

**CONTRATACION ESTATAL - Prohibición a entidades públicas para proferir actos administrativos unilaterales en vigencia de la Ley 80 de 1993 antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 / ACTO ADMINISTRATIVO - De carácter unilateral. Restricción o prohibición a entidades públicas para proferirlos en vigencia de la Ley 80 de 1993 antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 / CONTRATO ESTATAL - Régimen aplicable. Aplicación de la Ley 80 de 1993 antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, prohibición de proferir actos administrativos unilaterales / CONTRATACION ESTATAL - Prohibición de declarar terminación unilateral, declaración de incumplimiento e imposición de multa o cláusula penal pecuniaria en vigencia de la Ley 80 de 1993 antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007**

En el presente caso la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., demandó la nulidad de las Resoluciones números 000158 de octubre 23 de 1995 y 000095 de octubre 1 de 1996, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del contrato número 009 de marzo 9 de 1995. (...) Encuentra la Sala que el contrato 009 de 1995 se celebró bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 -con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007-, época para la cual la Administración no tenía la potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se declarara el incumplimiento del contrato, toda vez que para ello debía acudir al juez de contrato, tal como ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Corporación desde el año 2005, cuyo lineamiento permaneció hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 (...) con la expedición de la Ley 80 de 1993 – antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007-, no se autorizó a las entidades contratantes –en cuanto desapareció la competencia que les había sido otorgada por el Decreto-ley 222 de 1983- para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es sin necesidad de acudir al juez del contrato. Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual modificó algunos de los artículos de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales recobraron la potestad legal para imponer unilateralmente multas, así como para declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; en efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 atribuyó competencia a las entidades estatales para imponer unilateralmente este tipo de sanciones, de acuerdo con el procedimiento que la misma norma indica (...) En el caso que ahora examina la Sala, se impone precisar entonces que la entidad pública demandada carecía de competencia para expedir los actos administrativos demandados, toda vez que como antes se explicó, la facultad legal para su adopción debía provenir de la ley y no del texto del contrato, que en este caso ni siquiera se incluyó y mucho menos de la voluntad unilateral de la Administración Pública contratante; así pues, la Sala revocará la Sentencia expedida por el Tribunal Administrativo a quo y ordenará de manera oficiosa la nulidad de la Resolución 000158 y de los artículos primero y segundo de la Resolución número 000095- , por cuanto, si bien el vicio de incompetencia no fue alegado por la parte actora, tal como atrás se explicó, en esos casos el juez oficiosamente puede anular los actos administrativos.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO LEY 222 DE 1983 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007

**PRINCIPIO DEL PRIVILEGIO DE LO PREVIO - Aplicación en contratación estatal y en los actos administrativos unilaterales / CONTRATACION ESTATAL - Principio del privilegio de lo previo. Prohibición de proferir actos administrativos unilaterales en vigencia de la Ley 80 de 1993 antes de la**

**entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 / ACTO ADMINISTRATIVO - De carácter unilateral. Principio del privilegio de lo previo, prohibición de proferir actos administrativos unilaterales en vigencia de la Ley 80 de 1993 antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 / CONTRATACION ESTATAL - Restricción a la potestad para proferir actos unilaterales o decisiones unilaterales en vigencia de la Ley 80 de 1993 antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007**

Si bien la Administración Pública goza de mayores poderes que los particulares, también es cierto que le asiste menos autonomía y libertad que a estos últimos, quienes pueden elegir los fines que persiguen, mientras que aquéllas están limitadas por la satisfacción del interés general; (...) En relación con la competencia resulta importante precisar que la Administración Pública, amparada en el privilegio de lo previo, no puede decidir de manera unilateral sobre sus potestades (las cuales sin duda constituyen atribución de competencia legal) porque desbordaría el principio que, de modo negativo, está consagrado en el artículo 84 del C.C.A., el cual dispone que los actos administrativos serán nulos "cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes". En este punto resulta importante recordar que la competencia de los funcionarios -al contrario de lo que ocurre con la capacidad de los particulares-, es de carácter excepcional y por ello requiere de consagración expresa, tal como preceptúan los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, según los cuales no puede existir competencia válida sin consagración legal, pues, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico están proscritas las competencias implícitas. Al interior de la competencia establecida por la ley para la expedición de los actos administrativos opera el principio del privilegio de lo previo; se trata, pues, de una característica propia del acto administrativo unilateral que se deriva de la competencia legal y no de un principio que sirva de fuente de competencia administrativa en ausencia de la ley.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 122 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 84 / DECRETO LEY 222 DE 1983 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007

**ASEGURADORA - Legitimada para demandar los actos administrativos que declaran siniestros por incumplimiento de obligaciones contractuales**

La Sala ha ratificado el pronunciamiento antes aludido al sostener que las compañías aseguradoras se encuentran legitimadas para incoar la acción contractual contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración Pública declara el siniestro por incumplimiento de las obligaciones contractuales, entre otras, (...) que además de que el acto mediante el cual se declara el siniestro es de naturaleza contractual, su contenido se encamina directamente a la exigibilidad de obligaciones surgidas de un contrato de seguro, el cual tiene, respecto del contrato asegurado, el carácter de accesorio. (...) Así pues, en el presente asunto no le asiste duda a la Sala de Subsección acerca de que la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., se encontraba legitimada en la causa para formular demanda en el presente asunto.

**NULIDAD - Por falta de competencia funcional. COMPETENCIA - Facultad oficiosa del juez administrativo / NULIDAD - Declaración de nulidad del acto administrativo de terminación unilateral. Sin reconocimiento de perjuicios por falta de pruebas**

En atención a las facultades unilaterales y especialmente aquellas de carácter sancionatorio de que disponen las entidades estatales en materia contractual, resulta necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen sobre el punto, aun cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. (...) dada la naturaleza de orden público propia de las normas sobre competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos eventos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad. (...) Encuentra la Sala que el contrato (...) se celebró bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 -con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007-, época para la cual la Administración no tenía la potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se declarara el incumplimiento del contrato, toda vez que para ello debía acudir al juez de contrato, (...) se impone precisar entonces que la entidad pública demandada carecía de competencia para expedir los actos administrativos demandados, toda vez que como antes se explicó, la facultad legal para su adopción debía provenir de la ley y no del texto del contrato, que en este caso ni siquiera se incluyó y mucho menos de la voluntad unilateral de la Administración Pública contratante; (...) El Legislador ha señalado aquellos eventos en los cuales los actos administrativos, a pesar de no haber sido declarados nulos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no son obligatorios (...) uno de los cuales es el decaimiento del acto administrativo, fenómeno que se configura una vez desaparecen los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron su expedición. (...) se precisa que la Sala se abstiene de examinar la nulidad solicitada por la actora en las dos primeras pretensiones, en contra de las Resoluciones demandadas, con base en los cargos de violación de la ley y falsa motivación, en virtud de que declarará su nulidad por el vicio de incompetencia funcional. (...) es del caso señalar que al anularse dicha declaratoria desaparece jurídicamente el riesgo cuyo amparo se discute y que daría lugar a que se constituyera el siniestro para hacer efectiva la garantía, en consecuencia, en lo que a este aspecto concierne, la Sala queda también relevada de su análisis por carencia de objeto. (...) los actos administrativos por medio de los cuales se declaró el incumplimiento se encuentran viciados de nulidad, razón por la cual los actos demandados desaparecen de la vida jurídica por efecto de la nulidad que será declarada (...) no encuentra la Sala en el proceso que se hubiere acreditado perjuicio alguno para la demandante y, adicionalmente, se observa que ni siquiera se pidió la mencionada prueba pericial.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 6 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 66 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84

**COSTAS - No condena**

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 171 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## SECCION TERCERA

### SUBSECCION A

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá, D.C., abril treinta (30) de dos mil catorce (2014)

**Radicación número: 18001-23-31-000-1997-01006-01(27096)**

**Actor: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**

**Demandado: EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia del 23 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La demanda.

La sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. –antes SEGUROS CARIBE S.A.-<sup>1</sup>, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, el día 07 de abril de 1997, presentó ante el Tribunal Administrativo del Caquetá, en ejercicio de la acción contractual, en contra de la EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ Y DEL SEÑOR RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ.

En el escrito de la demanda se solicitó la suspensión provisional de los actos demandados y se formularon las siguientes pretensiones<sup>2</sup>:

***“PRIMERA:*** *Que se declare que es nula la resolución No. 000158 del 23 de octubre de 1995, expedida por el Gerente y Secretario de Gerencia de la EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ, mediante la cual la EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ, (...) declara el incumplimiento del contrato por parte del Contratista MUNDIAL DE PRODUCTOS Y/O RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, a los compromisos derivados del contrato No. 009 de 1995 y se ordena ‘proceder a notificar a SEGUROS CARIBE S.A. el incumplimiento de su asegurado para efecto de hacer efectiva la garantía de que trata la póliza No. 01303145’.*

---

<sup>1</sup> De conformidad con el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, “*POR E.P. No. 6.138 DE LA NOTARÍA 4ª. DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C., DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 1.995, INSCRITA EL 16 DE NOVIEMBRE DE 1.995 BAJO EL No. 516.184 DEL LIBRO IX, LA SOCIEDAD CAMBIÓ SU NOMBRE DE: ‘SEGUROS CARIBE S.A.’, POR EL DE: ‘MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.’.*” (folios 2 y 3 y folios 74 a 79 C1).

<sup>2</sup> Folios 1 a 9 del cuaderno No. 1.

**“SEGUNDA:** Que se declare que es nula la resolución No. 000095 del 01 de octubre de 1996, expedida por el Gerente de LA EMPRESA DE LICORES DE CAQUETÁ, mediante la cual se confirma en todas y cada una de sus partes la resolución No. 00158 del 23 de octubre de 1995 y dispone ‘no reponer ni revocar’ dicho acto administrativo.

**“TERCERA:** Que en consecuencia se declare que mi mandante no está obligado a pagarle a LA EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ suma alguna con cargo al valor asegurado en la póliza de garantía de cumplimiento No. 01303145, expedida por SEGUROS CARIBE S.A., en virtud de no haber asumido el riesgo del incumplimiento en el pago de sumas dinerarias otorgadas a título de créditos al contratista.

**“CUARTA:** Que en subsidio de la petición anterior y en el evento de que durante el trámite del proceso se hubiese hecho efectivo, por parte de mi mandante, cualquier pago derivado de la póliza de garantía de cumplimiento No. 01303145, también a título de indemnización se condene a dicha entidad a restituir a mi mandante cualquier cantidad que esta hubiere sido constreñida a pagar.

**“QUINTA:** Que en el evento a que se refiere la petición que antecede, a título indemnizatorio igualmente se condene a la EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ a pagar a mi mandante la suma de capital restituida debidamente indexada, más el valor correspondiente a los intereses comerciales dejados de percibir, desde el momento en que se hubiere visto forzada a pagarlas y hasta cuando se haga efectiva la devolución.

**“SEXTA:** Que el contrato No. 009 de 1995 celebrado por el contratista MUNDIAL DE PRODUCTOS y/o RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ y la EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ, fue incumplido por la EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ y que por ende no hay lugar a hacer efectiva la póliza distinguida con el No. 01303145 expedida por SEGUROS CARIBE S.A.

**“SÉPTIMA:** Que se declare la improcedencia para hacer efectiva la póliza distinguida con el No. 01303145 expedida por SEGUROS CARIBE S.A., en virtud de no contener en sus condiciones generales la asunción del riesgo del no pago de obligaciones crediticias o dinerarias por parte del contratista MUNDIAL DE PRODUCTOS y/o RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ y/o cualquier razón jurídica sustancial o procedimental que resulte evidenciada dentro del trámite del proceso.

**“OCTAVA:** Que se conde (sic) a la EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ a pagar a mi mandante a título de indemnización los perjuicios de orden material que se le causaron con ocasión de la expedición de las resoluciones impugnadas, según tasación que de los mismos hagan peritos expertos.

**“NOVENA:** Que se condene en costas a la empresa demandada.” (Las negrillas son del original.

## **2. Hechos.**

Como fundamentos fácticos de su demanda, la parte actora expuso los que la Sala se permite resumir a continuación:

**2.1.** La entidad demandada celebró el contrato número 009 de 1995 con el señor RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, cuyo objeto constituyó la compra, distribución y comercialización de los productos de esta entidad.

**2.2.** Mediante la póliza número 01303145, la cual equivalió al 40% del valor fiscal del contrato, el contratista amparó la obligación de adquirir las cuotas mínimas mensuales señaladas en el contrato número 009 de 1995.

**2.3.** Durante la ejecución del mencionado contrato 009, la Junta Directiva del ente demandado, el 30 de agosto de 1995, sin consultar y sin obtener previa aprobación de la compañía aseguradora, aprobó la cesión de ese contrato a la sociedad IMPORTADORA Y PRODUCTORA DE LICORES –IPL S.A.- y exigió pólizas de cumplimiento al nuevo comprador – distribuidor, según lo consignado en otrosí No. 003 del 31 de agosto del mismo año, sin intervención alguna de la parte demandante.

**2.4.** Para el momento en el cual se realizó la cesión, el señor RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ adeudaba a la demandada la suma de \$150'185.561 por concepto de compras de licor, en razón de lo cual entre las partes se suscribió un pagaré por \$100'000.000, con un plazo de doce meses, un abono por la suma de \$22'452.828 y quedó pendiente por pagar un valor de \$27'732.733, cuyo pago no se efectuó y dio lugar a que la Empresa de Licores del Caquetá, mediante la Resolución No. 0158 del 23 de octubre de 1995, declarara el incumplimiento del contrato número 009 de 1995 y ordenara a la aseguradora efectuar el pago de dicha suma. La entidad formuló la reclamación a la demandante el día 29 de diciembre de 1995.

**2.5** A la compañía aseguradora, en un principio, no se le notificó la Resolución 0158, por lo que se le vulneró el derecho al debido proceso, lo que se hizo saber a la entidad demandada y ésta, el 28 de agosto de 1996, expidió la Resolución número 082 de esa fecha, mediante la cual ordenó la notificación de la mencionada Resolución 0158 a la sociedad demandante, contra la que la actora interpuso recurso de reposición que fue resuelto negativamente a través de la Resolución número 095 del 1º de octubre de 1996.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

La parte demandante consideró que se vulneraron las siguientes normas jurídicas: artículos 2, 6, 9, 68, 83, 90, 121 y 123 inciso 3 de la Constitución Política; artículos 1 a 5, 17, 23 a 28, 50, 51, 54, 60, 61, 68, 69 y 77 de la Ley 80 de 1993; artículos 1036 a 1072 del Código de Comercio, así como la Ley 45 de 1990.

Consideró la actora que los actos demandados se encontraban afectados por los siguientes vicios:

- i) Violación directa de la ley, en tanto se pretendía hacer efectiva una póliza de seguros cuyo objeto no consistió en garantizar el pago de sumas de dinero adeudadas por el contratista, en tanto éste no incumplió el contrato, toda vez que adquirió las cuotas mínimas de licor a las cuales se comprometió en el contrato, además de que unos títulos valores fueron aceptados por la entidad como medios de pago, aunque los mismos no se hubieren hecho efectivos.

- ii) Indebida o falsa motivación, en razón de que el contratista afianzado no incumplió el contrato, por cuanto adquirió las cuotas mínimas de productos con las cuales se comprometió y su incumplimiento radicó en el pago de una deuda contraída con la entidad demandada, representada en cheques girados como medios de pago de los productos, los cuales fueron aceptados por la Empresa de Licores del Caquetá.

#### **4. Actuación procesal.**

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Caquetá el 7 de abril de 1997<sup>3</sup>.

El 19 de junio de 1997, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación personal al Gerente de la Empresa de Licores del Caquetá, al señor Rigoberto López Hernández y al Agente del Ministerio Público; además, dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A.<sup>4</sup>

En el mismo auto negó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados.

El Tribunal Administrativo del Caquetá, en vista de que no logró notificar personalmente la demanda al señor Rigoberto López Hernández, fijó edicto emplazatorio y realizó las publicaciones respectivas en el diario EL TIEMPO<sup>5</sup>, después de lo cual el Tribunal Administrativo a quo, mediante auto de enero 27 de 1998 procedió a nombrar curador *ad litem*<sup>6</sup>.

#### **5. Contestación de la demanda.**

##### **5.1. De la Empresa de Licores del Caquetá.**

Dentro del término de fijación en lista, la entidad pública demandada, mediante escrito presentado el 25 de junio de 2000, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma; sostuvo que no le constaban los hechos alegados y afirmó que la demandante pretendía desconocer el objeto de la garantía de cumplimiento, la cual consistía en amparar las obligaciones surgidas del contrato 009 de 1995<sup>7</sup>.

##### **5.2. Del particular demandado.**

Por su parte, el curador ad litem del particular<sup>8</sup> consideró que debía emitirse un fallo inhibitorio, en tanto no se presentó causa petendi para éste, toda vez que no fue él quien emitió los actos administrativos demandados; sostuvo además que no afirmaba ni negaba los hechos expuestos en la demanda sin el aval de su procurado y expresó que de tener que hacerlo, tendría que reafirmarlos por cuanto en los mismos se estaban creando derechos y no cargas. Para el demandado particular, en virtud de la cesión del contrato 009, quedó terminado todo vínculo

---

<sup>3</sup> Folios 26 a 53 del cuaderno No. 1.

<sup>4</sup> Folios 18 a 85 del cuaderno No. 1.

<sup>5</sup> Folios 114 a 119 del cuaderno No. 1.

<sup>6</sup> Folio 120 del cuaderno No. 1.

<sup>7</sup> Folios 98 a 101 del cuaderno No. 1

<sup>8</sup> El Tribunal Administrativo a quo, después de no lograr notificar personalmente la demanda al señor Rigoberto López Hernández, fijó edicto emplazatorio y realizó las publicaciones respectivas en el diario EL TIEMPO (folios 114 a 119 C1), después de lo cual el Tribunal Administrativo a quo, mediante auto de enero 27 de 1998 procedió a nombrar curador ad litem (folio 120 C1).

con el señor Rigoberto López Hernández, con autorización de la entidad demandada.

Sostuvo que lo debido por el demandado particular, en su gran mayoría, quedó cubierto con el pagaré aceptado por el cedente y el cesionario del contrato 009 y la suma relacionada en los actos demandados no fue pagada con el mismo, por lo cual correspondía al riesgo asumido por la sociedad actora.

En relación con los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, consideró que la vía gubernativa no quedó completamente agotada al no intentarse los recursos de reposición y de apelación, además de que debió intentarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la contractual.

Propuso las siguientes excepciones:

- i) Falta de legitimación en la causa, en razón de que los actos demandados no eran de la autoría del particular contratista.
- ii) Indebida acumulación de pretensiones, en tanto con unas de ellas se pretende la anulación de unos actos y con las otras, se tratan asuntos contractuales que nada tienen que ver con la nulidad pedida.
- iii) Falta de agotamiento de la vía gubernativa, en virtud de que la entidad no ha decidido el recurso de apelación interpuesto contra los actos demandados<sup>9</sup>.

#### **6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

El Tribunal Administrativo *a quo*, mediante auto de junio 28 de 2000<sup>10</sup>, ordenó correr traslado a las partes para alegar, oportunidad de la cual ninguna de ellas hizo uso.

El Ministerio Público guardó silencio en aquella oportunidad.

#### **7. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo del Caquetá profirió sentencia el 23 de octubre de 2003<sup>11</sup>, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se declararon no probadas las excepciones propuestas. En síntesis, el *a quo* expresó lo siguiente:

- i) En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa, consideró que no le asistía razón, en tanto los actos demandados aluden al señor RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ.
- ii) Estimó que no se presentaba la alegada indebida acumulación, en virtud de que todas las pretensiones eran propias de la acción contractual, porque se trataba de actos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual.
- iii) En relación con la falta de agotamiento de la vía gubernativa consideró que no le asistía razón, por cuanto la actora interpuso recurso de reposición y no requería

<sup>9</sup> Folios 124 a 132 del cuaderno No. 1.

<sup>10</sup> Folio 143 del cuaderno No. 1.

<sup>11</sup> Folios 145 a 153 del cuaderno principal.

de la interposición del recurso de apelación porque el Gerente de la entidad demandada no tenía superior inmediato.

Respecto del tema de fondo, decidió el a quo no pronunciarse acerca de la falsa motivación porque este cargo no se propuso dentro del agotamiento de la vía gubernativa, por lo que la entidad no tuvo la oportunidad de defenderse.

En relación con la vulneración de normas jurídicas de superior jerarquía, consideró lo siguiente:

**i)** Desestimó la vulneración de la Ley 45 de 1990, en razón de que encontró que no se precisaron los artículos o disposiciones específicas de esta Ley que pudieran haberse violado.

**ii)** No consideró que se hubieren desconocido los artículos 1036 a 1050 y 1052 a 1059 del Código de Comercio, por cuanto no encontró que tales disposiciones, relativas a los elementos propios del contrato de seguro, se hubieren vulnerado.

**iii)** La cesión del contrato de distribución no implicó que las obligaciones asumidas por el señor RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ hubieren desaparecido, en cuanto esta cesión no produjo efectos retroactivos.

**iv)** El objeto de la garantía no se varió, por cuanto la póliza de cumplimiento amparó tanto las compras mínimas como la forma de pago acordada en el contrato, obligación con la cual incumplió el señor López Hernández al entregar unos cheques sin fondos.

El Magistrado Baudilio Murcia Guzmán salvó el voto, en tanto consideró que las pretensiones se debían haber resuelto de manera favorable en razón de que: i) se vulneró el parágrafo único del artículo 1047 del Código de Comercio, dado que el riesgo por el cual se declaró el incumplimiento no se encontraba amparado en la póliza; ii) se violó la ley en forma directa en tanto se hizo efectiva la póliza después de dos meses de haberse cedido el contrato, sin autorización de la compañía aseguradora; iii) el contratista no incumplió el contrato, por cuanto en momento alguno dejó de comprar las cantidades mínimas a las cuales se comprometió<sup>12</sup>.

## **8. El recurso de apelación.**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, concedido por el Tribunal mediante auto del 5 de febrero de 2004<sup>13</sup>. Solicitó la revocatoria del fallo en razón de que consideró que *“el a quo incurre en flagrantes errores fácticos y crasos de derecho, que se hacen evidentes en la (sic) motivaciones que fundamentan la negativa de las pretensiones de la demanda”*. Como sustento de su inconformidad, manifestó, en resumen, lo siguiente<sup>14</sup>:

**i)** La compañía aseguradora demandante sólo afianzó al contratista en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y no en el pago de sumas de dinero.

**ii)** No se presentó incumplimiento alguno por parte del contratista, toda vez que él compró las cuotas mínimas a las cuales se comprometió en el contrato.

<sup>12</sup> Folios 456 y 457 cuaderno principal.

<sup>13</sup> Folio 162 del cuaderno principal.

<sup>14</sup> Folios 169 a 174 del cuaderno principal.

iii) Las cuotas mínimas fueron adquiridas y pagadas *“con títulos valores, aceptados por la compra de licores, los cuales legalmente constituyen y son considerados como una forma de pago de las obligaciones en general”*.

iv) La entidad pública demandada aceptó la cesión del contrato sin la aquiescencia de la aseguradora, tanto así que exigió nuevas garantías al cesionario, por lo cual, la póliza expedida por la demandante *“se dio por terminada en el momento mismo de su cesión”*.

## **9. El trámite de la segunda instancia.**

El recurso así presentado el 10 de junio de 2004, fue admitido por auto del 09 de julio de 2004<sup>15</sup> y, ejecutoriado éste, mediante proveído del 08 de octubre de 2004<sup>16</sup>, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

De esta oportunidad procesal solamente la parte demandante hizo uso para insistir en los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación<sup>17</sup>.

Mediante auto de abril 25 de 2011, el ponente de esta providencia resolvió aceptar la renuncia presentada por el apoderado de la parte actora y ordenó comunicar este hecho a la Secretaría Distrital de Gobierno<sup>18</sup>. A través de oficio A-2011-0433 de mayo 11 de 2011, emanado de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, se informó a la sociedad demandante acerca de la aceptación de esta renuncia y se le solicitó la designación de nuevo apoderado, el cual a la fecha de esta providencia no ha sido nombrado<sup>19</sup>.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia.**

Dado que el litigio del cual se ocupa la Sala en esta oportunidad se originó en un contrato estatal, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75<sup>20</sup> de la Ley 80 de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico y, por tanto, al haberse adoptado un criterio orgánico en la ley, serán considerados contratos estatales todos aquellos que celebren las entidades que gocen de esa misma naturaleza. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala:

***“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto***

<sup>15</sup> Folio 176 del cuaderno principal.

<sup>16</sup> Folio 178 del cuaderno principal

<sup>17</sup> Folios 188 a 197 del cuaderno principal.

<sup>18</sup> Folio 184 cuaderno principal.

<sup>19</sup> Folio 185 del cuaderno principal.

<sup>20</sup> Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

*General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales', y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.*<sup>21</sup>  
(Negrilla fuera del texto)

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, como lo es en este caso la EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ<sup>22</sup>, por contera habrá de concluirse que los contratos que el mismo celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable<sup>23</sup>.

Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 2º, preceptuó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos *“relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*.

Adicionalmente se señala que esta Corporación es competente en segunda instancia, en tanto la pretensión mayor ascendió a la suma de VEINTISIETE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$ 27'000.000.00), suma que para la fecha de la presentación de la demanda<sup>24</sup> resulta ser superior a la entonces legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias: \$13'460.000 (Decreto 597 de 1988).

## **2. Pruebas aportadas al proceso.**

En este proceso se aportaron y se practicaron las pruebas que se mencionan a continuación, todas ellas decretadas como tales por el Tribunal Administrativo a quo.

### **3.1. Prueba documental.**

- Certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandante, en el cual consta, entre otros asuntos, que Seguros Caribe S.A., cambió su nombre por el de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.<sup>25</sup>.
- Contrato número 009 de 1995, suscrito entre la Empresa de Licores del Caquetá y la sociedad Mundial de Productos, representada legalmente por el señor

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

<sup>22</sup> La Empresa de Licores del Caquetá es una empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental, creada mediante ordenanza 09 de 1985, de la Asamblea Departamental del Caquetá.

<sup>23</sup> Afirmación que encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato, según este artículo, *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)*

<sup>24</sup> Abril 7 de 1997.

<sup>25</sup> Folios 2 y 3 del cuaderno 1.

Rigoberto López Hernández, cuyo objeto constituyó la distribución, comercialización y venta de los productos de la industria licorera, el 9 de marzo de 1995, del cual se destacan las siguientes cláusulas<sup>26</sup>:

**“PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO: EL DISTRIBUIDOR** se obliga a comprar los productos que fabrique, destile y embotelle **LA EMPRESA**, para distribuirlo (sic), comercializarlo (sic) y venderlos.

**“SEGUNDA. CUOTA MÍNIMA MENSUAL: EL DISTRIBUIDOR**, en su calidad de distribuidor exclusivo de los productos de **LA EMPRESA** para el Departamento del Caquetá, se obliga a comprar las siguientes cuotas mínimas mensuales:  
(...).

**PARÁGRAFO PRIMERO:** La cuota mínima mensual la puede comprar **EL DISTRIBUIDOR** en uno o varios pedidos. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** El carácter de **EL DISTRIBUIDOR** es de exclusivo y **LA EMPRESA** se compromete a no suscribir convenio alguno con otra persona natural o jurídica en el Departamento del Caquetá.

“(...).

**“CUARTA. FORMA DE PAGO: EL DISTRIBUIDOR** pagará en efectivo o mediante carta de crédito o aceptación Bancaria así: El 50% del valor de la cuota establecida en el presente contrato al recibo del pedido mensual correspondiente; el 25% dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo del pedido mensual correspondiente y el 25% restante dentro de los (45) días siguientes al recibo del pedido mensual correspondiente.

“(...).

**“OCTAVA. DURACIÓN DEL CONTRATO:** El presente contrato tendrá una duración de dieciocho (18) meses contados a partir de la legalización del mismo.

“(...).

**“NOVENA. DURACIÓN: OBLIGACIONES DEL DISTRIBUIDOR:** Además de las obligaciones consustanciales a este contrato, **EL DISTRIBUIDOR** de modo especial se obliga: a) A vender a los comerciantes minoristas y al público en general sin exceder el precio oficial que fije **LA EMPRESA**; b) A vender el producto que adquiriera en virtud de este contrato; c) A mantener en sus bodegas una existencia que permita satisfacer la demanda normal del producto; d) A suministrar a **LA EMPRESA**, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes las estadísticas sobre la venta de licor; e) A permitir la fiscalización de sus libros y papeles donde conste (sic) los movimientos de venta de licor al funcionario que por escrito asigne **LA EMPRESA**; f) A establecer rutas que permitan atender semanalmente a los comerciantes minoristas del Departamento; g) A no ceder ni transferir a ningún título los derechos y obligaciones de este contrato; h) A colaborar con **LA EMPRESA** en las campañas oficiales de represión del contrabando; i) A destinar el 1% de sus utilidades brutas para promocionar los productos de **LA EMPRESA**; esta actividad se coordinará directamente con **LA EMPRESA**.

---

<sup>26</sup> Folios 22 a 25 y 63 a 66 del cuaderno 1.

**“DÉCIMA. CLÁUSULAS ESPECIALES:** A este producto le son aplicables las cláusulas especiales de terminación, interpretación y modificación unilateral por parte de **LA EMPRESA** al igual que la cláusula de caducidad por las causales estipuladas en los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993, que **EL DISTRIBUIDOR** declara conocer.

“(…).

**“DÉCIMA TERCERA. MULTAS:** En caso de incumplimiento del contrato, que a juicio de **LA EMPRESA** no amerite la declaratoria de caducidad, ésta podrá imponer multas a **EL DISTRIBUIDOR** hasta por **UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000.00)** por cada incumplimiento, mediante Resolución Motivada. Dos multas previas darán lugar a la declaratoria de caducidad.

**“DÉCIMA CUARTA. CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA:** En caso de declaratoria de caducidad **EL DISTRIBUIDOR** pagará a **LA EMPRESA** a título de pena pecuniaria una suma igual al 20% del valor de la cuota mínima mensual, sin perjuicio de que **LA EMPRESA** pueda solicitar la indemnización de perjuicios.

**“DÉCIMA QUINTA. GARANTÍAS:** Para garantizar el cumplimiento del contrato **EL DISTRIBUIDOR** debe constituir a favor de **LA EMPRESA** en una compañía de seguros cuya póliza matriz esté aprobada por la Superintendencia Bancaria, una póliza equivalente al 40% del valor fiscal estimado para el presente contrato y por un término igual a la duración del mismo. De igual forma deberá constituir una póliza de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que ampare a sus trabajadores que para efectos de la ejecución del presente contrato dependan laboralmente de **EL DISTRIBUIDOR**, equivalente al 5% del valor Fiscal estimado en el presente contrato por el término del mismo y tres (3) años más.

“(..).”.

- **PÓLIZA ÚNICA DE SEGUROS DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES** número 01303145, expedida por Seguros Caribe, cuyos tomadores y/o afianzados eran Mundial de Productos y/o Rigoberto López Hernández y cuyo objeto constituyó la garantía “del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el afianzado y surgidas de: CONTRATO No. 009 DE 1995, RELACIONADO CON LA COMPRA DE LOS PRODUCTOS QUE FABRIQUE, DESTILE Y EMBOTELLE LA EMPRESA PARA DISTRIBUIRLO, COMERCIALIZARLO Y VENDERLO”. La garantía se expidió el 9 de marzo de 1995 y tenía una vigencia desde esa fecha hasta el 9 de septiembre de 1996<sup>27</sup>.

- Otrosí número 01 al Contrato No. 009 de 1995, suscrito entre la Empresa de Licores del Caquetá y Mundial de Productos, para la distribución, comercialización y venta de los productos de la Industria Licorera, cuyo texto se transcribe a continuación<sup>28</sup>:

**“SILVIO RUBIANO SUÁREZ**, mayor y vecino de Florencia, en su condición de Gerente y Representante legal de la Empresa (...) y **RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ**, también mayor, de la misma vecindad, quien actúa

---

<sup>27</sup> Folio 21 del cuaderno 1.

<sup>28</sup> Folio 67 del cuaderno 1.

en calidad de Gerente y Representante Legal de **MUNDIAL DE PRODUCTOS**; convienen modificar la Cláusula Segunda del Contrato No. 009 de 1995, para disminuir la **CUOTA MÍNIMA MENSUAL**, en cuanto a unidades de 375 c.c. y la **CUOTA DEL MES DE JUNIO de 1995**, queda en 57.600 unidades de Aguardiente de 375 c.c.

“Las cuotas de los meses subsiguientes a partir del mes de julio d 1995, serán acordadas en Junta Directiva, una vez conocido el comportamiento de ventas del mes de junio de 1995, y realizado por parte de la Empresa el estudio del mercadeo.

“Las demás cláusulas del Contrato No. 009 de 1995, quedan como se pactaron inicialmente, ya que no sufren modificación alguna.

“Para constancia se firma el presente **OTROSÍ No. 01** al Contrato No. 009 de 1995, a los treinta y un (31) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).”

- Otrosí número 02 al Contrato No. 009 de 1995, suscrito entre la Empresa de Licores del Caquetá y Mundial de Productos, para la distribución, comercialización y venta de los productos de esa industria licorera, cuyo texto se transcribe a continuación<sup>29</sup>:

“**SILVIO RUBIANO SUÁREZ**, mayor y vecino de Florencia, en su condición de Gerente y Representante legal de la Empresa (...) y **RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ**, también mayor, de la misma vecindad, quien actúa en calidad de Gerente y Representante Legal de **MUNDIAL DE PRODUCTOS**, basados en lo establecido en el Artículo 27 de la Ley 80 de 1995 (sic) sobre ecuación contractual, hemos convenido modificar la Cláusula Segunda del Contrato No. 009 de 1995, en cuanto a unidades de 375 c.c. se refiere únicamente, correspondiente al segundo semestre del año en curso, la cual queda así:

“**SEGUNDA: Cuota Mínima mensual. EL DISTRIBUIDOR** se obliga a comprar en los meses de Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 1995 las unidades de 375 c.c. que venda en cada mes, más el 50% de tales ventas, es decir que si en Julio vendió 72.000 unidades de 375 c.c., tendrá que comprar 36.000 unidades de 375 c.c. más, y así sucesivamente en cada uno de los meses restantes del segundo semestre del año en curso. En cuanto a las unidades de 750 c.c. y 2.000 c.c. siguen la (sic) señaladas en el contrato inicial.

“Las demás cláusulas del Contrato No. 009 de 1995, quedan como se pactaron inicialmente, ya que no sufren modificación alguna.

“Para constancia se firma el presente **OTROSÍ No. 02** al Contrato No. 009 de 1995, en Florencia, Capital del Caquetá, a los once (11) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).”

- Otrosí número 03 al Contrato No. 009 de 1995, suscrito entre la Empresa de Licores del Caquetá y Mundial de Productos, para la distribución exclusiva,

---

<sup>29</sup> Folio 68 del cuaderno 1.

comercialización y venta de los productos de la Industria Licorera, cuyo texto se transcribe a continuación<sup>30</sup>:

*“(…) HEMOS ACORDADO MODIFICAR EL CONTRATO No. 009 DE 1995 Y SUS OTROSÍ (SIC) 01 Y 02, PREVIA LA SIGUIENTE CONSIDERACIÓN: QUE MEDIANTE SOLICITUD ANTE LA HONORABLE JUNTA DIRECTIVA FECHADA EL 29 DE AGOSTO DE 1995, FUE AUTORIZADA LA CESIÓN DEL CONTRATO No. 009 DE 1995 JUNTO CON SUS OTROSÍ (SIC) No. 01 Y 02, SEGÚN ACTA No. 010 DEL 30 DE AGOSTO DE 1995, A FAVOR DE LA SOCIEDAD I.P.L. S.A., REPRESENTADA POR NESTOR CASAS MATEUS, (...), RAZON POR LA CUAL MEDIANTE LA FIRMA DEL PRESENTE DOCUMENTO, QUEDA ACEPTADA TAL CESIÓN, CONFORME A LAS SIGUIENTES CLÁUSULAS: **PRIMERA:** A PARTIR DEL PRIMERO DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO (1995) EL CONTRATO No. 009 DE 1.995 Y SUS OTROSÍ (SIC) No. 01 Y 02 QUEDAN ENDOSADOS A FAVOR DE LA EMPRESA I.P.L. S.A. HASTA LA FECHA DEL VENCIMIENTO DEL PRECITADO CONTRATO O SEA HASTA EL 9 DE SEPTIEMBRE DE 1.996 – **SEGUNDA:** QUE I.P.L. S.A. ACEPTA LA CESIÓN DEL CONTRATO No. 009 DE 1.995 Y SUS OTROSÍ (SIC) No. 01 Y 02 Y QUE SE COMPROMETE A LEGALIZAR EL OTROSÍ No. 03 MEDIANTE LA CORRESPONDIENTE PUBLICACIÓN Y LA PRESENTACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO SEÑALADAS EN LA CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. **TERCERA:** LA EMPRESA SE COMPROMETE A NO CELEBRAR CONVENIOS PARA LA INTRODUCCIÓN, COMERCIALIZACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE LICORES DE OTROS DEPARTAMENTOS EN EL DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ. **CUARTA:** A PARTIR DE LA FECHA, LA EMPRESA I.P.L. S.A. SE COMPROMETE PARA CON LA EMPRESA A REALIZAR PROMOCIONES, DEGUSTACIONES Y CAMPAÑAS PUBLICITARIAS HASTA POR EL 3% DE LAS VENTAS BRUTAS QUE REALICE MENSUALMENTE CONFORME PROGRAMAS PUBLICITARIOS COORDINADOS CON LA EMPRESA. **QUINTA:** LAS DEMÁS CLÁUSULAS DEL CONTRATO No. 009 DE 1.995 Y SUS OTROSÍ (sic) No. 01 Y 02 PERMANECEN VIGENTES, EN TODO AQUELLO QUE NO SEA MODIFICADO POR EL PRESENTE OTROSÍ NO. 03. **SEXTA:** EL PRESENTE OTROSÍ No. 003 AL CONTRATO No. 009 DE 1.995 Y SUS OTROSÍ (SIC) No. 01 Y 02 AL MISMO CONTRATO, SE PERFECCIONAN CON LA FIRMA DE LAS PARTES, LA PRESENTACIÓN Y APROBACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA EMPRESA Y LA PUBLICACIÓN DEL PRESENTE OTROSÍ No. 03 EN LA GACETA DEPARTAMENTAL, REQUISITO ESTE QUE SE ENTIENDE CUMPLIDO CON LA PRESENTACIÓN DEL RECIBO DE PAGO CORRESPONDIENTE. PARA CONSTANCIA SE FIRMA EN FLORENCIA, DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ, A LOS 31 DÍAS DEL MES DE AGOSTO DE 1.995.*

*[FIRMADO POR EL GERENTE DE LA EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ, POR EL GERENTE DE MUNDIAL DE PRODUCTOS Y POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE I.P.L. S.A.]”*

- Otrosí número 001 al Contrato No. 009 de 1995, suscrito entre la Empresa de Licores del Caquetá y la sociedad Importadora y Productora de Licores S.A. –

---

<sup>30</sup> Folio 69 y 70 del cuaderno 1.

I.P.L. S.A.-, el 25 de enero de 1996, cuyo objeto consistió en fijar la cuota mínima mensual a partir de enero de 1996<sup>31</sup>:

- Acta número 10 de Junta Directiva de la Empresa de Licores del Caquetá, en cuya reunión se trató el tema del incumplimiento del contrato 009 de 1995, respecto del cual se destaca lo siguiente<sup>32</sup>:

*“Con respecto al análisis y estudio del contrato No. 009 de 1995 suscrito con Rigoberto López Hernández y/o Mundial de Productos para la distribución exclusiva del aguardiente Extra Destilado, el Gerente informa a la Junta Directiva que hemos tenido dificultades en el cumplimiento por parte del distribuidor, quien argumenta que nuestro departamento tiene dificultades económicas que se han ascentuado (sic) para nuestro producto con la introducción del Ron Viejo de Caldas. Agrega que el señor López Hernández tiene cheques a favor de la Empresa pendientes de pago por \$52.533.561.00 vencidos desde el 8 del presente mes: por \$48.826.000.00 vencidos desde el 23 de este mismo mes y \$48.826.000.00 para el 8 de septiembre próximo, para un total de \$150.185.561.00, lo cual afecta notablemente la situación financiera de nuestra Empresa. (...).”*

- Resolución número 000158 del 23 de octubre de 1995, “Por medio de la cual se declara el incumplimiento de la Cláusula Cuarta del Contrato No. 009, de 1995”, expedida por el Gerente de la Empresa de Licores del Caquetá, cuyo contenido se transcribe a continuación<sup>33</sup>:

#### CONSIDERANDO:

*“a) Que la Empresa de Licores del Caquetá suscribió el Contrato No. 09 de 1995 con Mundial de Productos y/o Rigoberto López Hernández, para la distribución, comercialización y venta de los productos de la Empresa.*

*“b) Que el precitado Contrato en su Cláusula Cuarta, forma de pago, dispone que el Contratista se compromete a pagar el precio de la mercancía comprada a la Empresa en la siguiente forma: 50% a la compra de los productos; 25% a 30 días y 25% a 45 días.*

*“c) Que el incumplimiento en el pago de estos compromisos, ha causado graves perjuicios y problemas de iliquidez para la Empresa.*

*“d) Que conforme al estado de cuenta fechado el 20 de los corrientes, según certificado de Tesorería, el contratista adeuda a la Empresa la suma de \$ 27.040.760,00, más intereses causados a partir del 1º de septiembre de 1995 al 36% anual, más impuesto de ajuste de timbre correspondiente al precitado Contrato No. 009 de 1995.*

#### RESUELVE:

*“ARTICULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento por parte del Contratista MUNDIAL DE PRODUCTOS y/o RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, a los compromisos derivados del Contrato No. 009 de 1995.*

<sup>31</sup> Folios 71 y 72 del cuaderno 1.

<sup>32</sup> Folios 12 a 18 del cuaderno 1.

<sup>33</sup> Folios 8-9 y 60-61 del cuaderno 1.



4503	I.P.L. S.A.	8.881.160.00
4516	Rigoberto López	1.308.027.00
4527	I.P.L. S.A.	6.117.693.00
4550	I.P.L. S.A.	6.117.693.00
Pagaré No. 003/95		
A 12 meses		<u>100.000.000.00</u>
Valor pagado y legalizado		<u><u>122.452.828.00</u></u>

Estado actual de la cuenta:

Saldo a 30 de agosto de 1995	\$ 150.185.561.00
Abono y pagaré 03 de 1995	\$122.425.828.00
Saldo a su cargo	27.732.733.00

Hasta pronto,

SILVIO RUBIANO SUAREZ  
Gerente

[Tiene sello de recibido de MAPFRE SEGUROS del 16-02-96]

- Comunicación dirigida el 23 de abril de 1996 por el Gerente de I.P.L. S.A., en la cual interroga al Tesorero de la entidad demandada acerca de las diligencias que esa entidad ha adelantado, tendientes a lograr el pago de la segunda cuota del pagaré No. 003<sup>35</sup>.

- Comunicación calendada el 29 de abril de 1996, emanada del Tesorero Pagador de la Empresa de Licores del Caquetá y dirigida al señor ALFREDO BUITRAGO RAMOS, Gerente de I.P.L, en la cual le expresó lo siguiente<sup>36</sup>:

*“Me refiero a su comunicación del 23 de los corrientes en la cual usted me solicita hacerle conocer las diligencias que hemos adelantado ante Mundial de Productos y/o Rigoberto López Hernández para obtener el pago del pagaré por 100 millones de pesos del cual ustedes son codeudores.*

*“Al respecto me permito manifestarle que hemos buscado al señor López en la dirección registrada (...) y no ha sido posible localizarlo. Igualmente acudimos a la Casa Fiscal en Bogotá para obtener su paradero, con resultados negativos.*

*“Por esta razón hemos tenido que acudir a ustedes para que en su condición de codeudores solidarios y mancomunados atiendan esta obligación en forma directa, pues si la pasamos al cobro judicial ustedes serían los primeros perjudicados.*

*“Usted tiene razón cuando nos explica que este pagaré corresponde a deudas contraídas por Mundial de Productos y/o Rigoberto López*

<sup>35</sup> Folios 10 y 11 del cuaderno 1.

<sup>36</sup> Folio 9 del cuaderno 1.

*Hernández, pero no debe olvidar su condición de codeudores que los obliga a salir al saneamiento de la obligación avalada.*

*“(...).”*

- Resolución número 000082 del 28 de agosto de 1996, a través de la cual se revocó el artículo 2º de la Resolución número 0158 de 1995 y, en su lugar, se resolvió notificar a la compañía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., del contenido de esta última Resolución<sup>37</sup>.

- Original de la Resolución número 000095 del 1 de octubre de 1996, emanada de la Gerencia de la Empresa de Licores del Caquetá, por medio de la cual se resolvió no reponer ni revocar la Resolución 000158 del 23 de octubre de 1995 y confirmar en todas sus partes lo decidido en esta última Resolución<sup>38</sup>. A continuación se transcribe la parte resolutive de este acto:

*“ARTÍCULO PRIMERO: No reponer ni revocar la Resolución 000158 del 23 de octubre de 1995, como lo solicita su apoderado por las consideraciones expuestas.*

*“ARTICULO SEGUNDO: Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución 0158 del 23 de octubre de 1995, por las razones de orden legal consignadas en la parte motiva de la presente providencia.*

*“ARTICULO TERCERO: Notifíquese en forma personal al apoderado de la aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. doctor ALBERTO YEPES BARREIRO y FELIX HECTOR VANEGAS, Gerente Asesor para el Caquetá, advirtiéndole que contra ésta procede el recurso de apelación en los términos legales.*

*“ARTICULO CUARTO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y surte efectos fiscales desde la fecha de su ejecutoria”.*

- Mediante oficio 656, de julio 7 de 1998, el Tribunal Administrativo a quo, ofició al Gerente del Banco Ganadero de Florencia para que certificara acerca de *“la devolución de los cheques pertenecientes a la cuenta del señor RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, girados a favor de la Empresa de Licores del Caquetá, Nros. 0256367, 0256370, 6183311, 6183318, 6183319, 6183312, todos del año de 1995”*<sup>39</sup>.

- El Tribunal Administrativo a quo, a través del oficio número 657 del 7 de julio de 1998, solicitó al Secretario General de la Superintendencia Bancaria *“certificar si las Compañías de Seguros pueden a través del contrato de seguro y/o póliza de seguro garantizar como riesgo asegurable el pago de obligaciones dinerarias derivadas del giro de títulos valores o el pago de obligaciones dinerarias crediticias”*<sup>40</sup>.

- Mediante oficio, calendado el 28 de julio de 1998, el Gerente del Banco Ganadero de Florencia solicitó al Tribunal Administrativo a quo, el número de la

<sup>37</sup> Folio 7 y 62 del cuaderno 1.

<sup>38</sup> Folios 5 y 6 y folios 58 y 59 del cuaderno 1.

<sup>39</sup> Folio 2 del cuaderno 2.

<sup>40</sup> Folio 3 del cuaderno 2.

cuenta de los cheques girados, cuya certificación solicitó, así como el número de la cédula del titular<sup>41</sup>.

- Comunicación 3010 del 25 de agosto de 1998, emanada del Intendente de Seguros y Reaseguros de la Superintendencia Bancaria de Colombia, respecto del amparo, como riesgo asegurable, de obligaciones dinerarias, en el cual expresó lo siguiente<sup>42</sup>:

*“(...) me permito informarle que ha sido criterio reiterado de esta Superintendencia sobre la materia que: la prohibición de otorgar avales, contenida en el artículo 1º de la Resolución 21 de 1.992 de la Junta Directiva del Banco de la República se traduce, en la imposibilidad para las aseguradoras de realizar operaciones respecto de obligaciones que se solventen mediante el pago de sumas de dinero, colocándose frente al acreedor en iguales condiciones que la persona obligada al pago, como sería el caso del otorgamiento de un seguro donde se ampare un crédito individual cuyo siniestro se configuraría por el no pago de la suma debida una vez vencido el plazo para el pago de la prestación<sup>43</sup>.”*

*“Lo anterior con base en las siguientes consideraciones (...)”.*

### **3.2. Prueba testimonial.**

Testimonio rendido por el señor SILVIO RUBIANO SUÁREZ, Diputado de la Asamblea Departamental del Casanare y exgerente de la entidad pública demandada, en los términos que se transcriben a continuación, después de que el Magistrado Sustanciador de la diligencia le dijera que expusiera cuanto supiera del contrato 009 de 1995<sup>44</sup>:

*“Se trata del contrato 009 de 1.995 efectuado para la distribución exclusiva de aguardiente extradestilado de la Empresa de Licores del Caquetá suscrito con el señor RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ el cual incumplió en el curso del primer año, si mi memoria no me traiciona, y por estar garantizado por la Compañía Seguros Caribe, hoy Maffre (sic) de Colombia, la Empresa de Licores mediante resolución motivada presentó la reclamación correspondiente que irónicamente dicha empresa aseguradora (sic) en forma irresponsable por demás ha eludido su pago con una serie de argumentos y argucias propias de las personas que aplican la mala fe. Cuando el representante de dicha aseguradora en Florencia nos visitó para ofrecernos sus productos a la Empresa, siempre lo hizo de la manera más amable explicándonos la generosidad de sus productos y la acrisolada responsabilidad de la Aseguradora, pero cuando tuvimos el primer percance por culpa de la irresponsabilidad de su asegurado, se presentó con abogado para negar la responsabilidad de la empresa aseguradora y es así como hoy compruebo que no ha pagado el saldo que por cerca de \$30.000.000 millones de pesos quedó debiendo su afianzado LÓPEZ HERNÁNDEZ. Debo decir que al aceptar la junta directiva el endoso del contrato a otro distribuidor, consultamos todos estos pasos con el asesor de seguros, señor FÉLIX HÉCTOR VANEGAS con quien a menudo tratábamos los temas de los seguros, pues debo precisar que todas las pólizas de la Empresa de Licores las manejaba el señor VANEGAS como intermediario de seguros.”*

<sup>41</sup> Folio 16 del cuaderno 2.

<sup>42</sup> Folios 20 a 25 del cuaderno 2.

<sup>43</sup> Original de la cita: Superintendencia Bancaria. Oficio No. 97046583-2 del 23 de diciembre de 1997.

<sup>44</sup> Folios 31 y 32 del cuaderno 2.

*Fue así que atendiendo sus sugerencias verbales logramos que el nuevo distribuidor se responsabilizara de \$100.000.000.00 que adeudaba el señor LÓPEZ HERNÁNDEZ quedando un saldo pendiente de pago de uso \$27.000.000,00 millones de pesos, si mal no recuerdo, garantizados con cheques girados a la Licorera. Fue así como al vencimiento de las pólizas contra incendio y demás siniestros que amparaban a la Licorera, no se autorizó su renovación con esta Compañía pues se llegó a la conclusión que si se negaban a pagar un saldo de apenas \$27.000.000.00 millones de pesos menos aún patagarían (sic) el valor de la Empresa sus mercancías y maquinarias en el evento de un incendio o de un terremoto o cualquier contingencia cubierta en las ofertas de esta irresponsable aseguradora”.*

### **3. La legitimación en la causa de la Compañía Aseguradora para incoar la acción contractual.**

En el presente proceso la parte actora se encuentra conformada por la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., antes SEGUROS DE CARIBE S.A, empresa esta última que suscribió el contrato de seguro de cumplimiento número 01303145 del 9 de marzo de 1995 con la sociedad MUNDIAL DE PRODUCTOS y/o con el señor RIGOBERTO LÓPEZ HERNÁNDEZ, con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato 009 de 1995, celebrado con la Empresa de Licores del Caquetá.

Si bien la compañía de seguros, demandante en el proceso, no celebró el contrato 009, ésta instauró demanda en contra de la Empresa de Licores del Caquetá y en contra del señor Rigoberto López Hernández, con el fin de impugnar la legalidad de los actos administrativos a través de los cuales se declaró el incumplimiento del mencionado contrato, en la medida en que tales actos la afectan directamente, toda vez que la sociedad SEGUROS DE CARIBE S.A., hoy MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., era la garante de las obligaciones surgidas del contrato No. 009 de 1995.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala:

*“El acto que declaró la ocurrencia del siniestro tenía un destinatario que podría calificarse como principal, cual es la aseguradora que otorgó la garantía; y otro, también interesado en su cuestionamiento, o sea el contratista de la administración que celebró con aquélla el contrato de seguro. Aseguradora y contratista que fueron debida y oportunamente notificados del acto que declaró la ocurrencia del siniestro.*

*“Se hace la precisión precedente para afirmar que tanto la aseguradora como el contratista tenían interés en impugnar ese acto. La primera, para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma asegurada, en los términos del art 1096 del c. de co. (Ver cláusula 9ª del contrato de seguro, a folios 116).”<sup>45</sup> (Las subrayas son del original)*

La Sala ha ratificado el pronunciamiento antes aludido al sostener que las compañías aseguradoras se encuentran legitimadas para incoar la acción

---

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, Exp. 9286, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

contractual contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración Pública declara el siniestro por incumplimiento de las obligaciones contractuales, entre otras, en la Sentencia cuyos términos se transcriben a continuación:

*“Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.*

*“Sostener lo contrario, esto es, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la aseguradora no es parte del contrato estatal, supone desconocer de manera directa el postulado del artículo 77 de la ley 80 de 1993, antes citado, y genera una contradicción lógica en tanto aplica frente a una misma situación jurídica dos consecuencias diferentes que se excluyen entre sí.*

*Esta posición, ha sido asumida recientemente por la Sala mediante auto de 3 de agosto de 2006, en el cual se desestimó definitivamente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, con sus respectivas caducidades, para controvertir los mismos actos administrativos, en el correspondiente evento, los precontractuales; entonces, dicha argumentación en relación con estos últimos, se hace igualmente extensiva para los actos de naturaleza contractual y postcontractual, en la medida que se garantiza el acceso a la administración de justicia bajo parámetros claros y definidos, sin que existan dicotomías al momento de interponer las acciones contencioso administrativas, dependiendo de la persona que ejercite las mismas.*

*Adicionalmente, dada la estructura, contenido, y alcance de la acción contractual, ésta permite que se formulen de manera conjunta o autónoma pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, situación que permite excluir la acción de nulidad y restablecimiento para el ejercicio de una esas mismas pretensiones”.<sup>46</sup>*

En jurisprudencia posterior la Sala ha ratificado que además de que el acto mediante el cual se declara el siniestro es de naturaleza contractual, su contenido se encamina directamente a la exigibilidad de obligaciones surgidas de un contrato de seguro, el cual tiene, respecto del contrato asegurado, el carácter de accesorio; así se expresó la Sala<sup>47</sup>:

*“Agrega la sala, que a más de que los actos son de naturaleza contractual por lo que su impugnación procede por la vía de la acción contractual con independencia del sujeto que la instaure, el sustrato o contenido de aquel es la exigibilidad de la obligación de amparo que surge del contrato de seguro, contrato que en términos del artículo 1499 del C.C. tiene la naturaleza de accesorio al contrato estatal, en cuanto ampara el cumplimiento de las obligaciones emanadas de éste y que como tales son obligaciones*

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33476, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 22 de 2009, Exp.14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

*principales, razón para que el cuestionamiento de tal acto deba hacerse por la vía de la acción contractual.”*

Así pues, en el presente asunto no le asiste duda a la Sala de Subsección acerca de que la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., se encontraba legitimada en la causa para formular demanda en el presente asunto.

#### **4. La decisión unilateral y ejecutoria.**

En principio se puede afirmar que uno de los privilegios con los cuales cuenta la Administración Pública en los contratos que celebra es el de la decisión unilateral y ejecutoria, el cual le permite ejercer directamente potestades y derechos otorgados por la ley, de manera expresa, sin tener que acudir ante la Justicia Contencioso Administrativa. Se trata de un poder que es ajeno a las facultades de los particulares, salvo expresa autorización legal<sup>48</sup>.

Las entidades a las cuales la ley ha otorgado este poder pueden imponer su voluntad al contratista de manera coactiva, bien sea durante el perfeccionamiento, la ejecución o la liquidación del contrato y obligarlo a cumplir tal voluntad, sin perjuicio de que éste pueda acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a reclamar la nulidad de tales actos y la reparación de los perjuicios antijurídicos que hubiere podido sufrir como consecuencia de los mismos. Sobre el tema han expresado los doctrinantes García de Enterría y Fernández<sup>49</sup>:

*“En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza.”*

Sin embargo debe reiterarse que tal privilegio no deviene del contrato sino de la ley, la cual otorga a la Administración Pública, como guardiana del interés público,

---

<sup>48</sup> “...en un régimen de división de poderes enmarcado en un Estado social y democrático de Derecho, la Administración Pública no tiene el monopolio de la coacción física legítima pero en primera instancia puede alterar por sí misma el statu quo. Distinta es la posición de las administraciones privadas y los ciudadanos, que no pueden modificar una situación dada sin la imperativa intervención de los Tribunales. Cuando una empresa o administración privada es acreedora de una deuda que no es satisfecha voluntariamente por el obligado al pago, para ejecutarla coactivamente no tiene más remedio que acudir a los Tribunales para que éstos declaren primero que la deuda existe, es líquida y exigible (heterotutela declarativa), y para que después impongan coactivamente al deudor el pago de lo debido (heterotutela ejecutiva); la administración privada no puede ejecutar por sí misma esa deuda, sino que imperativamente precisa de la intervención judicial.

*“En cambio, cuando la Administración Pública es acreedora de una deuda tributaria no necesita acudir a los Tribunales para que se declare la existencia, liquidez y exigibilidad de la deuda (autotutela declarativa) ni para ejecutarla coactivamente (autotutela ejecutiva). En primera instancia no corresponde a los Tribunales la garantía de la eficacia práctica de las potestades de la Administración Pública, sino que el ordenamiento jurídico confiere a estas últimas una posición de privilegio desde la cual pueden ejecutar inmediatamente sus decisiones sin necesidad de intervención judicial; esa posición de privilegio se conoce como privilegio de ejecución u oficio o autotutela administrativa.”* (BLANQUER David. Introducción al Derecho Administrativo. Ed. Tirant lo Blanco. Valencia. 1998. Pág.140).

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ Tomás Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op.Cit. Pág. 664.

un poder para resolver unilateralmente y con fuerza vinculante diversas situaciones que pudieran presentarse durante el desarrollo del contrato, con el fin de garantizar una ágil, eficiente y eficaz ejecución del vínculo obligacional, dado que en ello se encuentra inmersa la satisfacción de dicho interés general así como la consecución de los cometidos estatales<sup>50</sup>.

Este postulado de la decisión unilateral y ejecutoria se encontraba contemplado de manera general en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época en la cual se suscribió el contrato ahora cuestionado y constituía una prerrogativa de poder público de la cual gozaba y sigue gozando la Administración Pública en aquellas relaciones jurídicas en las cuales es parte. Esta norma establecía que los actos que quedaran en firme al concluir el procedimiento administrativo serían suficientes, por sí mismos, para que la Administración pudiera ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento; materialmente la firmeza de tales actos se constituía en requisito indispensable para la ejecución de los mismos en contra de la voluntad de los interesados<sup>51</sup>.

Así pues, las decisiones unilaterales y ejecutorias de la Administración Pública se expresan a través de actos administrativos a los cuales los ampara la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para el contratista, sin perjuicio de que éste pueda impugnarlos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los actos jurídicos que contienen decisiones ejecutorias deben cumplir con unos elementos tanto formales como materiales. Los primeros dicen relación con la competencia con la cual deben contar tanto las entidades como los funcionarios que expidan tales actos, así como la observancia de los procedimientos establecidos en las normas vigentes tanto para asegurar su regular expedición como, más importante aún, para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de quienes pudieran resultar afectados con su contenido, como por ejemplo el derecho al debido proceso; los segundos se refieren a los motivos o causas, el objeto y la finalidad de tales actos. Al respecto el tratadista Vedel<sup>52</sup> explicó:

---

<sup>50</sup> “Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela, que ya conocemos, de modo que es en sí mismo extracontractual. Históricamente parece claro que la inserción de estos poderes en los contratos administrativos ha sido la consecuencia, y no la causa, aunque ello pueda hoy resultar paradójico, de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso-administrativa. Hoy, sin embargo, la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los «servicios públicos», cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe ésta de atender con todas sus facultades específicas sobre todo en evitación de retrasos, que serían ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso. De nuevo también es el tráfico en masa el que a fortiori da más relieve a estas razones y justifica con ello en último extremo esta técnica”. FERNÁNDEZ Tomás Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo. Madrid: Editorial Civitas. 1995. Pág. 665.

<sup>51</sup> En la actualidad el artículo 89 de la Ley 1437, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –PACA- de 2011 dispone lo siguiente:

**ARTÍCULO 89. CARÁCTER EJECUTORIO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR LAS AUTORIDADES.** Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional”.

<sup>52</sup> VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid: Aguilar. 1980. Pág. 154.

*“Como acto jurídico, la decisión ejecutoria se caracteriza por elementos formales y por elementos materiales.*

*“Los elementos de naturaleza formal son la competencia (poder del autor o autores de la decisión) y las formas (procedimiento según el cual se adopta la decisión).*

*“Los elementos de naturaleza material son los motivos o causa de la decisión (elementos de hecho o de derecho a los cuales debe responder la decisión; p. ej., un reglamento de policía tiene como motivos—o causa—cierta amenaza al orden público); el objeto (contenido de la decisión); el fin (el interés público).”*

Si bien la Administración Pública goza de mayores poderes que los particulares, también es cierto que le asiste menos autonomía y libertad que a estos últimos, quienes pueden elegir los fines que persiguen, mientras que aquéllas están limitadas por la satisfacción del interés general; en principio, los particulares son libres en el ejercicio de su actividad, mientras que la Administración Pública debe ejercer sus potestades de manera obligatoria; los particulares pueden determinar el procedimiento para ejercer sus medios, al paso que la Administración Pública tiene la obligación de ejercerlas de conformidad con los procedimientos fijados por la ley.

En relación con la competencia resulta importante precisar que la Administración Pública, amparada en el privilegio de lo previo, no puede decidir de manera unilateral sobre sus potestades (las cuales sin duda constituyen atribución de competencia legal) porque desbordaría el principio que, de modo negativo, está consagrado en el artículo 84 del C.C.A., el cual dispone que los actos administrativos serán nulos *“cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes”*.

En este punto resulta importante recordar que la competencia de los funcionarios - al contrario de lo que ocurre con la capacidad de los particulares-, es de carácter excepcional y por ello requiere de consagración expresa, tal como preceptúan los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, según los cuales no puede existir competencia válida sin consagración legal, pues, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico están proscritas las competencias implícitas.

Al interior de la competencia establecida por la ley para la expedición de los actos administrativos opera el principio del privilegio de lo previo; se trata, pues, de una característica propia del acto administrativo unilateral que se deriva de la competencia legal y no de un principio que sirva de fuente de competencia administrativa en ausencia de la ley.

#### **5. La facultad oficiosa del juez para examinar los eventos de falta de competencia.**

La naturaleza de orden público propia de las normas que regulan y determinan la competencia, sea ésta de carácter jurisdiccional<sup>53</sup> o administrativa<sup>54</sup>, exige el

---

<sup>53</sup> En este sentido, el artículo 6º del C. de P. C. dispone: *“Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.*

*“Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas.”*

<sup>54</sup> Al respecto, los artículos 121 y 122 de la Constitución Política, prescriben, en su orden:

control de su ejercicio para evitar que sus límites se transgredan, así este aspecto no se constituya como pretensión, comoquiera que la incompetencia se erige en la más grave ilegalidad<sup>55</sup>; precisamente en atención a las facultades unilaterales y especialmente aquellas de carácter sancionatorio de que disponen las entidades estatales en materia contractual, resulta necesario que el juez, oficiosamente, adelante el examen sobre el punto, aun cuando éste no se hubiere solicitado en el proceso. Sobre este asunto, la Sala señaló en anterior oportunidad:

*“En el caso que se examina se encuentra que la extemporaneidad alegada no fue objeto de las pretensiones de la demanda y esta consideración sólo la hace la parte actora en el alegato de conclusión ante esta instancia. Sin embargo, por tratarse del cargo de incompetencia temporal o ratióne temporis 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 (arts. 121 y 122 Constitución Política), es posible su examen en forma oficiosa por el juzgador.”<sup>56</sup>*

Posteriormente, en igual sentido y resaltando la trascendencia del principio de legalidad en las actuaciones administrativas, esta Sección expresó al respecto:

*“En virtud del principio de legalidad<sup>57</sup>, principio básico en un Estado de derecho, las competencias de cada uno de los órganos y autoridades de la Administración Pública deben encontrarse asignadas por la Constitución Política o la ley de manera expresa, tal como lo ordena la Carta en sus artículos 4, 6, 121 y 122, lo cual impone que toda actuación de dichos órganos se encuentre sometida al imperio del derecho, presupuesto indispensable para la validez de los actos administrativos.*

*“La jurisprudencia de la Sección Tercera<sup>58</sup> ha enseñado que la competencia constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, asumiendo que la incompetencia configura la regla general mientras que la competencia constituye la excepción, comoquiera que la misma se restringe a los casos en que sea expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo cual se explica si se tiene en cuenta que **‘la incompetencia’** está entronizada en beneficio de los*

---

Art. 121: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

Art. 122: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

<sup>55</sup> La doctrina ha expuesto sobre el tema: “**De todas las formas de ilegalidad [la incompetencia], es la más grave: los agentes públicos no tiene (sic) poder sino con fundamento en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por lo que las reglas de competencia son de orden público: la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado en apoyo de su demanda. Ella no puede ser convalidada por la aprobación ulterior de la autoridad competente**”. (Resalta la Sala) (RIVERÓ, Jean: Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984. P.274)

<sup>56</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de mayo 11 de 1999. Exp. 10.196. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>57</sup> Nota original: La legalidad ha sido definida por Georges Vedel como “la cualidad de lo que es conforme a la ley. La legalidad expresa así la conformidad al derecho y es sinónimo de regularidad jurídica” Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, traducción de la sexta edición francesa, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 219.

<sup>58</sup> Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006; Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Expediente: 13414.

*intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse*<sup>59</sup>.

*“Igualmente ha puntualizado sobre el vicio de incompetencia lo siguiente*<sup>60</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*<sup>61</sup>*, 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*<sup>62</sup>*’.*

*“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 (...)’ (la negrilla no es del texto original).*

*“La actividad contractual de la Administración no escapa al principio de legalidad, toda vez que en este ámbito sus actuaciones también deben someterse a claras y precisas competencias que se encuentran atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, máxime cuando se trata del ejercicio de prerrogativas que detenta la entidad estatal contratante; así pues, las facultades que por atribución legal ejercen las entidades del Estado cuando se relacionan con los particulares, mediante la contratación, requieren definición legal previa y expresa de la ley, puesto que es la propia ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.*

*“Es por ello que la terminación unilateral a cuya aplicación obliga el artículo 45 de la Ley 80, mal podría ejercerse en casos distintos a los expresamente previstos en esa norma legal.”*<sup>63</sup>

Con base en lo expuesto y dada la naturaleza de orden público propia de las normas sobre competencia y los postulados del principio de legalidad, se concluye que en aquellos eventos en los cuales el juez advierta falta de competencia en determinado caso, debe abordar oficiosamente su estudio, debido a que ésta constituye una grave causal de ilegalidad.

## **6. El caso concreto.**

<sup>59</sup> Nota original: GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio, *Derecho Administrativo General*, 5ª edición, Editorial Marín Vieco Ltda., Medellín, 1995, p. 59.

<sup>60</sup> Nota original: Sentencia de 16 de febrero de 2006, Exp. 13414, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>61</sup> Nota original de la sentencia citada: BETANCUR JARAMILLO, Carlos; *Derecho Procesal Administrativo* Señal Editora, 5ª ed.; pág. 209. Afirma el profesor Betancur, que el carácter de orden público que tienen las normas que atribuyen las competencias funcionales, “...permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición”. Por su parte, en la doctrina argentina, la incompetencia en razón de la materia es considerada como un “**vicio muy grave**”, calificación que hace que el acto sea inexistente, lo cual puede ser declarado de oficio en sede judicial (DROMI, Roberto; Ob. cit., Págs. 244 y 245).

<sup>62</sup> Nota original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196. Actor: Sociedad Brogra Ltda.

<sup>63</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 29 de 2007. Exp. 15.324.

En el presente caso la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., demandó la nulidad de las Resoluciones números 000158 de octubre 23 de 1995 y 000095 de octubre 1 de 1996, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del contrato número 009 de marzo 9 de 1995.

La parte actora esgrimió como argumentos principales para solicitar la nulidad de los mencionados actos que el contrato había sido cedido a otro contratista, sin el consentimiento de la compañía aseguradora, cesionaria que a su vez se había hecho responsable de las deudas del cedente y, además, había suscrito nuevas garantías; adicionalmente, afirmó que los actos demandados vulneraron, entre otras normas, el Código de Comercio, toda vez que no resultaban asegurables las obligaciones dinerarias; también sostuvo que el contratista afianzado no incumplió el contrato, toda vez que adquirió las cantidades mínimas de licor a las cuales se comprometió, de acuerdo con lo convenido en el contrato 009 de 1995 y los otrosíes 01 y 02.

El Tribunal Administrativo a quo negó las pretensiones de la demanda, en tanto consideró que sí se había presentado incumplimiento, dado que con la garantía única de cumplimiento se ampararon todas las obligaciones surgidas del contrato 009 de 1995, entre las cuales se encontraba la forma de pago, con la cual el contratista no había cumplido. No encontró que se hubieren vulnerado las normas jurídicas a las cuales aludió la sociedad actora y consideró que la cesión del contrato no había implicado la desaparición de las obligaciones asumidas por el señor Rigoberto López Hernández.

La sentencia de primera instancia fue recurrida por la compañía aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., quien consideró que el Tribunal Administrativo a quo desconoció flagrantemente el ordenamiento jurídico, por las razones expuestas en la demanda.

En el presente caso se encuentran probados los siguientes hechos:

- i) Que entre la Empresa de Licores del Caquetá y la sociedad Mundial de Productos se celebró el contrato número 009 de 1995, cuyo objeto constituyó la distribución, comercialización y venta de los productos de la industria licorera, durante un plazo de dieciocho meses, contados a partir del 9 de marzo de 1995.
- ii) Que en el contrato se estipuló que en caso de declaratoria de caducidad ésta pagaría a la otra el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de la cuota mínima mensual, con carácter de sanción pecuniaria.
- iii) Que el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato número 009 de 1995 fue garantizado por la sociedad Seguros Caribe S.A., hoy Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., a través de la *PÓLIZA ÚNICA DE SEGUROS DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES* número 01303145, cuya vigencia se acordó entre el 9 de marzo de 1995 y el 9 de septiembre de 1996.
- iv) Que mediante otrosí número 03 del 31 de agosto de 1995 el contrato 009 de 1995 fue cedido a la sociedad I.P.L. S.A., a partir del 1 de septiembre de ese año y hasta la finalización del contrato 009 de 1995, el 9 de septiembre de 1996.

- v) A través de la Resolución número 000158 del 23 de octubre de 1995, el Gerente de la Empresa de Licores del Caquetá “*declara el incumplimiento de la Cláusula Cuarta del Contrato No. 009, de 1995*”, cuya decisión fue confirmada a través de la Resolución número 000095 de 1996.
- vi) El señor Rigoberto López Hernández pagó los pedidos con cheques, algunos de los cuales fueron devueltos por el Banco Ganadero por falta de fondos y también con un pagaré al cual le realizó diversos abonos y para el momento en el cual se declaró el incumplimiento del contrato número 009 de 1995, adeudaba a la entidad la suma de \$27'732.733.00, como saldo insoluto del pagaré 03 de 1995.

Encuentra la Sala que el contrato 009 de 1995 se celebró bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993 -con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007-, época para la cual la Administración no tenía la potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se declarara el incumplimiento del contrato, toda vez que para ello debía acudir al juez de contrato, tal como ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Corporación desde el año 2005<sup>64</sup>, cuyo lineamiento permaneció hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007:

*“Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

*“Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario.*

*“En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos<sup>65</sup> y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.*

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 20 de 2005, Expediente 14.579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>65</sup> Original de la Sentencia en cita: Artículo 365 de la Constitución Política.

*“Así mismo, desde esta nueva visión, pretendió la Ley 80 apartarse de conductas perniciosas del pasado reflejadas en el Decreto 222 de 1983, y consignadas en la exposición de motivos de la misma ley,*

*“(…)*

*“Así, puede observarse entonces, que la ley 80 de 1993, que pretendió ser el estatuto único de contratación, constituye un conjunto de disposiciones que tienen la finalidad principal de seleccionar objetivamente al contratista y la regulación que del contrato mismo hace es meramente excepcional, según surge de lo previsto en los artículos 13 y 40 de dicha norma, que establecen claramente que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la misma ley, así como, que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

*“En esta orientación, especial preocupación tuvo el tema de las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión; Así, se dijo en el artículo 60 de esta norma:*

*“(…)*

*“Concretamente, en lo que atañe a la cláusula de multas y penal pecuniaria, los respectivos artículos que las regularon, establecieron que la imposición de aquellas se haría “...mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 64 de este estatuto”<sup>66</sup> y que la imposición de ésta, es decir, la penal pecuniaria, se haría efectiva “directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento”<sup>67</sup> y para los dos casos, estableció que los valores recaudados por tales conceptos ingresarían al tesoro de la entidad contratante y podría ser tomado directamente del saldo a favor del Contratista, si lo hubiere o de la garantía constituida y, si esto no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva<sup>68</sup>. Con ello, la entidad estatal quedaba plenamente facultada para, utilizando sus poderes excepcionales, declarar los incumplimientos e imponer las multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, según fuera el caso, lo cual, según se vio, claramente bajo la potestad de autotutela otorgada en las disposiciones previamente anotadas, podía hacer mediante acto administrativo.*

*“Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado<sup>69</sup>, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general<sup>70</sup>:*

<sup>66</sup> Cita original. Artículo 71, Decreto 222 de 1983.

<sup>67</sup> Cita original. Artículo 72 ibídem.

<sup>68</sup> Cita original. Artículo 73 ibídem.

<sup>69</sup> Cita original. Salvo los artículos 108 a 113, referidos a la ocupación y adquisición de inmuebles e imposición de servidumbres. Al respecto, véase el artículo 81 de la Ley 80.

<sup>70</sup> Cita original. De manera específica, las cláusulas excepcionales allí consagradas se encuentran desarrolladas por los artículos 15 y siguientes de la misma Ley 80.

(...)

“Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición<sup>71</sup> de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998<sup>72</sup> y del 20 de junio de 2002<sup>73</sup>, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.” (Subrayas añadidas).

De conformidad con la Sentencia citada, cuyo contenido reitera la Sala en esta oportunidad, con la expedición de la Ley 80 de 1993 –antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007-, no se autorizó a las entidades contratantes –en cuanto desapareció la competencia que les había sido otorgada por el Decreto-ley 222 de 1983- para expedir actos administrativos mediante los cuales impusieran unilateralmente multas o declararan el incumplimiento del contrato, en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista particular, esto es sin necesidad de acudir al juez del contrato.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, la cual modificó algunos de los artículos de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales recobraron la potestad legal para imponer unilateralmente multas, así como para declarar el incumplimiento del contrato con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; en efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 atribuyó competencia a las entidades estatales para imponer unilateralmente este tipo de sanciones, de acuerdo con el procedimiento que la misma norma indica:

*“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*

---

<sup>71</sup> Se refiere al artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

<sup>72</sup> Cita original. Exp. 13988.

<sup>73</sup> Cita original. Exp. 19488.

*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.” (Subrayas añadidas).*

Respecto de la aplicación de la Ley 1150 de 2007, inclusive a contratos regidos por la Ley 80 de 1993, celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150, se ha pronunciado la Jurisprudencia de esta Sala de Subsección, en los términos que se expresan a continuación<sup>74</sup>:

*“La Ley 1150 de 2007 consagró la facultad de imponer y de hacer efectivas las multas que hubiesen sido pactadas en el contrato y de declarar su incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, potestad que hizo extensiva respecto de aquellos contratos que se hubieren celebrado 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.”*

*“Observa la Sala que el contenido del párrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 hace referencia a lo que la Corte Constitucional llamó ‘las consecuencias nuevas de un hecho antiguo’, dado que faculta a las entidades para imponer y hacer efectivas multas y para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria –consecuencia nueva- respecto de aquellos contratos celebrados antes de la expedición de la ley, en los cuales se hubieren pactado y previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas –hecho antiguo-.*

*“Tal como sostuvo la Corporación en la ante citada sentencia de julio 30 de 2008, se trata ‘de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente*

---

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto de febrero 21 de 2011, Expediente 39643.

*antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella.”<sup>75</sup>”*

En el caso que ahora examina la Sala, se impone precisar entonces que la entidad pública demandada carecía de competencia para expedir los actos administrativos demandados, toda vez que como antes se explicó, la facultad legal para su adopción debía provenir de la ley y no del texto del contrato, que en este caso ni siquiera se incluyó y mucho menos de la voluntad unilateral de la Administración Pública contratante; así pues, la Sala revocará la Sentencia expedida por el Tribunal Administrativo a quo y ordenará de manera oficiosa la nulidad de la Resolución 000158 y de los artículos primero y segundo de la Resolución número 000095- , por cuanto, si bien el vicio de incompetencia no fue alegado por la parte actora, tal como atrás se explicó, en esos casos el juez oficiosamente puede anular los actos administrativos.

Se precisa que la Resolución 00158 únicamente consta de un artículo – PRIMERO-, por medio del cual se declaró el incumplimiento, toda vez que el artículo segundo, mediante el cual se ordenaba notificar a la sociedad Seguros Caribe S.A., fue revocado a través de la Resolución número 00082, por la cual se ordenó notificar a la actora, Resolución esta última que no fue objeto de demanda.

Asimismo se encuentra que la Resolución 00095 confirmó en todas sus partes la Resolución 000158, en relación con el único artículo, relativo a la declaratoria de incumplimiento.

Ahora bien, en cuanto hace al artículo tercero de la Resolución 00095, por medio del cual se ordenó notificar la decisión contenida en este acto administrativo a la parte actora, se precisa que ningún cargo de anulación se alegó en su contra. En todo caso, debe decirse que respecto del contenido del mencionado artículo, por efecto de la declaratoria de nulidad de los dos primeros artículos de esta misma Resolución- mediante los cuales se decidió no revocar la declaratoria de incumplimiento y confirmar lo decidido en la Resolución 000158- se produce su decaimiento, toda vez que el asunto objeto de notificación desaparece del ordenamiento jurídico.

El Legislador ha señalado aquellos eventos en los cuales los actos administrativos, a pesar de no haber sido declarados nulos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no son obligatorios (art. 66 C.C.A.), uno de los cuales es el decaimiento del acto administrativo, fenómeno que se configura una vez desaparecen los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron su expedición.

El artículo 66 del Código Contencioso Administrativo dispone:

*“Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:*

*(...)*

*2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (...).”*

La jurisprudencia de esta Corporación<sup>76</sup> ha señalado que *“... todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son*

<sup>75</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 30 de 2008, Expediente 21574, C.P. Enrique Gil Botero.

*susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico".*

La Corte Constitucional mediante providencia C-069 de 1995, se pronunció al respecto en los siguientes términos:

*"El decaimiento de un acto administrativo que se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparece del escenario jurídico. ... pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que 'salvo norma expresa en contrario', en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexecutable del precepto en que este se funda, decretado por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal o el objeto del mismo." (Resaltado fuera de texto)*

En cuanto a la posibilidad de que el decaimiento de los actos administrativos sea declarada por el juez administrativo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en afirmar que esta Jurisdicción no es competente para ello, por cuanto la misma está instituida para la declaratoria de nulidad de actos administrativos, de conformidad con el artículo 84 del C.C.A. Al respecto ha afirmado<sup>76</sup>:

*"Sin embargo, tal declaración de pérdida de fuerza ejecutoria y su consecuente inejecutabilidad no es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, pues ésta está instituida para declarar la nulidad de los actos administrativos, de conformidad con el artículo 84 del C.C.A, por infringir las normas en que deberían fundarse, por haber sido expedidos por funcionario incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió, en tanto que la pérdida de fuerza ejecutoria trae sus propias causales, cuales son, que el acto administrativo haya sido suspendido provisionalmente, que hayan desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho, que al cabo de 5 años de estar en firme la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlo, que se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto o cuando pierde su vigencia."*

---

<sup>76</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de agosto 1 de 1991. Expediente 1948. C.P. Miguel González Rodríguez.

<sup>77</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de mayo 11 de 2006. Radicado 76001-23-33-000-2000-01681-01. C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

Así pues, en relación con el tercer artículo de la Resolución 00095, no emitirá la Sala pronunciamiento alguno.

De otro lado, se precisa que la Sala se abstiene de examinar la nulidad solicitada por la actora en las dos primeras pretensiones, en contra de las Resoluciones demandadas, con base en los cargos de violación de la ley y falsa motivación, en virtud de que declarará su nulidad por el vicio de incompetencia funcional.

A través de la pretensión sexta, la parte actora persiguió desvirtuar la existencia del incumplimiento declarado a través de las Resoluciones demandadas, en virtud de un supuesto incumplimiento de la entidad pública demandada, en consecuencia, dado que, por las razones antes expuestas, los actos administrativos que declararon tal incumplimiento serán anulados, la Sala queda relevada de examinar este aspecto por carencia de objeto.

En lo que respecta a las pretensiones tercera y séptima, por medio de las cuales se buscó demostrar la falta de cobertura de la póliza respecto del incumplimiento declarado por la entidad pública demandada en relación con las obligaciones del Contrato 009 de 1995, es del caso señalar que al anularse dicha declaratoria desaparece jurídicamente el riesgo cuyo amparo se discute y que daría lugar a que se constituyera el siniestro para hacer efectiva la garantía, en consecuencia, en lo que a este aspecto concierne, la Sala queda también relevada de su análisis por carencia de objeto.

En las pretensiones cuarta y quinta se solicitó el reintegro de *“cualquier pago derivado de la póliza de garantía de cumplimiento No. 01303145, también a título de indemnización se condene a dicha entidad a restituir a mi mandante cualquier cantidad que esta hubiere sido constreñida a pagar”*, indexada y con los correspondientes intereses comerciales.

Al respecto encuentra la Sala que en el proceso no se acreditó pago alguno derivado de la declaratoria de incumplimiento del contrato 009 de 1995 por parte de la compañía aseguradora, no obstante, toda vez que los actos administrativos por medio de los cuales se declaró el incumplimiento se encuentran viciados de nulidad, razón por la cual los actos demandados desaparecen de la vida jurídica por efecto de la nulidad que será declarada y, por tanto, la sanción impuesta pierda su fundamento legal, situación que impone, en el evento de que la compañía aseguradora demandante hubiere realizado algún pago por este concepto, la devolución de dichos valores por parte de la entidad pública demandada, debidamente indexados. No se reconocen los intereses solicitados en virtud de que el derecho a su devolución, en el evento de que se hubiere producido el pago, surge a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

Se pretendió también –octava pretensión- el pago a la demandante *“a título de indemnización [de] los perjuicios de orden material que se le causaron con ocasión de la expedición de las resoluciones impugnadas, según tasación que de los mismos hagan los peritos expertos”*. En relación con esta pretensión no encuentra la Sala en el proceso que se hubiere acreditado perjuicio alguno para la demandante y, adicionalmente, se observa que ni siquiera se pidió la mencionada prueba pericial y tampoco se declaró de oficio por el Tribunal Administrativo a quo, así pues, denegará la Sala esta pretensión.

## **7. Costas del proceso.**

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

#### **FALLA**

**REVOCAR** la sentencia proferida el 23 de octubre de 2003, por el Tribunal Administrativo del Caquetá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia y, en su lugar, se dispone:

**PRIMERO: ANULAR**, por el vicio de incompetencia, las Resoluciones números 000158 del 23 de octubre de 1995 y 000095 del 1 de octubre de 1996, expedidas por la EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ, en virtud de las cuales declaró el incumplimiento del contrato número 009 DE 1995.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la EMPRESA DE LICORES DEL CAQUETÁ a devolver a la sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., cualquier suma de dinero que ésta hubiere pagado por concepto de la declaratoria de incumplimiento del contrato 009 de 1995, debidamente indexada desde la fecha en la cual se hubiere producido el pago, hasta la fecha en la cual éste se realice.

**TERCERO:** Negar la pretensión octava de la demanda.

**CUARTO:** No emitir pronunciamiento en relación con las pretensiones tercera, sexta y séptima.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

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

#### **COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**HERNAN ANDRADE RINCON**

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**