartirse, en abstracto, para el evento en el cual, por concepto de la ejecución de los actos administrativos cuya nulidad aquí se declara, MAPFRE S.A., hubiere sido obligada a pagar sumas de dinero adicionales a aquélla que en el presente proceso demostró haber entregado al Fondo Rotatorio demandado.

Según se refirió en el acápite en el cual se relacionaron los medios de prueba allegados al plenario, en el mismo obra un comprobante de consignación bancaria realizada por "Mapfre Seguros Generales", en favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, el día 14 de septiembre de 1998, por valor de \$31'892.072 -fl. 251, c. 2-, suma que la sociedad demandante entregó a la

entidad accionada para cumplir parcialmente lo ordenado en los actos administrativos acusados; dicha suma debe serle restituida a la aseguradora en mención, debidamente indexada con base en la siguiente fórmula:

Ind. final (octubre 2013)

$$RA = VH \times \frac{\text{Ind. inicial (septiembre de 1998)}}{\text{Ind. final (octubre 2013)}}$$

$$RA = \$31'892.072 \times \frac{113,93}{51,44}$$

$$RA = \$70'634.987,61.$$

Total condena por concepto de daño emergente: \$70'634.987,61.

Adicionalmente, la Sala condenará en abstracto a la entidad demandada a que, en caso de haber efectuado el cobro y obtenido el pago de alguna suma de dinero adicional de parte de MAPFRE S.A., como consecuencia de la ejecutoriedad de los actos administrativos cuya nulidad se declara mediante la presente providencia, restituya dicha cantidad a la sociedad demandante, debidamente actualizada a la fecha de la decisión del incidente que habrá de promover MAPFRE S.A., con este propósito.

Finalmente, se dispondrá en la parte resolutive del presente pronunciamiento que la suma cuyo pago se ordena en favor de MAPFRE S.A., devengue intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria del presente fallo, en los términos establecidos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, según lo decidido en la sentencia C-188 de 1999 de la Corte Constitucional.

Igual orden se impartirá para el evento en el cual haya lugar a tramitar y decidir incidente de liquidación de perjuicios en virtud de la condena en abstracto que será proferida en el presente pronunciamiento, en caso de que por concepto de la ejecución de los actos administrativos cuya nulidad aquí se declara, MAPFRE S.A., hubiere sido obligada a pagar sumas de dinero adicionales a aquella que en el presente proceso demostró haber entregado al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

2.9 Costas.

Debido a que en la fecha en la cual se profiere este fallo el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que sólo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente, cosa que no ocurrió en el sub lite, en el presente asunto no habrá lugar a imponer condena alguna por dicho rubro.

En mérito de lo anteriormente 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,

FALLA:

PRIMERO: Revócase la sentencia apelada, esto es la proferida el 10 de julio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 3ª, Subsección A y, en su lugar, dispónese lo siguiente:

- Declárase la nulidad de las Resoluciones No. 143 y 146 del 5 de diciembre de 1997 y 022 del 19 de marzo de 1998, proferidas por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, por las razones expuestas en la parte motiva del presente pronunciamiento.

- Condénase al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores a pagar a MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., la suma de setenta millones seiscientos treinta y cuatro mil novecientos ochenta y siete pesos moneda corriente (\$70'634.987,61), por concepto de indemnización de perjuicios materiales, con fundamento en lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

- Condénase en abstracto al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores a pagar a MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., las sumas de dinero adicionales a aquella cuya devolución en concreto se ordena en esta sentencia, en cuanto el Fondo Rotatorio en mención las hubiere recibido de MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., como consecuencia de la ejecutoriedad de los actos administrativos cuya nulidad se declara mediante la presente providencia, debidamente actualizada a la fecha de la decisión del incidente que habrá de promover MAPFRE S.A., con este propósito.

SEGUNDO: Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

TERCERO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

CUARTO: Todas las comunicaciones que se ordena efectuar en esta sentencia serán libradas por el Tribunal Administrativo a quo.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA