

**LITISCONSORCIOS FACULTATIVOS Y NECESARIOS - Regulación normativa / LITISCONSORCIOS FACULTATIVOS Y NECESARIOS - Noción. Definición. Concepto / LITISCONSORCIOS FACULTATIVOS Y NECESARIOS - Diferencias**

El Código de Procedimiento Civil en sus artículos 50, 51 y 83 plantea la existencia de litisconsorcios de carácter facultativo y necesario, cuya ocurrencia dependerá de la existencia de una relación substancial entre dos o más personas, naturales o jurídicas, que las habilita para hacerse parte en un proceso, ya sea activa o pasivamente. El litisconsorcio será necesario en la medida en que esa relación substancial implique que el proceso debe ser resuelto de manera uniforme para todas esas personas, lo que implica que solo con la concurrencia de todos aquellos que compartan esa relación será válido adelantar el proceso. Por el contrario, cuando la relación existente no hace que la litis deba resolverse de forma homogénea, el litisconsorcio será facultativo, por lo que se podrá dirimir el litigio sin la concurrencia de todos aquellos que compartan la relación.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 50 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 51 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 83

**LITISCONSORCIO CUASINECESARIO - Noción. Definición. Concepto / LITISCONSORCIO CUASINECESARIO - Nulidad de acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro y la hace efectiva / LITISCONSORCIO CUASINECESARIO - Relación jurídica existente entre el contratista y la compañía aseguradora que expide la póliza que constituye la garantía única de cumplimiento / CADUCIDAD DE LA ACCION CONTRACTUAL - Litisconsortes / EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Tienen efectos respecto a todos los litisconsortes**

La Sala ha tenido la oportunidad de referirse a la relación jurídica existente entre el contratista y la compañía aseguradora que expide la póliza que constituye la garantía única de su cumplimiento en un contrato estatal, cuando se pretende la nulidad del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro y la hace efectiva; y se ha concluido que no puede encuadrarse ni en el litisconsorcio facultativo ni en el necesario, en la medida en que el vínculo jurídico que hay entre ambos hace que en efecto la decisión que se tome en el sentido de sacar o no de la vida jurídica el acto administrativo tendrá el mismo efecto para ambos, pero ello no quiere decir que deban los dos concurrir al proceso para su validez, con lo que se estaría hablando de un litisconsorcio cuasinecesario. (...) Como puede verse, en un caso como el analizado, no era necesario citar al proceso al contratista, ya que la relación que comparte con la aseguradora se enmarca en un litisconsorcio cuasinecesario. Sin embargo, nada impedía que participara en el trámite procesal hasta antes de que se dictara sentencia, lo cual ocurrió en este caso en cuanto la vinculación fue ordenada en el mismo auto admisorio de la demanda. (...) la participación de la parte citada está limitada por la oportunidad de su intervención, que debe respetar las reglas temporales de la disposición de la acción, que para las controversias contractuales se encuentran definidas en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. (...) el Tribunal a quo se pronunció sobre la caducidad de la acción tomando como referente únicamente la radicación de la demanda de Confianza y concluyó que en consideración a que ello se produjo dentro del término de 2 años contados a partir de la notificación de la resolución n.º 00115000-0434 del 28 de julio de 2000 –la cual fue confirmatoria de la primigenia n.º 00115000-0300 del 17 de mayo del 2000-, la acción se había ejercido oportunamente. Sin embargo, nada dijo sobre la intervención de

Unisoftware Ltda. Si se toma ese mismo punto de partida para contabilizar la caducidad de la acción respecto del contratista Unisoftware, debe llegarse a la conclusión de que su intervención se produjo vencidos los dos años con los que legalmente contaba para disponer de su derecho a accionar, por lo que su intervención debe ser considerada extemporánea al haberse producido el 3 de febrero del 2003. (...) es necesario reiterar que de cualquier manera, y aún si Unisoftware no hubiese intervenido en el proceso, los efectos de una eventual declaratoria de nulidad de los actos acusados también tendrán efectos respecto suyo, al ser retirado de la vida jurídica un acto que le afecta. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 23 de febrero de 2012, exp. 20810

**EXPEDICION DE ACTO ADMINISTRATIVO - Competencia de la entidad / VICIO DE FALTA DE COMPETENCIA - Forma más grave de ilegalidad de una decisión de la administración / ACTO ADMINISTRATIVO QUE HACE EFECTIVA POLIZA DE CUMPLIMIENTO - Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. / ACTO ADMINISTRATIVO QUE HACE EFECTIVA POLIZA DE CUMPLIMIENTO - Potestad de la administración**

Debe iniciarse señalando que, dado que el contrato n.º C-0017-95, de cuya ejecución se derivan las resoluciones atacadas en las que se hacen efectivos unos amparos cubiertos por la póliza única de cumplimiento GU 01 003 1074675 expedida por Confianza, fue suscrito el 8 de junio de 1995 y tomando en consideración que una de las partes que lo celebró -Telecom- era para ese momento una entidad descentralizada por servicios, constituida como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, con personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, según lo previsto en el Decreto 2123 de 1992, éste se encontraba regido por la Ley 80 de 1993. Habiendo establecido esto, es menester determinar si bajo el régimen de esta norma le asistía a la administración la potestad de hacer efectiva, mediante un acto administrativo motivado, la póliza de cumplimiento constituida por el contratista para garantizar las obligaciones que se encontraban a su cargo. Este análisis debe comenzar por la determinación de la naturaleza del acto administrativo que declara la ocurrencia de los riesgos asegurados y hace efectiva la póliza, y aclarar si esta decisión constituye una declaratoria de incumplimiento, dado que esa afirmación se presenta como elemento fundamental del sustento jurídico de la solicitud de nulidad. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13414

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2123 DE 1992 / LEY 80 DE 1993

**CLAUSULA DE GARANTIA DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Obligación de los contratistas de prestar garantía única de cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato / GARANTIA UNICA DE CUMPLIMIENTO - Requisito obligatorio y de orden público / GARANTIA UNICA DE CUMPLIMIENTO - Vigencia**

La cláusula de garantía de los contratos estatales ha sido prevista por las diferentes normas y estatutos que ha regido esa actividad de la administración los cuales han determinado que las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con el estado están en la obligación de prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato y sean puestas en cabeza suya. Este requisito es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto

del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista. Su inclusión imperativa en el clausulado contractual ha sido prevista incluso desde el Decreto Ley 222 de 1983, en sus artículos 67 a 70 para luego ser incorporado a la Ley 80 de 1993 en sus artículos 25.19 y 60, así como en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, y puede consistir, aunque no de manera exclusiva, en pólizas expedidas por sociedades autorizadas para su funcionamiento en el País. Su vigencia depende de su naturaleza y lo fijado en los diferentes reglamentos, pero en cualquier caso, no puede ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULOS 67 A 70 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.19 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 60 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 7

**GARANTIA UNICA DE CUMPLIMIENTO - Regulación normativa / GARANTIA UNICA DE CUMPLIMIENTO - Contrato de seguro / DECLARATORIA DE SINIESTRO - Goza de presunción de legalidad que puede ser impugnada en sede administrativa por cada una de las partes**

Aunque en general se rige por lo previsto en el Código de Comercio, se trata de una contrato de seguro con elementos sustancialmente diferentes a los celebrados por particulares, especialmente en lo que tiene que ver con la reclamación ante la aseguradora, dado que la administración posee la potestad de proferir un acto administrativo debidamente motivado, mediante el cual declara la ocurrencia del siniestro amparado. Como todo acto administrativo, la declaratoria del siniestro goza de una presunción de legalidad que puede ser impugnada en sede administrativa tanto por quien expidió el seguro, como por el contratista. Obviamente, estas partes también tiene la potestad de demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE COMERCIO

**POLIZAS DE SEGURO DE LAS QUE LA ADMINISTRACION SE BENEFICIA - Prestan mérito ejecutivo junto con el acto administrativo que declara el siniestro. Procedencia de los recursos propios de la vía gubernativa / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACION EN EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza, por medio de la expedición de un acto administrativo. Procedencia, fuente legal diversa**

Una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado la ocurrencia siniestro o riesgo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, el de estabilidad de la obra y el de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, los cuales, como se dijo, deben encontrarse asegurados por las garantías del contrato. (...) Esta conclusión se deriva de manera lógica de lo previsto en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, que en sus numerales 4 y 5 establece que las pólizas de seguro de las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo junto con el acto administrativo que declara esa obligación –siempre que este se encuentre debidamente ejecutoriado-, lo cual implica la potestad de la entidad de declarar el siniestro, con la posibilidad de la aseguradora de oponerse solo mediante el uso de los recursos propios de la vía gubernativa y/o demandar la nulidad del acto judicialmente. (...) esta prerrogativa de la

administración no tiene una naturaleza sancionatoria, lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato e incluso después de su liquidación. (...) a pesar de que la Ley 80 de 1993 no contempló específicamente la facultad en comento, aún en los contratos celebrados bajo su vigencia esta seguía existiendo como privilegio de la administración en razón a que el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo aún regía, y aunque el artículo 75 de ese estatuto contractual derogó su numeral 5, esa prerrogativa también se deriva del numeral 4 del citado artículo 68. (...) [en] el marco de los contratos estatales, la administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza por medio de la expedición de un acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción, sin que esta sea una potestad de carácter sancionatorio. (...) la entidad estatal demandada sí contaba con la competencia para expedir el acto administrativo en el que hizo efectivos algunos de los amparos cubiertos por la póliza de garantía expedida por Confianza, sin que fuera óbice para ello el hecho de que se hubiera finalizado el plazo de ejecución y liquidado el contrato, pues esta es una facultad que continúa aún vencidos estos límites temporales, máxime si se tiene en cuenta que, como se explicó, no es una habilitación sancionatoria. (...) Esta sustentación resulta aún más lógica, cuando se tiene en cuenta que la potestad declarativa a la que se he hecho referencia, contrario a lo expuesto por el demandante, no puede ser identificada con el uso de la facultad de declaratoria de incumplimiento contractual de la que trata el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 (...) i) la entidad contaba con la potestad de expedir los actos administrativos que hicieron efectiva la póliza en virtud de lo dispuesto, para ese momento en el artículo 68.4. del Código Contencioso Administrativo; ii) los actos que hicieron efectiva la póliza provienen de una fuente legal diversa.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 68 NUMERALES 4 Y 5 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 13

**CONTRATACION ESTATAL - Delegación para expedir actos administrativos. Requisitos para la eficacia y validez del acto / DELEGACION PARA EXPEDIR ACTOS ADMINISTRATIVOS - Debe ser expresa y por escrito especificando funciones particulares delegadas / INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS - No se allegó escrito que contiene la delegación para expedir actos administrativos. Consecuencia: declaratoria de nulidad del acto**

Es claro que la parte demandada no logró acreditar uno de los supuestos centrales de su defensa, consistente en demostrar que le asistía a la directora encargada de informática de Telecom la competencia de expedir los actos administrativos acusados, dado que no se cuenta con el acto de delegación que mandatoriamente debe constar por escrito y especificar las funciones particulares delegadas. Está por demás decir que esta carga probatoria se encuentra en forma exclusiva en cabeza de la demandada en virtud del principio de que "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". Según lo expuesto, encuentra la Sala que debe declararse la nulidad de la resolución n.º 00115000-0300 del 17 de mayo de 2000 mediante la cual Telecom declaró la ocurrencia de los riesgos de cumplimiento, calidad y correcto funcionamiento amparados por la póliza de garantía única n.º GU01 003 1074675 y sus certificados modificatorios expedida por Confianza, su confirmatoria n.º 00115000-0434 del 28 de julio del 2000 y la n.º 00115000-0472 del 16 de agosto del 2000, por la que se negó una solicitud de revocatoria directa del acto primigenio. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencia de 9 de abril de 2008, radicado 25000-23-26-000-2005-00240-01

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 12 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 21

**NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto del doctor Ramiro Pazos Guerrero

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., marzo veintisiete (27) de dos mil catorce (2014)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857)**

**Actor: COMPAÑIA ASEGURADOR DE FIANZAS CONFIANZA S.A.**

**Demandado: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM**

**Referencia: CONTRACTUAL**

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 4 de noviembre del 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

La sociedad Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A. –en adelante Confianza- solicita la nulidad de la resolución n.º 00115000-0300 del 17 de mayo de 2000 mediante la cual la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – en adelante Telecom- declaró la ocurrencia de los riesgos de cumplimiento, calidad y correcto funcionamiento amparados por la póliza de garantía única n.º GU01 003 1074675 y sus certificados modificatorios expedida por Confianza, su confirmatoria n.º 00115000-0434 del 28 de julio del 2000 y la n.º 00115000-0472

del 16 de agosto del 2000, por la que se negó una solicitud de revocatoria directa del acto primigenio.

## **ANTECEDENTES**

### **I. Lo que se pretende**

1. Mediante escrito presentado el 28 de septiembre del 2001 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 2-12 c. 1), Confianza presentó a través de apoderado demanda en ejercicio de la acción contractual contra Telecom, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

### *PRETENSIONES*

*Solicito a los señores Magistrados se hagan las declaraciones y condenas siguientes o similares:*

*PRIMERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución no. 00115000-0300 de fecha 17 de mayo de 2000 por medio de la cual se declaró la ocurrencia de los riesgos de cumplimiento, de calidad y correcto funcionamiento amparados por la póliza de garantía única No. GU 01 003 1074675 y sus certificados de modificación, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. y se ordena hacer efectiva la misma.*

*SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 00115000-0434 de fecha 28 de julio de 2000, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 00115000-0300 de fecha 17 de mayo de 2000.*

*TERCERA.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 00115000-0472 de fecha 16 de agosto de 2000 por medio de la cual se resolvió la solicitud de revocatoria directa de la resolución No. 00115000-0300 del 17 de mayo de 2000.*

*CUARTA.- Que en virtud de las anteriores, se declare la inexistencia del siniestro por la no afectación de la póliza de seguros No. GU 01 003 1074675 y sus certificados de modificación.*

*QUINTA.- Como consecuencia de las anteriores declarar que la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. "Confianza S.A." no se encuentra obligada a pago alguno en favor de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en razón de que la póliza No GU 01 003 1074675 y sus certificados de modificación no se vio afectada por siniestro.*

*SEXTA.- Que en subsidio de las anteriores se declare que para pretender la afectación del contrato de seguro contenido en la póliza No. GU 01 003 1074675 y sus certificados de modificación, La*

*Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom no dio cumplimiento a la obligación legal contenida en el artículo 1077 del Código de Comercio.*

*SÉPTIMA.- Que como consecuencia de la anterior la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. "Confianza S.A.", no está obligada a pago alguno por concepto del contrato de seguro contenido en la póliza No. GU 01003 1074675 y sus certificados de modificación.*

*OCTAVA.- Condénese en costas y agencias en derecho a la parte demandada.*

1.1. La demanda presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones las siguientes circunstancias:

1.1.1. Telecom y la sociedad Unisoftware Ltda. celebraron el contrato n.º C-0017-95 del 8 de junio de 1995, el cual tenía por objeto la implementación del software del sistema financiero de la entidad pública y contaba con un valor de \$978.900.000.00.

1.1.2. El contrato se encontraba garantizado por la póliza única de cumplimiento n.º GU01003 1074675 expedida por Confianza, la cual tenía los siguientes amparos, montos y vigencias:

AMPARO	VIGENCIA	VALOR ASEGURADO
CUMPLIMIENTO	13-06-95 AL 22-04-99	\$97 890 000
ANTICIPO	13-06-95 AL 13-06-97	\$282 720 000
CALIDAD Y CORRECTO		
FUNCIONAMIENTO	02-07-98 AL 02-01-00	\$489 450 000
ASIST. PROGRAMAS	02-07-98 AL 02-07-00	\$97 890 000

1.1.3. El 2 julio de 1998 Telecom y Unisoftware Ltda. Firmaron de común acuerdo el acta bilateral de liquidación del contrato. En ella se hicieron constar los acuerdos y reconocimientos respectivos, y se determinó que Telecom le adeudaba a Unisoftware Ltda. una suma equivalente a \$114 626 370, la que se pagaría posteriormente.

1.1.4. Luego de la suscripción del acta de liquidación, Telecom envió algunas comunicaciones a Unisoftware Ltda. en las que le solicitó algunos ajustes al sistema, aunque en ningún momento se habló del incumplimiento de especificaciones o requisitos del software, o se puso en duda su calidad.

1.1.5. El 17 de mayo del 2000, la directora de informática (E) de Telecom, sin

procedimiento que precediera a la decisión, expidió la resolución n.º 00115000-0300 en la que declaró la ocurrencia de los riesgos de cumplimiento, calidad y correcto funcionamiento cubiertos por la póliza GU 01 003 1074675, y ordenó hacer efectivos los amparos.

1.1.6. Unisoftware interpuso recurso de reposición contra ese acto administrativo, el cual se resolvió desfavorablemente mediante la resolución n.º 00115000-0434 del 28 de julio del 2000. De igual manera, Confianza solicitó la revocatoria directa de la misma resolución, la cual también se negó el 16 de agosto del 2000, en la resolución n.º 00115000-0472.

1.2. En lo tocante con el fundamento jurídico de las pretensiones, la parte demandante indicó que es improcedente la declaración de un incumplimiento -a lo que equivale declarar la ocurrencia de los riesgos amparados en la póliza- una vez que se ha suscrito un acta de liquidación bilateral, máxime cuando en ella se estableció que era Telecom la que le debía al contratista \$114 626 370.

1.3. Agregó que la directora de informática (E) de Telecom no contaba la competencia para expedir el acto administrativo demandado, pues esa facultad le correspondía al director de la entidad como su representante legal y no se encuentra acreditada la correspondiente delegación.

1.4. También indicó que no podía hacerse efectiva la póliza, pues sus amparos se encontraban vencidos para el momento de la expedición de los actos administrativos acusados.

1.5. En concordancia con lo anterior, formuló los siguientes cargos:

### **Ilegalidad**

1.5.1. Considera la parte que los actos son contrarios a varias normas de orden legal y constitucional. Inició señalando que son violatorios del artículo 2 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 2 de la Constitución Política que indica que la función administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, dado que al haber desconocido varias normas aplicables al asunto, se vulneraron derechos e intereses de Confianza en su calidad de administrado.

1.5.2. Continuó señalando que los actos desconocen el artículo 1602 del Código Civil que establece que el contrato es ley para las partes, pues de forma unilateral, arbitraria y extemporánea declaró un incumplimiento cuando ya se había suscrito un acuerdo entre los contratantes para dar por terminado el contrato con su liquidación definitiva.

1.5.3. También aseguró que las resoluciones son violatorias de los artículos 1056, 1072, 1077, 1079, 1088 y 1089 del Código de Comercio, en cuanto no se le permitió delimitar los riesgos a los que se encontraba sometido el interés asegurado, no se materializó el siniestro amparado dado que se había cumplido con un alto porcentaje de lo contratado y la indemnización estipulada en el acto es superior al valor real del perjuicio patrimonial que se pudo haber sufrido, al haberse hecho efectiva la póliza por el valor total amparado.

#### **Falsa Motivación**

1.5.4. Consideró que la autoridad que expidió los actos incurrió en una falsa motivación dado que no especifican los fundamentos fácticos de la supuesta ocurrencia del riesgo asegurado. En este punto, afirmó invocar “*como fundamentos de derecho adicionales*” los artículos 1609 del Código Civil, 13 de la Ley 80 de 1993 así como 85 y 137 del Código Contencioso Administrativo.

1.5.5. Finalmente, solicitó que se citara como litisconsorte necesario a Unisoftware Ltda.

#### **II. Trámite procesal**

2. El 15 de noviembre del 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y dispuso su notificación al representante legal de Telecom. De igual forma, ordenó la vinculación al proceso de Unisoftware Ltda. y su notificación personal del auto admisorio (f. 15-16 c. 1).

3. Unisoftware Ltda. se pronunció el 3 de febrero de 2003 y manifestó adherir en su totalidad las pretensiones y hechos invocados en la demanda de Confianza (f. 46-47 c. 1).

4. Por su parte, Telecom **contestó oportunamente la demanda** el 31 de enero del 2003 y se opuso a la prosperidad de las pretensiones con base en los argumentos que se sintetizan a continuación:

4.1. Inició por indicar que, contrario a lo indicado por el demandante, el objeto contractual no era la simple implementación del software, sino que este se obligó con Telecom *“a suministrar (licencia de uso), instalar poner en funcionamiento y mantener el software necesario para conformar el sistema de información financiero”* de la entidad.

4.2. También precisó las fechas de vigencia de las coberturas de los riesgos de calidad y correcto funcionamiento y asistencia de programas, así como el momento de la suscripción de la liquidación, el cual no habría sucedido el 2 de julio de 1998, como afirmó la parte actora, sino el 7 de julio de 1998. Agregó que en esa liquidación se indicó expresamente que el contratista no cumplió con todas las obligaciones objeto del contrato.

4.3. Afirmó que es cierto que la aseguradora puede limitar el riesgo que asume, pero si no lo hace de manera expresa debe asumirlo de manera irrestricta. Por lo tanto, en el presente caso debe asumir la totalidad del riesgo, al no haber indicado reparo alguno en el contrato de seguro.

4.4. De igual manera, rechazó la afirmación de la demanda según la cual es improcedente la declaración de un incumplimiento luego de suscrita el acta de liquidación del contrato, ya que este sí puede darse respecto de obligaciones exigibles aún luego de ese término. En el caso particular, el mantenimiento debía prestarse por un año siguiente a la entrega definitiva, es decir, la suscripción del acta de liquidación.

4.5. Indicó que las comunicaciones remitidas al contratista, especialmente el oficio 00115100-009 del 22 de febrero de 1999, dan cuenta de la gravedad de los ajustes que se solicitaron *“a los subsistemas de presupuesto, contratos, cuentas por pagar, tesorería, contabilidad y administración general del sistema de información financiero, los cuales sí tienen que ver con deficiencias del sistema, errores de funcionalidad, calidad e incumplimiento de requerimientos mínimos y de especificaciones”*.

4.6. Rechazó el argumento de la demanda de la falsa motivación, y señaló que en las resoluciones acusadas se dejaron claras las razones que originaron su expedición. Además, alegó que ello respondió simplemente a la potestad de autotutela administrativa que le permite a la entidad mediante acto administrativo motivado declarar el siniestro de incumplimiento, prerrogativa que ha sido reiterada por la jurisprudencia contencioso administrativa.

4.7. También desestimó el argumento de la ausencia de competencia de la directora (E) de informática y explicó que los actos se expedieron por tal funcionario bajo delegación expresa que en tal sentido hizo el director de la entidad en la Resolución No. 00100000-949 del 23 de diciembre de 1999.

4.8. Sobre la oportunidad en la que se hicieron efectivos los amparos, indicó que no resultaba relevante que los actos hubiesen sido expedidos cuando ya habían vencido de acuerdo a la póliza, dado que en cualquier caso se trataba de siniestros que sí ocurrieron durante el plazo de vigencia. Cosa distinta es el plazo de dos años que tiene la entidad para expedir el respectivo acto, contados a partir del momento en que se adquiere conocimiento sobre la ocurrencia del hecho que configure el riesgo.

5. Surtido el trámite procesal correspondiente y concluido el periodo probatorio, **se corrió traslado a las partes para alegar** (f. 204 c. 1), oportunidad en la que únicamente actuó Confianza, que reiteró los cargos de ilegalidad esgrimidos en la demanda (f. 205-216 c. 1).

6. En aplicación de lo dispuesto por el acuerdo 2567 del 2004 del Consejo Superior de la Judicatura, el 2 de septiembre del 2004 expediente fue remitido a la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que profirió **sentencia de primera instancia** el 4 de noviembre del 2004, en la que negó las pretensiones de la demanda (f. 220-243 c. ppl).

6.1. El *a quo* inició por tener por acreditada la legitimación en la causa de Telecom, como entidad que expidió el acto acusado, así como de Unisoftware Ltda y Confianza, en sus calidades respectivas de contratista y garante del contrato. También tuvo por demostrada la oportunidad de la presentación de la demanda. Sobre este aspecto afirmó:

*En cuanto a la caducidad, de conformidad con el numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en las acciones relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años, que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento. Por tanto, en razón a que la demanda fue presentada el día 28 de septiembre de 2001 y los actos acusados, esto es la Resolución 00115000-0300 de fecha 17 de mayo de 2000 (FL. 221 A 227 c.1), y Resolución No 00115000-0434 de fecha julio 28 de 2000, que decidió el recurso de reposición contra el primer acto administrativo citado (fl 231 a 237 c.1), se notificó en forma personal al apoderado de Unisoftware Ltda., el día 9 de agosto de 2000 (fl. 238 c.1.) la demanda fue presentada dentro del término de caducidad de la acción.*

6.2. Posteriormente, desestimó el cargo de ilegalidad de los actos acusados, bajo las siguientes consideraciones.

6.2.1. No encontró violación del artículo 1602 del Código Civil, que consagra el principio de *pacta sunt servanda* al indicar que el contrato es ley para las partes, ya que aunque consideró que le asistía razón al demandante en cuanto a que se declaró un incumplimiento aún cuando las partes de mutuo acuerdo habían liquidado el contrato, ello no constituía una circunstancia irregular, dado que en esa acta se dejó constancia de que el contratista no cumplió a cabalidad con la totalidad de las obligaciones a su cargo, lo que facultaba a la administración para perseguir su cumplimiento posteriormente.

6.2.2. Agregó el *a quo* que no puede perderse de vista que *“el principio consagrado en el artículo 1602 ibid, en materia de contratación estatal no opera plenamente, puesto que se rompe al presentarse las facultades exorbitantes de la administración, que permiten actuaciones de forma unilateral.”*

6.2.3. Finalmente, explicó que aunque la liquidación final del contrato, tanto en el evento en que se haga de mutuo acuerdo como unilateralmente, extingue la relación jurídica existente entre cocontratantes, subsisten algunas obligaciones en cabeza del contratista, quien a pesar de haber entregado la obra, los trabajos o los bienes a la administración, continuará respondiendo por los vicios o defectos que puedan aparecer en el periodo de garantía, *“o de los vicios ocultos en el término que fije la ley, en amparo del régimen general de los contratos (art. 2060 c.c.)”*.

6.2.4. También rechazó el cargo de violación de los artículos 1056, 1072, 1077, 1079, 1088 y 1089 del Código de Comercio. Al respecto, recalcó que la garantía

única de cumplimiento es uno de los requisitos insoslayables para la ejecución del contrato estatal, y mediante la expedición de la póliza se trasladan los riesgos al asegurador hasta por el monto asegurado, lo cual se hace efectivo mediante el privilegio con el que cuenta la administración de declarar la ocurrencia del siniestro al proferir un acto administrativo motivado, lo cual hace las veces de la reclamación prevista en el Código de Comercio, y es una potestad de la que se puede hacer uso por parte de la administración en el término de los dos años siguientes a la ocurrencia del riesgo, siempre que este se hubiese dado en la vigencia de la póliza.

6.2.5. También consideró que en la expedición del acto no se incurrió en ninguna falsa motivación, en cuanto se encuentra demostrado, tal como se enunció en el acto acusado, que en el clausulado del contrato se pactaron obligaciones de mantenimiento del software instalado que persistían tiempo después del recibo definitivo de los programas, sobre las cuales se dejaron salvedades en el acta de liquidación, y que fueron desatendidas por Unisoftware al negarse a dar respuesta efectiva a los requerimientos hechos por la entidad dentro del término previsto para tal mantenimiento.

6.5.6. En tal sentido, la entidad estaba en todo el derecho de declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la garantía, máxime cuando el fundamento fáctico de la decisión tuvo lugar durante el término de la obligación y en vigencia de la póliza.

6.5.7. Recalcó que la expedición del acto fue hecha en la oportunidad correspondiente, ya que se produjo dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro y agregó que bajo ninguna circunstancia podría pensarse que ese término podría arrancar su contabilización desde la liquidación del contrato.

6.3. Así las cosas, encontró ajustados a derecho los actos acusados y por lo tanto negó las pretensiones de anulación formuladas en la demanda.

7. La anterior decisión fue **apelada** a tiempo por Confianza (f. 245 c. ppl), que sustentó su recurso en la oportunidad otorgada para el efecto en esta instancia (f. 252-260 c. ppl) y fundamentó su disenso,

principalmente, en el desconocimiento de la sentencia del *a quo* de los efectos de terminación total del vínculo contractual que trae la liquidación del contrato.

7.1. En tal sentido, insistió en que la liquidación implica la imposibilidad de la consignación de salvedades que sustenten el uso de potestades de forma abusiva en cuanto contrarían lo pactado por las partes, como alega sucedió en este caso. En concreto dijo.

*En efecto, la liquidación del contrato en forma definitiva pone punto final al contrato, y aun en presencia de cláusula excepcionales y/o exorbitantes, éstas no pueden desconocer la voluntad de las partes al terminar el contrato de mutuo acuerdo hasta su liquidación total, luego el tribunal se encuentra equivocado al sostener que la administración puede valerse posteriormente de las declaraciones que de buena fe se esgrimieron en los antecedentes de la liquidación, para de allí derivar en forma muy posterior conductas contrarias a lo allí decidido.*

*Es claro que de conformidad con lo estipulado en el artículo 60 de la ley 80 de 1993 las partes de común acuerdo decidieron terminar el contrato en el estado en que se encontraba, decisión final que no fue gratuita ni espontánea, por lo contrario, las partes fueron suscribiendo contratos adicionales para acercarse a la terminación final del contrato, sin que en la misma se hubiera condicionado el acto de terminación al cumplimiento de condiciones futuras o a la realización de determinados actividades. El acta suscrita por las partes se tituló ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL y en la introducción de la misma se expresó “en Santafé de Bogotá D.C., a los dos días del mes de julio de 1998 se procedió a elaborar la presente Acta de Liquidación Final del Contrato No. C-0017-95 de la cual se encontró: ...”, lo cual sin lugar a dudas es indicativo de que las partes mediante esa acta liquidaron el contrato en su totalidad sin que hubiera la posibilidad como lo presenta el tribunal de que en el acta se consignaron salvedades para posteriormente con base en las mismas declarar el incumplimiento contractual, pues nada se dijo en tal sentido, la redacción del acta es clara.*

7.2. Reiteró que la liquidación implica el recibo del objeto contractual en el estado en que se encontraba y a partir de ese punto no pueden exigirse obligaciones al contratista. Además, la renovación de la póliza al momento de la liquidación tenía el objeto de garantizar la calidad y correcto funcionamiento del objeto contractual, es decir, su estabilidad, pero no el cumplimiento del contrato como tal, pues se entiende que ese cumplimiento ya se dio con la mencionada recepción a satisfacción de los bienes contratados, más aún cuando en la liquidación en ningún momento se indicó que esos bienes fueran defectuosos.

7.3. Resaltó que existe una contradicción al hacer efectivo el amparo de cumplimiento y a su vez el de funcionamiento y liquidación, ya que resultarían

excluyentes en el sentido de que solo podría hablarse de un correcto funcionamiento cuando previamente se cumplió con el objeto del contrato:

*Frente al contrato de seguro, se deben precisar dos momentos, el primero, corresponde al del cumplimiento del contrato, el cual debe quedar agotado para pasar al del segundo momento, que corresponde a las garantías derivadas precisamente del primer momento, esto es del cumplimiento del contrato. Las garantías no podrían operar si no se ha dado cumplimiento al primer momento, lo cual resulta obvio, pues si el contrato no se ha cumplido, no se puede garantizar el correcto funcionamiento del mismo, pues el correcto funcionamiento presupone la conclusión de los trabajos para que funcione correctamente el objeto contractual. En el caso que nos ocupa, se menciona en la resolución la afectación de la póliza por ambos eventos.*

7.4. Insistió en la presunta violación de los artículos 1056, 1072, 1077, 1079, 1088 y 1089 del Código de Comercio, dado que Telecom no dio aviso de siniestro a la aseguradora para que esta pudiera optar por el cumplimiento del contrato o hacer efectiva la indemnización pactada.

7.5. También reiteró que esa violación se derivaba de la indebida declaratoria de incumplimiento en perjuicio del acuerdo de terminación de contrato que implicaba la liquidación, además de que en realidad nunca se demostró la ocurrencia del siniestro y en cualquier caso, aun aceptando su ocurrencia, se desconoció que como mínimo se había ejecutado el 88% del objeto contractual, lo que impide la efectividad de la totalidad del valor asegurado.

7.6. Sobre el incumplimiento en el servicio de mantenimiento, el cual según el Tribunal *a quo* persistía incluso luego del recibo del objeto contractual, alegó que *“las partes implícitamente renunciaron a tal fase cuando convinieron en la terminación del contrato en el estado en que se encontraba”* por lo que su inclusión como razón fundante de los actos administrativos se constituye en una falsa motivación.

7.7. Finalmente indicó que tampoco resulta válido tomar como punto de partida de ese plazo de obligación de mantenimiento la suscripción del acta de liquidación, pues esa circunstancia no se especificó en el documento, y por el contrario, sí aparece allí la liquidación de esa fase de la ejecución contractual con un reconocimiento económico, lo que implica que no quedaron pendientes, y resulta irrelevante la correspondencia cruzada con posterioridad por las partes.

8. Luego de que se admitiera el recurso (f. 262 c. ppl), el 28 de febrero del 2006 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 264 c. ppl), oportunidad en la que sólo actuó Confianza, que manifestó atenerse a lo expuesto en la sustentación del recurso (f. 265 c. ppl).

9. En consideración a una solicitud que en tal sentido elevó Confianza el 25 de abril del 2011 (f. 269 c. ppl), el 29 de julio del 2013 se decidió darle prelación para fallo al presente asunto (f. 270-271 c. ppl).

## CONSIDERACIONES

### I. Competencia

10. La Sala es competente para decidir el asunto por tratarse de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía<sup>1</sup>, tiene vocación de doble instancia.

### II. Hechos probados

11. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos relevantes:

11.1. El 8 de junio de 1995 Telecom y Unisoftware Ltda. suscribieron el contrato n.º C-0017-95, cuyo objeto fue pactado en la cláusula primera del contrato de la siguiente manera (copia auténtica del contrato n.º C-0017-95 del 8 de junio de 1995 –f. 155-163 c. 2-):

*PRIMERA. OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con TELECOM a suministrar (licencia de uso), instalar, poner en funcionamiento y mantener el software necesario para conformar el Sistema de Información Financiero de TELECOM. PARAGRAFO PRIMERO: EL CONTRATISTA concede a TELECOM el derecho a perpetuidad,*

---

<sup>1</sup> En la demanda se estimó la cuantía del proceso, determinado por el valor de los amparos hechos efectivos en los actos administrativos demandados, en la suma total de \$587 340 000. Se aplica en este punto el numeral 8º del artículo 2o del Decreto 597 de 1988 “por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones”, que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que disponía que la cuantía necesaria para que un proceso de controversias contractuales iniciado en 2001 fuera de doble instancia, debía ser superior a \$26 390 000.

*intransferible, a título no exclusivo, del uso de las licencias correspondientes al Sistema de Información Financiero. Los derechos de autor inherentes al software objeto de este contrato permanecerán en cabeza de EL CONTRATISTA y al efecto le son aplicables las disposiciones vigentes en Colombia sobre derechos de autor. PARAGRAFO SEGUNDO: El software objeto de contratación comprende: a) La licencia de Uso Corporativa del Software Finanzas 2000 V 2.0 (ambiente gráfico) que incluye la personalización del soporte lógico en las condiciones establecidas en los Términos de Referencia. B) Los servicios de capacitación solicitados en los Términos de Referencia. C) La licencia de Uso Corporativa del software Auditoría 2000 para el sistema financiero. D) La Base de Datos documental en Línea, de la documentación de todo el sistema. PARÁGRAFO TERCERO: EL CONTRATISTA se obliga para con TELECOM a efectuar: asistencia técnica, capacitación y mantenimiento.*

11.2. En la cláusula tercera del contrato se pactó su valor en una suma de \$978 900 000, los cuales se encontraban discriminados de la siguiente manera (copia auténtica del contrato n.º C-0017-95 del 8 de junio de 1995 –f. 155-163 c. 2-):

- 1) bienes (software) - 706 800 000
- 2) servicios de capacitación y montaje - 182 400 000
- 3) servicio de mantenimiento - 89 700 000

11.3. Sobre el plazo y lugar de ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, en la cláusula quinta del contrato se determinó que la entrega del software y la prestación de los servicios tomaría lugar en las instalaciones en Bogotá de Telecom, aunque el montaje se haría también en otras dos ciudades a elección del contratante. Esto sería ejecutado en 4 fases sujetas a plazos así: a) las fases I y II se llevarían a cabo en 6 meses y estarían dirigidas a la entrega del sistema con todos los ajustes; b) la fase III se llevaría a cabo en los 12 meses siguientes y en ella se daría la capacitación, instalación, montaje y prueba del software en la administración central y regional de Bogotá; y c) la fase IV se desarrollaría en los 12 meses siguientes en los que se llevarían a cabo las labores de capacitación, instalación, montaje y prueba en dos ciudades definidas por Telecom (copia auténtica del contrato n.º C-0017-95 del 8 de junio de 1995 –f. 155-163 c. 2-).

11.4. De igual manera, se acordó en el párrafo de dicha cláusula que el servicio de mantenimiento se prestaría por el término de un año contado a partir de la fecha de recibo definitivo (copia auténtica del contrato n.º C-0017-95 del 8 de junio de 1995 –f. 155-163 c. 2-).

11.5. En la cláusula octava del contrato se determinó la obligación de Unisoftware de constituir una garantía dentro de los cinco días hábiles siguientes a la firma del contrato, la cual podría ser una póliza de seguros o una garantía bancaria. Los riesgos a amparar y sus montos se establecieron de la siguiente forma (copia auténtica del contrato n.º C-0017-95 del 8 de junio de 1995 –f. 155-163 c. 2-):

*Los riesgos a amparar son los siguientes: a) DE CUMPLIMIENTO: Por un momento igual al 10% del valor total del Contrato, la cual estará vigente desde su expedición, hasta la finalización del servicio de mantenimiento. B) DE MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO O PAGO ANTICIPADO: Por un monto equivalente al 100% de la suma entregada como anticipo o pago anticipado. Su constitución y aprobación serán Condiciones previas para la entrega de los dineros y permanecerá vigente hasta la amortización de su valor. c) DE CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO. Por un monto igual al 50% del valor total del Contrato, y con una vigencia de dieciocho (18) meses contados a partir de la fecha de recibo definitivo. En esta garantía se debe expresar la responsabilidad por parte de EL CONTRATISTA del adecuado dimensionamiento del software, tanto de procesamiento como de comunicaciones. D) DE ASISTENCIA DE PROGRAMAS: Debe constituirse por un monto igual al 10% del valor del Contrato, y con una vigencia de dos (2) años contados a partir del recibo definitivo.*

11.6. Varias cláusulas fueron incluidas en el contrato para precaver los perjuicios que serían producidos por un eventual incumplimiento del contratista. Así, la décima tercera estableció una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor contratado, mientras que en las décima cuarta y décima séptima incluyeron las cláusulas excepcionales de caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral e interpretación unilateral (copia auténtica del contrato n.º C-0017-95 del 8 de junio de 1995 –f. 155-163 c. 2-).

11.7. Las partes suscribieron 6 contratos adicionales al C-0017 del 8 de junio de 1995, los cuales se suscribieron en las fechas y con los objetos que se describen a continuación: (copia auténtica del contrato adicional n.º 1 del 7 de junio de 1996 –f. 164-167 c. 2-; copia auténtica del contrato adicional n.º 2 del 31 de octubre de 1996 -f. 168-172 c. 2; copia auténtica del contrato adicional N.º 3 del 30 de diciembre de 1996 –f. 173-177 c. 2-, copia auténtica del contrato adicional n.º4 del 23 de julio de 1997 –f. 178-181 c. 2-; copia auténtica del contrato adicional n.º 5 del 28 de noviembre de 1997 –f. 182-183 c. 2-, contrato adicional n.º 6 del 10 de diciembre de 1997 –f. 184-185 c. 2-).

Contrato Adicional	Fecha	Objeto
N.º 1	7/06/96	a) prorrogar el plazo del contrato hasta el 15 de noviembre de 1996; b) modificar la cláusula cuarta del contrato en lo relativo a las entregas parciales y la forma de pago; c) modificar el literal b de la cláusula cuarta en lo relativo a la forma y oportunidad de pago; d) incluir una nueva cláusula al contrato en la que se faculta a Telecom para imponer multas en caso de mora en el cumplimiento del cronograma de ejecución acordado en el acta n.º 3 de 27 de marzo de 1996. Su monto se pactó en 1.5% del valor de los bienes que no puedan ponerse en uso, cada semana, sin que pudiera superar el 15% del valor del contrato; e) se precisó que las cláusulas del contrato principal y los demás documentos anexos continuarían vigentes en cuanto no contradijeran lo acordado en el contrato adicional.
N.º 2	31/10/96	a) prorrogar el plazo del contrato hasta el 30 de diciembre de 1996; b) la cláusula cuarta del contrato en lo relativo a la forma y oportunidad de pago; c) precisar la disponibilidad de personal necesaria por parte del contratista para desarrollar el objeto contractual; d) se precisó que las cláusulas del contrato principal y los demás documentos anexos continuarían vigentes en cuanto no contradijeran lo acordado en el contrato adicional.
N.º 3	30/12/96	a) prorrogar el plazo del contrato hasta el 28 de julio de 1997; b) modificar la cláusula del contrato en lo relativo a la forma y oportunidad del pago; c) eliminar el montaje del software en otras dos ciudades; d) se precisó que las cláusulas del contrato principal y los demás documentos anexos continuarían vigentes en cuanto no contradijeran lo acordado en el contrato adicional.
N.º 4	23/07/97	a) prorrogar el plazo del contrato hasta el 30 de noviembre de 1997; b) modificar lo acordado en el

		contrato principal y el adicional n.º 3 sobre la forma y oportunidad de pago; c) se precisó que las cláusulas del contrato principal y los demás documentos anexos continuarían vigentes en cuanto no contradijeran lo acordado en el contrato adicional.
N.º 5	28/11/97	a) prorrogar el plazo del contrato hasta el 22 de diciembre de 1997.
N.º 6	10/12/97	a) incluir una cláusula adicional al contrato en la que se pactó que las partes efectuarían la liquidación del contrato de común acuerdo dentro de los 7 meses siguientes a su finalización o la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, o a la fecha que se acordara. En caso de no llegar a un acuerdo, se realizará unilateralmente por parte de Telecom mediante acto administrativo.

11.8. En atención a la cláusula 8 del contrato, el 13 de junio de 1995, Confianza expidió la póliza G U01 003 1074675, con una suma asegurada total de \$967 950 000 y el objeto de *“garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud del contrato n.º C-0017-95 de junio 8 de 1995, referente a suministrar (licencia de uso), instalar, poner en funcionamiento y mantener el software necesario para conformar el sistema de información financiero de Telecom”*. Así mismo, en la póliza se discriminaron los amparos, sus valores y vigencias de la siguiente manera (copia auténtica de póliza G U01 003 1074675 del 13 de junio de 1995 –f. 35 c. 2- ):

Amparos	Valor Asegurado	Vigencia
Cumplimiento	\$97 890 000	13/06/95 a 13/06/97
Anticipo	\$282 720 000	13/06/95 a 13/06/97
Calidad y Correcto Funcionamiento	\$489 450 000	18 meses a partir de la fecha de recibo definitivo
Asistencia de Programas	\$97 890 000	2 años a partir de la fecha de recibo definitivo

11.9. En virtud de la suscripción del contrato adicional n.º 1 del 7 de junio de 1996, Confianza expidió el certificado modificatorio n.º CMOFD 327570 del 18 de junio

de 1996, mediante el cual prorrogó la vigencia del amparo de cumplimiento hasta el 15 de noviembre de 1997, conservando la vigencia original de los demás amparos y el valor de todos los riesgos cubiertos (copia auténtica del certificado modificatorio n.º CMOFD 1074675327570 del 18 de junio de 1996 –f. 36 c. 2-).

11.10. De igual manera, como consecuencia de la suscripción del contrato adicional n.º 2 del 31 de octubre de 1996, Confianza expidió el certificado modificatorio n.º CMOFD 01 1437799 del 7 de noviembre de 1996, mediante el cual prorrogó la vigencia del amparo de cumplimiento hasta el 30 de diciembre de 1997, conservando la vigencia original de los demás amparos y el valor de todos los riesgos cubiertos (copia auténtica del certificado modificatorio n.º CMOFD 01 1074675437799 del 7 de noviembre de 1996 –f. 37 c. 2-).

11.11. Posteriormente, en respuesta a lo acordado en el contrato adicional n.º 3 del 30 de diciembre de 1996, Confianza expidió el certificado modificatorio n.º CMOFD 01 0475341 del 5 de febrero de 1997, mediante el cual prorrogó la vigencia del amparo de cumplimiento hasta el 28 de julio de 1998, conservando la vigencia original de los demás amparos y el valor de todos los riesgos cubiertos (copia auténtica del certificado modificatorio n.º CMOFD 01 0475341 del 5 de febrero de 1997 -f. 38 c. 2-).

11.12. El 23 de julio de 1997 confianza expidió el certificado modificatorio n.º CMOF 00 0597912 en el que, de conformidad con el contrato adicional n.º 4 del 23 de julio de 1997, prorrogó la vigencia del amparo de cumplimiento hasta el 30 de noviembre de 1998. Ahora, aunque en la descripción del objeto de la modificación se afirmó que los demás términos y condiciones de la póliza continuaban sin modificación, en la discriminación de los amparos se indicó que la vigencia del amparo de asistencia de programas iba del 28 de julio de 1997 al 30 de noviembre de 1998 (copia auténtica del certificado modificatorio n.º CMOFD 00 0597912 del 23 de julio de 1997 –f. 39 c. 2-).

11.13. El 2 de julio de 1998, con base en el contrato adicional n.º 5 del 28 de noviembre de 1997, mediante el certificado modificatorio n.º CMOFD 0785795 del 2 de julio de 1998 se prorrogó la vigencia de los amparos de cumplimiento y asistencia de programas hasta el 22 de abril de 1999. Los demás amparos, en su vigencia y valor, quedaron igual (copia auténtica del certificado modificatorio n.º CMOFD 0785795 del 2 de julio de 1998 -f. 40 c. 2-).

11.14. En los certificados modificatorios n.º CMODF 0785825 y CMODF 0786016 de fechas respectivas 6 de julio de 1998 y 27 de julio de 1998, se precisó la vigencia del amparo de asistencia de programas. Así, en el primero de estos documentos se volvió a la disposición original de dos años contados a partir del acta de recibo, mientras que en el segundo, que además se constituyó en última modificación de la póliza, se indicó que la vigencia iría del 2 de julio de 1998 hasta el 2 de julio del 2000.

11.15. El 2 de julio de 1998 Telecom y Unisoftware suscribieron de común acuerdo el acta de liquidación final del contrato C-0017-95, en la que, luego de hacer un recuento de las cláusulas del contrato, su modificación de acuerdo a los diferentes contratos adicionales suscritos, las facturas presentadas por Unisoftware y pagadas por Telecom, así como de los amparos cubiertos por la póliza expedida por Confianza, se consignaron las siguientes constancias y acuerdos (copia auténtica del acta de liquidación final del contrato C-0017-95, suscrita el 7 de julio de 1998 –f. 187-193 c. 2-):

- A 22 de diciembre de 1997 el contratista no había cumplido con todas las obligaciones del contrato en el tiempo establecido. Según el acta de valuación final del sistema de información financiero Unisoftware ejecutó del contrato 88.81% en lo relativo a bienes y en un mismo porcentaje en lo relativo a montaje, aunque no ejecutó nada de lo pactado en cuanto a los cursos de capacitación, por lo que se indicó que ello correspondía a 0%.

- Las sumas a las que equivalía esta ejecución contractual eran de \$627 709 080 en el caso de bienes y \$80 994 720 en lo relativo a montaje.

- A la fecha de la liquidación se había entregado el 85% del valor total de los bienes establecido en la cláusula 3 del contrato, ya que se había entregado un Anticipo de \$282 720 000, dos recibos provisionales de \$121 244 470 y \$90 795 530 y \$106 020 000 luego de la realización de pruebas en frío de subsistemas de presupuesto y contabilidad, para un total de \$600 780 000. Por lo tanto, Telecom debía al contratista por concepto de bienes la suma de \$26 929 080.

- En la cláusula 3 del contrato C-0017-95 se había definido el valor de los

servicios de capacitación y montaje en \$182 400 000, el cual encontraba discriminado en \$68 400 000 para cursos de capacitación, \$91 200 000 para el montaje de la administración central y \$22 800 000 para el montaje en otras dos ciudades. Sin embargo, como en el contrato adicional n.º 3 se eliminó el montaje en esas ciudades, el monto total del ítem de montaje y capacitación quedó en \$169 600 000.

- El contratista no dictó los cursos de capacitación y ejecutó el 88.81% de los servicios de montaje, mientras que recibió por estos conceptos \$72 960 000, por lo que se le terminó adeudando una suma de \$8 034 720.

- Por otra parte, el servicio de mantenimiento ascendía a la suma de \$89 700 000, por lo que la ejecución contractual solo fue del 88.81%, se le adeudaba al contratista la suma de \$79 662 570.

-Así las cosas, el valor total adeudado por Telecom a Unisoftware era de \$114 626 370, el cual debía ser cobrado mediante la presentación de una factura.

11.16. El 17 de mayo del 2000 la directora de informática de Telecom expidió la resolución n.º 00115000-0300 mediante la cual dispuso, textualmente, lo siguiente (copia auténtica de la resolución n.º 00115000-0300 del 17 de mayo del 2000 -f. 221-227 c. 2-):

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la ocurrencia de los riesgos de cumplimiento y de calidad y correcto funcionamiento amparados por la Garantía Única No. G U 01 003 1074675 y sus certificados de modificación Nos CMODF 01 0475341, CMODF 01 0475341, CMODF 00 0597912, CMODF 00785795, CMODF 00785825, CMODF 0597912 expedidos por la Compañía Aseguradora de fianzas S.A., constituidos por UNISOFTWARE LTDA., con fundamento en la parte motiva de esta Resolución;*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ordenar la efectividad de la Garantía Única No. GU 01 003 1074675 y sus certificados de modificación Nos. CMODF 01 437799, CMODF 01 0475341, CMODF 00 0597912, CMODF 0785795, CMODF 0785825 expedidos por la Compañía Aseguradora de fianzas S.A., constituidos por UNISOFTWARE LTDA., en cuanto los riesgos de cumplimiento y de calidad y correcto funcionamiento que con ella se ampara, por un los (sic) siguientes valores: Cumplimiento: NOVENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL PESOS (\$97.890.000.00) Moneda corriente; Calidad y Correcto funcionamiento: CUATROCIENTOS*

OCHENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (489 450 000) Moneda Corriente;

*ARTÍCULO TERCERO: El valor determinado en el artículo segundo deberá ser cancelado por UNISOFTWARE LTDA dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este Acto en la División de tesorería de TELECOM en Santa Fe de Bogotá, D.C. y en su defecto por la Compañía Aseguradora de fianzas S.A., dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al requerimiento escrito que con tal fin le haga TELECOM, acompañado de copia auténtica de este Acto debidamente ejecutoriado, sin perjuicio de que TELECOM efectúe el cobro respectivo a través de jurisdicción competente.*

*ARTÍCULO CUARTO: Notificar en legal forma la presente Resolución al Representante legal de LA SOCIEDAD UNISOFTWARE LTDA. y al representante legal de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., advirtiéndoles que contra la misma sólo procede por vía gubernativa, el Recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.*

*ARTÍCULO QUINTO: Una vez ejecutoriada esta resolución, envíese copia de la misma a: Divisiones de Tesorería, Crédito y Cobranzas, Contabilidad Nacional, Procesos y Ejecuciones Fiscales y a la sección recepción Cuentas de la Vicepresidencia Financiera.*

11.17. Telecom esgrimió como fundamento de la decisión la desatención de varios requerimientos que la entidad habría hecho posteriormente a la firma del acta final de liquidación a Unisoftware para hacer ajustes al sistema en desarrollo de la cláusula 5 del contrato que obligaba al contratista a prestar el servicio de mantenimiento por el término de un año contado a partir del recibo definitivo. Afirmó que las soluciones propuestas no fueron satisfactorias y las fallas hacían imposible la implementación efectiva del programa. Sobre el particular puntualizó:

*16.- Que conforme a las fallas técnicas señaladas y la negativa del CONTRATISTA a solucionarlas, ha quedado demostrado: a) Que el contratista no cumplió con su obligación de prestar servicio mantenimiento por el término de 1 año contado a partir del recibo definitivo, tal como se estableció en la cláusula QUINTA del contrato C-0017-95. B) La falla en calidad y correcto funcionamiento del Sistema de Información Financiero y que el mismo no cumplen con las condiciones de funcionalidad previstas y contratadas, lo que ha impedido que TELECOM pueda implantar el sistema, con los consiguientes inconvenientes y perjuicios de orden económico;*

*17.- Que mediante el oficio del 17 de febrero de 2000, las ingenieras GLADYS HENRIQUEZ SALINAS y PATRICIA VARGAS estiman que el monto de los perjuicios son en valor mayores al monto de las pólizas;*

*18.- Que en mérito de lo expuesto, es procedente declarar ocurridos los riesgos de cumplimiento y de calidad y correcto funcionamiento amparados por la Garantía Única No. G U 01 003 1074675 y sus*

*certificados de modificación Nos. CMODF 01 437799, CMODF 01 0475341, CMODF 00 0597912, CMODF 0785795, CMODF 0785825, expedidos por la Compañía Aseguradora de fianzas S.A. (...)*

11.18. Luego de que se notificara la anterior decisión personalmente a Unisoftware Ltda. y mediante edicto a Confianza, y de que el 2 de junio de 2000 el contratista interpusiera recurso de reposición, la directora de informática de Telecom expidió la resolución n.º 00115000-0434 del 28 de julio de 2000 en la que confirmó la resolución n.º 00115000-0300 del 17 de mayo de 2000 (copia auténtica de la resolución n.º 00115000-0434 del 28 de julio de 2000 -f. 231-237 c. 2-).

11.19. A continuación se sintetizan las razones expuestas por Telecom para desestimar los argumentos de la reposición de Unisoftware.

- El contratista consideró improcedente hacer efectiva la póliza dado que el contrato fue terminado de común acuerdo y a satisfacción, además de que su vigencia ya había terminado para el momento de la notificación de la sociedad.

Al respecto, Telecom indicó que el contrato no se terminó a satisfacción ni de mutuo acuerdo, sino que finalizó en virtud del incumplimiento del contratista respecto de sus obligaciones, ya que para el vencimiento del plazo del contrato solo ejecutó el 88.81% del objeto. Diferente es que luego de vencido este plazo se hubiese hecho la liquidación, en la cual también se dejó constancia del incumplimiento.

También recordó que subsistía por un año contado luego del recibo definitivo, que en este caso se identifica con la expedición del acta de liquidación, la obligación del contratista de prestar el servicio de mantenimiento.

Sobre la oportunidad, indicó que es viable declarar el siniestro vencida la vigencia de la póliza cuando el incumplimiento que lo constituye se presentó antes de tal vencimiento. En tal sentido recordó que los requerimientos desatendidos de Telecom al contratista se dieron en vigencia de la póliza.

- El contratista también alegó que el acto se produjo con ausencia de

competencia de la directora de informática de Telecom para tales efectos, a lo cual respondió la entidad señalando que la mencionada funcionaria si tenía la competencia, en virtud de la resolución n.º 00100000-949 del 23 diciembre de 1999, mediante la que se le delegó la función por parte del presidente de Telecom.

- Unissoftware insistió en el recibo a satisfacción de la entidad en cuanto a los bienes y el montaje, de lo que se dejó constancia en el acta de liquidación cuando se estableció que se ejecutó todo hasta el 88.81%. Además, al tratarse de un sistema fuente, era lógico que a Telecom le fuera necesario terminar su implementación en la entidad. Agregó que allí también se indicó que se cumplió en lo relativo al mantenimiento, y fue mera liberalidad suya continuar con el apoyo técnico y logístico a Telecom.

Al respecto, la entidad reiteró que el cumplimiento solo fue del 88.81%, y luego del recibo se presentaron fallas de funcionalidad del sistema, lo que hace parte de lo que en primera instancia se había recibido y es por eso que fue necesario realizar los requerimientos al particular para prestar el servicio de mantenimiento al que se había obligado en el contrato por el término de un año contado a partir de la fecha de ese recibo, el cual adicionalmente estaba cubierto por la póliza de Confianza.

11.20. Así, las cosas, la entidad dispuso en la parte resolutive:

*ARTICULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 00115000-03000 del 17 de mayo de 2000, por medio de la cual se declaró la ocurrencia de los riesgos de cumplimiento y de calidad y correcto funcionamiento del contrato C-0017-95, amparados por la Garantía Única No. G U 01 003 107 6475 y sus certificados de modificación Nos. CMODF 01437799, CMODF 01437799, CMODF 01 0475341, CMODF 00 0597912, CMODF 0785795 y CMODF 0785825 expedidos por la Compañía Aseguradora de fianzas S.A., constituidos por UNISOFTWARE LTDA., y se ordena hacer efectiva la misma.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Reconocer personería jurídica al Dr. Rafael Ernesto Jiménez Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 19.449.039 de Bogotá y T.P. No. 58.033 del CSJ, para actuar como apoderado de la sociedad UNISOFTWARE LTDA.*

*ARTÍCULO TERCERO: Rechazar el recurso de reposición interpuesto por la sociedad UNISOFTWARE LTDA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta resolución.*

*ARTÍCULO CUARTO: Notificar en legal forma la presente Resolución a*

*los representantes legales de la sociedad UNISOFTWARE LTDA. o su apoderado Dr. Ernesto Jiménez Rodríguez.*

*ARTÍCULO QUINTO: Una vez ejecutoriada esta resolución, envíese copia de la misma a Divisiones de Tesorería, Crédito y Cobranzas, Contabilidad Nacional, Procesos y Ejecuciones Fiscales y a la sección recepción de cuentas de la vicepresidencia financiera.*

11.21. Después de decidido el recurso de reposición de Unisoftware contra la resolución n.º 00115000-0300 del 17 de mayo del 2000, el 4 de junio del 2000 Confianza presentó solicitud de revocatoria directa contra esa decisión, la cual fue negada mediante la resolución n.º 00115000-0472 del 16 de agosto del 2000. A continuación se sintetizan los argumentos de la aseguradora y la respuesta que a ellos planteó en el acto administrativo la entidad contratante (copia auténtica de la resolución n.º 00115000-0300 del 17 de mayo del 2000 –f. 60-69 c. 2-).

- La aseguradora también indicó que las partes decidieron terminar el contrato cuando se había ejecutado el 88,81%, lo cual fue recibido, pagado y aceptado por la entidad, lo que imposibilita la declaratoria de incumplimiento.

Al respecto, la entidad reiteró que el contrato no se terminó a satisfacción sino de forma anormal por el incumplimiento del contratista, y que incluso luego del recibo de los bienes Unisoftware tenía la obligación de hacer el mantenimiento del software, sin que su respuesta a los requerimientos fuera satisfactoria. También insistió en que la declaratoria fue oportuna en cuanto el incumplimiento ocurrió durante la vigencia del amparo.

Agregó que debe tenerse en cuenta que el acto administrativo que hace efectivo la póliza no constituye como tal *“una declaratoria de incumplimiento propiamente dicha, no es una sanción administrativa de plano, no es el ejercicio de una facultad excepcional”*. Además, ese tipo de decisión es simplemente la herramienta con la que cuenta la entidad estatal para proteger los recursos estatales.

- La aseguradora alegó que no era posible hacer efectivo el amparo de calidad y buen funcionamiento en cuanto las comunicaciones enviadas por Telecom solo hacían referencia a algunos ajustes que debían realizarse, pero no enunciaban deficiencias del sistema, defectos de funcionalidad o

calidad, ni que el sistema no cumpliera con los requerimientos mínimos contractuales.

A esto, la entidad respondió que de hecho las fallas presentadas sí implicaban el incumplimiento de las características mínimas que debía tener el producto, y que de ello se dejó constancia en la respectiva resolución, en la que se enunció que las pruebas hechas al programa revelaban que era imposible su implementación.

- La aseguradora afirmó que existió falsa motivación de los actos administrativos, aunque omitió indicar las razones exactas de su decir, lo cual fue negado por la entidad, que solicitó a Confianza remitirse a los expuesto en la parte considerativa de las resoluciones.

Finalmente, la entidad recordó que la revocatoria directa de los actos administrativos procede únicamente en las específicas circunstancias previstas en el artículo 69 del Código de Comercio, de las cuales ninguna es aplicable al caso concreto.

#### **IV. Problema jurídico**

12. De acuerdo con los hechos y las pretensiones de la demanda, así como con las consideraciones hechas por el *a quo*, los argumentos expuestos en el recurso de apelación y el material probatorio puesto a disposición, la Sala deberá resolver sobre la legalidad de la resolución n.º 00115000-0300 del 17 de mayo del 2000 - por la que Telecom declaró la ocurrencia de los riesgos de cumplimiento, calidad y buen funcionamiento en el marco del contrato C-0017-95, amparados por la póliza n.º G U 01 0031074675 expedida por Confianza, así como por sus certificados modificatorios-, al igual que sobre la legalidad de su confirmatoria n.º 00115000-0434 del 28 de julio del 2000 y la n.º 00115000-0472 del 16 de agosto de 2000, por la que la entidad negó la solicitud de la sociedad demandante de revocar directamente el acto primigenio.

12.1. Serán de especial relevancia para el asunto particular las normas aplicables al contrato de acuerdo con su momento de suscripción y ejecución, en especial aquellas que prescribían sobre la naturaleza de acto motivado de la administración

mediante el cual se hace efectiva la póliza única de cumplimiento y la competencia que le asiste a la administración para expedir ese acto administrativo.

## V. Análisis de la Sala

13. De manera previa a resolver de fondo el caso que se pone a consideración de la Sala, es necesario hacer algunas precisiones sobre la forma en la que se encuentra vinculado al presente proceso la sociedad contratista Unisoftware Ltda. y sobre las implicaciones que esa vinculación trae para la resolución del caso.

13.1. Como se indicó en el párrafo 2 de esta sentencia, en el auto admisorio de la demanda del 15 de noviembre del 2001 expedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó, con el fin de integrar debidamente el contradictorio, la vinculación al proceso de Unisoftware Ltda., para lo cual dispuso la notificación personal de esa providencia a su representante legal.

13.2. Aunque en la anterior decisión no se determinó con claridad la naturaleza de esa vinculación, en la sentencia de primera instancia que fue proferida por el Tribunal *a quo* el 4 de noviembre del 2004 se afirmó que se había traído al proceso al contratista en calidad de litisconsorte necesario.

13.3. El Código de Procedimiento Civil en sus artículos 50<sup>2</sup>, 51<sup>3</sup> y 83<sup>4</sup> plantea la existencia de litisconsorcios de carácter facultativo y necesario, cuya ocurrencia

---

<sup>2</sup> “Art. 50.- *Litisconsortes facultativos.* Salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso”.

<sup>3</sup> “Art. 51.- *Litisconsortes necesarios.* Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos”.

<sup>4</sup> “Art. 83.- *Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.* Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

dependerá de la existencia de una relación substancial entre dos o más personas, naturales o jurídicas, que las habilita para hacerse parte en un proceso, ya sea activa o pasivamente.

13.4. El litisconsorcio será necesario en la medida en que esa relación sustancial implique que el proceso debe ser resuelto de manera uniforme para todas esas personas, lo que implica que solo con la concurrencia de todos aquellos que compartan esa relación será válido adelantar el proceso. Por el contrario, cuando la relación existente no hace que la litis deba resolverse de forma homogénea, el litisconsorcio será facultativo, por lo que se podrá dirimir el litigio sin la concurrencia de todos aquellos que compartan la relación.

13.5. Particularmente, la Sala ha tenido la oportunidad de referirse a la relación jurídica existente entre el contratista y la compañía aseguradora que expide la póliza que constituye la garantía única de su cumplimiento en un contrato estatal, cuando se pretende la nulidad del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro y la hace efectiva; y se ha concluido que no puede encuadrarse ni en el litisconsorcio facultativo ni en el necesario, en la medida en que el vínculo jurídico que hay entre ambos hace que en efecto la decisión que se tome en el sentido de sacar o no de la vida jurídica el acto administrativo tendrá el mismo efecto para ambos, pero ello no quiere decir que deban los dos concurrir al proceso para su validez, con lo que se estaría hablando de un litisconsorcio cuasinecesario.

13.6. Sobre el particular, la Subsección, al desestimar la solicitud del Ministerio Público de que se declarara una nulidad por falta de integración del contradictorio entre el contratista y la aseguradora, indicó en sentencia del 23 de febrero del 2012<sup>5</sup>:

*Ahora bien, en relación con el litis consorcio que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador,*

---

*Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso. Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso”.*

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador de seguro, quien transfiere el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración, considera la Sala que no encuadra exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como litis consorcio cuasinecesario.*

*Esta especie o modalidad de litis consorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el litis consorcio necesario y el facultativo. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos.*

*(...)*

*Es, por consiguiente, una figura procesal distinta al litisconsorcio necesario, que implica la legitimación simultánea para varios sujetos, pero sin que la propia ley, ni la naturaleza de la relación sustancial, establezca como requisito sine qua non para su procedencia, la integración del contradictorio con todos ellos.*

*Además, esta modalidad se identifica con el litis consorcio necesario en que en una y en otra la sentencia vincula al tercero y lo afecta, pero se diferencian en que en el litis consorcio cuasinecesario no se requiere que todos los sujetos comparezcan al proceso para proferirla; y se parece al litis consorcio facultativo en que el sujeto voluntariamente puede concurrir o no al proceso, pero difiere del mismo por cuanto si no comparece al proceso la sentencia es uniforme y lo vincula. Con todo, el interviniente cuasinecesario puede presentarse al proceso en el estado en que se encuentre, siempre que no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia, y procede su actuación con todas las prerrogativas de parte, tal y como lo indica el artículo 52 del C. del P. Civil.*

*Ahora bien, aunque pudiera pensarse que no se requiere la concurrencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista al proceso donde se debate la nulidad del acto que declara el siniestro amparado en la póliza, como quiera que ambos pueden demandar o no demandar dicho acto o hacerlo en forma independiente, con lo cual podría estimarse que se está en presencia de un litis consorcio facultativo, en el evento que nos ocupa, resulta más nítida la aplicación de la figura del litis consorcio cuasinecesario, teniendo en cuenta que la sentencia de nulidad del acto administrativo finalmente tiene efectos frente a ambos, pues al desaparecer el acto cesa la obligación a cargo de la aseguradora de pagar la indemnización por concepto de efectividad de la garantía de calidad y en consecuencia el derecho de ésta de repetir contra el contratista.*

*Es decir, en esos casos tanto a la aseguradora como al contratista asegurado le asiste un interés individual y por ende, podrán reclamar cada uno en juicio lo que crea que en derecho les corresponde ventilar, sin que sea necesario que se presenten conjuntamente a demandar el*

*acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, entre otras razones, porque ese acto en realidad obliga directamente a la compañía aseguradora al pago de la indemnización materia del seguro a favor de la entidad pública beneficiaria, mientras que al contratista la efectividad de la garantía lo deja expuesto a una repetición del importe pagado, cuando a ello hubiere lugar, pero, con todo, la nulidad podría terminar beneficiándolos a ambos, con lo cual la sentencia extiende sus efectos jurídicos.*

*En suma, es aplicable este tipo de litis consorcio a la cuestión analizada porque:*

*(i) Entre el asegurado contratista y la aseguradora existe una relación material sustancial originada en un contrato de seguro (vínculo jurídico) que los legitimaría para actuar como parte activa en el proceso; (ii) Cuando cualquiera de los afectados, esto es aseguradora o el asegurado contratista demande el acto administrativo, el otro no tiene porque ser citado al proceso, por cuanto está en su derecho de demandarlo o no hacerlo, no obstante lo cual de conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, los efectos de la nulidad del acto declarada en la sentencia afectan a quien no decidió demandar por virtud de la fuerza de la cosa juzgada que le otorga la misma; igualmente, la negativa de la nulidad tiene por efecto la cosa juzgada erga omnes, pero solo en relación con el vicio que fue objeto de juzgamiento, situación que le impide al otro afectado volver a solicitar el enjuiciamiento del acto por el mismo defecto; (iii) Si bien la aseguradora o el asegurado contratista, según el caso, no requieren ser citados al proceso, pues basta que uno sólo de ellos demande, quien no lo haga puede concurrir e intervenir en el proceso en el estado en que se encuentre, antes de dictarse fallo de única o segunda instancia (art. 52 C.P.C), y con todas la prerrogativas de la parte activa siempre que respecto de ella no haya operado la caducidad para ventilar en sede judicial sus pretensiones, porque hay que recordar que al contrario de lo que sucede con la nulidad, los efectos del restablecimiento del derecho dispuestos en la sentencia sólo aprovechan a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor, intervención que, por supuesto, debe hacerse antes de que se hubiese configurado dicho fenómeno procesal de la caducidad;(iv.) Para dictar sentencia frente a la litis no se requiere la comparecencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista, pues es suficiente la concurrencia de cualquiera de ellos.*

13.7. Como puede verse, en un caso como el analizado, no era necesario citar al proceso al contratista, ya que la relación que comparte con la aseguradora se enmarca en un litisconsorcio cuasinecesario. Sin embargo, nada impedía que participara en el trámite procesal hasta antes de que se dictara sentencia, lo cual ocurrió en este caso en cuanto la vinculación fue ordenada en el mismo auto admisorio de la demanda.

13.8. Valga aclarar que, como se estableció en la providencia referenciada, la participación de la parte citada está limitada por la oportunidad de su intervención,

que debe respetar las reglas temporales de la disposición de la acción, que para las controversias contractuales se encuentran definidas en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

13.9. En este sentido, deberá tenerse en cuenta que, como se puede observar en el párrafo 6.1. de la presente decisión, el Tribunal *a quo* se pronunció sobre la caducidad de la acción tomando como referente únicamente la radicación de la demanda de Confianza y concluyó que en consideración a que ello se produjo dentro del término de 2 años contados a partir de la notificación de la resolución n.º 00115000-0434 del 28 de julio de 2000 –la cual fue confirmatoria de la primigenia n.º 00115000-0300 del 17 de mayo del 2000-, la acción se había ejercido oportunamente. Sin embargo, nada dijo sobre la intervención de Unisoftware Ltda.

13.10. Si se toma ese mismo punto de partida para contabilizar la caducidad de la acción respecto del contratista Unisoftware, debe llegarse a la conclusión de que su intervención se produjo vencidos los dos años con los que legalmente contaba para disponer de su derecho a accionar, por lo que su intervención debe ser considerada extemporánea al haberse producido el 3 de febrero del 2003.

13.11. Ninguna consideración especial puede hacerse en el caso por la circunstancia de que solo hasta el 14 de enero del 2003 se le hizo saber de la admisión de la demanda presentada por Confianza, pues lo cierto es que desde que se le notificó personalmente la resolución del 28 de julio del 2000 en la que se confirmó la decisión administrativa de hacer efectiva la póliza de garantía, nació su derecho a ventilar su disenso con esa decisión en sede judicial.

13.12. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario reiterar que de cualquier manera, y aún si Unisoftware no hubiese intervenido en el proceso, los efectos de una eventual declaratoria de nulidad de los actos acusados también tendrán efectos respecto suyo, al ser retirado de la vida jurídica un acto que le afecta.

14. Entrando a la cuestión de fondo, la Sala observa que en la demanda se alegaron una serie de irregularidades en la expedición de los actos administrativos, los cuales tiene como común denominador una presunta ausencia de competencia funcional y *pro tempore* para proferir esas decisiones.

15. Por lo tanto, la Sala debe determinar si de conformidad con las normas que eran aplicables al contrato en cuyo marco se profirieron esos actos era posible para la entidad pública contratante su expedición, o lo que es lo mismo, establecer si le asistía a la demandada competencia para ello.

16. Se resolverá en primer lugar sobre el alegado vicio de falta de competencia, dado que, tal como lo ha expresado la Sala en ocasiones anteriores, se considera que esta es la forma más grave de ilegalidad de una decisión de la administración<sup>6</sup>:

*(...) dada la gravedad que representa la ausencia de este requisito en la expedición de los actos administrativos, la Sala, al igual que la doctrina, ha considerado que "...por tratarse del cargo de incompetencia (...) que constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad en que puede incurrir el acto administrativo y por el carácter de orden público que revisten las reglas sobre competencia (Art. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador. Con lo anterior, no se trata de desconocer el principio de jurisdicción rogada que distingue a la contencioso administrativa, sino de admitir que existen algunos eventos en los cuales tal característica debe ceder, en virtud de los más altos valores que se hallan en juego y que le corresponde defender al juez contencioso administrativo (...).*

17. Debe iniciarse señalando que, dado que el contrato n.º C-0017-95, de cuya ejecución se derivan las resoluciones atacadas en las que se hacen efectivos unos amparos cubiertos por la póliza única de cumplimiento GU 01 003 1074675 expedida por Confianza, fue suscrito el 8 de junio de 1995 y tomando en consideración que una de las partes que lo celebró -Telecom- era para ese momento una entidad descentralizada por servicios, constituida como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, con personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, según lo previsto en el Decreto 2123 de 1992, éste se encontraba regido por la Ley 80 de 1993.

18. Habiendo establecido esto, es menester determinar si bajo el régimen de esta norma le asistía a la administración la potestad de hacer efectiva, mediante un acto administrativo motivado, la póliza de cumplimiento constituida por el contratista para garantizar las obligaciones que se encontraban a su cargo.

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero del 2006, expediente 13414, CP. Ramiro Saavedra Becerra.

19. Este análisis debe comenzar por la determinación de la naturaleza del acto administrativo que declara la ocurrencia de los riesgos asegurados y hace efectiva la póliza, y aclarar si esta decisión constituye una declaratoria de incumplimiento, dado que esa afirmación se presenta como elemento fundamental del sustento jurídico de la solicitud de nulidad.

20. La cláusula de garantía de los contratos estatales ha sido prevista por las diferentes normas y estatutos que ha regido esa actividad de la administración los cuales han determinado que las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con el estado están en la obligación de prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato y sean puestas en cabeza suya.

21. Este requisito es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista.

22. Su inclusión imperativa en el clausulado contractual ha sido prevista incluso desde el Decreto Ley 222 de 1983, en sus artículos 67 a 70 para luego ser incorporado a la Ley 80 de 1993 en sus artículos 25.19 y 60, así como en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, y puede consistir, aunque no de manera exclusiva, en pólizas expedidas por sociedades autorizadas para su funcionamiento en el País. Su vigencia depende de su naturaleza y lo fijado en los diferentes reglamentos, pero en cualquier caso, no puede ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato.

23. Aunque en general se rige por lo previsto en el Código de Comercio, se trata de un contrato de seguro con elementos sustancialmente diferentes a los celebrados por particulares, especialmente en lo que tiene que ver con la reclamación ante la aseguradora, dado que la administración posee la potestad de proferir un acto administrativo debidamente motivado, mediante el cual declara la ocurrencia del siniestro amparado. Como todo acto administrativo, la declaratoria del siniestro goza de una presunción de legalidad que puede ser impugnada en sede administrativa tanto por quien expidió el seguro, como por el contratista.

Obviamente, estas partes también tiene la potestad de demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

24. Una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado la ocurrencia siniestro o riesgo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, el de estabilidad de la obra y el de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, los cuales, como se dijo, deben encontrarse asegurados por las garantías del contrato.

25. Esta conclusión se deriva de manera lógica de lo previsto en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, que en sus numerales 4 y 5 establece que las pólizas de seguro de las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo junto con el acto administrativo que declara esa obligación –siempre que este se encuentre debidamente ejecutoriado-, lo cual implica la potestad de la entidad de declarar el siniestro, con la posibilidad de la aseguradora de oponerse solo mediante el uso de los recursos propios de la vía gubernativa y/o demandar la nulidad del acto judicialmente.

26. Ahora, debe tomarse en consideración que esta prerrogativa de la administración no tiene una naturaleza sancionatoria, lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato e incluso después de su liquidación. Esta posición, que fue acogida por la Sección Tercera en sentencia del 10 de julio de 1997<sup>7</sup>, sería reiterada en sentencias del 3 de mayo del 2001<sup>8</sup>, 24 de agosto de 2002<sup>9</sup> y mucho más reciente mente 23 de febrero del 2012<sup>10</sup>.

27. También ha sido clara la jurisprudencia de la Sección en el sentido de que, a pesar de que la Ley 80 de 1993 no contempló específicamente la facultad en comento, aún en los contratos celebrados bajo su vigencia esta seguía existiendo

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, expediente 9286, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 12724, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 13598, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

como privilegio de la administración en razón a que el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo aún regía, y aunque el artículo 75 de ese estatuto contractual derogó su numeral 5, esa prerrogativa también se deriva del numeral 4 del citado artículo 68. Concretamente se indicó<sup>11</sup>:

*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 aquélla contaba, para hacerlo, con una facultad legal expresa, prevista en los numerales 4º y 5º del art. 68 del C.C.A., en los cuales se relacionan los actos que prestan mérito ejecutivo, 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, si 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, 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. 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 si quedó derogado fue el hecho de que dicho 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*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005, expediente 14583, C.P. Alier Hernández Enríquez.

*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.*

28. Se concluye de esta manera, que la Sección Tercera ha indicado con meridiana claridad que el marco de los contratos estatales, la administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza por medio de la expedición de un acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción, sin que esta sea una potestad de carácter sancionatorio.

29. En ese sentido, resulta evidente que la entidad estatal demandada sí contaba con la competencia para expedir el acto administrativo en el que hizo efectivos algunos de los amparos cubiertos por la póliza de garantía expedida por Confianza, sin que fuera óbice para ello el hecho de que se hubiera finalizado el plazo de ejecución y liquidado el contrato, pues esta es una facultad que continúa aún vencidos estos límites temporales, máxime si se tiene en cuenta que, como se explicó, no es una habilitación sancionatoria.

30. Esta sustentación resulta aún más lógica, cuando se tiene en cuenta que la potestad declarativa a la que se he hecho referencia, contrario a lo expuesto por el demandante, no puede ser identificada con el uso de la facultad de declaratoria de incumplimiento contractual de la que trata el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sobre lo cual, escuetamente, se harán las siguientes precisiones.

31. El Decreto 222 de 1983, el cual puede ser asimilado a la norma aplicable a la contratación estatal previamente a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, establecía diversos mecanismos mediante los cuales la entidad podía hacer frente al incumplimiento del contratista, cada uno de los cuales podía ser usado por la administración dependiendo del momento en el que el proceso contractual se encontrara y la gravedad que supusiera el incumplimiento.

32. Así, en el caso de que durante la ejecución contractual se advirtiera un incumplimiento del contratista, la entidad contratante tenía, básicamente dos opciones. En caso de que el incumplimiento fuera de tal entidad que hiciera inevitable la paralización de la ejecución contractual, podía declararse la caducidad del contrato conforme a lo establecido en los artículos 60 a 65 del decreto, sin perjuicio de los demás causales previstas en la norma para hacer uso de tal facultad. Si el incumplimiento no guardaba tal magnitud, la entidad podía apremiar al contratista mediante la imposición de multas, según la habilitaba el artículo 71 de tal norma.

33. Ya vencida la etapa de ejecución del objeto contractual, estas posibilidades fenecían, en consideración a que ya no tendrían utilidad dado el carácter apremiante de las multas y el efecto de finalización del contrato que trae la declaratoria de caducidad. Sin embargo, aún podía la entidad declarar el incumplimiento del contratista en un acto administrativo motivado que tenía como principal fin la efectividad de la cláusula penal pecuniaria, según lo determina el artículo 72 del decreto<sup>12</sup>.

34. La situación fue bastante diferente con la entrada en rigor de la Ley 80 de 1993, dado que en ella se eliminaron varias de las potestades que a favor de la administración traía el decreto 222 de 1983, y por consiguiente no se incluyó la prerrogativa de la imposición de multas, ni la de declaratoria de incumplimiento, quedando únicamente prevista legalmente la declaratoria de caducidad, incluida explícitamente en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 como una potestad exorbitante del Estado<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> "Artículo 72.- De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento. La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato. El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante".

<sup>13</sup> "Artículo 14.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones

35. Posteriormente, ambas potestades, léase imposición de multas y declaración de incumplimiento del contratista, volvieron al ordenamiento jurídico colombiano con la expedición de la Ley 1150 del 2007, que en su artículo 17 indicó:

*Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

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

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

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

36. En providencia del 20 de noviembre del 2008, con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa Palacio se hicieron varias precisiones y se establecieron diferencias

---

*a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.*

*2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de determinación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente”.*

entre estas dos facultades, entre las que destacó el límite temporal con que se cuenta para hacer uso de cada una de ellas. Se indicó entonces que mientras la caducidad solo podría declararse en cuanto el plazo de ejecución del contrato estuviera vigente, la declaración de incumplimiento es una potestad que surge pasado ese momento, pero que en todo caso, solo está en cabeza de la entidad contratista en vigencia del decreto 222 de 1983 y la Ley 1150 de 2007, estando los contratos celebrados en vigencia de la Ley 80 de 1993 sin la reforma que esta última norma impuso, excluidos de tal posibilidad<sup>14</sup>:

*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*

37. Esta última conclusión adquiere relevancia en cuando es claro que el demandante considera que los actos administrativos atacados son verdaderas declaratorias de incumplimiento, lo cual implicaría que al estar el contrato analizado enmarcado en las normas de la Ley 80 de 1993, la administración carecería de la competencia para expedir el acto.

38. Sin embargo, téngase en cuenta que como ya se explicó en los párrafos 25 a 28, la potestad de hacer efectiva la póliza de garantía deviene de un fundamento legal diferente al recién señalado, pues surge de lo dispuesto en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, cuyo numeral 4 continuó vigente aún en vigencia de la Ley 80 de 1993, por lo que no puede identificarse con la prerrogativa de declaratoria de incumplimiento arriba enunciada, máxime cuando

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 17031.

los actos acusados no solo hicieron efectivo el amparo de cumplimiento, sino también los de calidad y correcto funcionamiento del software adquirido mediante el contrato C-0017-95.

39. Siendo esto así, se llega a dos conclusiones: i) la entidad contaba con la potestad de expedir los actos administrativos que hicieron efectiva la póliza en virtud de lo dispuesto, para ese momento en el artículo 68.4. del Código Contencioso Administrativo; ii) los actos que hicieron efectiva la póliza provienen de una fuente legal diversa.

40. Sin perjuicio de la claridad que las anteriores consideraciones arrojan sobre la competencia que tenía la entidad para expedir los actos administrativos acusados, la Sala encuentra que al analizar el material probatorio obrante en el expediente no ocurre lo mismo con la funcionaria que profirió los actos en presunta representación de la entidad.

41. Recuérdese que según se indicó en el párrafo 1.3. de esta sentencia, uno de los cargos de ilegalidad que sustentan la solicitud judicial de Confianza en este caso, tiene que ver con la ausencia de habilitación de la señora directora encargada de informática de Telecom para ejercer una función que en principio le corresponde de manera privativa al director general de la entidad.

42. Este argumento fue refutado por la entidad contratante en su contestación de la demanda, al afirmar que la ausencia de competencia de la funcionaria no se configura en este caso por cuanto la facultad para expedir los actos administrativos relativos a la ejecución contractual había sido delegada a los directores de las diferentes oficinas de Telecom mediante la resolución n.º 00100000-949 del 23 de diciembre de 1999 (ver supra párr. 4.7.).

43. Sin embargo, ese acto administrativo no fue aportado al proceso en ningún momento del trámite procesal de primera o segunda instancia, por lo que no puede apreciarse con efectiva certeza la veracidad de esa afirmación, y por lo tanto, no se demuestra fehacientemente la competencia de la directora de informática de Telecom para declarar la ocurrencia de los riesgos amparados por el seguro expedido por la sociedad demandante.

44. En materia de contratación estatal, las funciones relativas a la estructuración, ejecución y finalización del proceso contractual se encuentran como regla general en cabeza de los jefes y representantes legales de las entidades estatales. Sin embargo, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 previó que estos “*podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes*”.

45. Ahora, aunque el concepto y sus limitaciones son diferentes a los relativos a la delegación administrativa de la que trata la Ley 489 de 1998, comparte con ésta última varios elementos, especialmente en los requisitos de forma necesarios para su validez, entre los que cabe resaltar la necesidad de que las funciones que se delegan sean expresas y que ello conste, inexorablemente, por escrito.

46. Es relevante entonces traer a colación lo que esta Sección ha dicho sobre la delegación en materia de contratación estatal, así como sobre los requisitos para la eficacia y validez de ese acto<sup>15</sup>:

*La delegación es, pues, un instituto que tiene por objeto racionalizar la función administrativa, y está diseñado para descongestionar los despachos públicos, sobre la base de que el mejor funcionamiento de la Administración Pública exige una división técnica del trabajo. En cuanto a los elementos constitutivos, el artículo 10 de la citada ley 489 prescribe los requisitos que debe reunir el acto administrativo motivado de delegación: i) siempre será escrito (presupuesto de forma); ii) se determinará la autoridad delegataria (presupuesto subjetivo) y iii) se señalarán las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren (presupuesto objetivo o material).*

*(...)*

*Ahora, recientemente la Sala indicó que el artículo 12 de la ley 80 de 1993 sólo permite la distribución de competencias contractuales al interior de la misma persona jurídica para efectos de su ejercicio. Precisó, además, que no es posible intentar vaciar de contenido la actividad contractual a cargo del representante legal de una entidad y por lo mismo la actividad contractual no es un servicio sino un instrumento para el cumplimiento de los fines del Estado y por lo tanto no es “descentralizable”. La Ley 1150 de 2007 en su artículo 21 adicionó el artículo 12 de la ley 80 en el sentido de señalar que en ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. Y agregó en un párrafo de la misma norma que para los*

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de abril del 2008, expediente 25000-23-26-000-2005-00240-01, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*efectos de contratación estatal, se entiende por “desconcentración” la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio.*

47. Así las cosas, es claro que la parte demandada no logró acreditar uno de los supuestos centrales de su defensa, consistente en demostrar que le asistía a la directora encargada de informática de Telecom la competencia de expedir los actos administrativos acusados, dado que no se cuenta con el acto de delegación que mandatoriamente debe constar por escrito y especificar las funciones particulares delegadas. Está por demás decir que esta carga probatoria se encuentra en forma exclusiva en cabeza de la demandada en virtud del principio de que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*<sup>16</sup>.

48. Según lo expuesto, encuentra la Sala que debe declararse la nulidad de la resolución n.º 00115000-0300 del 17 de mayo de 2000 mediante la cual Telecom declaró la ocurrencia de los riesgos de cumplimiento, calidad y correcto funcionamiento amparados por la póliza de garantía única n.º GU01 003 1074675 y sus certificados modificatorios expedida por Confianza, su confirmatoria n.º 00115000-0434 del 28 de julio del 2000 y la n.º 00115000-0472 del 16 de agosto del 2000, por la que se negó una solicitud de revocatoria directa del acto primigenio.

49. Establecido esto, la Sala debe pronunciarse sobre las restantes pretensiones solicitadas en la demanda, las cuales tienen que ver con la declaratoria de que no ocurrió el siniestro amparado por la póliza expedida por Confianza.

50. En tal sentido, la Sala resalta que ello no es nada más que una consecuencia lógica de la desaparición de la vida jurídica de los actos acusados la cesación de sus efectos. Por lo tanto, en cuanto se dejó claro en párrafos anteriores que en materia de seguros que garantizan el cumplimiento de las obligaciones en contratos estatales el acto administrativo que declara su ocurrencia es constitutivo del siniestro mismo, la nulidad implica que en el caso analizado el siniestro no se presentó.

---

<sup>16</sup> Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

51. En el mismo orden de ideas, la Sala también accederá a la pretensión de declarar que en el presente caso la sociedad aseguradora no se encuentra obligada a pagar los valores económicos especificados en esos actos, y en el caso de que ya lo hubiere hecho la entidad demandada deberá proceder a su devolución.

52. En un sentido contrario, no se accederá a la pretensión sexta que solicita que se declare que la entidad no cumplió con lo previsto en el artículo 1077 del Código de Comercio, según el cual *“corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida”* debido a que, como previamente se estableció, en virtud de la potestad prevista en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo la entidad beneficiaria de una póliza no requiere agotar el procedimiento comercial de reclamación y demostración del siniestro, es decir, se trata de una obligación que no le es exigible.

53. Finalmente, debe señalarse que no hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Revocar la sentencia del 4 de noviembre de 2004 de la Sección Tercera, Sala de Descongestión, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**SEGUNDO:** En su lugar **declarar** la nulidad de la resolución n.º 00115000-0300 del 17 de mayo de 2000 mediante la cual Telecom declaró la ocurrencia de los riesgos de cumplimiento, calidad y correcto funcionamiento amparados por la póliza de garantía única n.º GU01 003 1074675 y sus certificados modificatorios

expedida por Confianza, su confirmatoria n.º 00115000-0434 del 28 de julio del 2000 y la n.º 00115000-0472 del 16 de agosto del 2000, por la que se negó una solicitud de revocatoria directa del acto primigenio.

**TERCERO: Declarar** que Confianza S.A. no se encuentra obligado al pago de las sumas de dinero establecidas en tales actos administrativos. En caso de que ya lo hubiere hecho, la entidad demandada procederá a su devolución.

**QUINTO: Negar** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO:** Sin condena en costas.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**Danilo Rojas Betancourth**  
Presidente

**Stella Conto Díaz del Castillo**

**Ramiro Pazos Guerrero**

**ACLARACION DE VOTO DEL DR. RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**ACTOS ADMINISTRATIVOS - Amparados de presunción de legalidad / FALTA DE COMPETENCIA PARA EXPEDIR ACTOS ADMINISTRATIVOS - Ausencia del acto administrativo que decreta la delegación expresa / DECRETO DE PRUEBA DE OFICIO - Procedencia de solicitar a la parte demandada para que allegara copia del acto de delegación**

Al contestar la demanda, la accionada desestimó el argumento de la ausencia de competencia de la directora (E) de informática y explicó que los actos acusados se expedieron por tal funcionario bajo delegación expresa que en tal sentido hizo el director de la entidad en la Resolución n.º 00100000-949 del 23 de diciembre de 1999 (núm. 4.7 del fallo). Según se desprende de la relación de los antecedentes contenidos en la sentencia objeto de esta aclaración, el a quo no se pronunció sobre la alegada falta de competencia y al respecto el recurrente también guardó silencio sobre este punto (núms. 6 y 7 de la sentencia). Tampoco se puede pasar por alto que los actos acusados estaban amparados de presunción de legalidad (art. 66 del CCA y artículo 4 inciso 2º superior, principio hoy retomado por el artículo 38 de la Ley 1437 de 2011) y que determinar “la competencia que le asiste a la administración para expedir ese acto administrativo” era justamente una parte determinante del problema jurídico por resolver, según lo señaló expresamente el fallo objeto de esta aclaración en el núm. 12.1. En tal virtud, estando el proceso para decidir, ha debido decretarse una prueba de oficio tendiente a establecer el alcance del acto invocado por el accionado, puesto que ese era un punto dudoso que no era posible esclarecer hasta tanto se hubiere incorporado debidamente copia de la resolución n.º 00100000-949 del 23 de diciembre de 1999, documento que hubiere podido dilucidar la existencia o no de la delegación, que se alega no tenía la directora (E) de informática para expedir los actos acusados.

**FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Bogotá D.C., marzo veintisiete (27) de dos mil catorce (2014)**

**Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857)**

**Actor: COMPAÑIA ASEGURADOR DE FIANZAS CONFIANZA S.A.**

**Demandado: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM**

**Referencia: ACLARACION DE VOTO**

Aunque comparto la decisión que se adopta en la providencia de 27 de marzo de 2014, que anuló la resolución n.º 00115000-0300 del 17 de mayo de 2000 mediante la cual Telecom declaró la ocurrencia de los riesgos de cumplimiento, calidad y correcto funcionamiento amparados por la póliza de garantía única n.º GU01 003 1074675 y sus certificados modificatorios expedida por confianza lo

mismo que la que la confirmó y la que negó la solicitud de revocatoria directa, me permito aclarar voto en cuanto estimo, a diferencia de la mayoría, que para mejor proveer ha debido declararse una prueba de oficio.

De acuerdo con la providencia de la que disiento, *“la parte demandada no logró acreditar uno de los supuestos centrales de su defensa, consistente en demostrar que le asistía a la directora encargada de informática de Telecom la competencia de expedir los actos administrativos acusados, dado que no se cuenta con el acto de delegación que mandatoriamente debe constar por escrito y especificar las funciones particulares delegadas”*.

De modo que en criterio de la mayoría de la Sala, esta carga probatoria *“se encuentra en forma exclusiva en cabeza de la demandada en virtud del principio de que ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’ [artículo 177 del CPC]”*.

A este respecto conviene destacar que, al contestar la demanda, la accionada desestimó el argumento de la ausencia de competencia de la directora (E) de informática y explicó que los actos acusados se expedieron por tal funcionario bajo delegación expresa que en tal sentido hizo el director de la entidad en la Resolución n.º 00100000-949 del 23 de diciembre de 1999 (núm. 4.7 del fallo).

Según se desprende de la relación de los antecedentes contenidos en la sentencia objeto de esta aclaración, el *a quo* no se pronunció sobre la alegada falta de competencia y al respecto el recurrente también guardó silencio sobre este punto (núms. 6 y 7 de la sentencia).

Tampoco se puede pasar por alto que los actos acusados estaban amparados de presunción de legalidad (art. 66 del CCA y artículo 4 inciso 2º superior, principio hoy retomado por el artículo 38 de la Ley 1437 de 2011) y que determinar *“la competencia que le asiste a la administración para expedir ese acto administrativo”* era justamente una parte determinante del problema jurídico por resolver, según lo señaló expresamente el fallo objeto de esta aclaración en el núm. 12.1.

En tal virtud, estando el proceso para decidir, ha debido decretarse una prueba de oficio tendiente a establecer el alcance del acto invocado por el accionado, puesto que ese era un punto dudoso que no era posible esclarecer hasta tanto se hubiere incorporado debidamente copia de la resolución n.º 00100000-949 del 23 de diciembre de 1999, documento que hubiere podido dilucidar la existencia o no de la delegación, que se alega no tenía la directora (E) de informática para expedir los actos acusados.

En este sentido dejo presentada esta aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**