



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. /2017

Feb 18/18
320
SIGCMA
07

Cartagena de Indias D.T y C., dos (2) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Acción	CONTRACTUAL
Radicados	13-001-23-31-000-2001-01283-00 13-001-23-31-000-2000-00341-00 13-001-23-31-000-2001-00400-00
Demandantes	SOCIEDAD SIERRA MISCO S.A. COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS y CARDIQUE
Demandados	CARDIQUE SOCIEDAD SIERRA MISCO S.A. y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Temas	Competencia para liquidar unilateralmente el contrato – incumplimiento de las obligaciones contractuales – competencia para declararla – silencio administrativo positivo – equilibrio económico del contrato – vigencia de la póliza de cumplimiento del contrato – configuración del siniestro por fuera de la vigencia de la póliza – modificaciones a la vigencia y valor del contrato sin modificar la póliza de cumplimiento – enriquecimiento sin causa.

I.- ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a decidir, en primera instancia, el proceso acumulado de controversias contractuales, presentado por la SOCIEDAD SIERRA MISCO S.A., en contra de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL DIQUE (CARDIQUE); la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., en contra de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL DIQUE (CARDIQUE); y la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL DIQUE (CARDIQUE) en contra de la SOCIEDAD SIERRA MISCO S.A., y la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

II.- ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, las entidades SIERRA MISCO S.A. – COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS - CARDIQUE

presentaron acción de controversias contractuales, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

2.2.1. Proceso: 000-2001-01283-00 (SIERRA MISCO S.A., vs CARDIQUE)¹

PRIMERO: Se declare la existencia del contrato 213 celebrado con CARDIQUE, cuyo objeto era el estudio de la caracterización y evaluación de la calidad ambiental de los recursos aire, agua y suelo del área de influencia de la Zona Industrial de Mamonal-Cartagena, de conformidad con los términos de referencia y propuesta presentada por el consultor.

SEGUNDO: Se declare la nulidad del acta de liquidación unilateral expedida por CARDIQUE mediante la Resolución No. 0421 del 5 de agosto de 1999 y su confirmatoria, la Resolución No. 0621 del 29 de octubre de 1999, que negó el recurso de reposición interpuesto por Sierra Misco S.A., contra el primer acto administrativo.

TERCERO: Que, como consecuencia de lo anterior, se haga la liquidación judicial del contrato 213, declarándose el cumplimiento total del contrato 213, se declare el cumplimiento de las obligaciones de Sierra Misco y se declare el incumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas por CARDIQUE.

CUARTO: Que se condene a Cardique a pagar el saldo correspondiente a favor de Sierra Misco, por la liquidación del Contrato 213 en la forma indicada en la presente acción, es decir, que reconozcan los créditos existentes a favor de Sierra Misco, y no tenidos en cuenta en la resolución liquidatoria, que se estiman en la suma de \$1.142.2743.102, o la suma mayor que resulte probada dentro del proceso.

QUINTO: Que se ordene la expedición del certificado de cumplimiento a satisfacción por Sierra Misco S.A., de la obligación contenida en el contrato 213.

SEXTO: Que las sumas a las que sea condenada la entidad accionada, se actualicen con base en el IPC, que se condene en costas y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del art. 176 y 177 del CCA.

¹ Folio 184-185 c. 1 ppal



2.2.2. Proceso: 000-2000-00341-00 (COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS vs CARDIQUE)²

- **PRETENSIONES PRINCIPALES:**

PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que no se han dado los presupuestos para que se configure el siniestro relativo a la garantía del riesgo por calidad del estudio, por cuanto el amparo no había entrado en vigencia.

SEGUNDA PRINCIPAL: Como consecuencia de lo anterior, que se disponga la nulidad del numeral 2º del artículo 1º de la Resolución No. 0421 del 5 de agosto de 1999 y su confirmatoria, la Resolución No. 0621 del 29 de octubre de 1999.

TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que el contrato de seguro contentivo de la póliza de garantía única No. D-AE050 de junio 20 de 1997 emitida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., no ha sido afectada por siniestro alguno, por lo tanto no existe obligación por parte de dicha aseguradora.

- **PRIMER PETITUM SUBSIDIARIO:**

PRIMERA: Que se declare que a la luz del numeral 2.3 del capítulo exclusiones de las condiciones generales de la póliza única de cumplimiento No. D-AE 00050, el amparo referente a la garantía de calidad del estudio no operó debido a que los perjuicios aducidos por la entidad contratante, se refieren a un incumplimiento originado en modificaciones introducidas al contrato de Consultoría 213 de 1997.

SEGUNDA: En consecuencia, que se declare la nulidad del numeral 2º del artículo 1º de la Resolución No. 0421 del 5 de agosto de 1999 y su confirmatoria, la Resolución No. 0621 del 29 de octubre de 1999, toda vez que a Cardique no le es dable hacer exigible el amparo de la póliza en comento.

TERCERO: Que se declare, que el contrato de seguro contentivo de la póliza de garantía única No. D-AE050 de junio 20 de 1997 emitida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., no ha sido afectada por siniestro alguno, por ende no existe obligación por parte de dicha aseguradora.

- **SEGUNDO PETITUM SUBSIDIARIO:**

PRIMERA: Que se tenga por probado uno o varios de los siguientes eventos: i) vicios de forma en los actos administrativos demandados, por violación del derecho de audiencia y defensa; ii) violación directa de la constitución y la ley a la que están sujetos los contratos estatales; iii) falta de motivación del

² Folio 58-63 c. 6 ppal.

acto en lo que respecta a las razones por las cuales hace exigible a la Compañía Mundial de Seguro S.A., la garantía del estudio contratado.

SEGUNDA: En consecuencia, que se declare la nulidad del numeral 2º del artículo 1º de la Resolución No. 0421 del 5 de agosto de 1999 y su confirmatoria, la Resolución No. 0621 del 29 de octubre de 1999, toda vez que a Cardique no le es dable hacer exigible el amparo de la póliza en comento.

TERCERO: Que se declare que el contrato de seguro contentivo de la póliza de garantía única No. D-AE050 de junio 20 de 1997 emitida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., no ha sido afectada por siniestro alguno, por lo que no existe obligación por parte de dicha aseguradora.

• **TERCER PETITUM SUBSIDIARIO:**

PRIMERA: Declarar que el monto de la garantía de calidad del estudio exigida por dicha entidad en la suma de \$546.000.205 excedió el 50% del valor de la póliza, pactada en la suma de \$1.000.000.000, violando con ello la entidad demanda, además de la ley, el literal b) de la cláusula quinta dicho contrato.

SEGUNDA: Que en consecuencia se declare la nulidad del numeral 2º del artículo 1º de la Resolución No. 0421 del 5 de agosto de 1999 y su confirmatoria, la Resolución No. 0621 del 29 de octubre de 1999, toda vez que a Cardique no le es dable hacer exigible el amparo de la póliza en comento, por no haber probado la cuantía de la pérdida.

TERCERO: Que se declare que el contrato de seguro contentivo de la póliza de garantía única No. D-AE050 de junio 20 de 1997 emitida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., no ha sido afectada por siniestro alguno, por lo que, no existe obligación por parte de dicha aseguradora.

2.2.3. Proceso: 000-2000-00400-00 (CARDIQUE vs SIERRA MISCO S.A. Y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.)³

PRIMERA: Que se declare el incumplimiento del contrato 213 de 1997 por parte de Sierra Misco S.A.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento por parte del contratista, se impongan las siguientes condenas:

- A. Que se condene a la firma Sierra Misco a la restitución de las sumas de dinero que fueron canceladas con ocasión del contrato No. 213 de

³ Folio 145-146 c. 5 ppal



1997, las cuales alcanzan la suma de NOVECIENTOS CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS (904.655.00,00).

- B. Que se condene a la sociedad Sierra Misco a efectuar el pago de los intereses legales sobre el valor cancelado durante la ejecución del contrato, liquidados desde la fecha en la que se efectuó el pago a la firma Sierra Misco S.A., hasta que se realice efectivamente la devolución de las sumas de dinero; teniendo en cuenta los intereses bancarios corrientes que certifique la Superintendencia Bancaria.
- C. Que se condene a Sierra Misco S.A., al pago de los perjuicios causados, consistentes en daño emergente y lucro cesante, de conformidad con los art. 1613, 1614, 1615 y ss., del Código Civil; los cuales se establecerán con las pruebas del proceso y mediante perito debidamente designado por el despacho.
- D. Que se condene a la firma Sierra Misco S.A., al pago de la indexación de todas las condenas que se profieran en su contra.
- E. Que se condene a la firma Sierra Misco S.A., y a la Compañía Mundial de Seguros, al pago de la cláusula penal de conformidad con el contrato.
- F. Que se haga efectiva la póliza de cumplimiento condenando a la aseguradora Mundial de Seguros al pago de las sumas de dinero establecidas en la póliza de cumplimiento No. D-AE00050, correspondiente a:
 - F.1. Las garantías de cumplimiento por las sumas de \$218.400.082, que comprende la cláusula penal pecuniaria como pago parcial de los perjuicios causados a CARDIQUE, y el exceso de perjuicios que resulten a cargo del contratista dentro del proceso.
 - f.2. La calidad del estudio por la suma \$546.000.205, teniendo en cuenta que el estudio no cumple con la calidad y alcances esperados según contrato, los términos de referencia y la propuesta.

2.3. Hechos relevantes

Como soporte fáctico de sus pedimentos, se manifiestan los siguientes hechos:

2.3.1. Proceso: 000-2001-01283-00 (SIERRA MISCO S.A., vs CARDIQUE)⁴

La Sociedad SIERRA MISCO S.A, expone, que el 8 de julio de 1997, suscribió con CARDIQUE, el contrato 213 de la misma anualidad, el cual tenía como objeto *"el estudio de la caracterización y evaluación de la calidad ambiental de los recursos aire, agua y suelo del área de influencia de la Zona Industrial de Mamonal en Cartagena, de conformidad con los términos de referencia y la propuesta presentada por el consultor"*.

En la Cláusula segunda del referido convenio los contratantes determinaron el valor y forma de pago del mismo, disponiéndose que el saldo se cancelará de conformidad con la propuesta económica presentada por el consultor, contenida en el Folio 1 N°. 58, el cual establece que el pago se realizará *"dentro de los quince (15) días de la presentación y facturación"* de los respectivos cuatro informes parciales y del informe final.

Explica, que en la cláusula séptima del contrato se dispuso que el consultor debía rendir los informes al interventor y contar con la aprobación de los mismos. Que, como quiera que no se estableció un plazo para que el interventor aprobara los informes, dicha actuación debía realizarse dentro de los 15 días siguientes a la presentación de los referidos informes, de tal manera que CARDIQUE no incumpliera con su obligación de pago; sin embargo, el interventor excedió el límite de tiempo para la aprobación de los informes, tal y como se dejó contemplado en el numeral 8° de la Resolución demandada.

Expone, que a pesar de lo anterior, la interventoría aprobó los cuatro informes presentados, por lo que CARDIQUE procedió a cancelar las sumas que correspondían al 90% del valor del contrato.

Manifiesta que, como consecuencia del cumplimiento de las exigencias del interventor, las cuales no estaban contenidas en el contrato, la sociedad actora incurrió en sobre costos que fueron solicitados a CARDIQUE, para efectos del restablecimiento económico del contrato. En su momento CARDIQUE manifestó que tales costos se reconocerían en la liquidación del contrato.

En la reunión para la aprobación del informe final, que se llevó a cabo el 22 de febrero de 2009, ni CARDIQUE, ni la empresa interventora realizaron observaciones al mismo. Pero el 23 de febrero de ese año, la interventora, violando los términos del Acta de Reunión No. 01-99, emitió un concepto o *"documento de evaluación"* en el que formuló una serie de observaciones al informe final.

⁴ Folio 185-189 c. 1 ppal

Las anteriores observaciones fueron respondidas por SIERRA MISCO, mediante un informe complementario al informe final, el 23 de marzo de 1999. Dicho informe fue expuesto en la sede de CARDIQUE el 30 de marzo de ese mismo año, obteniendo de parte de CARDIQUE, un certificado en el que constaba que se *"han desarrollado todos los puntos a satisfacción, no quedando dudas al respecto"*.

El 21 de mayo de 1999, CARDIQUE, nuevamente remite al contratista un oficio de interventoría, en el que se hacen nuevas observaciones al informe final. La sociedad SIERRA MISCO S.A., dio respuesta a las observaciones el 24 de junio de 1999, sin recibir ninguna respuesta del contratante ni de la interventoría.

A pesar de lo anterior, el contrato fue liquidado de manera unilateral por la administración, ordenando a SIERRA MISCO S.A., la devolución de los dineros pagados y haciendo efectiva la póliza de seguro.

2.3.2. Proceso: 000-2000-00341-00 (COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS vs CARDIQUE)⁵

La COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS manifiesta los siguientes hechos:

El 9 de julio de 1997 se formalizó con la sociedad SIERRA MISCO S.A., el contrato 213 de 1997, el cual contaba con un plazo de duración inicial de 12 meses; e inició el 27 de agosto de 1997.

Por lo anterior, la sociedad SIERRA MISCO S.A., tomó, a favor de la entidad estatal, CARDIQUE, la póliza de cumplimiento No. D-AE00050, expedida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGURO S.A., el 20 de junio de 1997, por los siguientes conceptos:

- Cumplimiento del contrato: \$218.400.082
- Buen manejo del anticipo 546.000.205
- Pago de salarios y prestaciones sociales: 109.200.041
- Calidad del estudio \$546.00.205

En el capítulo de exclusiones, de las condiciones generales de la póliza, se estableció: "los amparos previstos en la presente póliza no operarán en los siguientes casos: [...] 2.3 Los perjuicios que se refieren al cumplimiento del contrato originado en modificaciones introducidas al contrato original, salvo convenio expreso que conste en el correspondiente certificado de modificación de la póliza".

⁵ Folio 63-67 c. 6 ppal

La anterior póliza de seguros fue aceptada por CARDIQUE; sin embargo, mediante un OTRO SÍ del 8 de julio de 1997, se redujo el valor del contrato, sin que se hicieran las respectivas modificaciones a la póliza de garantía. Posteriormente, mediante un segundo OTRO SÍ, del 22 de agosto de 1998, se amplió el término de ejecutoria del contrato, adicionándole 6 meses más. De igual manera, el contrato estuvo sometido a dos suspensiones de común acuerdo por las partes, y la segunda de ellas se debió a la demora en el pago por parte de CARDIQUE, a SIERRA MISCO S.A., de los informes 3 y 4.

La empresa interventora, aprobó los primeros cuatro informes; sin embargo, el informe final, entregado el 22 de febrero de 1999, fue materia de observaciones, que fueron resueltas por el contratista el 23 de marzo de 1999, pero dicho informe complementario tampoco fue aprobado, puesto que, según el interventor, hacía falta la entrega de información, archivos electrónicos y la instalación de software BOSS en los computadores de la empresa contratante.

CARDIQUE, sin agotar la etapa previa para la liquidación bilateral, procedió a expedir la Resolución 0421 de 1999 por medio de la cual, decide realizar la liquidación unilateral del contrato 213 de 1997, haciendo exigible la cláusula penal al contratista; sin declarar la ocurrencia del siniestro, hizo efectiva la póliza de seguro que amparaba el contrato.

La empresa contratante, ni siquiera evaluó o sustentó por qué hacía efectiva la póliza, sino que se limitó a exponer que el informe final había sido entregado incompleto.

2.3.3. Proceso: 000-2000-00400-00 (CARDIQUE vs SIERRA MISCO S.A., y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGURO)⁶

CARDIQUE manifiesta que, el contrato 213 de la 1997 tenía como objeto contractual *"el estudio de la caracterización y evaluación de la calidad ambiental de los recursos aire, agua y suelo del área de influencia de la Zona Industrial de Mamonal en Cartagena, de conformidad con los términos de referencia y la propuesta presentada por el consultor"*; con una duración de 12 meses, los cuales fueron ampliados por 6 más, mediante el OTRO SÍ del 22 de agosto de 1998. Sin embargo, el contratista incumplió la obligación de ampliar el término de la garantía por dicho lapso.

Que como resultado del contrato, SIERRA MISCO S.A., presentó cuatro (4) informes parciales, un (1) informe final y un (1) informe complementario al informe final, pero, los dos últimos informes (el final y el complementario),

⁶ Folio 143-145 c. 5 ppal

fueron objeto de observaciones, aclaraciones y objeciones sin que SIERRA MISCO S.A., diera respuesta a los mismos.

Sostiene, que el contratista estuvo renuente a dar cumplimiento al contrato, y obstaculizó la debida liquidación del mismo, por lo que el 5 de agosto de 1999 se procedió con su liquidación, de manera unilateral, declarándose el incumplimiento por parte de SIERRA MISCO S.A. entre otras disposiciones. Mediante Resolución 621 del 29 de octubre de 1999, se confirmó el acto administrativo que realizó la liquidación unilateral del contrato.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

2.4.1. Proceso: 000-2001-01283-00 (SIERRA MISCO S.A., vs CARDIQUE)⁷

El apoderado de la sociedad accionante, acusa como vulneradas las normas que a continuación se transcriben:

- Arts. 6, 29 y 123 de la Constitución Nacional.
- Arts. 25, 32, 60, 61, Ley 80 de 1993.
- Arts. 1617 del Código Civil

El concepto de la violación se concreta a los siguientes argumentos:

2.4.1.1.- Falta de competencia de CARDIQUE para liquidar unilateralmente el Contrato 213 de 1997

Al respecto, el apoderado de la entidad demandante manifiesta que, según lo disponen los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, la liquidación procede en los contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo; y que para ello, inicialmente, debe haber una fase de negociación en donde la entidad estatal y el contratista procuren liquidar de común acuerdo el contrato, si ello no sucede, las normas citadas prevén un plazo para que la administración liquide el contrato de manera unilateral.

En virtud de lo anterior, la administración tiene la obligación de notificar formalmente al contratista sobre el inicio de la etapa de liquidación, de tal manera que lo invite a presentar y justificar los créditos que crea tener a su favor, con el objeto de desplegar los mayores esfuerzos para que ambas partes lleguen a un acuerdo.

Censura el accionante, que esta etapa fue completamente omitida por CARDIQUE quien observó una conducta elusiva y engañosa respecto del contratista, afirmando incluso en algún momento que las obligaciones

⁷ Folio 190-219 c. 1 ppal

contractuales estaban satisfechas en su totalidad, para después liquidar el contrato de manera unilateral, declarando además el incumplimiento de Sierra Misco en un porcentaje y bajo una metodología completamente extraña a los términos de referencia y del Contrato.

Argumenta, que la consecuencia jurídica de que la Administración - CARDIQUE- haya omitido esta etapa de negociación directa, es su incompetencia material para proceder a liquidar unilateralmente el Contrato, toda vez que el artículo 60 de la Ley 80/93 fue muy claro al prescribir dos razones por las cuales se puede acudir a la liquidación unilateral del contrato, que son: "si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma".

En este caso, no se presentó ni la primera ni la segunda de las hipótesis descritas en la Ley 80 de 1993, toda vez no existe un acto administrativo, ni comunicación de ninguna índole por medio del cual formalmente se hubiera invitado al contratista a presentar sus créditos para realizar la liquidación de mutuo acuerdo y mucho menos se puede afirmar que las partes no llegaron a un acuerdo, si ni siquiera se presentó esa etapa de discusión.

Concluye exponiendo que, al no haberse verificado ninguna de las causales que permiten el ejercicio de la competencia de la liquidación unilateral, CARDIQUE carecía materialmente de ésta para expedir la Resolución No. 0421 del 5 de agosto de 1999 y, la Resolución No. 0621 del 29 de octubre de 1999, violándose de esa manera los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, los artículos 6, 29, 123 y concordantes de la Constitución.

2.4.1.2.- Violación del debido proceso

Otro cargo de nulidad presentado por el apoderado de la compañía SIERRA MISCO S.A., hace referencia a la violación del art. 29 de la Constitución política de Colombia, el cual establece que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales.

Sostiene la empresa, que el trámite adelantado por CARDIQUE era un procedimiento administrativo y como tal, debía ceñirse plenamente a los lineamientos del debido proceso; sin embargo, la Resolución No. 0421 del 5 de agosto de 1999 y toda la actuación administrativa que la sustentó con posterioridad a la expedición de dicho acto, vulneró el debido proceso de SIERRA MISCO S.A., pues (i) no se le dio la oportunidad de exponer los hechos que a su juicio le concedían determinados derechos, así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen, puesto que no se dio la posibilidad de realizar la liquidación bilateral del contrato, (ii) se ejerció una competencia

exorbitante sin que se encontraran presentes los presupuestos legales para ello y (iii) se violaron las formas sustanciales, propias de la etapa de liquidación.

2.4.1.3.- Falsa motivación Resoluciones 0421 de 1999 y 621 de 1999

Considera el accionante, que existe nulidad de las Resoluciones 0421 de 1999 y 621 de 1999, toda vez que la administración incurrió en falsa motivación del acto demandado puesto que, la metodología de cálculo del porcentaje de cumplimiento del contrato que fue adoptada por la interventoría, era completamente ajena a lo establecido en los pliegos de condiciones y a los términos del Contrato. Además, dicha metodología no corresponde a la realidad de la ejecución del Contrato 213 de 1997, ni tampoco a los pagos que CARDIQUE hizo a SIERRA MISCO.

2.4.1.4.- Falta de competencia de CARDIQUE para ejercer la potestad de declarar el incumplimiento del contrato

Sustenta que la potestad ejercida en la Resolución No. 0421 del 5 de agosto de 1999 de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones de Sierra Misco, en el del Contrato 213 de 1997, adolece de otro vicio que compromete la validez de dicha resolución, ya que CARDIQUE carecía de la competencia *rationae temporis*.

Argumenta, que el Contrato 213 de 1997, venció el 22 de febrero de 1999, por ese sólo hecho la declaratoria de incumplimiento de que trata la Resolución 421 de 1999 está viciada de ilegalidad, toda vez que la fecha de su expedición fue el 5 de agosto de 1999. Por tanto, todos los juicios en torno al incumplimiento del mismo son ilegales.

2.4.1.5.- Cumplimiento de las obligaciones de Sierra Misco - Silencio administrativo positivo.

Sierra Misco sostiene que existe silencio administrativo positivo en relación con la aprobación del Informe final y el Informe Complementario del Informe final. La anterior afirmación radica, en que el Contrato 213 de 1997 señaló que "son documentos del contrato y a él se consideran incorporados: -los términos de referencia con todos sus anexos y adendos; - La propuesta presentada por EL CONSULTOR (...)". Por su parte, en el folio 57 de la propuesta se estableció que "a partir del momento de recepción del informe contentivo final corregido y/o aclarado, CARDIQUE revisará y dará su aprobación al mismo dentro de los quince (15) días siguientes."

Agrega que, como quiera que el Informe Final fue presentado para su aprobación el 3 de febrero de 1999 y el Informe Complementario al Informe Final fue presentado el 23 de marzo de 1999, es claro que, al tenor de lo

dispuesto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el día 23 de junio de 1999 operó el silencio administrativo, en tanto la entidad no se pronunció dentro del término de tres (3) meses siguientes, entendiéndose que la decisión de la Administración fue favorable en relación con las pretensiones del contratista, que no eran otras que las de recibir la aprobación del informe final. En esa medida resultó totalmente extemporánea la decisión de CARDIQUE contenida en la Resolución 0421 y por tanto, carente de todo valor jurídico.

2.4.1.6.- Mayores costos derivados de las exigencias del organismo interventor

Expone el apoderado de la sociedad actora, que Las exigencias o requerimientos del interventor del contrato 213 de 1997, que no estaban previstos en la propuesta económica presentada por Sierra Misco, obligaron al contratista a realizar labores o tareas adicionales, a instalar equipos diferentes a los inicialmente acordados, a mantener personal vinculado a la obra por mayor tiempo del programado en la propuesta y a efectuar otros trabajos, que produjeron una alteración de los precios y del cronograma que estaba presupuestado originalmente.

Señala que, lo expuesto hace evidente que la interventoría desconoció lo ordenado por el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que a saber dispone que *"es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato"*. De los hechos que se presentaron durante el desarrollo del Contrato 213, es legítimo concluir que el organismo interventor excedió lo establecido en la propuesta económica presentada por Sierra Misco y en el Contrato mismo, al solicitar al contratista la realización de tareas adicionales que lo hicieron incurrir en mayores gastos que no estaban previstos inicialmente.

2.4.1.7.- Incumplimiento de CARDIQUE en la cancelación del valor de los informes parciales

Manifiesta que, como se anotó en los hechos de la demanda, CARDIQUE disponía de quince (15) días para pagar el anticipo, contados a partir de la fecha de cumplimiento de los requisitos de ejecución y legalización del Contrato, y del mismo plazo - esto es, quince (15) días - para cancelar el valor correspondiente a cada uno de los cuatro informes y el informe final.

Dado que ninguno de los informes fue pagado dentro del plazo acordado, se configuró un perjuicio para Sierra Misco ocasionado por el desfase en los plazos establecidos en el Contrato 213 de 1997, con base en los cuales el contratista había calculado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución de su objeto y, consecuentemente, la estructura financiera de su operación.



Añade que, la Interventoría, en reunión del 3 de febrero de 1999, aceptó que la aprobación del Informe Complementario al informe final se hiciera dentro de los quince (15) días siguientes a tal reunión. Por tanto, la afirmación que se hace en la Resolución 0621 de 1999, según la cual, el término de quince (15) días para realizar tal aprobación era "inaceptable por la complejidad rigor científico" es a todas luces contradictoria.

En tal sentido, es claro para SIERRA MISCO que CARDIQUE incumplió sus obligaciones de pago dentro de los plazos contractualmente estipulados, ocasionado perjuicios antijurídicos a Sierra Misco.

2.4.1.8.- Incumplimiento de CARDIQUE en los compromisos asumidos en el OTRO SI al Contrato No. 213-97 del 8 de julio de 1997

En relación con las cláusulas segunda y tercera del OTRO SI al Contrato No. 213-97 del 8 de julio de 1997, se acordó que el valor original del contrato estipulado en \$1.092.000.410 se reducía hasta el valor total de \$1.000.000.000, implicando dicha reducción de \$92.000.410 del reemplazo en idéntico valor del equipamiento que se utilizaría para la realización de los estudios de aire, agua y suelo.

Ahora bien, también es importante destacar que la reducción acordada operó únicamente sobre el valor original del Contrato 213, sin que en ningún momento desde la fecha del acuerdo y hasta el cumplimiento a cabalidad del objeto contractual, Sierra Misco hubiera reemplazado y reducido en idéntico valor el equipamiento utilizado para los estudios de aire, agua y suelo. En realidad, y a fuerza de estricta justicia, Sierra Misco ha incurrido en mayores costos producto de las tareas y desarrollos adicionales, solicitados tanto por Cardique como por la ICP, cuyo detalle valorizado se expone más adelante.

Dado que la reducción del equipamiento que se utilizaría para la realización del estudio no fue implementada, como sí lo fue su contrapartida, es decir la reducción del valor del Contrato 213, se configuró un perjuicio evidente y notorio para Sierra Misco en tanto se rompió el equilibrio financiero que debe existir en todo contrato.

2.4.1.9.- Intereses por mora

Los intereses moratorios son una compensación de los perjuicios que se ocasionan por la entrega extemporánea del dinero al acreedor.

La Ley 80 de 1993 establece en el numeral 8º del artículo 4º que "sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado

intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado". El artículo 1617 del Código Civil, por su parte, aclara que "el interés legal se fija en seis por ciento anual".

En lo que se refiera al cálculo del valor histórico actualizado, el artículo 10 del Decreto 679 de 1994 dispone que "se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos".

Se tiene entonces que, de acuerdo con la ley y el decreto citados, y como consecuencia de la demora en los pagos del anticipo y de cada uno de los cuatro informes, Cardique está obligada a reconocer a Sierra Misco un interés del doce por ciento (12%) anual por los pagos realizados fuera de los términos previstos en la cláusula segunda del Contrato 213, interés que deberá calcularse sobre el valor histórico actualizado de la suma debida según lo previene con absoluta claridad el artículo 1 del Decreto 679 de 1994.

2.4.1.10.- Mayor permanencia en obra

A raíz de las dos suspensiones que sufrió el Contrato - el 11 de agosto de 1997 y el 11 de septiembre de 1998 - y del otrosí firmado el 22 de agosto de 1998 con el fin de ampliar el plazo por un término de seis (6) meses, hechos que no son imputables a mi representada en manera alguna, Sierra Misco se vio obligada a dar mantenimiento a los equipos y a continuar con la vinculación del personal involucrado en la ejecución de la obra.

Esa mayor permanencia en obra reúne todas las características del daño antijurídico, por no tener el particular el deber jurídico de soportarlo, generándose así la obligación resarcitoria por parte del agente del daño - Cardique.

2.4.1.11.- Teoría de la Imprevisión

El 2 de septiembre de 1998 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Banco de la República acordaron elevar en nueve puntos porcentuales el nivel de la banda cambiaria, decisión que sin duda afectó la ecuación contractual, si se tiene en cuenta que estaba prevista la destinación de una gran parte de los pagos recibidos en desarrollo del Contrato a la cancelación de honorarios en dólares americanos de técnicos e ingenieros extranjeros vinculados a la obra, así como de equipos y repuestos.

En ese sentido la misma Corporación indicó el 16 de abril de 1991 con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo - expediente 6102 -, que "es

bien sabido que el equilibrio financiero de un contrato administrativo puede sufrir alteración por un hecho imputable al Estado, como sería, entre otros el conocido doctrinariamente como hecho del príncipe y determinante del alea administrativa. Hecho, siempre de carácter general, que puede emanar o no de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado. Frente a esta tesis la medida estatal debe ser de carácter general con incidencia en la ecuación financiera del contrato contratada a la fecha de celebración del mismo, de tal modo que si la afecta o quebranta en forma anormal o extraordinaria en detrimento del contratista porque hace más onerosa su ejecución, la entidad contratante deberá asumir el riesgo de su restablecimiento".

2.4.1.12.- Agencias en derecho

Como quiera que Sierra Misco solicitó a CARDIQUE el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato 213, el contratista debió recurrir a los servicios jurídicos de un abogado con el propósito de elevar la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato para que en ésta se solucionara la controversia derivada de la ejecución del mencionado Contrato, para que se diera una efectiva reparación integral de los perjuicios reclamados es indispensable que la entidad contratante asuma el pago de los honorarios del abogado, en un todo de acuerdo con lo expresado en la sentencia N° C-539 proferida por la Corte Constitucional del 28 de julio de 1999.

2.4.2. Proceso: 000-2000-00341-00 (COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS vs CARDIQUE)⁸

El apoderado de la sociedad accionante, acusa como vulneradas las normas que a continuación se transcriben:

- Arts. 2, 4, 6, 29, 58 y 83 de la Constitución Nacional.
- Arts. 1546, 1548, 1602, 1603, 1605, 1613, 1617, 1649 y 2369 del Código Civil.
- Art. 915, 932, 934, 1077, 1088 y 1089, del Código de Comercio
- Art. 5, 60 y 61 de la Ley 80 de 1993.
- Art. 16 y 17 del Decreto 679 de 1983

El concepto de la violación se concreta a los siguientes argumentos:

Las pretensiones expuestas por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS, en cuanto a declarar la nulidad parcial de las resoluciones demandada, se sustenta en el argumento de que no era posible que la contratante, CARDIQUE, hiciera efectiva la póliza de calidad del estudio encomendado a

⁸ Folio 68-81 c. 6 ppal

SIERRA MISCO; y menos aún, hacerla exigible por un monto superior al 50% del contrato, que era lo realmente pactado en la póliza.

Al respecto argumenta, que la garantía de cumplimiento del contrato no estaba vigente para la fecha en la que se generaron los perjuicios a la administración, puesto que el contrato original fue modificado por medio de OTROS SI, sin que se efectuara la prórroga de la póliza de seguro. Adicionalmente, en caso de estar vigente la referida póliza, debió tener en cuenta la causal de exclusión de responsabilidad del contrato de seguro, según la cual, *"los amparos previstos en la presente póliza no operarán en los siguientes casos: [...] 2.3 Los perjuicios que se refieren al cumplimiento del contrato originado en modificaciones introducidas al contrato original, salvo convenio expreso que conste en el correspondiente certificado de modificación de la póliza"*; lo anterior, teniendo en cuenta que los perjuicios reclamados tuvieron origen en modificaciones que le fueron realizadas al contrato 213 de 1997, y que nunca fueron comunicados a la empresa aseguradora.

Aduce, que para hacer efectiva la póliza de calidad del estudio debía tenerse en cuenta los arts. 1546, 1548, 1602, 1603, 1605, 1613, 1617, 1649 y 2369 del Código Civil, y arts. 915, 932, 934, 1077, 1088 y 1089, del Código de Comercio, para efectos de determinar a partir de cuándo se entiende que es posible hacer efectiva la póliza en mención. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la póliza de calidad tiene vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha en la que se realizó la entrega del objeto contratado, ya sea un bien o un servicio, por cuanto lo que se asegura es el incumplimiento de las especificaciones o requisitos mínimos fijados en el contrato para el bien o servicio prestado, hasta por dos años posteriores a su entrega.

De acuerdo con el art. 1649 del CC., el deudor no puede obligar al acreedor a que le reciba por partes la cosa encargada, a menos que lo mismo se haya pactado. En ese sentido, se tiene que si la administración reconoce que la cosa objeto de contrato es indivisible, como se expone en la Resolución 621 del 1999, la entrega de la misma debió hacerse de manera completa, sana y salva al comprador, en este caso CARDIQUE. En ese orden de ideas, cuando en la resoluciones demandadas se habla de ejecución parcial del contrato, en un 70%, ello hace referencia es al incumplimiento de las obligaciones del contratista por no ejecutar completamente el contrato), las cuales están aseguradas con la póliza de cumplimiento, mas no puede por ello afectarse la póliza de calidad del contrato, pues ello implica haber recibido la cosa contratada de manera completa.

Afirma, que la entidad demandada no hizo efectiva la póliza de cumplimiento del contrato, que era la que correspondía, porque advirtió que la misma estaba vencida para la fecha en la que ocurrieron los hechos, puesto que el

contrato fue ampliado en un término de 6 meses, por medio de otro si, sin que se hiciera la correspondiente modificación de la póliza de seguro.

Expone la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS, que existe un enriquecimiento sin causa por parte de CARDIQUE, por cuanto no está demostrado el monto efectivo del perjuicio ocasionado a la administración, con el presunto incumplimiento en la calidad de los estudios, pues solo afirma que el contrato se ejecutó en un 70%, es decir, se ejecutó en la suma de \$700.000.000, pues el valor del 100% del contrato es \$1.000.000.000; sin embargo, se hace efectiva la garantía de calidad en un monto de \$546.000.205, se impone una cláusula penal por valor de \$200.000.000, y, adicionalmente, se le ordena al contratista la devolución de \$200.000.000, para un total de \$1.646.000.205, lo que es exagerado, si se tiene en cuenta que lo dejado de ejecutar por el contratista fue el 30% del contrato, y es en proporción a ese monto, el valor que debe ser reconocido en favor de CARDIQUE.

Censura que se haya hecho efectiva la póliza de calidad del estudio, por un valor de \$546.000.205, cuando la misma solo cubría el 50% del valor del contrato, que correspondía a era \$500.000.000.

Para la entidad accionante, corresponde a una causal de nulidad de los actos administrativos demandados, el hecho de que la administración no haya dado lugar a la realización de la liquidación bilateral del contrato, sino que, por el contrario, se haya omitido citar al contratista; pues, con las pruebas aportadas al proceso, es posible deducir que CARDIQUE simplemente se limitó a dejar pasara el plazo establecido en la ley 80 de 1993 y haya dictado la liquidación unilateral del mismo.

2.4.3. Proceso: 000-2000-00400-00 (CARDIQUE vs SIERRA MISCO S.A., y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS)⁹

Como normas vulneradas, la entidad accionante expone las siguientes:

- Arts. 30 y 32 de la Ley 446 de 1998
- Numeral 8° del art. 132, del C.C.A.
- Arts. 136, 137, 138, 208, 207, 208 y 209 CCA.
- Arts. 13 y 75 de Ley 80 de 1993

En cuanto al concepto de la violación, la entidad demandante sostiene que los mismos se fundamentan en lo que ha expresado la jurisprudencia del Consejo de estado en este tipo de asuntos.

2.5 Contestación de las demandas.

⁹ Folio 146-147 c. 5 ppal

2.5.1 Proceso de Sierra Misco contra Cardique (proceso 2001-01283-00)

- **Contestación de CARDIQUE¹⁰**

Mediante apoderado judicial constituido para el efecto, la entidad accionada en este asunto, CARDIQUE, dio constatación a la demanda de manera oportuna¹¹, manifestando su oposición a las pretensiones realizadas por la sociedad SIERRA MISCO S.A.

Como sustento de lo anterior, el apoderado defensor manifestó, que no es cierto que CARDIQUE haya omitido realizar el procedimiento para la liquidación bilateral del contrato, lo que ocurrió fue que, el plazo dispuesto para ello venció durante el tiempo que la accionante demoró realizando los informes complementarios al informe final.

Además, que no existe violación al debido proceso puesto que no hay disposición legal que indique que es obligatorio escuchar los argumentos de la contraparte para efectos de realizar la liquidación unilateral del contrato.

Tampoco existe vicio por falsa motivación, toda vez que en ningún momento se realizaron consideraciones subjetivas al momento de valorar los informes presentados por Sierra Misco, sino que, por el contrario, un equipo especializado en el tema, contrastó la información suministrada, con los términos de referencia y la propuesta presentada por el contratista, concluyéndose que el contrato 213 de 1997 solo fue ejecutado en un 70%.

Alega, que si CARDIQUE no hubiera objetado el informe final, no existiera problema en torno al cumplimiento del contrato, sin embargo, dicho informe fue objetado por cuanto quedó demostrada la inexistencia de información entregada, inexactitudes entre otros, y para corregir dichas inexactitudes el contratista dispuso de 6 meses adicionales sin que le fuera posible corregir dichas inexactitudes. En ese orden de ideas, el ejercicio de las facultades exorbitantes del estado es completamente aplicable y ajustado a derecho.

En cuanto a la liquidación unilateral del contrato, la entidad pública sostiene que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado no es necesario que medie acto administrativo formal que ordene la liquidación del contrato, bastará una comunicación de invitación escrita, dirigida al contratista, para que participe en dicha liquidación y la ausencia de ésta, no impedirá el trámite de la liquidación del contrato.

¹⁰ Folio 233-245 C. 2. ppal

¹¹ La contestación de la demanda se presentó el 20 de mayo de 2002, y el término dispuesto para ellos se vencía al día siguiente.

Expone CARDIQUE, que no es cierto que se haya generado un silencio administrativo positivo, pues lo que realmente sucedió, fue que no había razón de ser en cuanto a emitir una comunicación frente al último informe complementario, pues el término para la ejecución del contrato se encontraba vencido y lo que debía hacerse era proseguir con la liquidación del mismo.

2.5.2 Proceso Mundial de Seguros vs Cardique (Proceso 2000-00341-00)

- **Contestación de CARDIQUE ¹²**

CARDIQUE no contestó la demanda presentada por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS, en su contra.

- **Contestación de SIERRA MISCO S.A (tercero interesado) ¹³**

La sociedad SIERRA MISCO S.A. fue vinculada al proceso presentado por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGURO, mediante auto del 26 de noviembre de 2002¹⁴, por solicitud de dicha entidad, a efectos de integrar la *litis*.

Teniendo en cuenta lo anterior, la SOCIEDAD SIERRA MISCO S.A., por intermedio de su apoderado, dio contestación a la demanda, expresando que son ciertos los hechos expuestos por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGURO; y, además sostuvo, acoge los argumentos planteados en las demandas planteadas en contra de CARDIQUE.

Propuso además, las excepción de ausencia de obligación.

2.5.3 Proceso de Cardique vs Sierra Misco y Mundial de Seguros (proceso 2000-00400)

- **Contestación de la sociedad SIERRA MISCO S.A. ¹⁵**

Mediante apoderado judicial constituido para el efecto, la SOCIEDAD SIERRA MISCO dio contestación a la demanda presentada por CARDIQUE, en su contra, oponiéndose a las pretensiones de dicha entidad y expresando como razones de defensa los mismos argumentos expuestos en la demanda 2001-01283-00.

¹² CARDIQUE fue notificado de la demanda presentada por COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS, el 6 de agosto de 2001, fl. 129 c/no 1. ppal

¹³ Folio 27-29 c/no 7 Acumulado

¹⁴ Folio 110 c/no 6 ppal

¹⁵ Folio 30-43 c/no 7 Acumulado.



- **Contestación de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS (proceso 2000-00400)¹⁶**

La COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS no contestó la demanda presentada por la CARDIQUE, en su contra.

III. - TRÁMITE PROCESAL.

La demanda instaurada por la sociedad SIERRA MISCO contra CARDIQUE, Exp: 2001-01283-00, fue recibida el 29 de julio de 2001¹⁷, y se admitió el 20 de noviembre de 2001 (fl. 228, exp: 2001-01283); se abrió a pruebas el 13 de agosto de 2004 (fl. 284 c. 2 exp: 2001-01283); de la misma se corrió traslado para alegar de conclusión el 4 de junio de 2007 (fl. 618 exp: 2001-01283); sin embargo, el trámite fue suspendido mediante auto del 4 de diciembre de 2008 (fl. 4. c/no acumulado), por medio del cual se ordenó su acumulación con los procesos: 2000-00341-00 y 2000-00400-00.

Por su parte, la demanda presentadas por LA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS contra CARDIQUE, fue recibida en esta jurisdicción el 21 de septiembre de 2000 (fl. 83 c/no 1 exp: 2000-00341) y admitida el 6 de agosto de 2001 (fl. 106 c/no ibídem).

La demanda presentada por CARDIQUE contra SIERRA MISCO y la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS fue presentada el 23 de noviembre del 2000 (fl. 150 c. 1 exp: 2000-00400), y admitida el 15 de enero de 2001 (fl. 152 c/no ibídem).

A partir de ese momento, las demandas fueron acumuladas mediante auto del 4 de diciembre de 2008 (fl. 4. c/no acumulado); los expedientes No. 2000-00341 y 2000-00400 fueron fijados en lista entre el 12 y el 23 de mayo de 2014 (fl. 75 rev. c. Acumulado 1). El proceso se abrió a pruebas el 27 de agosto de 2014 (fl. 82 C.1 Acumulado); el 30 de octubre de 2015 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 94 ibídem) y el 26 de abril de 2016 ingresó el proceso acumulado al despacho para dictar sentencia (fl. 185C/no Acumulado).

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Alegatos de Sierra Misco S.A¹⁸: Se reitera en los argumentos esgrimidos en la demanda y su contestación.

¹⁶ COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS fue notificado de la demanda presentada por CARDIQUE, el 20 de abril de 2009. Fl. 55 c/no 7. Acumulado.

¹⁷ Folio 227 c/no 2 ppal

¹⁸ Fl. 129-141 c. 7 Acumulado



4.2. Alegatos de Mundial de Seguros S.A¹⁹: Se reitera en los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda.

4.3 Alegatos de Cardique²⁰: Se reitera en los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda.

4.4 Ministerio Público: La agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado.

Así las cosas, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes razones.

5.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 132 numeral 1º del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos proferidos por una entidad del orden Distrital.

5.3. Problema jurídico.

Los problemas jurídicos para resolver la presente controversia giran en torno a verificar la legalidad de las Resoluciones 0421 y 0621 de 1999, de tal manera que se pueda determinar si las mismas se encuentran sujetas a derecho o no; para ello se hace necesario dar respuesta a los siguientes interrogantes:

- I. ¿Existe violación al debido proceso cuando se liquida unilateralmente un contrato estatal sin agotar previamente la etapa de la liquidación bilateral? ¿Tenía CARDIQUE competencia para liquidar el contrato 0213 de 1997, de manera unilateral?

¹⁹ Folios 144-158 c. acumulado 7

²⁰ Folios 142-143 c. acumulado 7

- II. ¿Era competente la entidad estatal para declarar el incumplimiento de las obligaciones contractuales de Sierra Misco, dentro del acta de liquidación del contrato 213 de 1997?
- III. ¿Se encuentra probado en el expediente, el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad SIERRA MISCO S.A.? ¿Se generó un silencio administrativo positivo cuando CARDIQUE guardó silencio frente a la aclaración del informe complementario del informe final, de tal manera que se pueda tener por aprobado el mismo por parte de las entidades públicas contratantes?
- IV. ¿Se encuentran probados los mayores costos derivados de la ejecución del contrato, en los que incurrió el contratista por mayor permanencia en la obra, basada en teoría de la imprevisión? ¿Está obligado CARDIQUE a pagar intereses moratorios por el incumplimiento en la cancelación de los informes presentados por Sierra Misco?
- V. ¿Cuáles son las obligaciones que se encuentran cubiertas por la Garantía Única de Cumplimiento del Contrato?
- VI. ¿Cuáles son los riesgos que se encuentran garantizados con la póliza de calidad del estudio? ¿se encontraba vigente dicha póliza para la fecha en la que se generó el siniestro? ¿el siniestro se generó por el incumplimiento de una de las obligaciones garantizadas?
- VII. ¿Existe enriquecimiento sin causa por parte de CARDIQUE al hacer efectiva la póliza de calidad de estudio por un valor superior al asegurado, que corresponde al 50% del valor del contrato?
- VIII. ¿Es procedente para esta Judicatura pronunciarse frente a la declaratoria de incumplimiento de un contrato, cuando dicha declaración ha sido realizado por la entidad Estatal mediante la liquidación unilateral del contrato? ¿puede condenarse a la sociedad Sierra Misco, a la restitución de la totalidad de las sumas de dinero que fueron canceladas con ocasión de la ejecución del contrato?
- IX. ¿Es procedente hacer efectiva la cláusula penal para el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato? ¿es procedente hacer efectiva la póliza de cumplimiento del contrato, por valor de \$218.000.000, para cubrir el valor de la cláusula penal y garantizar con ello el pago de los perjuicios ocasionados a CARDIQUE por el incumplimiento del contrato?

5.4. Tesis de la Sala

La Sala considera, que se deben denegar las pretensiones de Sierra Misco toda vez el material probatorio recaudado en el proceso es insuficiente, puesto que con el mismo, no se logró acreditar ningunos de los vicios planteados por para obtener la nulidad de la Resolución 421 y 621 de 1999.

Por otra parte, se accederá parcialmente a las pretensiones de la Compañía Mundial de Seguros, en lo referente a la cuantía de daño a indemnizar en favor de Cardique, por concepto de la garantía a la calidad del estudio, toda vez que los perjuicios ocasionados fueron menores al monto total de la póliza exigida.

En lo que se refiere a Cardique, se accederá parcialmente a sus pretensiones, teniendo en cuenta que, no es posible emitir un pronunciamiento frente a la solicitud de declaratoria de incumplimiento del contrato, cuando ya dicha entidad lo hizo, por medio de un acto administrativo de liquidación unilateral; Frente a la póliza de cumplimiento del contrato, se tiene que, la misma, no es exigible por no encontrarse vigente a la fecha de ocurrencia del siniestro; en ese sentido, es a Sierra Misco a quien le corresponde pagar lo relativo a la cláusula penal del contrato, por el precitado incumplimiento. Además, no se accederá a la declaratoria de otro perjuicio por falta de pruebas en el expediente sobre la ocurrencia de ellos.

5.5. Marco normativo y jurisprudencial

En cumplimiento del mandato constitucional, el legislador expidió la ley 80 de 1993, la cual regula con carácter general los contratos que celebran las entidades estatales de todos los órdenes²¹, sin perjuicio de las leyes especiales sobre determinados contratos. Esta ley prescribe las reglas y los principios para la celebración de los contratos estatales. Así, los artículos 13 y 40, respectivamente, señalan que, por regla general,

"los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)" (art. 13);

"Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

²¹ En sentencia de marzo 3 de 1.995, Sección I de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Expediente N° 2692, se declaró vigente el artículo 144 del Decreto 1421 de 1.993 que dispone: "Normas Generales. Las normas del Estatuto General de Contratación se aplicarán en el Distrito y sus entidades descentralizadas en todo aquello que no regule el presente decreto (...)"

"Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad (...)"

"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y los principios y finalidades de esta ley y los de la buena administración. (...)" (art. 40).

Por lo anterior, resulta claro que el régimen jurídico de los contratos estatales está sometido a la ley y los reglamentos de cada una de las materias sobre los cuales recaiga su objeto, por lo que las diversas entidades administrativas celebran contratos estatales sometidos a las leyes civiles, comerciales y administrativas.

De esta forma, mientras los funcionarios de la rama ejecutiva cumplen, en general, actividades típicamente administrativas con base en los principios de competencia, jerarquía y subordinación, cuyo desarrollo implica una relación vertical de mando y de obediencia, que es la característica de los regímenes jurídicos de derecho administrativo, los contratos los celebran, por regla general, con base en el principio de coordinación que permite establecer relaciones jurídicas similares a las que se establecen entre particulares. Solo por excepción, en los casos prescritos por el artículo 14, ordinal 2º, de la ley 80, existen contratos que incluyen cláusulas excepcionales, las cuales confieren a la entidad contratante facultades subordinantes o verticales que coexisten con las demás cláusulas que establecen relaciones de coordinación. Este régimen mixto, con cláusulas de coordinación y otras de subordinación, caracteriza a los contratos estatales, con excepción de los interadministrativos que sólo originan relaciones de coordinación.

De manera que las entidades estatales celebran sus contratos con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad con las limitaciones y por los procedimientos prescritos por la ley 80 de 1993²² por motivos de orden público.

De otra parte, debe señalarse que el soporte jurídico esencial de toda contratación es el mutuo consentimiento, esto es, que toda la estructura sobre la cual descansa el régimen contractual, en general, pero también en la contratación estatal, es el acuerdo mutuo de las partes que da lugar al

²² Artículo 40 Ley 80 de 1.993: *"Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo a las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

"Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requiera el cumplimiento de los fines estatales.

"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. (...)"



nacimiento de las obligaciones recíprocas, fundado en la autonomía de la voluntad, con las limitaciones prescritas en la ley por motivos de orden público.

5.6. Caso concreto.

Para efecto de abordar el análisis del caso, la Sala abordará el estudio de los siguientes aspectos: I) El contrato celebrado entre las partes; **Proceso 002-2001-01283-00**; II) Nulidad de las Resoluciones 421 y 621 de 1999, por haberse proferido sin agotarse el trámite de la liquidación bilateral – nulidad por violación del debido proceso – CARDIQUE no convocó a SIERRA MISCO para liquidar el contrato; III) Falsa motivación del acto administrativo pues se utilizó una metodología para calcular el porcentaje de la ejecución del contrato que no corresponde a la realidad ni se apega a lo establecido en los pliegos de condiciones ni en los términos de referencia; IV) Falta de competencia temporal de CARDIQUE para declarar el incumplimiento del contrato; V) Cumplimiento de las obligaciones de SIERRA MISCO - Silencio administrativo positivo - incumplimiento de CARDIQUE por no pagar a tiempo los informes – incumplimiento en el pago de intereses de mora; VI) Mayores costos derivados de la ejecución del contrato – mayor permanencia en la obra. Teoría de la imprevisión - hecho del príncipe. **Proceso 001-2000-00341-00**; VII) Obligaciones protegidas por la póliza de calidad del estudio - vigencia de la misma – enriquecimiento sin causa. **Proceso 001-2000-00400-00**; VIII) De la solicitud de CARDIQUE frente a la declaratoria de incumplimiento de un contrato y la devolución de los dineros pagados; IX) De la Cláusula penal y la posibilidad de hacer efectiva la póliza de cumplimiento del contrato por valor de \$218.000.000.

5.6.1. Hechos Probados

5.6.1.1 El contrato celebrado entre las partes

Se encuentra probado en el proceso, que la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE, CARDIQUE, y la sociedad SIERRA MISCO S.A., suscribieron el contrato de consultoría No. 213, el 27 de junio de 1997, cuyo objeto contractual consistía en *“El estudio de la caracterización y evaluación de la calidad ambiental de los recursos aire, agua y suelo del área de influencia de la Zona Industrial de Mamonal en Cartagena, de conformidad con los términos de referencia y la propuesta presentada por el consultor”*²³.

De acuerdo con los términos de referencia (visibles a folio 3-70²⁴), el estudio contratado consistía en lo siguiente:

²³ Folio 6-8 con 1 ppal

²⁴ Folio 3-70 c/no 5 ppal

- a. **Recurso aire²⁵**: el objetivo es i) la evaluación de la calidad del aire sector de Mamonal, determinando la concentración de los contaminantes más relevantes en las zonas afectadas por las emisiones de la industria y el parque automotor. ii) proveer capacitación de los funcionarios del Ministerio del Medio Ambiente, CARDIQUE y DAMARENA, en la implementación del modelo, variaciones y actualizaciones del mismo. Con el objeto de que se constituya en una eficiente herramienta de control y manejo del recurso. iii) dar recomendaciones sobre el diseño definitivo y los requerimientos de la red de monitoreo de la calidad aire (entre otros aspectos, ubicaciones de estaciones de monitoreo, especificaciones del equipo modelo).
- b. **Recurso agua²⁶**: El objetivo era i) conocer la calidad del recurso del agua de la Bahía de Cartagena, debido a la alteración del ecosistema primigenio, el cambio del suelo, la alteración de los causes, las obras de infraestructura y sus vertimientos; ii) se adelantarían estudios para definir una red probada de monitoreo permanente de la bahía y sus cuerpos de agua adyacentes que conforman el sistema hídrico de Cartagena; iii) el consultor debía definir la capacidad de asimilación del cuerpo de agua, la definición de los usos actuales de la bahía a efectos de que el modelo presentado formule las bases para un buen manejo del recurso; iv) proveer capacitación en los mismos términos indicados en el recurso aire.
- c. **Recurso suelo²⁷**: El objetivo de dicho estudio era i) conocer la calidad del suelo en el área de estudio y para ello se deben, ii) adelantar los estudios necesarios para conocer el estado del suelo y definir la red de monitoreo de aguas subterránea en el área de interés; iii) aplicar la reglamentación existente para los parámetros a utilizar como indicadores en las estaciones tanto en planos como en terrenos; iv) el final del estudio, se debía obtener un inventario de las aguas contaminadas y de las áreas más aptas para la disposición de residuos, así como la instalación de los piezómetros para el monitoreo de las aguas subterráneas; v) capacitación de empleados.

En lo que se refiere a las obligaciones contenidas en la propuesta presentada por SIERRA MISCO S.A., se tiene que la misma no reposa en el expediente, por lo que no es posible su análisis.

El valor del contrato, de acuerdo con la cláusula segunda, sería \$1.092.000.410, los cuales debían ser pagados de la siguiente manera: i) el 50%

²⁵ Folio 45 yss c/no 5 ppal

²⁶ Folio 48 y ss c/no 5 ppal

²⁷ Folio 50 y ss c/no 5 ppal

del valor del contrato, a título de anticipo, dentro de los 15 días calendario a la fecha de cumplimiento de los requisitos de ejecución y liquidación del contrato; y el otro 50%, se pagaría conforme a lo establecido en la propuesta económica presentada por el Consultor "(Sierra Misco SA) folio 1 No. 58".

El plazo para la ejecución del anterior convenio, sería de 12 meses, contados a partir de la aprobación de la Garantía Única de Cumplimiento y el pago del anticipo; además se dispuso, que el plazo de ejecución del contrato podría ser suspendido de común acuerdo por las partes; y que dicho tiempo, no se tendría en cuenta dentro de los 12 meses para realizar el estudio encomendado.

En la cláusula séptima del referido convenio, las partes dispusieron la designación de un interventor del contrato, quien tendría a su cargo la obligación de aprobar los informes rendidos por el consultor, y emitir las observaciones o sugerencias que creyera conveniente, para la correcta realización del estudio. El interventor debía ser escogido por la entidad contratante, es decir, CARDIQUE, designándose para ello al INSTITUTO COLOMBIANO DE PETRÓLEOS – ECOPETROL ICP.

En la cláusula octava y novena, se determinó que el contrato de consultoría se desarrollaría mediante la entrega de informes, en determinados plazos establecidos en los términos de referencia y en la propuesta hecha por SIERRA MISCO; además, se estipuló, que dichos documentos hacían parte integral del contrato.

Las partes convinieron, en la cláusula quinta, que el contratista debía tomar, dentro de los 15 días siguientes a la suscripción del contrato, una póliza de cumplimiento la cual debería cubrir los siguientes riesgos:

- **Cumplimiento del contrato:** equivalente al 20% del valor del contrato, con una vigencia del término de ejecutoria del contrato (12 meses) más 4 meses adicionales, a partir de la vigencia de la respectiva póliza.
- **Calidad del Estudio:** 50% del valor del contrato, con vigencia de 2 años mínimo contados desde la entrega del estudio.
- **Pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones de personal:** equivalente al 10% del contrato, con una vigencia de 3 años.
- **Buen manejo y correcta inversión del anticipo:** por el 100% del valor del contrato, con vigencia igual a la duración del contrato y al término de su liquidación.



En cumplimiento de la anterior obligación contractual, el 20 de junio de 1997, la empresa contratista tomó la respectiva póliza exigida por la entidad contratante, identificándose la misma con el No D-AE00050, y en la cual se aseguraron los siguientes valores a favor de CARDIQUE (fl. 519 c/no 3 de pruebas):

- El valor de \$218.400.082, por la garantía de cumplimiento del contrato, desde el 20 de junio de 1997 hasta el 22 de octubre de 1998.
- El valor de \$546.000.205, por concepto de buen manejo del anticipo, con vigencia del 20 de junio de 1997 hasta el 22 de junio de 1998.
- El valor de \$109.200.041 por concepto de garantía por el pago de salarios y prestaciones, con vigencia del 20 de junio de 1997 hasta el 22 de junio de 2000.
- Garantía de calidad del estudio, por valor de \$546.000.205, con vigencia de 2 años a partir de la fecha de entrega del estudio.

El **8 de julio de 1997**, las partes involucradas en el contrato 213 de 1997 suscribieron un OTRO SI al mismo, acordando reajustar el precio de lo convenido y fijarlo ya no en \$1.092.000.410; sino en \$1.000.000.000, debido a que la disponibilidad presupuestal con la que contaba CARDIQUE era ese valor y no el que se había convenido en el contrato inicial (FL. 9 c/no 1 y 510 c. 3 de pruebas). Adicionalmente, a folio 533 del cuaderno 3 de pruebas, se observa un oficio de fecha 3 de julio de 1997, en el que la empresa contratista le manifiesta a la Corporación Autónoma del Canal del Dique, que para poder acceder a la disminución del valor del contrato, debe ésta última entidad acceder al reemplazo del equipamiento que se utilizaría para el estudio, en idéntico valor a la reducción que se pretendía hacer. Ahora bien, dentro del otro sí firmado por las partes no quedó consignada tal petición.

Debe advertirse, que si bien no existe constancia en el expediente que dé cuenta de la fecha en la cual se aprobó la garantía única de cumplimiento, para efectos de contabilizar el término de ejecución del contrato conforme a lo establecido en la cláusula 3º del contrato, se observa que el 11 de agosto de 1997, las partes suscribieron un acta de suspensión del plazo en mención, manifestando que no era posible dar inicio a las labores del contrato de consultoría debido a que CARDIQUE aún no había culminado el proceso de contratación del interventor (fl. 10 c/no 1 ppal., y 508 c/no. 3 de pruebas).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. /2017

SIGCMA

Conforme con el acta aportada al proceso²⁸, el contrato en mención fue finalmente iniciado el **27 de agosto de 1997**.

De acuerdo con lo expresado por las partes, se tiene que la empresa contratista elaboró y presentó 4 informes parciales, 1 informe final y 1 informe complementario al informe final; y que, por la gestión realizada, CARDIQUE le pagó al contratista el total de \$904.655.000 a SIERRA MISCO, conforme reposa en la certificación emitida por el tesorero de la entidad contratante²⁹.

Los anteriores pagos se discriminan así:

Fecha MM/DD/AA	Comprobante	Valor cuenta	Banco	No. cheque
07/10/1997	0456/97 ³⁰	\$500.000.000	B. Estado Bancafe	C3428780 F4206562
12/22/1997	1052/97 ³¹	\$75.000.000	Bancafe	F4250970
01/28/1998	1173/98 ³²	\$100.000.000	Bancafe	F4274204
09/13/1998	2172/98 ³³	\$104.655.000 ³⁴	Bancafe	F4663044
10/06/1998	2255/98 ³⁵	\$125.000.000	Bancafe	F4679105
TOTAL		\$904.655.000		

A folio 12 del expediente³⁶, se encuentra evidencia de un OTRO SI, que suscribieron las partes, **el 22 de agosto de 1998**, con la finalidad de ampliar el plazo de ejecución del contrato por 6 meses adicionales a los 12 inicialmente pactado, atendiendo la complejidad del estudio que se debía presentar por parte del contratista; en dicha acta, se consignó además la obligación de SIERRA MISCO de ampliar la vigencia de la garantías única de cumplimiento.

El contrato 213 de 1997, fue suspendido nuevamente por voluntad de las partes, el 11 de septiembre de 1998 (fl. 54 c/no 1 y 430 c. 3 de pruebas), en razón a la demora de CARDIQUE en el pago de los valores correspondientes a los informes No. 3 y 4.

En la mencionada acta las partes expusieron lo siguiente:

"Considerando el contrato No.213/97 (...) en ejecución por parte de Sierra Misco S.A., y atentos a que se ha producido un atraso significativo en el pago correspondiente al 3er.

²⁸ Folio 11 del c/no 1 y 509 del c/no 3 de pruebas

²⁹ Folio 88 del c/no c/no 5 ppal

³⁰ Fl. 548 c. 3 ppal

³¹ Fl. 551 c. 3 ppal ibídem

³² Fl. 552 c. 3 ppal ibídem

³³ Fl. 555 c. 3 ppal ibídem

³⁴ Nota: Corresponde a los pagos de los informes 3 y 4, en este pago, se canceló el valor de \$4.655.000 por concepto de intereses por mora en la cancelación del informe No. 3.

³⁵ Fl. 557 c. 3

³⁶ c/no 1 ppal y 436 del c. 3 de pruebas



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. /2017

SIGCMA

Informe por parte de Cardique y que, como consecuencia de dicho atraso el Contratista ha manifestado que se ha visto seriamente comprometido financieramente y ha roto su ecuación económica.

Las partes acuerdan y resuelven lo siguiente:

Suspender temporalmente la continuación de las tareas, las que a la fecha se limitan al informe Final por cuanto la empresa ha hecho entrega de todos los informes anteriores detallados en el Contrato.

Tan pronto como Cardique resuelva su situación, producirá el pago o cancelación de los importes detallados en el Contrato correspondientes al 3er. y 4to. Informe, previa aprobación del ICP de este último.

Cardique en virtud del vínculo contractual existente con la firma Sierra Misco S.A. y ante el no pago oportuno de las obligaciones antes señaladas, considera pertinente reconocer de acuerdo con la ley, los intereses que se causen por dicha circunstancia tan pronto se resuelva a través de que figura jurídica se han de cancelar estas obligaciones.

Resuelto lo anterior el Contratista reanudará la ejecución del Contrato sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar con posterioridad a la presente acta".

En virtud de lo anterior, CARDIQUE le reconoció a la empresa contratista, según consta en el acto administrativo demandado y el comprobante de egreso visible a folio 555 del c/no 3, el valor de \$100.000.000 por la deuda de los informes y \$4.655.000 por concepto de intereses moratorios, por lo cual el pago total de la cuenta se realizó por \$104.655.000,00.

En lo que se refiere al desarrollo del contrato, se tiene que, según el oficio visible a folio 506 del C/no 3 de pruebas, Sierra Misco entregó el primer informe parcial a CARDIQUE el 24 de septiembre de 1997, sin embargo en el expediente no existe copia de dicho estudio, ni constancia de la fecha de entrega de los otros informes, ni copia física de los mismos. Sin embargo, entre las pruebas se advierten diversos informes técnicos, entre otros los números 194, 195 y 196 de febrero de 1999, fecha en la que se presentó el informe final, en los que CARDIQUE y ECOPETROL ICP ponen de manifiesto sus inconformidades frente a los estudio realizado por SIERRA MISCO³⁷.

De acuerdo con lo expuesto por las partes en sus respectivos escritos de demanda, se concluye que, el informe final de consultoría presentado por SIERRA MISCO, no fue aprobado, por lo que dicha entidad se vio en la necesidad de presentar un informe complementario al mismo, en el cual realizaban aclaraciones a las dudas expuestas por el INSTITUTO COLOMBIANO DE PETRÓLEOS – ECOPETROL ICP, como más adelante se verá al estudio de cada uno de los cargos formulados.

³⁷ Folios 275 a 284; 357; 358; 360 c/no 2 de pruebas

Finalmente, como quiera que, **el plazo para la ejecución del contrato de consultoría concluyó el 11 de marzo de 1999³⁸**, la Administración, representada por CARDIQUE, mediante Resolución No. 421 de 1999³⁹, decidió liquidar unilateralmente el mismo, declarando el incumplimiento por parte de SIERRA MISCO, haciendo efectiva la póliza de calidad del estudio, y ordenando la devolución de los recursos pagados en exceso al contratista.

Al respecto, la parte resolutive del mencionado acto administrativo dispuso:

PRIMERO: *Líquidese unilateralmente el Contrato No. 213 de 1997 de conformidad con el artículo 61 de la ley 80 de 1993, como en efecto se hace y declarase el incumplimiento por parte de la sociedad SIERRA MISCO S.A. del Contrato No.213 de 1997, (...) **por cuanto el CONTRATISTA no ha cumplido cabalmente con el objeto del contrato de conformidad con el alcance establecido en los términos de referencia y la propuesta presentada por el CONSULTOR, y no satisfacer los requerimientos y observaciones formulados por la interventoría** en los documentos de evaluación del informe Final y de la Información Complementaria del Informe Final los cuales se anexan y hacen parte del presente acto administrativo. Esta liquidación unilateral se lleva a cabo en los siguientes términos:*

6. Como se dijo en los considerandos, cabe destacar que el término de ejecución del contrato sufrió dos (2) modificaciones, habiéndose firmado el acta de iniciación el 27 de Agosto de 1997, se suscribió un OTRO SI al contrato el veintidós (22) de Agosto de 1998, ampliando por seis (6) meses el plazo de ejecución (hasta el 27 de Febrero de 1999) y dentro de este Último término se presentó una suspensión por doce (12) días el cual consta en acta del 11 de Septiembre de 1998, venciéndose el término de ejecución el once (11) de marzo de 1999.

7. La forma de pago se señaló en la cláusula segunda del contrato así:

- Un Anticipo del cincuenta por ciento (50%), pagaderos dentro de los quince (15) días calendario siguientes al cumplimiento de los requisitos de ejecución y legalización del contrato.
- El saldo de conformidad con la propuesta económica presentada por el CONSULTOR, contenida en el folio I, número 58.

8. El Contratista de conformidad con el contrato, la propuesta y los términos de referencia de la licitación pública No 01-96, presentó para la aprobación de la interventoría los siguientes informes.

- Primer Informe: Fue aprobado por el IPC (Interventor) mediante comunicación del **cinco (5) de Diciembre de 1997**, TCP-CDQ-026-97" dirigida a CARDIQUE.
- Segundo informe parcial: Fue aprobado por el IPC (Interventor) mediante comunicación del **once (11) de Febrero de 1998**, ICP-CDQ-08-98" dirigida a CARDIQUE.
- Tercer informe parcial: Aprobado por la interventora mediante carta del **11 de Junio de 1998**, IPC-CDQ-08-98" dirigida a CARDIQUE.

³⁸ La duración del contrato fue de 18 meses, a los cuales se les adicionan los 12 días de suspensión en septiembre de 1998.

³⁹ Folios 455-460 C. 3 principal y Fl. 23-28 c de p. 1



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. /2017

SIGCMA

- Cuarto informe parcial: Fue aprobado por el IPC (Interventor) mediante comunicación del **dos (2) de Octubre de 1998**, "ICP-CDQ-41-98" dirigida a CARDIQUE.

- Informe Final e Informe complementario al informe final: El informe Final fue entregado en Febrero de 1999 y el Informe Complementario en Marzo de 1999, los que no fueron aprobados y el contratista no dio cumplimiento a los requerimientos de la interventoría par (sic) el cumplimiento satisfactorio del objeto contractual.

9. Por concepto del Contrato No.213 de 1997 se ha cancelado hasta la fecha la suma de NOVECIENTOS CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS (\$904.655.000,00) M/CTE, por los siguientes conceptos:

CONCEPTO	VALOR	FECHA
ANTICIPO	\$500.000.000,00	JULIO 10/87 (fol.106)
1ER. INFORME PARCIAL	\$ 75.000.000,00	DICIEMBRE 22/97 (fol.106)
2DO. INFORME PARCIAL	\$100.000.000,00	ENERO 28/97 (fol.106).
3ER. INFORME PARCIAL	\$100.000 .000,00	SEPTIEMBRE 23/68
PAGO DE INTERESES POR MORA	\$4.655.000,00	SEPTIEMBRE 23/98
CUARTO INFORME PARCIAL	\$125.000.000,00	OCTUBRE 6/98
TOTAL	\$904.655.000,00	

10. El interventor EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS - ICP, no aprobó el informe final y el informe complementario al mismo, y señaló el incumplimiento del contrato por parte de SIERRA MISCO SA, y en las evaluaciones a los informes indica inexistencia de información, deficiencias, inexactitudes e imprecisiones en cuanto a los aspectos de AGUAS SUPERFICIALES, AGUAS SUBTERRÁNEAS, CALIDAD DE AIRE, INSTALACIÓN DEL SOFTWARE ISC3, DEL BOSS ESPECIFICO PARA MAMONAL, DEL PROGRAMA MODFLOW Y SIMULACIÓN DE MAMONAL EN COMPUTADOR DE CARDIQUE, CORRIDA DE SIMULACIÓN DEL PROGRAMA MODLOW PARA MAMONAL, RECURSO AGUA SUPERFICIAL, RECURSO AIRE, Y RECURSO SUELO Y AGUAS SUBTERRANEAS y que el proyecto se desarrolló en un setenta por ciento (70%), según el siguiente cuadro: (...)

11. Teniendo en cuenta que el contrato se cumplió en un setenta por ciento (70%), y que esta Corporación canceló a la firma SIERRA MISCO S.A. la suma de \$90.000.000,00 (sic) que corresponden al noventa por ciento (90%) del valor del contrato, y \$4.655.000,00 de intereses, teniendo El CONSULTOR derecho en relación con el pago del valor del contrato sólo a la suma de \$700.000.000,00 según el porcentaje de ejecución del objeto contractual, **el CONTRATISTA debe reembolsar a CARDIQUE la suma de \$200.000.000,00, pagados de más.** Si la sociedad SIERRA MISCO S.A. no se allana al cumplimiento de la devolución se acudirá a demanda ante los estrados judiciales.

12. Se precisa que el CONTRATISTA sociedad SIERRA MISCO S.A., con el incumplimiento del contrato ha causado perjuicios a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE, consistentes en daño emergente y lucro cesante, que como quiera que el CONSULTOR incumplió con su obligación de ampliar la vigencia de la póliza que garantiza el cumplimiento del contrato, se harán efectivos a través de las acciones judiciales correspondientes si fuere necesario y mediante la exigencia de la cláusula penal pactada en la cláusula DECIMA QUINTA, por un valor de \$200.000.000,00 equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato y la exigibilidad a la aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS de la garantía de calidad del estudio por un valor de \$546.000.205,00. Lo anterior sin perjuicio de que el daño emergente y el lucro cesante puedan ser objeto de una valoración superior dentro de las acciones legales correspondientes



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. /2017

SIGCMA

ARTICULO SEGUNDO: *Hacen parte del presente acto administrativo todas las evaluaciones realizadas por la INSTITUTO COLOMBIANO DE PETRÓLEOS - ICP en cumplimiento de sus funciones de Interventor del Contrato No. 213 de 1997, en relación con los informes parciales y finales presentados por SIERRA MISCO S.A., las aprobaciones impartidas a los informes parciales y la no aprobación del informe Final e Informe Complementario al informe final y demás documentos que mencionan en este acto.*

ARTICULO TERCERO: *El presente acto administrativo se notificará a la sociedad extranjera SIERRA MISCO S.A. a través de la empresa TOBAR & TOBAR LTDA quien la representa legalmente en Colombia y al representante legal de la ASEGURADORA MUNDIAL DE SEGUROS. (...).*

Como ya se expresó, la resolución en comento fue objeto de impugnación, tanto por la Compañía Sierra Misco⁴⁰, como la Compañía Mundial de Seguros⁴¹, sin que la administración acogiera sus pedimentos.

Contra la anterior Resolución, tanto la aseguradora como la empresa contratista presentaron recursos de reposición, los cuales fueron resueltos de una manera desfavorable, mediante Resolución No. 0621 de 1999⁴², notificada mediante edicto del 21 de enero de 2000⁴³.

PROCESO 002-2001-01283-00 (SIERRA MISCO vs CARDIQUE)

5.6.2 Falta de competencia de la administración para liquidar el contrato de manera unilateral – no se agotó el trámite de la liquidación bilateral – nulidad por violación del debido proceso – CARDIQUE no convocó a SIERRA MISCO para liquidar el contrato.

La liquidación de un contrato estatal⁴⁴ supone un procedimiento mediante el cual se realiza un corte o ajuste de cuentas definitivo, con el objeto de aclarar y definir todo lo relativo al desarrollo de la relación contractual, para con ello determinar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar; dicha actividad, tiene como propósito hacer un ajuste final de cuentas y finiquitar el negocio mediante el reconocimiento de saldos a favor de alguna de las partes o de declararse a paz y salvo, según sea el caso. En ese sentido, con la liquidación del contrato la relación negocial queda terminada y cerrada definitivamente en lo que atañe al cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato para las partes, lo que implica la extinción definitiva del vínculo contractual.

⁴⁰ Folio 55-67 c. 1 ppal.

⁴¹ Folio 28-32 c/no 6 ppal

⁴² Folio 123-141 C. 5 ppal

⁴³ 453 c/no 3 ppal

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Bogotá D. C, once (11) de marzo de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 11001-03-26-000-2003-0022-01(25021)

La figura en mención, se encuentra regulada por el art. 60 y 61 de la Ley 80 de 1993⁴⁵, Estatuto de la Contratación Estatal, los cuales, en su texto original, exponen lo siguiente:

"Artículo 60°.- De Su Ocurrencia y Contenido. Modificado por el art. 217, Decreto Nacional 019 de 2012. Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la **finalización del contrato** o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

"Artículo 61°.- De la Liquidación Unilateral. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición"

De una lectura integral de los artículos transcritos, puede concluirse que, en primera medida, la ley otorga a las partes las facultades para liquidar los contratos, con base en los acuerdos existentes entre los dos extremos de la relación negocial. Es decir, que la forma normal de terminación de esa relación contractual será la que de mutuo acuerdo logren las partes; caso en el cual, se suscribirá un acta en la que se pondrá fin a las reclamaciones de carácter económico y prestará mérito ejecutivo. Esa liquidación de común acuerdo, no podrá cuestionarse salvo por vicios en el consentimiento o por las constancias escritas que hayan quedado sobre puntos en los que no se logró arreglo.

En caso de que las partes no llegaren a ningún acuerdo sobre la liquidación del contrato, o que el contratista no se presente a la liquidación, dándose el vencimiento del plazo estipulado para ello, la Administración podrá directa y unilateralmente ordenar la liquidación del mismo, dentro del término de los dos (2) meses siguientes, mediante la expedición de un acto administrativo.

⁴⁵ Se estudia sobre la base del texto original de los artículos 60 y 61 de la Ley 80/93 sin las modificaciones y derogatorias introducidas por los artículos 11 y 32 de la Ley 1150 de 2007, en atención a que, para la fecha del caso que se estudia, (1997-1999), la Ley 1150/07 no se encontraba vigente.



En desarrollo de esta segunda alternativa, la ley no limita de manera alguna a la Administración para que, según sus propias previsiones y cálculos contables, se pronuncie y resuelva sobre todos aquellos aspectos tendientes a liquidar el contrato y por consiguiente finiquitar con ello la relación contractual existente entre las partes.

Debe tenerse en cuenta también, que en el evento en el que el contrato no sea liquidado por las partes, o por la administración individualmente, puede acudirse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, solicitando tal pretensión, siempre y cuando no se haya vencido el plazo de dos años contados a partir de cuándo se venció la oportunidad para realizar la liquidación unilateral.

En el caso bajo estudio, encuentra la Sala acreditado que el contrato de consultoría No. 213/97, por cuya causa se demanda, se celebró el día 27 de junio de 1997⁴⁶, con una vigencia de 12 meses, que posteriormente fueron ampliados en 6 meses más, según OTRO SÍ del 22 de agosto de 1998⁴⁷; en total **el término de ejecución sería de 18 meses.**

Que, de acuerdo con la cláusula décimo séptima del contrato, las partes acordaron que la liquidación se efectuaría en el término de **4 meses** contados a partir de terminación del mismo, de común acuerdo o unilateralmente mediante acto administrativo debidamente motivado.

Conforme con el acta visible a folio 11 del expediente, el referido contrato inició su ejecución el **27 de agosto de 1997**, por lo que el plazo de los 18 meses venció el **27 de febrero de 1999**. Sin embargo, como quiera que el contrato en mención fue suspendido por medio de acta del 11 de septiembre de 1998⁴⁸, hasta el 23 de septiembre de ese mismo año⁴⁹ (12 días), el plazo de ejecución se extendió hasta el **11 de marzo de 1999**.

El 5 de agosto de 1999, CARDIQUE, empresa contratista en este asunto, procedió a liquidar el contrato de consultoría, de manera unilateral, argumentando que, entre otras cosas, se encontraba superado el término del art. 60 de la Ley 80 de 1993, para llevar a cabo la misma de manera bilateral, puesto que no se había llegado a ningún acuerdo con el contratista quien no había colaborado con el cumplimiento del contrato ni con su liquidación; y, si bien la Sociedad SIERRA MISCO presentó recurso de reposición censurando la anterior decisión, la entidad pública decidió mantenerse en su posición mediante Resolución No. 0621 de 1999.

⁴⁶ Folio 6-8 c/no 1

⁴⁷ Folio 12 c/no 1

⁴⁸ Folio 54 c/no 1

⁴⁹ Información suministrada por SIERRA MISCO en el hecho No. 16 de la demanda. Fl. 187 c/no 1

Por su parte, tanto el apoderado de la sociedad SIERRA MISCO, como el apoderado de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS, manifiestan a esta Corporación que debe declararse la nulidad de los actos administrativos antes mencionados, teniendo en cuenta que la entidad pública omitió efectuar la liquidación bilateral a la que hace alusión la ley 80 de 1993. Sostuvieron en su oportunidad, que la administración tenía la obligación de notificar formalmente al contratista sobre el inicio de la etapa de liquidación, de tal manera que lo invitara a presentar y justificar los créditos que éste creyera tener a su favor, con el objeto de desplegar los mayores esfuerzos para que ambas partes lleguen a un acuerdo.

Censuran las empresas accionantes, que esta etapa fuera completamente omitida por CARDIQUE; lo que a su parecer genera una incompetencia material de dicha entidad para proceder a liquidar unilateralmente el Contrato.

Para resolver el caso anteriormente planteado, se hace necesario determinar, en primera medida, si los términos establecidos por las partes o la ley, para efectos de llevar a cabo la liquidación del contrato, son plazos perentorios o no; de tal manera que se pueda establecer si la administración está obligada (o es la única obligada) a convocar al contratista para efectos de realizar la citada liquidación, de tal manera que solo nazca la posibilidad de efectuar la liquidación unilateral, cuando el contratista no se presente a la liquidación o no se llegue a ningún acuerdo.

Al respecto, es importante exponer, que el tema de la competencia de la administración para liquidar el contrato estatal ha sido ampliamente estudiado por el Consejo de Estado, quien ha variado en diferentes ocasiones su posición en lo que se refiere a la perentoriedad o no de los términos para realizar la misma.

Debe tenerse en cuenta, como referente histórico, que el Decreto-Ley 222 de 1983 no previó plazo legal alguno en el que debía agotarse etapa de la liquidación del contrato, razón por la cual el Consejo de Estado por vía jurisprudencial se ocupó de esclarecer el tema, determinando que la liquidación bilateral debía realizarse dentro de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato, y la liquidación unilateral debía realizarse dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del primer plazo mencionado⁵⁰.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de diciembre de 1989. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

En lo que se refiere a la perentoriedad o no de los plazos para realizar la liquidación, el Alto Tribunal Administrativo se inclinó por la tesis de que dichos términos no precluían.

Posteriormente, en la sentencia del **3 de mayo de 1990** – radicado 2.950, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que el procedimiento para la liquidación del contrato debía cumplirse en un plazo **perentorio** de seis (6) meses, los cuales debían contarse a partir del vencimiento del plazo convencional, así: cuatro (4) meses para la liquidación por mutuo acuerdo y dos (2) para efectuar la liquidación de manera unilateral, por parte de la Administración.

En el año 1995, la Sección Tercera de la Corporación volvió a cambiar su posición acogiendo la tesis inicialmente planteada y concluyó que el plazo previsto por vía jurisprudencial para que la Administración liquidara unilateralmente el contrato no era de ninguna manera perentorio, es decir que bajo esa óptica era posible liquidar bilateral o unilateralmente el contrato aun cuando se hubiesen vencido los plazos jurisprudenciales, siempre que dicho procedimiento se adelantara antes del vencimiento del término previsto por la Ley para el ejercicio de la acción contractual o siempre que no se le hubiese notificado el auto admisorio de la demanda⁵¹.

A pesar de lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto número 1453 del 6 de agosto de 2003, se apartó de la postura jurisprudencial a la que acaba de hacerse referencia y afirmó que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 que reformó el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, los términos para efectuar la liquidación del contrato eran perentorios⁵².

Esta última posición, fue recogida por la sentencia del 4 de diciembre de 2006, en la que la Sección Tercera planteó, lo siguiente:

⁵¹ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencia del 6 de julio de 1995. Rad. No. 8.126; sentencia del 30 de mayo de 1996 Rad. No. 11759; sentencia del 13 de julio de 2000 Rad. No. 12513; sentencia del 22 de junio de 2000 – Rad. No. 12723; sentencia del 16 de agosto de 2001 – Rad. No. 14384.

⁵² "... Los términos legales para efectuar la liquidación del contrato tienen el carácter de preclusivos, pues vencidos los previstos para hacerla de mutuo acuerdo - ella deberá llevarse a cabo "a más tardar" antes del vencimiento de los cuatro meses a que se refiere el artículo 60 de la ley 80 - o para practicarla unilateralmente, la administración pierde la competencia para liquidarlo y se abre paso tal procedimiento únicamente por vía judicial, en los términos señalados (art. 44, numeral 10, ordinal d) ley 446 de 1998). (...)

3. y 4. Si la liquidación del contrato no se efectúa por mutuo acuerdo, o la administración no la practica unilateralmente, ésta pierde competencia para adelantar tal trámite. Toda liquidación que se efectúe una vez la administración ha perdido la competencia o por fuera del término de caducidad, vicia la actuación. Los términos se contabilizan en la forma señalada en la parte motiva".

"(...)

En cuanto a la oportunidad que las normas hoy en vigor establecen para el ejercicio de las facultades con que cuentan las entidades estatales para adoptar la liquidación unilateral, cabe señalar que esa materia se encuentra regulada en la citada letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., según su contenido a la Administración se le concede un plazo legal de dos (2) meses para adoptar la liquidación unilateral, término que empieza a correr a partir del vencimiento de aquél convenido por las partes para la liquidación bilateral o, a falta de tal plazo convencional, a partir del vencimiento del plazo de los cuatro (4) meses que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 consagra, de manera supletiva, para la liquidación bilateral o conjunta.

Ahora bien, si la entidad estatal contratante no efectúa la liquidación unilateral dentro del mencionado término de dos (2) meses, siguientes al vencimiento del plazo acordado o legalmente establecido para la procedencia de la liquidación conjunta, ha de concluirse que aquella pierde su competencia por razón del factor temporal -ratione temporis-, puesto que el aludido plazo legal de dos (2) meses es preclusivo en la medida en que la propia ley consagra una consecuencia en relación con su vencimiento, consistente en trasladar dicha competencia al juez del contrato y autorizar entonces al respectivo interesado -que podrá ser la propia entidad contratante o el particular contratista-, para que a partir del vencimiento de dicho plazo pueda demandar la realización de la liquidación ante el juez del contrato, de conformidad con el texto la norma en cita [parte final de la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.], que a la letra reza:

"... Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;"

La anterior, fue la tesis manejada por el Consejo de Estado, hasta tanto se expidió la Ley 1150 de 2007, en cuyo artículo 11, se contempló que:

"Artículo 11. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A...". (Resalta la Sala).

La norma anteriormente transcrita, zanja la discusión surgida en cuanto a la competencia para proferir la liquidación del contrato estatal, ya sea de



común acuerdo, o de forma unilateral, al prever que la misma se puede realizar dentro del plazo de los 6 meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato, la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga; o, en cualquier tiempo, siempre y cuando esté dentro del plazo de caducidad dispuesto en el art. 136 del CCA.

Adicionalmente, la Ley 1150 de 2007, agregó un ingrediente normativo nuevo a la legislación vigente, pues dispuso que la administración solo quedaba facultada para realizar la liquidación de manera unilateral cuando “el contratista no se presente a la liquidación **previa notificación o convocatoria que le haga la entidad**, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, cosa diferente a lo que se encontraba dispuesto en el texto original del art. 61 de la Ley 80 de 1993, pues en esa oportunidad solo se requería que el contratista no se presentara o que no hubiera acuerdo entre las partes, es decir, en aquella eventualidad no se ponía en cabeza de la entidad pública la obligación de convocar al contratista para hacer la liquidación bilateral, solo se exigía que éste no se presentara.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 31 de agosto de 1999 expuso:

*A falta de disposición legal, la jurisprudencia de esta Corporación había establecido el criterio según el cual el término máximo plausible para que se liquidara un contrato es de seis meses contados a partir de su vencimiento, así: dos meses para que el contratista aporte la información y la documentación pertinente, dos para liquidarlo de común acuerdo y dos para que, en ausencia de acuerdo, la entidad contratante procediera a liquidarlo unilateralmente, so pena de correr con los perjuicios que la omisión pudiera ocasionar al contratista y que éste pudiera reclamarlos por la vía jurisdiccional. Del artículo 136 del C.C.A. modificado por el art. 44 de la ley 446 de 1998 en el numeral 10 literal d) se deduce que, en primer lugar, la liquidación contractual deberá realizarse de común acuerdo, dentro del plazo convenido por las partes en el contrato o por fuera de él o señalado en los pliegos de condiciones o términos de referencia (art. 60, ley 80 de 1993). Si dicho plazo no se convino o se dejó de señalar en los pliegos de condiciones o en los términos de referencia, la ley (art. 60 citado) establece uno de cuatro meses para liquidar bilateralmente el contrato. **Si la liquidación bilateral no se hace porque no se intenta o porque fracasa, sobreviene la obligación de la entidad estatal de liquidarlos unilateralmente, función que se debe cumplir, por regla general, dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto, del fijado por la ley (arts. 61, ley 80 de 1993 y 44, ley 80 del 1993, ley 446 de 1998).***

En el caso bajo estudio, se tiene que, el contrato 213 de 1997, finalizó su ejecución el 11 de marzo de 1999; por lo que, de acuerdo con el art. 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, las partes contaban hasta el 11 de julio de 1999 para liquidarlo de manera bilateral, y la administración, tenía plazo hasta el 11 de septiembre de la misma anualidad para realizar la liquidación de manera unilateral, surtiéndose la misma el 5 de agosto de 1999



Advierte la Sala que en el expediente no se encuentra ninguna prueba que indique que CARDIQUE haya convocado a la sociedad SIERRA MISCO SA., para realizar la liquidación bilateral del contrato, sin embargo, tampoco se observa que la empresa contratista haya realizado gestiones tendientes a lograr dicha liquidación o haya solicitado a la administración la realización de la misma, por el contrario, lo que se observa es que aun, con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del contrato, se siguieron desarrollando actividades tendientes a darle cumplimiento al mismo, como se evidencia en el acta de entrega de fecha 30 de marzo de 1999 (fl. 88 c/no 1 principal), y Sierra Misco, aún en septiembre del año 1999, presentó cuentas de cobro para el pago del valor restante del contrato (\$100.000.000), así como reclamaciones del rompimiento del equilibrio contractual.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es importante resaltar que si bien es cierto que con la Ley 1150 de 2007, se introdujo una modificación a los arts. 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, en cuanto estableció como obligatorio que la administración notificara al contratista de la oportunidad para llevar a cabo la liquidación bilateral del contrato, lo cierto, es que dicha exigencia no se encontraba consignada en la Ley 80, por lo tanto, no puede concluirse que para la época en la que terminó la ejecución del contrato, Cardique tuviera el deber de iniciar un determinado procedimiento para la liquidación del mismo, pues la iniciativa de adelantar tales gestiones podían provenir de cualquiera de las partes.

En ese sentido, tal y como lo expone la sentencia del 31 de agosto de 1999, antes transcrita, en el evento en el que las partes no se avengan a liquidar bilateralmente el contrato, o que fenezca el plazo estipulado en la norma sin que se lleve a cabo esta etapa, puede la administración hacer uso de sus facultades y liquidar unilateralmente el contrato. Ello, sin embargo, no es obstáculo para que las partes contratantes intenten realizar la liquidación bilateral, pues como se expuso anteriormente en esta providencia, los plazos determinados para tal fin no son perentorios y por ende la liquidación puede llevarse a cabo hasta vencido el plazo para demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa (posición acogida por el Consejo de Estado entre 1995 y 2003, periodo en el que el contrato se ejecutó).

Ahora bien, lo anterior no implica que, después de vencido el término de liquidación de común acuerdo, la administración tenga el deber de convocar necesariamente al contratista para la liquidación, pues la posibilidad de llevar a la cabo tal actuación pasaría a depender de la voluntad de las partes; pudiendo la entidad pública, hacer uso de sus derechos y liquidar unilateralmente el contrato en el plazo de los 2 meses de que habla el art. 61 de la Ley 80 de 1993.



En consecuencia, como quiera que el término para liquidar de manera bilateral el contrato No. 213 de 1997 se encontraba vencido, puesto que ya se habían superado los 4 meses acordados por las partes en la cláusula décimo séptima del mismo, CARDIQUE se encontraba facultado para efectuar la liquidación unilateral del mismo, y no existe la falta de competencia alegada por la sociedad SIERRA MISCO.

5.6.3. Falta de competencia de CARDIQUE para declarar el incumplimiento del contrato.

En el presente asunto, se advierte que CARDIQUE decidió declarar el incumplimiento de SIERRA MISCO, puesto que de acuerdo con los informes de interventoría presentados por ECOPETROL ICP, el contrato solo se desarrolló en un 70% de lo acordado; ya que ni en el informe final de consultoría, ni su complementario, reunía las características establecidos en los términos de referencia, hallándose en los mismos una serie de falencias e inexactitudes en la información suministrada, además de que no se había realizado una entrega completa de la documentación que componía el estudio.

Con fundamento en lo anterior, la entidad pública contratante en Resolución 0421 de 1999, decidió declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la garantía de calidad de los estudios.

SIERRA MISCO argumenta, que el acto administrativo por medio de la cual se declaró el incumplimiento de las obligaciones del contratista, es nulo ya que CARDIQUE carecía de la competencia *rationae temporis* para ello, en razón a que el contrato ya se encontraba vencido y, para que se pueda declarar el incumplimiento, el contrato debe estar vigente.

Para la Sala, no es posible atender el razonamiento hecho por el contratista en este evento, como quiera que el Consejo de Estado ha expuesto que sí es posible para la administración declarar el incumplimiento del contrato después del vencimiento del plazo dispuesto para su ejecución, siempre y cuando, no se haya liquidado.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 9 de marzo de 2000, expuso:

Ya en vigencia de la Ley 80 de 1993, la Sala refiriéndose a la competencia temporal de la administración con respecto al ejercicio de sus poderes exorbitantes y concretamente los sancionatorios, en la sentencia del 13 de septiembre de 1999, expediente No. 10.264, precisó hasta cuándo puede la administración hacer uso de dichos poderes, de la cual se resaltan los siguientes apartes:

En este orden de ideas, debe precisarse que dentro de los plazos para la ejecución del contrato existe uno y con seguridad el de mayor importancia y es aquél que

corresponde a la terminación definitiva de la obra, o a la entrega del último suministro o del estudio o diseño que se ha confiado, momento en el cual la administración podrá igualmente, como lo venía haciendo durante la ejecución del contrato, evaluar el cumplimiento del contratista para poderle recibir a satisfacción, puesto que es una exigencia del interés público que el colaborador privado cumpla sus prestaciones conforme al ritmo previsto en el programa y con sujeción a las especificaciones técnicas establecidas en el contrato. En el evento de que el contratista no haya cumplido cabalmente, vale decir, porque entrega la obra inconclusa o se presentan faltantes o se requiere de reparaciones, la administración podrá hacer valer sus poderes sancionatorios de acuerdo con la magnitud del incumplimiento.

Es verdad que vencido el plazo del contrato éste se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista.

En conclusión, cuando el contratista de la administración no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, es precisamente el vencimiento del plazo el que pone en evidencia su incumplimiento y es este el momento en el que la administración debe calificar la responsabilidad que le incumbe al contratista, de manera que si lo fue por motivos únicamente imputables a él que no encuentran justificación, debe sancionar su incumplimiento.

De igual manera, la sentencia del 18 de marzo de 2004 expone:

En cualquier tipo de contrato que celebre la administración pública, se establece un plazo, de conformidad con su objeto, en el cual el contratista debe cumplir con su obligación principal (construir la obra, entregar los suministros, etc.) y una vez vencido la administración podrá ejercer sus potestades sancionatorias frente al incumplimiento del contratante. De manera que el vencimiento del plazo previsto en el contrato sin que el contratista haya satisfecho sus prestaciones o las haya atendido tardía o defectuosamente, configura el incumplimiento contractual. (...) En el régimen contractual anterior al previsto por la ley 80 de 1993, la administración pública podía sancionar al contratista por incumplimiento durante la vigencia del contrato. (...) Con la expedición de la ley 80 de 1993, y frente al art. 14, que no contempló las multas y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, entre los poderes excepcionales que podían ejercer las entidades estatales, la jurisprudencia de la sección definió que dichos medios no desaparecieron de la contratación estatal. Así, al examinar el alcance del art. 14 de la ley 80 de 1993, la sala consideró, en lo referente a la cláusula de multas, que estipularlas en el contrato no comportaba ninguna exorbitancia, en tanto las mismas son propias del derecho común, están previstas en los artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio y por consiguiente, son aplicables a la contratación estatal por expresa remisión del artículo 13 del Estatuto Contractual. Según esas disposiciones, las partes de un contrato pueden establecer obligaciones con cláusula penal, definida por la ley como "aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal" (Art. 1592 citado). (...) También fue motivo de precisión jurisprudencial la competencia "ratione temporis" para el ejercicio de los poderes excepcionales o exorbitantes que posee la entidad estatal para el control y dirección del contrato, al señalar que la administración puede declarar el incumplimiento del

contratista luego de que hubiera vencido el plazo contractual, como medida orientada a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria cuando aquél no hubiere ejecutado la totalidad de las prestaciones a su cargo y podía ejercitar otros de sus poderes sancionatorios hasta tanto el contrato no se hubiera liquidado, en razón de que la liquidación está comprendida dentro de la vigencia del contrato. Por último, ha precisado la sala, que el acto que expide la administración pública con el fin de hacer efectiva alguna de las garantías que prestó el contratista para amparar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, no es en estricto sentido el ejercicio de una potestad exorbitante en la actividad contractual, como quiera que el acto es la forma de acreditar el siniestro y de integrar con la póliza el título ejecutivo, en los términos del art. 68 del C.C.A.⁵³.

En un caso parecido al que hoy se estudia, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 9 de julio de 2014, expresó:

"(...) El Tribunal atina al señalar que en el presente asunto la Entidad contratista sí ostentaba la competencia para declarar el incumplimiento del contratista para hacer efectiva la cláusula penal pactada ya habiendo vencido el plazo de ejecución del contrato pero antes de su liquidación. En efecto, en el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación aparece que para la fecha en que el demandado expidió la Resolución No. 0088 de 1999, por medio de la cual declaró el incumplimiento del contrato, esto es el 6 de agosto de 1999, aún ostentaba la competencia para ello, pues aún no había fenecido el termino para liquidarlo, tal como se pasa a exponer.

De las pruebas allegadas se tiene que el contrato que dio lugar a ésta cuestión litigiosa se celebró el 17 de junio de 1998 (fls. 18 a 22 del C. No. 1), cuyo objeto consistió en la ejecución de obras de estabilización del talud inferior en el PR20 + 800 mts. de la carretera Tumaco- Pedregal, tramo Junín Pedregal, con un plazo inicial de 3 meses contabilizados a partir del acta de iniciación (fl. 19 del C. No. 1). Que por medio del contrato adicional No. 17-001 del 28 de septiembre de 1998 dicho plazo se prorrogó por 30 días más contabilizados a partir del 1º de octubre de ése mismo año (fl. 23 del C. No. 1), que a través del contrato adicional No. 17-002 del 20 de octubre de 1998 se prorrogó 45 días más contabilizados a partir del 1º de noviembre de 1998 (fl. 25 del C. No. 1) y que a través del contrato adicional No. 17-003 del 14 de diciembre de 1998 se prorrogó por 2 meses y 10 días más contabilizados a partir del 16 de diciembre de 1998 (fl. 27 del C. No. 1).

En éste orden de ideas se tiene que tal como lo afirma el Tribunal de primera instancia **el vencimiento del plazo del contrato acaeció el 26 de febrero de 1999**, pues si bien no se especificó la forma en que se contabilizarían las prórrogas en días, éstas se contabilizaron días calendario. En la CLÁUSULA DECIMA QUINTA, se acordó que las partes liquidarían el contrato con sujeción a las reglas previstas en los artículos 60 y 64 de la Ley 80 de 1993 (fl. 21 del C. No. 1). Por consiguiente, la entidad demandada contaba con un término de 4 meses para llevar a cabo la liquidación bilateral, es decir hasta el 26 de junio de 1999, y como ésta no se pudo realizar de esa manera, la entidad contaba con 2 meses más para practicar la liquidación unilateral, es decir hasta el 26 de agosto de 1999.

Así las cosas, para la Sala es claro que el cargo de incompetencia de la administración para declarar el incumplimiento se torna improcedente, pues para la fecha en que el

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP: RICARDO HOYOS DUQUE. Bogotá, D.C., sentencia del 18 de marzo de 2004

demandado profirió la Resolución No. 0088, esto es el 6 de agosto de 1999, aún no había fenecido el término para llevar a cabo la liquidación unilateral⁵⁴.

Se tiene entonces, que la administración puede declarar el incumplimiento del contrato aún después de fenecido el plazo para que el mismo sea ejecutado, siempre y cuando no haya precluido la oportunidad para efectuar la liquidación unilateral; en atención a que, precisamente, cuando se acaba o finiquita el plazo para ejecutar el objeto contractual, el Estado puede hacer un balance general sobre las obligaciones contractuales y declarar el incumplimiento parcial o total si es del caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es procedente acceder a declarar probado este cargo de nulidad.

5.6.4. Cumplimiento de las obligaciones de SIERRA MISCO (Silencio administrativo positivo) - incumplimiento de CARDIQUE por no pagar a tiempo los informes - incumplimiento en el pago de intereses de mora - Incumplimiento de CARDIQUE en los compromisos asumidos en el OTRO SI al Contrato No. 213-97 del 8 de julio de 1997

Dispone el art. 13 de la Ley 80 de 1993, que los contratos estatales se rigen por las normas civiles y comerciales pertinentes, según sea la naturaleza de las partes y del vínculo contractual surgido entre ellas; de manera, que es en tales disposiciones donde debe encontrarse la esencia jurídica de la forma como los contratantes han de cumplir las obligaciones que han contraído en virtud del contrato y las consecuencias de su incumplimiento.

Por regla general, las obligaciones contractuales tienen como contenido esencial de dar, hacer o pagar (dare, facere o praestare) que, a su vez, tienen una contraprestación que las hace equivalentes, de manera que al ser cumplidas unas y otras, es posible declarar extinguido el vínculo obligacional surgido entre los contratantes. No obstante, cuando una de las partes no realiza la conducta o acto a que se ha obligado se configura el incumplimiento contractual que da lugar a la efectividad de la cláusula resolutoria implícita en todos los contratos, o a la reclamación de cumplimiento de la obligación insoluta con el reconocimiento de los perjuicios que se hayan causado al contratante cumplido (Art. 1546 C.C.)

En el contrato estatal, el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes tiene un tratamiento diferente, dependiendo de cuál sea la parte incumplida, pues sus consecuencias serán otras si el incumplimiento proviene del contratista, ante quien el Estado podrá ejercitar las facultades excepcionales de la Ley 80 de 1993 a fin de asegurar la correcta ejecución

⁵⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Mp: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del 9 de julio de 2014.

del contrato, mientras que, si la parte incumplida es la administración, el contratista está facultado para invocar a su favor la condición resolutoria a que antes se ha hecho mención; esta potestad también la tiene la administración.

Siguiendo la regla general, ninguno de los contratantes puede reclamar el cumplimiento de lo pactado, si antes no se allana a cumplir las obligaciones a su cargo, como lo establece el art. 1609 del C.C., al consagrar la excepción del contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus* como es más conocida por la doctrina; lo que quiere decir que, ante el reclamo judicial de cumplimiento de las obligaciones contractuales, le corresponde a la parte cumplida demostrar que ha dado cabal observancia a las cargas que le competen, en tanto que, su contraparte se ha abstenido de actuar en la misma forma. Ello encuentra respaldo en el art. 177 del C.P.C., contenido de las reglas que informan el principio de la carga de la prueba, de manera que, el contratante cumplido deberá probar en juicio el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue.

SIERRA MISCO, para efectos de demostrar el cumplimiento de las obligaciones contratadas y poder exigir la indemnización por el incumplimiento de CARDIQUE, argumenta que existe silencio administrativo positivo en relación con la aprobación del Informe final y el Informe Complementario del mismo, **como quiera que en la propuesta, que hace parte del contrato, se estableció que los informes debían ser aprobados por CARDIQUE dentro de los 15 días siguientes a su presentación.** Así las cosas, el informe final fue presentado para su aprobación el 3 de febrero de 1999 y el informe complementario fue presentado el 23 de marzo de 1999, y la entidad pública contratante no los aprobó dentro de los 15 días antes mencionados, ni se pronunció dentro del término de tres (3) meses siguientes a la entrega de los mismos, entendiéndose que surtió efectos el silencio administrativo positivo (numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993), y por lo tanto, los informes fueron aprobados.

En primer lugar, la Sala, reitera lo manifestado en el acápite de hechos probados, en el sentido de que la propuesta no se acompañó al proceso, a pesar de ser parte del contrato, por lo que, ante su ausencia de la misma, no puede hablarse de silencio administrativo positivo. Adicionalmente, esta figura es de creación legal, por el carácter excepcional de la misma, y no puede ser de creación convencional.

Ahora, en relación con la falta de respuesta dentro de los tres meses siguientes a la presentación del informe final y complementario, que tiene por objeto que se declare las consecuencias del numeral 16 del art. 25 de la Ley 80/93; advierte la Sala que, a folio 26⁵⁵ del expediente, se encuentra el "ACTA DE

⁵⁵ c/no 1 principal

REUNIÓN No. 01-99" del 3 de febrero de 1999, en la cual se hace entrega formal del informe final del estudio contratado, sin embargo, conforme a lo expuesto por las partes en sus intervenciones, dicho informe no fue aprobado, y de ello existe constancia en el expediente a folio 360 del c/no de pruebas No. 2, en el que se explica que el 23 de febrero de 1999 se llevó a cabo la reunión técnica de seguimiento al proyecto "*Estudio para la caracterización y Evaluación de la calidad ambiental, de los recursos aire, agua y suelo del área de influencia de la zona industrial de Mamonal – Cartagena de Indias*" en la cual se concluyó que el informe no cumplía con los alcances establecidos en los términos de referencia.

Según lo expuesto por SIERRA MISCO, dicha empresa presentó un nuevo informe "complementario" al informe final, el cual fue entregado el **23 de marzo de 1999**, a la empresa contratante sin que ésta se pronunciara al respecto dentro de los 3 meses siguientes. A pesar de lo anterior, evidencia este Tribunal que no es posible declarar el silencio administrativo positivo en las condiciones que exige la empresa contratista, toda vez que cuando se presentó el citado informe complementario, ya el plazo de ejecución del contrato se encontraba vencido y la norma que contempla el silencio administrativo positivo, el numeral 16 del art. 25 de la Ley 80 de 1999, prescribe lo siguiente:

"En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo (...)";

Lo anterior indica, que el silencio administrativo positivo, conforme lo contempla la Ley 80 de 1993, es aplicable únicamente para las solicitudes presentadas dentro del plazo de ejecución del contrato; y, de acuerdo con lo expuesto por SIERRA MISCO, el informe complementario al informe final fue presentado por fuera de dicho plazo, pues **el contrato venció el 11 de marzo de 1999** y Sierra Misco manifiesta que presentó el referido estudio complementario el **23 de marzo de 1999**, es decir, se pretendía dar cumplimiento cabal a las obligaciones del contrato con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución, cuando en realidad lo entregó **el 30 de marzo de 1999**, según acta que reposa en el expediente (fl. 327 c. 2 de pruebas)

Por otra parte, debe exponerse, que en el expediente no existe prueba que dé cuenta del contenido de los informes entregados por Sierra Misco (ni del informe final ni del complementario), para ejecutar el "*estudio para la caracterización y Evaluación de la calidad ambiental, de los recursos aire, agua y suelo del área de influencia de la zona industrial de Mamonal – Cartagena de Indias*", pues solo se hallan registros de los informes presentadas

por la interventoría, en los cuales se evalúan los mismos y se realizan observaciones⁵⁶.

De igual manera, se encuentran los informes técnicos 196, 195 y 194 fechados entre el 24 y 26 de febrero de 1999, en el que CARDIQUE, da cuenta de las inconformidades frente a las capacitaciones brindadas por la empresa contratista en cumplimiento de las obligaciones del contrato 213 de 1997.

En las referidas actas se deja constancia de lo siguiente:

"el lunes 22 de febrero de 1999 se asistió al curso de inducción e instalación del programa BOSS en el computador del laboratorio de Cardique, por parte de la firma Sierra Misco. Al evento asistieron los funcionarios del Instituto Colombiano del (ICP), FERNANDO QUINTERO Y LUIS E. ORTÍZ, por parte de Sierra Misco WILLIAM DAICHARDI y ALBERTO CHAIA (expositor) y los abajo firmantes por Cardique.

*De acuerdo con las explicaciones del señor CHAIA, el programa se encontraba instalado en el computador de Cardique, sin embargo en el momento de las explicaciones no se pudo correr el programa. De igual forma el señor Chaia no contestó satisfactoriamente la mayoría de las preguntas realizadas por los asistentes"*⁵⁷.

*"El lunes 22 de febrero de 1999 se asistió a la presentación del informe final (...). El expositor ALBERTO CHAIA. De la firma Sierra Misco en su intervención hizo referencia, en un cuadro de dinámica de sistemas, la contaminación de los recursos (calidad de aire, calidad de suelo de agua superficial y subterránea) en una forma muy general. (...) Durante la exposición no se hizo presentación de datos tabulados, ni mucho menos análisis de resultados con sus respectivas conclusiones"*⁵⁸.

Se advierten las actas de entrega de información por parte de SIERRA MISCO de fecha 30 de marzo de 1999⁵⁹ (cuando ya el contrato estaba vencido), pero aun así, Ecopetrol ICP insistía en las inconformidades en relación al informe final y a complementario del mismo⁶⁰.

En ese sentido, se tiene que es improcedente acceder a la petición de declarar el silencio administrativo positivo en las condiciones exigidas por la sociedad Sierra Misco.

De otro lado, el apoderado de SIERRA MISCO pretende que se declare el incumplimiento de CARDIQUE en la cancelación del valor de los informes parciales, pues supuestamente, la entidad pública disponía de quince (15) días para pagar el anticipo, contados a partir de la fecha de cumplimiento de los requisitos de ejecución y legalización del Contrato, y del mismo plazo - esto es, quince (15) días - para cancelar el valor correspondiente a cada uno

⁵⁶ Referencia: Folios 44-61 C/no 1 de pruebas

⁵⁷ Informe 196 de 1999 - Fl. 358 c/no 2 de pruebas

⁵⁸ Informe 195 de 1999 - fl. 357 y 359 c/no 2 de pruebas

⁵⁹ Folio 327 cuaderno 2 de pruebas

⁶⁰ Folio 311-322 cuaderno 2 de pruebas

de los cuatro informes y el informe final, además, que se le ordene el pago de intereses de mora en un 12%.

Adicionalmente, pide que se declare el incumplimiento de CARDIQUE en los compromisos asumidos en el OTRO SI al Contrato No. 213-97 del 8 de julio de 1997, que se refieren al reemplazo del equipamiento que se utilizaría para la realización de los estudios de aire, agua y suelo en el valor de \$92.000.410, que fueron los costos reducidos al contrato, para fijarlo en una suma total de \$1.000.000.000, conforme al CDP.

Las anteriores pretensiones serán negadas, atendiendo a que no existe prueba en el expediente que indique cuales eran los plazos fijados para realizar los pagos parciales por las entregas de los informes encomendados a Sierra Misco, pues de lo convenido en el contrato 213 de 1997 se extrae que, las partes dispusieron, que el valor del convenio sería \$1.092.000.410, los cuales debían ser pagados de la siguiente manera: 1) el 50% del valor del contrato, a título de anticipo, dentro de los 15 días calendario a la fecha de cumplimiento de los requisitos de ejecución y liquidación del contrato; **y el otro 50%, se pagaría conforme a lo establecido en la propuesta económica presentada por el Consultor “(Sierra Misco SA) folio 1 No. 58”.** Sin embargo, no se encuentra en el expediente la prueba de la propuesta económica presentada por Sierra Misco, por lo que se desconoce la forma de pago que pactaron las partes, por lo tanto, si bien en el acto administrativo liquidatorio del contrato se dejó constancia de la entrega de los informes, se desconoce el plazo para efectuar el pago, por lo que no puede determinarse si los mismos se hicieron en tiempo o no; solo se encuentra en el proceso una constancia en la que la misma entidad contratista reconoció la demora en el pago de los informes 3 y 4 parciales, que es el acta de suspensión del 11 de septiembre de 1998, y por la cual CARDIQUE, le reconoció a favor de la empresa contratista el valor de \$4.655.000 de pesos por concepto de intereses moratorios, según consta en el comprobante de egreso del 22 de septiembre de 1998 (folio 555 c/no 3 ppal).

En cuanto a la reclamación por el incumplimiento de CARDIQUE en el reemplazo del equipamiento que se utilizaría para la realización de los estudios de aire, agua y suelo en el valor de \$92.000.410, se tiene que, si bien a folio 533 del cuaderno 3 de pruebas, se observa un oficio de fecha 3 de julio de 1997, en el que la empresa contratista le manifiesta a la Corporación Autónoma del Canal del Dique, que para poder acceder a la disminución del valor del contrato, debe ésta última entidad acceder al reemplazo del equipamiento en mención, lo cierto es que en el OTRO SI del 8 de julio de 1997⁶¹, no se dejó ninguna estipulación en esa referencia, ni se describió

⁶¹ FL. 9 c/no 1 principal y 510 del c. 3 de pruebas



específicamente en qué consistía el cambio del equipamiento en mención, y no se haya prueba en el expediente frente a ello.

Además, como también se expuso al inicio de este acápite, la empresa contratista debía demostrar cumplimiento de sus obligaciones para efectos de demandar el incumplimiento de su contraparte, y en este caso en específico, SIERRA MISCO no probó su cumplimiento, por lo que no puede exigir el cumplimiento de parte de CARDIQUE.

5.6.5. Nulidad por falsa motivación de las Resoluciones 0421 de 1999 y 621 de 1999, - la administración no utilizó la metodología de cálculo correcta para medir el porcentaje de cumplimiento del contrato.

Considera el accionante, que existe nulidad de las Resoluciones 0421 de 1999 y 621 de 1999, por falsa motivación de las mismas, puesto que la metodología de cálculo del porcentaje de cumplimiento del contrato adoptada por la interventoría, era completamente ajena a lo establecido en los pliegos de condiciones y a los términos del Contrato. Además, dicha metodología no corresponde a la realidad de la ejecución del Contrato 213 de 1997, ni tampoco a los pagos que CARDIQUE hizo a SIERRA MISCO.

Frente a este argumento, debe exponerse que ni en los términos de referencia ni en el contrato se advierte que las partes hayan fijado una metodología para calcular el porcentaje de cumplimiento del contrato, y echa de menos esta Corporación, los informes por medio de los cuales la sociedad SIERRA MISCO puso en conocimiento de CARDIQUE y de la interventoría los avances en los estudios adelantados para darle cumplimiento al contrato; por lo que no hay forma de rebatir los argumentos consignados en la Resolución 421 de 1999.

No puede perderse de vista en este caso, que muchas de las obligaciones a las que se comprometieron las partes están contenidas en el contrato, los términos de referencia, los informes, y en la propuesta presentada por Sierra Misco (principalmente esta última)⁶²; y que, a pesar de la importancia que revestían dichos documentos, los mismos no fueron aportados al expediente por ninguna de las partes, por lo que esta Corporación no puede valorar su contenido, ni encontrar demostrados los hechos fundados en los convenios contenidos en los mismos.

⁶² En virtud de lo dispuesto en la cláusula novena del contrato 213 de 1997, según la cual, "son documentos del contrato y a él se consideran incorporados:- los Términos de referencia con todos sus anexos y adendas; la propuesta presentada por el consultor, la garantía única aprobada, las actas de modificación que se produzcan y los informes";

5.6.6. Mayores costos derivados de la ejecución del contrato – mayor permanencia en la obra.

SIERRA MISCO sostiene que se le causó un perjuicio, a raíz de los requerimientos del interventor del contrato 213 de 1997, quien le impuso obligaciones que no estaban previstas en la propuesta económica por ellos presentada, y que los obligaron a realizar labores o tareas adicionales, a instalar equipos diferentes a los inicialmente acordados, a mantener personal vinculado a la obra por mayor tiempo del programado en la propuesta y a efectuar otros trabajos, que produjeron una alteración de los precios y del cronograma que estaba presupuestado originalmente.

De igual manera, sostiene que, tanto las dos suspensiones que sufrió el Contrato 213/97, el 11 de agosto de 1997 y el 11 de septiembre de 1998, como el otro sí firmado el 22 de agosto de 1998, para ampliar el plazo de ejecución del contrato por un término de seis (6) meses, lo obligaron a ejercer una mayor permanencia en la obra, por hechos que no son imputables al contratista, por los cuales se vio obligado a dar mantenimiento a los equipos y a continuar con la vinculación del personal involucrado en la ejecución de la obra.

Encuentra la Sala que, frente a los mayores costos en la ejecución del contrato, es necesario reiterar lo expuesto en el acápite anterior, ya que no existe prueba en el expediente que demuestre las afirmaciones hechas por la accionante. En esa medida, se tiene que no hay evidencia de los supuestos gastos adicionales que tuvo SIERRA MISCO, para cumplir con los requerimientos de Ecopetrol ICP; tampoco reposan copia de los informes presentados por el contratista durante la ejecución del estudio, por lo que no puede verificarse si las exigencias hechas por la interventoría eran excesivas o no frente a lo contratado.

En lo que se refiere a los cargos por mayor permanencia en la obra, se tiene que, en efecto, como lo expone SIERRA MISCO, el contrato 213 de 1997 estuvo paralizado por diversas circunstancias que pudieron afectar económicamente al contratista, además, se dio una ampliación del plazo señalado para la ejecución del contrato; ahora, a pesar de lo anterior, se tiene que no todas los hechos que dan lugar a las reclamaciones de la empresa contratista le son atribuibles a la entidad pública contratante.

Lo anterior radica en que, si bien es cierto que el contrato 213 de 1997 fue suspendido en dos ocasiones⁶³, la primera de ellas mediante acta del 11 de agosto de 1997, por cuanto CARDIQUE no había culminado el proceso de

⁶³ Dentro del contrato, en el párrafo de la cláusula tercera se dispuso que las partes podrán suspender temporalmente la ejecución del contrato por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito y que para efectos de contabilizar el plazo extintivo del contrato, no se computarían los tiempos de suspensión.

contratación de la empresa que realizaría la interventoría al contrato 213 (suspensión por 16 días calendarios)⁶⁴; y la segunda, por medio de acta del 11 de septiembre de 1998, toda vez que CARDIQUE se encontraba en mora en el pago del valor correspondiente a los informes 3 y 4 parciales presentados por Sierra Misco (suspensión por 12 días calendarios)⁶⁵.

La tercera causal de mayor permanencia en la obra, aducida, es el OTRO Sí del 22 de agosto de 1998⁶⁶, el cual no se dio por causas imputables a la administración, pues se dio de común acuerdo entre las partes, y su justificación fue a la extensión del plazo de ejecución en 6 meses adicionales a los 12 meses inicialmente planteados fue *"la complejidad de la evaluación de los resultados de la caracterización y diagnóstico de los recursos naturales objeto del estudio"*. Lo que significa, que la ampliación fue para que el contratista cumpliera con el objeto del contrato, luego nadie puede alegar su propia culpa en beneficio propio. De acuerdo con la jurisprudencia abajo transcrita, la empresa contratista solo está facultada para reclamar indemnización de perjuicios frente al tiempo que el contrato estuvo suspendido, **pero no, frente a la prórroga del mismo.**

Así las cosas, la sociedad contratante solicita que se le reconozcan los costos derivados de la mayor permanencia en la obra (derivada de las suspensiones del contrato), en relación con el mantenimiento a los equipos y a continuar con la vinculación del personal involucrado en la ejecución de la obra.

Ahora bien, en cuanto al perjuicio derivado de la mayor permanencia en la obra, debe tenerse en cuenta que, respecto a este tema el Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

"Es cierto que el Estatuto Contractual aplicable para el momento en que se celebró el contrato consagró que cuando la Administración ordenara la modificación del contrato y por tal hecho el contratista debiera permanecer por un tiempo adicional en la obra, tendría derecho a reclamar los perjuicios que este hecho le generara, pero no es menos cierto que para que el contratista pueda hacer efectivo su derecho está en el deber de demostrar que realmente sufrió los perjuicios alegados. Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el sub lite se encuentre plenamente demostrado que la mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien

⁶⁴ El acta, se encuentra a folio 508 del c/no 3 prueba. En el acta se deja constancia que la suspensión es desde el 11 de agosto de 1997 y el 27 de agosto de ese mismo año se firma el acta de inicio del contrato (fl. 509 c. ibidem). El contrato estableció que el plazo de ejecución se contabilizaba desde la aprobación de la garantía.

⁶⁵ El acta se encuentra a folio 430 del c/no ibidem. Conforme a los hechos expuestos en la demanda de Sierra Misco, numeral 16, la suspensión duró hasta el 23 de septiembre de 1998 (fl. 187).

⁶⁶ Folio 436 c. 3 de pruebas

por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, que determine el quantum, toda vez que a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C. En otras palabras, aunque se encuentra probado el hecho que dio lugar a la extensión del plazo contractual y, por ende, a la mayor permanencia en la obra, el demandante, a quien corresponde la carga de la prueba, no logró demostrar que este hecho le hubiere ocasionado perjuicios consistentes en mayores costos por concepto de maquinaria, equipos y mano de obra"⁶⁷.

En igual sentido se pronunció el Alto Tribunal en sentencia del 22 de septiembre de 2016:

"Ahora bien, en lo que atañe a la ausencia de inconformidades que sobre la suspensión del plazo contractual omitió consignar el contratista, se observa que, contrario a lo sostenido por la entidad demandada, al menos en lo que concierne a las tres suspensiones acordadas entre el 2 de junio de 1994 y el 16 de mayo de 1995, quedó demostrado en el plenario que el consorcio expresamente se reservó el derecho a que le fuera restituido el equilibrio económico del contrato dado que las causas que produjeron la suspensión eran atribuibles exclusivamente al HIMAT.

Con todo, subraya la Sala que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Tercera, el solo transcurso del tiempo no constituye una circunstancia que por sí sola sea suficiente para presumir la efectiva causación de los perjuicios que por ese concepto se deprecian. Resulta indispensable acreditar los mayores costos en los cuales el contratista habría de incurrir, producto de la mayor permanencia, lo cual, en este caso, no se probó (Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 20 de octubre de 2014, Exp. 24.809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.).

Cabe precisar que los perjuicios reclamados por la mayor permanencia en obra acaecida durante el lapso examinado corresponden a los sobrecostos que supuestamente debió soportar el contratista por aumento del AIU y pérdida de oportunidad por la prolongación del plazo.

Sin embargo, ocurre que en el plenario no obra prueba de que durante el período indicado el contratista hubiera incurrido en erogaciones correspondientes a costos de administración, encaminados al pago de personal, vigilancia o arriendos asociados con la obra, hubiera tenido maquinaria cesante o hubiera pagado alquiler de equipos por ese lapso.

(...)

En consideración a lo expuesto, para la Sala no resulta viable el reconocimiento de los perjuicios por la mayor permanencia en obra acaecida durante el lapso analizado"⁶⁸.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia Del Veintinueve (29) De Agosto De Dos Mil Siete (2007). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01 (14854)

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C Ponente: SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. Radicación: 76001233100019980111001 (24981).

En ese orden de ideas, se tiene que para efectos de reconocer perjuicios por la mayor permanencia en la obra, se hace necesario, no solo que se pruebe que dicha permanencia sea atribuible a la administración, sino que, adicionalmente, debe probarse que, durante ese término, se le generaron al contratista mayores costos y perjuicios que deben ser indemnizados.

Por otra parte, existe una comunicación del 24 de agosto de 1998 (fl. 435 c. 3 pruebas), donde Cardique le manifiesta a Sierra Misco SA., en el numeral segundo de la misma, que la reducción del valor del contrato, con el otro sí no establece cambio en los objetivos del mismo.

Encuentra esta Corporación, que los perjuicios aducidos por la empresa contratista no fueron probados en el expediente, pues no existe constancia de los costos adicionales asumidos por SIERRA MISCO, con respecto al pago de personal y mantenimiento de los equipos utilizados para la elaboración de los estudios. En tal sentido, no puede proceder esta Corporación a acceder a las pretensiones de dicha compañía.

5.6.7. Equilibrio económico del contrato - Teoría de la imprevisión - hecho del príncipe

El equilibrio económico del contrato corresponde a la ecuación contractual que surge una vez las partes celebran el negocio jurídico, de conformidad con la cual las prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes a las de la otra. Así, el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, ya que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis de costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma. (...) Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio rebus sic stantibus, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios.

Frente a este tema, el Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

"En efecto, según se ha establecido por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras y nacionales, el equilibrio económico y financiero del contrato puede tener su génesis u origen en las siguientes:

i) Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante: En estos eventos, el desequilibrio de la ecuación económica o financiera se desencadena del ejercicio de un poder exorbitante o una cláusula excepcional al derecho común por parte de la administración contratante. Se trata de aquellos escenarios en los que –en el ejercicio legítimo y lícito– de una cláusula excepcional el contrato termina impactado en su ecuación financiera, circunstancia por la que es imperativo que se reequilibre, toda vez que el contratista no se encuentra compelido u obligado a soportar ese hecho. (...)

ii) Circunstancias imputables o atribuibles al Estado, en virtud de su imperium:

Otra de las formas en que es posible que la ecuación matemática y financiera de un contrato estatal se vea afectada o alterada, es a través de la expedición de leyes o actos administrativos de contenido general que son proferidos por la administración pública en ejercicio del poder público y, por lo tanto, reflejan actos de imperio (imperium) como por ejemplo los impuestos, las tasas o las contribuciones. Y, si bien, podrían ser normas o disposiciones adoptadas por la misma entidad contratante los mismos: i) no están encaminados a modificar un contrato o convenio interadministrativo en particular, y ii) no se profieren con apoyo en el contrato estatal, sino por el contrario, en el orden jurídico.

Ahora bien, en el derecho vernáculo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han efectuado una distinción, para señalar que los eventos de desequilibrio generados a partir de un acto de imperio expedido por la entidad contratante son los únicos que se enmarcan dentro de la denominada **teoría del hecho del príncipe** y, por consiguiente, son los únicos supuestos en que el restablecimiento de la ecuación financiera no sólo comprende los costos y gastos en que incurrió el contratista, sino, de igual forma, la utilidad esperada.

iii) Circunstancias externas y ajenas a los contratantes: Por último, el contrato estatal se puede ver afectado por una última circunstancia, que es ajena y, por lo tanto, externa a las partes contratantes, razón por la que se trata de sucesos, situaciones o decisiones de contenido general y abstracto que son externas a las partes, que se materializan o concretan con posterioridad a la celebración del contrato, y que alteran de manera significativa, de forma anormal y grave, la economía o ecuación financiera del contrato.

Este tipo de escenarios son los que configuran la llamada **teoría de la imprevisión**, y que, por lo tanto, permite también predicar la ruptura del equilibrio contractual, en virtud de situaciones extrañas al comportamiento de los sujetos contratantes, pero que en virtud de su imprevisibilidad impactan de manera importante la economía del contrato, bien porque su ejecución se torna muy onerosa para el contratista o porque una situación específica pone en desequilibrio manifiesto a la entidad contratante, lo que impide que honre –en los términos originalmente pactados– las obligaciones y prestaciones que se desprenden del contrato.

Ahora bien, como lo precisa el reconocido profesor Jean Riveró, requieren de la verificación de tres requisitos o condiciones: i) que los contratistas no hayan podido razonablemente prever los hechos que trastornan la ejecución del contrato, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave, etc.), ii) estos hechos deben ser independientes a su voluntad, iii) esas circunstancias deben provocar un trastorno de las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio de los contratantes, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 12017

SIGCMA

la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever.

De modo que, a diferencia del incumplimiento del contrato –que permite la resolución del negocio jurídico o el cumplimiento forzoso, con la consecuente indemnización de perjuicios– la ruptura del equilibrio económico permite al juez adoptar cualquiera de las siguientes determinaciones: i) decretar la terminación del contrato en el estado en que se encuentre (casus), u ii) ordenar el restablecimiento de la ecuación financiera o matemática del negocio jurídico, a favor de cualquiera de las dos partes o sujetos contratantes, en proporción que se determinará dependiendo si la situación, hecho o acto que genera ese desequilibrio, para lo cual será determinante establecer si esa ruptura es o no imputable a la entidad contratante o, si por el contrario, deviene de un hecho externo o ajeno a las partes.

Si el desequilibrio se produce por cualquiera de las circunstancias (i) o (ii) antes analizadas, esto es, por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante, o en ejercicio de su imperium, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino que también estará obligada a cancelar la utilidad esperada por el contratista"⁶⁹.

En este caso en concreto, sostiene la empresa SIERRA MISCO, que se le generaron perjuicios por la configuración de la teoría del hecho del príncipe o teoría de la imprevisión, debido a que, el 2 de septiembre de 1998 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Banco de la República, acordaron elevar en nueve puntos porcentuales el nivel de la banca cambiaría, decisión que sin duda afectó la ecuación contractual, si se tiene en cuenta que estaba prevista la destinación de una gran parte de los pagos recibidos en desarrollo del Contrato, a la cancelación de honorarios en dólares americanos a los técnicos e ingenieros extranjeros vinculados a la obra, así como de equipos y repuestos.

Para resolver la controversia planteada, se debe tenerse en cuenta, como primera medida, que, según lo establecido en la jurisprudencia del Consejo de Estado, antes transcrita, para que sea aplicable la teoría del hecho del príncipe, se hace necesario que sea la propia entidad contratante, quien, en cumplimiento de sus deberes legales o ejercicio del poder público, le genere un detrimento económico a la persona natural o jurídica que ejecuta determinado contrato; en ese sentido, es improcedente aplicar dicha tesis a las circunstancias descritas por la Sociedad Sierra Misco, en la medida en que, el aumento de la tasa de cambio no fue una disposición adoptada por CARDIQUE, entidad contratante, sino que, por el contrario, fue una disposición del gobierno nacional en concordancia con el Banco de la República, para efectos de regular la economía nacional.

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ (E). Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil quince (2015). Expediente: 05001233100019950027101 (40345). Actor: Federación Nacional de Municipios – FEDEMUNICOL Demandado: Municipio de San Antero

Como segunda medida, para efectos de tener por demostrado el rompimiento del equilibrio económico del contrato, por el ejercicio de actos de imperio (*imperium*) por parte del Estado Colombiano, debe procederse a verificar si efectivamente se expidieron normas que crearan impuesto, tasas o gravámenes que afectaran gravemente al contratista.

En ese sentido, se tiene que, en la demanda, Sierra Misco solo se limitó a exponer, la fecha y las entidades que supuestamente adoptaron la decisión de aumentar la tasa de cambio, que a su juicio, le generó los gastos adicionales en la ejecución del contrato; sin embargo, omitió hacer referencia a la disposición por medio de la cual el Gobierno Nacional adoptó dicha decisión, lo que hace difícil la demostración de las afirmaciones de la empresa contratista. A pesar de lo anterior, este Tribunal procedió con la revisión de la tasa de cambio representativa del mercado (TRM) - Serie histórica o por año – registrada en la página web por el Banco de la República⁷⁰, para el mes de agosto y septiembre de año 1998 (fecha en la cual supuestamente se generó el drástico aumento expresado por Sierra Misco), encontrándose, que, el precio del dólar en Colombia, osciló entre los \$1.440 (31/08/1998) a \$1.442 (el 02/09/1998) y \$1538 (el 05/09/1998), observándose tan solo un aumento de 2 a 98 pesos.

Por otra parte, en el expediente no se haya prueba de los mayores valores que haya tenido que pagar Sierra Misco por las supuestas variaciones en la tasa de cambio del dólar, pues en el expediente i) no existe documento que dé cuenta, de que la empresa haya pactado el pago de honorarios en dólares con los técnicos que le prestaban los servicios para la realización del estudio, ii) no existe prueba que demuestre que efectivamente se realizó dicho pago; y iii) en el contrato no se encuentra pactado que el mismo debía ejecutarse por personal extranjero.

Adicionalmente a ello, debe tenerse en cuenta que *"el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida por las partes al celebrar el contrato: "Reitérese entonces, que la ejecución de todo contrato implica riesgos profesionales y económicos para el contratista, que está sujeto a circunstancias materiales adversas. Son los riesgos normales, áleas ordinarias y circunstancias desfavorables, que razonablemente el contratista debió tomar*

⁷⁰ <http://www.banrep.gov.co/es/trm> (Información disponible desde el 27 de noviembre de 1991)



en consideración al momento de proponer para la celebración del contrato y que debieron ser previstas en el momento de contratar y por tanto al estar incluidas en sus cálculos debe soportar esas circunstancias" (*Laudo arbitral del 22 de noviembre de 1985, Construcciones Domus Ltda. contra la Caja de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), citado en Dávila Vinuesa, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Legis Editores S.A., 2ª ed., 2003, pg. 493.*)⁷¹

Así las cosas, ante la ausencia de las probanzas que permitan concluir que efectivamente existe una afectación del equilibrio económico del contrato y la cuantificación del mismo, no le queda otro camino a esta Corporación, que proceder con la denegatoria del cargo de nulidad en mención.

No está demás en esta instancia, insistir en que es deber de las partes en el proceso probar el supuesto de hecho de las normas que pretende que se apliquen y las consecuencias de derecho por ellos aducidas, toda vez que la inactividad probatoria de la parte demandante impide que esta Corporación pueda efectuar el control de legalidad solicitado.

PROCESO 001-2000-00341-00 (COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGURO
vs CARDIQUE)

5.6.8. De la Garantía Única de Cumplimiento

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, artículo 25 numeral 19, el contratista tiene la obligación de adquirir una garantía única cuya finalidad es avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato; dicha garantía, deberá estar vigente durante la ejecución del contrato y su liquidación, se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. De igual manera, los proponentes deben prestar una garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

El inciso segundo y subsiguiente de la norma en mención expone, que las garantías consisten en "pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias. La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral".

A su turno, el Decreto 679 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil catorce (2014). Proceso: 250002325000199801478 01 (20.864). Actor: SOCIEDAD E. MC. ALLISTER & CIA. LTDA.

"Artículo 16. Del objeto de la garantía única. La garantía única a que se refiere el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía."

Artículo 17° del Decreto 679 de 1994 (Derogado por el art. 29, Decreto Nacional 4828 de 2008). De los riesgos que debe cobijar la garantía única. La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas. Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa.

(...) Para evaluar la suficiencia de las garantías se aplicarán las siguientes reglas:

El valor del amparo de anticipo o pago anticipado deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo pago anticipado, en dinero o en especie para la ejecución del mismo;

El valor del amparo de cumplimiento no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria ni al 10% del valor del contrato;

El valor del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones será igual cuando menos al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y deberá extenderse por el término de vigencia del contrato y tres años más;

El valor de los amparos de estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos, ha de determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato con referencia en lo pertinente al valor final de las obras, buen servicio contratado u objeto del contrato.

La vigencia de los amparos de estabilidad de la obra, calidad de la obra o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios deberá cubrir cuando menos por el lapso en que de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta, por vicios ocultos, garantizar el buen funcionamiento de los bienes suministrados, responder por la estabilidad de la obra o asegurar el suministro de repuestos y accesorios.

El término del amparo de estabilidad de la obra lo determinará la entidad según la naturaleza del contrato y no será inferior a cinco años.

De igual manera en cualquier evento en que se aumente el valor del contrato o se prorrogue su vigencia deberá ampliarse o prorrogarse la correspondiente garantía.

Artículo 18°.- Derogado por el art. 29, Decreto Nacional 4828 de 2008 (vigente para la época de los hechos). De la aprobación de la garantía única. La entidad estatal contratante sólo aprobará la garantía que con sujeción a lo dispuesto en el respectivo

contrato, ampare el cumplimiento idóneo y oportuno conforme a lo dispuesto en el presente Decreto.

(...) Si el Contratista no prorroga la garantía se aplicarán las sanciones contractuales a que haya lugar y se hará efectivo el amparo de cumplimiento por el monto fijado en los pliegos de condiciones. A falta de determinación en los mismos, el amparo se hará efectivo por un valor equivalente a la cuantía de la garantía de seriedad de la propuesta, previa disminución proporcional al tiempo transcurrido de la concesión. En todo caso el valor del amparo no podrá ser inferior al cincuenta por ciento del valor de la garantía de seriedad.

Con posterioridad a dicha norma, se expidieron los Decretos 280 y 2790 de 2002, por medio de los cuales se introdujeron nuevas disposiciones en esta materia, regulándose de manera concreta las consecuencias del incumplimiento del contratista de adquirir la garantía única de cumplimiento. En las citadas normas se estableció que el "En caso de incumplimiento del contratista o concesionario de la obligación de prorrogar u obtener la garantía para cualquiera de las etapas del contrato, procederá la declaratoria de caducidad en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, y la entidad contratante en el mismo acto procederá a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en el evento en que se haya pactado en el contrato, e igualmente hará exigible la garantía única de cumplimiento"⁷². Ahora bien, los dos decretos antes mencionados, no pueden ser tenidos en cuenta para este caso en especial, en la medida en que no se encontraban vigentes para la fecha en la que los mismos sucedieron.

Frente a este tema, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expuesto que:

"La cláusula de garantía incorporada en los contratos celebrados por la Administración es obligatoria y de orden público, por cuanto es un mecanismo de protección del fin pretendido por la contratación estatal, cual es la satisfacción del interés general, así como del patrimonio público; en efecto, por una parte, asegura la ejecución oportuna del objeto contractual y, por otra, protege el patrimonio estatal del daño derivado del incumplimiento, o cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones por parte del contratista.

De otra parte dicho contrato de seguro tiene elementos diferenciales de aquellos contratos suscritos en interés particular, dado que para hacer la reclamación la administración expide un acto administrativo en el que declara ocurrido el siniestro, el cual goza de la presunción de legalidad y que puede ser impugnado en sede administrativa tanto por la aseguradora como por el contratista o podrán demandarlo judicialmente.

La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido dentro de las prerrogativas de la administración, precisamente, la de declarar mediante acto administrativo motivado el siniestro del riesgo de cumplimiento de las obligaciones o de estabilidad de la obra y calidad de los bienes suministrados, asegurados mediante las garantías del contrato, con las cuales se salvaguarda el interés público y se protege patrimonialmente a la

⁷² Art. 5 del Decreto 280 de 2002

administración. La Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro o riesgo y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro (riesgo) o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción del contrato de seguros”⁷³

En el caso bajo estudio, se tiene que CARDIQUE, por medio de Resolución 421 de 1999, afectó los intereses de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS al ordenar hacer efectiva la garantía de calidad del estudio por un valor de \$546.000.205,00. Teniendo en cuenta lo anterior, la aseguradora solicita que se declare la nulidad parcial de las resoluciones demandadas, argumentando lo siguiente:

5.6.8.1 La aseguradora no es responsable por los siniestros originados en las modificaciones del contrato

La Compañía Mundial de Seguros expone que en virtud del art. 16 del Decreto 679 de 1994, la garantía única solamente puede cubrir los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía; y que al respecto, debe tenerse en cuenta la disposición contenida en la condición primera de la póliza No. S-AE00050, en cuanto expresa, que los amparos previstos en la misma no operan frente a “los perjuicios que se refieran al incumplimiento originado en modificaciones introducidas al contrato original, salvo convenio expreso que conste en el correspondiente certificado de modificación de esta póliza”, y, que dicho certificado de modificación puede ser expedido por la aseguradora, cuando se aumente o disminuya el valor de la suma asegurada y para el caso en el que se cambien las condiciones del contrato original, (condición 13 de la póliza)

Una vez revisadas las condiciones establecidas en la garantía única de cumplimiento, visible a folio 39-43⁷⁴, se tiene que, en efecto, dentro de las condiciones generales del contrato de seguros, específicamente en el acápite de exclusiones – se establece lo siguiente:

“Los amparos previstos en la siguiente póliza no operaran en los casos siguientes:

2.3 los perjuicios se refieran al incumplimiento originado en modificaciones introducidas al contrato original salvo convenio expreso que conste en el correspondiente certificado de modificación de esta póliza”

⁷³ SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá, D. C, veintidós (22) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00715-01(24810)

⁷⁴ Cuaderno 6 principal; además, se encuentra también en el folio 518 -523 c. 3 de pruebas

Advierte la Sala que, al contrato 213 de 1997 suscrito por Sierra Misco y Cardique, sufrió dos modificaciones a saber: i) el OTRO SI del 8 de julio de 1997, por medio del cual acordó reajustar el precio convenido, disminuyéndolo de 1.092.000410 a \$1.000.000.000⁷⁵ y ii) el OTRO SI del 22 de agosto de 1998, en el que se dispuso ampliar el plazo de ejecución del contrato por 6 meses adicionales⁷⁶; y, según lo manifestado por las partes intervinientes en el proceso, la póliza tomada para asegurar las obligaciones contraídas en el citado convenio, no fue modificada por el valor del contrato y su prórroga.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, ninguna de esas dos modificaciones fue la que dio origen al siniestro que se reclama por parte de Cardique, pues el mismo, hace referencia es al incumplimiento de las obligaciones concernientes a la calidad del estudio encomendado a Sierra Misco, por lo tanto, no tendría aplicabilidad en este evento la condición o cláusula contractual que pretende la Compañía Mundial de Seguros emplear para exculparse de la obligación de pagar el valor asegurado.

Así las cosas, al no encontrarse probados los supuestos que plantea la compañía aseguradora, se procederá con el estudio de las demás vicios de nulidad propuestos por ella.

5.6.8.2. La Garantía única de cumplimiento no estaba vigente para la fecha en la que se configuró el siniestro - La póliza de calidad de los estudios no cubre el siniestro de incumplimiento por ejecución parcial del contrato

En cuanto a la póliza de calidad del estudio, la Sección Tercera del Máximo Tribunal contencioso Administrativo, expuso:

"La garantía de calidad de los bienes adquiridos por la entidad contratante, ampara el acaecimiento de vicios, mala calidad, defectos, deficiencias técnicas o fallas que no pudieron ser percibidos y detectados al momento de recibir el bien y que se presentan o descubren con posterioridad a la terminación del contrato y afectan el cumplimiento de los fines que animaron la contratación. Esta póliza debe tener una cobertura por un plazo determinado, contado a partir de la entrega efectiva de los bienes adquiridos, siendo el tomador el contratista y beneficiaria la entidad contratante, quien queda cubierta de los perjuicios ocasionados por los vicios aludidos que resultan imputables al contratista garantizado.

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

⁷⁵ Folio 510 c. 3 de pruebas

⁷⁶ Ver nota al pie No. 66

obligación principal de entrega ya se cumplió, razón por la cual resulta ilógico que estuviese sometida a los límites temporales derivados de la vigencia del contrato, como sostiene el recurrente, por cuanto de ser así, sería un imposible jurídico realizar el cobro directo de la indemnización contenida en la póliza de seguro de cumplimiento tomada por su contratista"⁷⁷.

De igual forma, en otro pronunciamiento, la citada Sección expuso que:

"Al respecto cabe precisar que la calidad y el correcto funcionamiento son dos amparos autónomos pues cubren dos tipos de riesgos diferentes: i) **la calidad, cubre al asegurado contra el riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista en lo pertinente a las especificaciones y requisitos mínimos pactados en el contrato**, y, ii) el correcto funcionamiento protege al asegurado por los perjuicios que puede sufrir por el deficiente funcionamiento de los bienes o equipos que le han suministrado, instalado o reparado. Tales riesgos bien pueden estar cubiertos con el mismo amparo, pues la complementación que se da entre ellos es estrecha, toda vez que en la medida en que la calidad del servicio -reparaciones de equipos o maquinaria-, haya sido satisfactoria, o los elementos -equipos y maquinaria- suministrados sean de buena calidad, ello incidirá de manera directa en su correcto funcionamiento"

Respecto al cumplimiento inexacto o defectuoso de la prestación del contrato Estatal, el tratadista Inocencio Meléndez Julio, se tiene que:

La doctrina moderna ha venido desarrollando el instituto contractual del cumplimiento inexacto o defectuoso de la obligación que lo define, como aquel que lleva incorporado la omisión del cumplimiento de los deberes y obligaciones que emanan del contrato estatal. Este se presenta, por el comportamiento que asume el contratista que no se ajusta a los presupuestos que el contratante reclama para introducir efectos liberatorios y satisfactorios de sus necesidades consignadas en el mismo contrato.

Este cumplimiento defectuoso de la prestación se encuentra amparado por la garantía de cumplimiento que debe cubrir la calidad y estabilidad de los bienes, obras y servicios contratados. Veamos los alcances del cumplimiento defectuoso de las prestaciones, que parte del presupuesto que el contratista no incurre en incumplimiento definitivo, como tampoco en mora o retardo en el incumplimiento de la prestación, sino que el contratista cumple en tiempo dentro del plazo en su oportunidad con el objeto del contrato, pero los bienes, servicios, actividades y otras contratadas entregados no reúnen los requisitos cualitativos y cuantitativos exigidos por el contrato, por lo que la doctrina lo denomina "cumplimiento inexacto o defectuoso de la administración"⁷⁹

Frente al alcance fáctico del cumplimiento defectuoso, expuso:

⁷⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veintitrés (23) febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810)

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Cp: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá, D. C., veintidós (22) abril de dos mil nueve (2009). Radicación número: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)

⁷⁹ MELÉNDEZ JULIO, Inocencio. Tratado de Derecho de los Contratos Estatales y de la Responsabilidad Contractual. Tomo I. Responsabilidad Civil – Contractual en la Gestión de los Contratos Estatales. 14 de agosto de 2015



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. /2017

SIGCMA

*"Los supuestos del cumplimiento defectuoso de las prestaciones pactadas en los contratos son la siguiente: i) el contratista ejecuta las prestaciones llevando a cabo el acto o los actos de cumplimiento y la ejecución del objetivo y del conjunto de obligaciones previstas en el contrato estatal, pero los bienes y servicios no se ajustan o se desvían de las líneas del negocio jurídico constitutivo de las obligación y del plan o programa de prestación como se había contratado inicialmente. ii) El contratista ha ejecutado puntual y exactamente dentro del plazo la prestación principal pactada en el contrato, en su objeto y en sus obligaciones generales, especiales y comunes, pero ha omitido ejecutar la prestación accesorio necesaria para que la prestación principal produjera plenos efectos con arreglo a las finalidades públicas que inicialmente motivaron la celebración del contrato estatal"*⁸⁰.

En este caso en específico, se tiene que, el contrato 213 de 1997, en su cláusula quinta, obligó al contratista a tomar una Garantía Única de Cumplimiento, para efectos de cubrir los **riesgos por cumplimiento del contrato** (por el 20% del valor del contrato, con una vigencia 16 meses), por la **calidad del Estudio** (50% del valor del contrato, con vigencia de 2 años mínimos contados desde la entrega del estudio), por **el pago de salarios y prestaciones** sociales e indemnizaciones de personal (equivalente al 10% del contrato, con una vigencia de 3 años) y por **buen manejo y correcta inversión del anticipo** (por el 100% del valor del contrato, con vigencia igual a la duración del contrato y al término de su liquidación).

En cumplimiento de la anterior obligación contractual, el 20 de junio de 1997, la empresa contratista tomó la respectiva póliza exigida por la entidad contratante, identificándose la misma con el No D-AE00050, y en la cual se aseguraron los siguientes valores a favor de CARDIQUE (ver nota al pie 74):

- El valor de \$218.400.082, por la garantía de cumplimiento del contrato, desde el 20 de junio de 1997 hasta el 22 de octubre de 1998.
- El valor de \$546.000.205, por concepto de buen manejo del anticipo, con vigencia del 20 de junio de 1997 hasta el 22 de junio de 1998.
- El valor de \$109.200.041 por concepto de garantía por el pago de salarios y prestaciones, con vigencia del 20 de junio de 1997 hasta el 22 de junio de 2000.
- Garantía de calidad del estudio, por valor de \$546.000.205, con vigencia de 2 años a partir de la fecha de entrega del estudio.

Sostiene la Compañía Mundial de seguros, que no es posible que Cardique haga efectivo el amparo de calidad del estudio, toda vez que dicha póliza no se encontraba vigente para la fecha en la que se originó el siniestro.

⁸⁰ MELÉNDEZ JULIO, Inocencio. (Ibidem)

De acuerdo con el Consejo de Estado, *"la vigencia del contrato de seguro corresponde al plazo dentro del cual debe ocurrir, o al menos iniciarse, el evento de riesgo amparado, para que resulte cubierto por la garantía otorgada en la respectiva póliza de seguros. Se precisa que el artículo 1073 del Código de Comercio establece la responsabilidad de la compañía aseguradora a partir de la fecha de inicio del siniestro, norma en la cual se dispone que si el siniestro se inicia antes de vencer el término del contrato de seguro y continúa después de su vencimiento, queda bajo responsabilidad de la compañía aseguradora, así como se dispone que si el siniestro se inicia antes de la vigencia de la póliza y continúa después, no será responsabilidad de la compañía aseguradora."*⁸¹.

Teniendo en cuenta lo expuesto, le corresponde a esta Corporación verificar si efectivamente el riesgo amparado por la póliza de calidad del estudio tuvo o no ocurrencia antes de que la misma entrara en vigencia.

En ese sentido, tenemos que, por medio del contrato de seguros No D-AE00050, suscrito por la Compañía Mundial de Seguros y Sierra Misco, en favor de Cardique, se amparó el cumplimiento de las obligaciones concernientes a la calidad de los estudios realizados, en las siguientes condiciones:

"Garantía de calidad del estudio, por valor de \$546.000.205, con vigencia de 2 años a partir de la fecha de entrega del estudio".

Encuentra entonces la Sala, que por voluntad de las partes no se dispuso una fecha exacta a partir de la cual la póliza de calidad entraría en vigencia, sino que, por el contrario, dicho amparo quedó sometido a una condición, cual era, la entrega efectiva del objeto de la consultoría⁸².

En ese orden de ideas, la Compañía Mundial de Seguros afirma que la condición establecida en las cláusulas del contrato de seguro no se cumplió, pues el estudio ambiental que debía realizar SIERRA MISCO no se entregó en forma completa, generándose así un incumplimiento del contrato, que haría exigible la **póliza de cumplimiento del contrato**, y no el amparo de calidad del estudio; sin embargo, la póliza de cumplimiento no se puede hacer efectiva porque, para la fecha del siniestro, la misma no se encontraba

⁸¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) RADICACIÓN: 25000232600020030170501. EXPEDIENTE: 29205

⁸² De acuerdo con el artículo 1530 del Código Civil, las obligaciones condicionales, son aquellas que *"depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no"*



vigente – el amparo cubría hasta 22 de octubre de 1998 y el siniestro se dio en febrero de 1999.

Agrega además, que el objeto del contrato es una obligación indivisible, que no puede ser entregada por fracciones o partes, pues la ejecución parcial de las obligaciones del convenio da lugar al incumplimiento del mismo, al respecto, las citadas siguientes normas:

ARTICULO 1581. DEFINICIÓN DE OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES. La obligación es divisible o indivisible según tenga o no tenga por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota. Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito, o la de hacer construir una casa, son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible.

ARTICULO 1584. DEBERES Y DERECHOS DE LAS PARTES EN OBLIGACIONES INDIVISIBLES. Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en todo, aunque no se haya estipulado la solidaridad, y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene igualmente derecho a exigir el total.

ARTICULO 1605. OBLIGACIÓN DE DAR. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

ARTICULO 1626. DEFINICIÓN DE PAGO. El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

ARTICULO 1649. PAGO TOTAL Y PARCIAL. El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban.

ARTICULO 1884. OBJETO DE LA ENTREGA. El vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato"

Partiendo de lo expresado por la Compañía Mundial de Seguros, esta Corporación debe proceder a determinar específicamente, qué tipo de obligación suscribieron las partes y a partir de allí, establecer si tuvo lugar o no la entrega del estudio.

En la cláusula 1º del contrato de consultoría, se estableció que su objeto era el estudio de la caracterización y evaluación de la calidad ambiental de los recursos aire, agua y suelo del área de influencia de la zona industrial de Mamonal Cartagena, de conformidad con los Términos de Referencia y la propuesta presentada por el consultor. En la cláusula 8º del citado convenio, se determinó la forma de "ENTREGA Y PLAZOS" del estudio, disponiéndose que el consultor presentaría los informes establecidos en los términos de referencia y en su propuesta, sobre el avance de ejecución del proyecto con la periodicidad establecida en los mismos.

En los términos de referencia se estipuló siguiente:

"7.9.- ENTREGA DEL ESTUDIO⁸³

Un informe contentivo del objeto del presente concurso deberá ser entregado a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Sique "CARDIQUE" en su sede ubicada en Cartagena de Indias, dentro de los seis (6) meses siguientes a la iniciación de la ejecución del respectivo contrato (Aprobación de la Garantía Única pactada), la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique "CARDIQUE" revisará dicha versión y solicitará al consultor las observaciones y aclaraciones a que haya lugar, dentro del primer (1) meses siguiente, y el CONSULTOR, dentro de los quince (15) días calendario siguientes corrija y entregue el informe final definitivo y quince (15) días calendario después "CARDIQUE", revise el informe final definitiva y apruebe si a ello hubiere lugar.

14.6.- ENTREGA Y PLAZOS⁸⁴

De acuerdo a los informes establecidos en estos Términos de Referencia, el contratista, deberá presentar informes de avances de ejecución del proyecto con la periodicidad que establezca para tal por parte de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique "CARDIQUE".

Quiere dejar sentado esta Sala, que si bien en los términos de referencia se pactó una forma de entrega del estudio, el mismo fue modificado por el contrato, en la cláusula octava, que dispuso lo siguiente:

"CLAUSULA OCTAVA: ENTREGA Y PLAZOS: EL CONSULTOR, presentará los informes establecidos en los términos de referencia y en su propuesta, sobre el avance de ejecución del proyecto con la periodicidad establecida en los mismos".

Advierte la Sala, que aparte de los numerales antes transcritos, no existe ninguna otra prueba en el expediente que indique la forma de entrega del estudio, pues como ya se ha expuesto de antemano, la propuesta económica presentada por Sierra Misco para obtener la adjudicación del contrato no fue aportada en el proceso, por lo tanto no es posible para este Tribunal conocer cuáles fueron los compromisos asumidos por el contratista. Por lo anterior, a efectos de dilucidar la controversia, se tendrán como válidas las afirmaciones hechas por las partes procesales, quienes en sus escritos de demanda han coincidido en exponer que Sierra Misco, se comprometió a la entrega de 4 informes parciales del estudio y de un informe final del mismo.

De lo anterior, se dejó constancia en el concepto presentado por la interventoría del contrato, de fecha 15 de octubre de 1999, visible a folio 402-414 (c. 3 ppal), en el que Ecopetrol ICP expone que:

Por lo tanto, Sierra Misco, en su propuesta al Concurso Publico No. 01-96, no presentó modificación alguna al procedimiento establecido en los términos de referencia para la aprobación de los informes.

⁸³ Folio 23 c. 6 ppal proceso: 2000-00341 Compañía Mundial de Seguros

⁸⁴ Folio 39 ibidem

- Por otra parte, en la propuesta de Sierra Misco, tal como se evidencia en el folio 58 de la Carpeta I, el Consultor simplemente aumentó el número de informes, al **proponer la presentación de cuatro (4) informes parciales y un informe contentivo final**. Dicha modificación fue aceptada por las partes en la cláusula séptima del contrato de consultoría 213-97 entre CARDIQUE y Sierra Misco S.A., (...)"

Lo anterior, deja entrever a esta judicatura, que la obligación pactada entre las partes, era una obligación divisible, consistente en la entrega de 4 informes parciales y 1 informe final contentivo del estudio de caracterización y evaluación de la calidad ambiental de los recursos aire, agua y suelo de la ciudad de Cartagena; constatándose, que la empresa contratista, si bien entregó los 5 informes antes descritos, dentro del término dispuesto para la ejecución del contrato, lo cierto es que el ultimo no fue aprobado por la interventoría, al encontrar falencias en el mismo.

En ese sentido se tiene que, la misma Resolución 421 de 1999, reconoce que los informes fueron entregados al contratante, y aprobados en las siguientes fechas:

- Primer informe: fue aprobado por el IPC (interventor) mediante comunicación del cinco (5) de Diciembre de 1997, "ICP-CDQ-02697" dirigida a CARDIQUE.
- Segundo informe parcial: fue aprobado por el IPC (interventor) mediante comunicación del once (11) de febrero de 1998, "ICP-CDQ-08-98" dirigida a CARDIQUE.
- Tercer informe parcial: fue aprobado por el IPC (interventor) mediante carta del 11 de junio de 1998, "ICP-CDQ-08-98" dirigida a CARDIQUE.
- Cuarto informe parcial: fue aprobado por el IPC (interventor) mediante comunicación del dos (2) de octubre de 1998, "ICP-CDQ-41-98" dirigida a CARDIQUE.
- Informe final e informe complementario al informe final: el informe final fue entregado en febrero de 1999 y el informe complementario en marzo de 1999, los que no fueron aprobados y el contratista no dio cumplimiento a los requerimientos de la interventoría para el cumplimiento satisfactorio del objeto contractual.

En el Acta de Reunión No. 01-99⁸⁵, se dejó constancia de la entrega del informe final del estudio realizado por Sierra Misco, el **3 febrero de 1999**, y se manifiesta, por parte de la interventoría que, de los ítems relacionados en el mismo hacen falta algunos documentos⁸⁶; que igualmente, falta la instalación del software Booss en los computadores de Cardique y la capacitación de los empleados de Cardique. Frente a lo anterior, el contratista se comprometió a

⁸⁵ Acta visible a folio 26 del c/no 1 ppal

⁸⁶ Según la interventoría, en el estudio hacían falta los archivos (en medio magnético) de modelación de calidad de aire en Mamonal, aguas subterráneas en Mamonal y los archivos de modelación de la bahía de Cartagena.

que, en el transcurso del mes de febrero, se realizarían las actividades faltantes; las cuales, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, fueron ejecutadas hasta el 26 de febrero de 1999⁸⁷.

La citada acta expuso:

"7. La interventoría hizo una inspección rápida de la tabla de contenido del informe, indicando que los puntos principales, tales como el diseño de las redes de monitoreo y la modelación de cada uno de los recursos aparecían en el índice del informe. De la primera inspección del material del informe final se observa que no se incluyó lo siguiente:

- Archivos de modelación de calidad de aire en Mamonal (en medio magnético).*
- Archivos de modelación de aguas subterráneas en Mamonal (en medio magnético)*
- La instalación del software BOSS en los computadores de Cardique.*
- Archivos de modelación de la bahía de Cartagena (en medio magnético)"*

Sierra Misco indicó que este material estaba disponible y que se (sic) las fechas de entrega e instalación del material faltante, en los computadores de Cardique, se confirmaría oportunamente, aunque se adelantó que podría llevarse a cabo durante la tercera semana de febrero.

8. La interventoría anotó que es necesario que Sierra Misco realice la capacitación del personal de Cardique en la utilización del Software BOSS, así como la instalación de los archivos de modelación de los recursos aire, aguas superficiales y subterráneas de Mamonal. Sierra Misco confirmará las fechas en que estas actividades se llevaran a cabo. (...)

11. Por último se solicitó al consumidor la realización de una presentación de los resultados del proyecto ante el auditorio que será seleccionado por Cardique. De igual manera, la interventoría comunicó una solicitud de Miniambiente para que la misma presentación pueda llevarse a cabo en Bogotá".

Respecto a las anteriores peticiones, y en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el acta de reunión a la que se hizo referencia, se tiene que Sierra Misco, entregó a Cardique, por medio de Actas de recepción de fecha 22 y 23 de febrero de 1999 lo siguiente: la instalación de soft GES (sistema de información geográfica), Modflow (aguas subterráneas), ISC3 (aire) y Boss (aguas superficiales de la bahía); manuales, cursos de Boss, entrega de CDs con modelado, y se entrega Soft originales en Boos entre otros⁸⁸.

A pesar de lo anterior, los informes Técnico realizados por CARDIQUE, dan cuenta de un incumplimiento en la calidad de los estudios al exponer lo siguiente:

- Informe técnico No. 195/99 de fecha 24 de febrero de 1999, con destino al Dr. Miguel Lora Pedroza⁸⁹.

⁸⁷ Informes de entrega visibles a folios 358- 366 y 370 del c/no 2 de pruebas

⁸⁸ Folios 366 y 370 del cuaderno 2 de pruebas.

⁸⁹ Folio 357 y 359 c/no 2 de pruebas

"El lunes 22 de febrero de 1999 se asistió a la presentación del informe final "estudio para la caracterización y evaluación de la calidad ambiental de los recursos aire, agua y suelos del área de influencia de la zona industrial Mamonal – Cartagena de Indias".

El expositor ALBERTO CHAIA. De la firma Sierra Misco en su intervención hizo referencia, en un cuadro de Dinamica del Sistema, la contaminación de recursos (calidad aire, calidad suelo de aguas superficiales y subterránea) en una forma muy general. De igual forma hizo referencia a los puntos de monitoreo de calidad de agua, aire y pozos de monitoreo de aguas subterráneas en planos de ubicación.

Durante la exposición no se hizo presentación de datos, ni mucho menos análisis de resultados con sus respectivas conclusiones.

Las conclusiones presentadas fueron muy generales, limitadas únicamente a expresar el buen estado los recursos Aguas superficiales y subterráneas, aire y suelos, es decir que no presentan problemas ambientales críticos y que encuentran cumpliendo con lo estipulado por las normas ambientales colombianas. De igual forma el señor Chaia no contestó de manera satisfactoria la mayoría de las preguntas realizadas por los asistentes".

- Informe técnico No. 196/99 del 26 de febrero de 1999 en el que se expuso⁹⁰:

"El lunes 22 de febrero de 1999 se asistió al Curso de Introducción e Instalación del programa BOSS en un computador del laboratorio de Cardique, por parte de Sierra Mismo. (...)

De acuerdo con las explicaciones del señor CHAIA, el programa se encontraba instalado en el computador de Cardique, sin embargo en el momento de las explicaciones no se pudo correr el programa. De igual forma el señor Chaia no contestó de manera satisfactoria la mayoría de las preguntas realizadas por los asistentes".

Se encuentran también en el expediente, el concepto rendido por Ecopetrol ICP, el 2 de marzo de 1999, en los que dicha entidad manifiesta numerosas inconformidades frente al informe final, realizado por sierra Misco, a la luz de lo establecido en los términos de referencia y en la propuesta presentada por el contratista, entre ello, se encuentra que: i) el consultor se limitó a transcribir los 4 informes presentados en lo corrido de la ejecución del contrato, sin hacer análisis completos, ni conclusiones sobre los resultados, ii) el cálculo del índice de la calidad no es claro, debe ser explicado; iii) no se instalaron los programas ModFlow ni Boss, i) no se determinó el área de influencia analizado, lo cual era una especificación determinada en los términos de referencia etc.⁹¹

El contrato feneció el 11 de marzo de 1999, por haberse cumplido su término de ejecución pactado en el contrato y en el Otro Sí del 22 de agosto de 1998.

Sin embargo, el 30 de marzo de 1999 (fl. 325-327 c/no 2), se realizó otra acta de recepción, para el informe complementario, en la cual también se dejan salvedades por parte de los funcionarios de Cardique, sobre los funcionamientos de los software entregados, los cuales quedaron de ser

⁹⁰ Folio 358 del c/no 2 de pruebas

⁹¹ Análisis y complementarios a la información presentada por Sierra Misco en el informe final (Folio 349-355 c/no 2 de pruebas, de fecha 2 de marzo de 1999

entregados el 7 u 8 de abril de 1999. Se aclara que esa acta nunca fue firmada por el interventor, quien debía suscribirla, según los términos de referencia, de ahí que, éste presentara a Cardique, la comunicación del 13 de abril de 1999 (fl. 323 ibidem), en la que expresaba su inconformismo por no haber sido convocado, y solo hasta el 21 de abril de 1999 se entregara el informe de evaluación al informe final complementario, que obra a folio 311-322⁹², el cual está incompleto.

Este último informe complementario también fue objetado según consta en acta de reunión No. 03-99 del 21 de abril de 1999⁹³ - se recuerda que el informe complementario fue entregado por el contratista de manera extemporánea, pues ya el contrato había finalizado el 11 de marzo/99.

Todas las inconsistencias relacionadas en los citados informes, dieron como resultado que la interventoría decidiera, en un último documento, no aprobar el informe final presentado por Sierra Misco, por medio de comunicado del 8 de julio de 1999⁹⁴.

De lo anterior, concluye la Sala que: i) la entrega del informe final, inició el 3 de febrero de 1999, siendo suspendida la misma, por voluntad de las partes, hasta el 22 de febrero del mismo año, para que el interventor analizara los documentos entregados por el contratista y finalmente terminó el **26 de febrero de 1999**; ii) que el informe final fue objetado por el interventor dentro de los 15 días siguientes a su entrega, conforme con los términos de referencia, numeral 7.9, según comunicación del **2 de marzo de 1999**⁹⁵; iii) que, posteriormente, se complementó el informe final, pero ello se dio por fuera del plazo para la ejecución del contrato, el 30 de marzo de 1999⁹⁶; y iv) que dicho informe final también fue objetado por la interventoría, no logrando el contratista, satisfacer de ninguna manera con las calidades exigidas para el estudio.

Considera esta Corporación que, a pesar de que los resultados finales del estudio contratado fueron entregados a Cardique en diferentes días, desde el 3 de febrero hasta el 26 de febrero de 1999⁹⁷, ello no quiere decir que la condición establecida en la póliza de calidad no se haya cumplido, por el contrario, dicha condición se cumplió finalmente el 26 de febrero de 1999 cuando realizó la última actuación de entrega del informe final (instalación de software y archivos en el computador de Cardique); cosa diferente es que lo

⁹² Cuaderno 2 de pruebas

⁹³ Folio 332-333 c/no ibidem

⁹⁴ Folio 44 c/no de pruebas.

⁹⁵ Folio 349-355 c/no 2 de pruebas

⁹⁶ Folio 324 c/no 2 de pruebas

⁹⁷ Esta fecha, es la última en la que se registran actuaciones de entrega por parte de Sierra Misco, en lo que respecta al informe final (dentro de la vigencia del contrato). Folio 358 c/no 2 de pruebas.

entregado por el contratista no haya funcionado, el interventor considere que falte información, o que la entrega realizada haya sido parcial.

Sobre este último asunto, la sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció, determinando que, a pesar de que el contratista solo haga entrega parcial de la obra contratada, a partir de esa fecha entró en vigencia la póliza de garantía y estabilidad de la obra (que era la pactada en ese convenio) y podía hacerse exigible la misma por los desperfectos que la estructura presentara. Al respecto se expuso:

"La compañía aseguradora invocó en su recurso de apelación la ineficacia del contrato de seguro por cuanto afirmó que el riesgo asegurable se materializó con anterioridad a la fecha de expedición de la póliza de estabilidad de obra.

(...)

En relación con los aludidos argumentos del recurso de apelación, la Sala encuentra que no corresponden a lo probado en el proceso, por lo siguiente:

i) De acuerdo con la Póliza No. 377080 la vigencia del amparo de estabilidad de obra inició el 15 de abril de 1997, fecha en la que se recibió la planta de tratamiento de aguas mediante entrega parcial de la obra y se observa que -de acuerdo con la relación de las pruebas aportadas al proceso y las referidas en el citado acto administrativo- todas las comunicaciones que se citan en la Resolución No. 462 de 1999 como antecedentes para hacer exigible la garantía respectiva tienen fecha posterior -la primera de ellas es de mayo 19 de 1997- y por lo tanto se concluye que fueron emitidas en vigencia de la referida póliza de estabilidad de la obra.

ii) Adicionalmente se advierte que la situación anómala en el funcionamiento y estabilidad de la planta de tratamiento de aguas residuales se concretó con la suspensión ocurrida el día 8 de octubre 1998, evaluada en la inspección técnica de 21 de octubre de 1998, cuyas conclusiones fueron informadas con oficio SDO-782 de 19 de noviembre de 1998 (folio 39 cuaderno 2), todo lo cual sucedió después de la fecha de expedición de la póliza No. 377080 emitida el 16 de junio de 1997 y además se observa, con base en esta misma relación de comunicaciones y con las pruebas aportadas al proceso, que el riesgo se concretó después de haber recibido la planta de tratamiento de aguas la cual inicialmente funcionó con dificultades, etapa en que la CAR realizó varias pruebas de funcionamiento con las modificaciones y recomendaciones que la contratista entregó y para cuyo análisis la compañía aseguradora fue citada por escrito a la reunión de 19 de noviembre de 1998, pero finalmente las deficiencias técnicas no pudieron ser superadas ante lo cual la CAR evidenció que la planta de tratamiento de aguas no logró el funcionamiento para el cual se contrató

Por todo lo anterior, tampoco son de recibo los argumentos de la compañía aseguradora acerca de que la entrega de la obra a satisfacción y los paz y salvos otorgados en el acta de liquidación del contrato constituyeran causa de inexistencia o exoneración respecto del riesgo de estabilidad de la referida obra, toda vez que el riesgo amparado no se materializó ni se convirtió en un hecho cierto antes de la expedición de las pólizas de seguro cuya exigibilidad se declaró en los actos administrativos acusados, razón por la

cual la Sala confirmará la sentencia apelada, en la cual se denegaron las súplicas de la demandante"⁹⁸.

De la sentencia que se transcribe, se observa que, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, al estudiar el caso concreto, define que a pesar de que la obra contratada fue entregada de manera parcial al contratante, el amparo de calidad entró en vigencia desde el momento mismo en el que se efectuó dicha entrega parcial, y que, debido a los contratiempos sufridos en la puesta en marcha de la planta de tratamiento de agua, se entiende incumplido el contrato en cuanto a la calidad y estabilidad de la obra.

De lo anterior se concluye que, **al haberse realizado la entrega del Informe Final, entre el 3 y 26 de febrero de 1999**, a partir de ésta última fecha entró en vigencia el amparo de calidad del estudio, que garantizaba las obligaciones del contratista hasta por 2 años, desde la entrega del objeto contratado. En ese orden de ideas, sí era procedente, por parte de Cardique, declarar el acaecimiento del siniestro el 5 de agosto de 1999 mediante la Resolución 421 de 1999 y hacer exigir el pago del valor correspondiente a dicho amparo.

5.6.8.3 Enriquecimiento sin causa – no se probó el monto de los perjuicios ocasionados a la administración -se hizo efectivo el amparo de calidad del estudio por más del 50% del valor del contrato.

El consejo de estado en su jurisprudencia ha reiterado el criterio según el cual debe entenderse que la Administración goza del privilegio de declarar el siniestro derivado de la ejecución de los contratos estatales y en consecuencia, hacer efectiva la garantía que ha sido constituida a su favor, sin necesidad de que para ello, medie la autorización de las compañías aseguradoras. Dicha prerrogativa, también trae consigo, la posibilidad de que las empresas públicas contratistas puedan cuantificar el perjuicio sufrido por ellas, por medio de la expedición de actos administrativos, los cuales están sujetos al control gubernativo y judicial.

Ahora bien, frente a la naturaleza de la garantía del contrato el Consejo de Estado ha expuesto que:

"En este orden de ideas, si la garantía de cumplimiento del contrato estatal está orientada a indemnizar al Estado para que el patrimonio público no se vea afectado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista en virtud de la celebración de un contrato y los seguros de daños también tienen una finalidad indemnizatoria para el asegurado o beneficiario cuando quiera que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado, debe arribarse a la conclusión de que

⁹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veintitrés (23) febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-26-000-1994-00558-01(20810)

la garantía de cumplimiento de los contratos estatales se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha sostenido que los seguros de cumplimiento constituyen una especie de los seguros de daños, así se desprende del contenido de los siguientes pronunciamientos:

(....)

En sentencia de 24 de mayo de 2000⁹⁹, determinó la naturaleza de los seguros de cumplimiento y la exigencia de la causación efectiva del perjuicio como elemento de su esencia, criterio que fue reiterado en idénticos términos en sentencia de 12 de diciembre de 2006¹⁰⁰, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

"Reitera la Corte que los seguros como el de cumplimiento –que por naturaleza corresponden a los seguros de daños– implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños."

En sentencia de 24 de julio de 2006¹⁰¹, respecto del contrato de seguro de cumplimiento, discurrió la Corte:

"(...) De conformidad con lo establecido en el citado texto legal, mediante esta modalidad contractual, que es una variante o especie de los seguros de daños – conforme lo ha expresado repetidamente esta Sala (Vid: cas. civ. 22 de junio de 1999, Exp. 5065; 2 de febrero de 2001, Exp. 5670; 26 de octubre de 2001, Exp. 5942 y 7 de mayo de 2002, Exp. 6181), se puede garantizar el cumplimiento de obligaciones que tengan su fuente en un contrato o en la ley.

(...) Tratándose como se mencionó, de un seguro de daños, regido por el principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, el de cumplimiento tiene por objeto resarcir al asegurado, en todo o en parte, el detrimento patrimonial experimentado como consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido éste, a términos del art. 1054 ib., como la realización del riesgo asegurado, por manera que no puede constituirse en fuente de lucro para éste. Por ende, la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada.

De estos lineamientos jurisprudenciales, mediante los cuales se precisa el contenido y alcance del artículo 1088 del Código de Comercio, claramente se colige lo siguiente: i) la garantía de cumplimiento de los contratos estatales es una especie del seguro de daños; ii) dada la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños no basta que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que éste

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de mayo de 2000, Exp. 5439; M.P. Manuel Ardila Velásquez.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de diciembre de 2006, Exp. 68001 31 03 001 2000 00137 01 M.P. Edgardo Villamil Portilla

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de julio de 2006, Exp. 00191, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. /2017

SIGCMA

haya causado un daño al patrimonio del acreedor el cual debe ser resarcido; iii) el monto a indemnizar por parte del asegurador no necesariamente es el que corresponde al valor asegurado, sino aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor; iv) el valor a indemnizar, no puede ser mayor a la suma asegurada mediante la póliza de garantía¹⁰².

En este evento, de la parte resolutive de la resolución demandada, Resolución 421 de 1999, se extrae que Cardique tasó el daño sufrido por la mala calidad del estudio realizado, en el valor de \$546.000.205, que es el monto máximo asegurado a su favor, pero no emitió mayor pronunciamiento sobre el porqué considera que ese es el valor de los perjuicios que debe ser reconocido¹⁰³.

Por su parte observa esta judicatura, que en el numeral 10 de la citada resolución, se expuso que:

10. El Interventor EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS - ICP, no aprobó el informe final y el informe complementario al mismo, y señaló el incumplimiento del contrato por parte de SIERRA MISCO SA, y en las evaluaciones a los informes Indica inexistencia de información, deficiencias, inexactitudes e imprecisiones en cuanto a los aspectos de AGUAS SUPERFICIALES. AGUAS SUBTERRANEAS. CALIDAD DE AIRE. INSTALACIÓN DEL SOFTWARE ISC3. DEL BOSS ESPECIFICO PARA MAMONAL. DEL PROGRAMA MODFLOW Y SIMULACIÓN DE MAMONAL EN COMPUTADOR DE CARDIQUE. CORRIDA DE SIMULACIÓN DEL PROGRAMA MODLOW PARA MAMONAL. RECURSO AGUA SUPERFICIAL. RECURSO AIRE. Y RECURSO SUELO Y AGUAS SUBTERRANEAS y que el proyecto se desarrolló en un setenta por ciento (70%). según el siguiente cuadro:

EVALUACIÓN Y CARACTERIZACIÓN AMBIENTAL ZONA DE INFLUENCIA DE MAMONAL				
AVANCE ESTIMADO DEL PROYECTO AL 21 DE ABRIL 99				
TAREA	Peso	Ponderado	Avance	Estimado
	Macro actividad	Actividad	Sin pondera	Ponderado
CARACTERÍSTICAS AMBIENTALES GENERALES	15%	100%		13%
Componente socioeconómico	3 0%	20%	100%	3.5%
Climatología	3.0%	20%	100%	3 0%
Sistema da Información geográfica	4.8%	30%	100%	4.5%
Análisis de la información	4.5%	30%	65%	2.9%
RECURSO AIRE	25%	100%		18%
Recopilación a Información secundaria	2.5%	10%	100%	25%

¹⁰² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá, D. C., veintidós (22) abril de dos mil nueve (2009). Radicación número: 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)

¹⁰³ fl. 455-460 c/no principal 3. Folio 23-28 c. 1 de pruebas

monitoreo de calidad de aire	7.5%	30%	100%	75%
Modelación	7.5%	30%	90%	6.8%
Análisis de la información	7.5%	30%	20%	1.5%
RECURSO AGUAS SUPERFICIALES	25%	100%	-	14%
Recopilación de información secundaria	26%	10%	100%	25%
Plan de Monitoreo bahía	7.5%	30%	100%	7.5%
Modelación	7.5%	30%	35%	25%
Análisis de la información	7.5%	30%	20%	1.5%
RECURSO SUELO Y AGUAS SUBTERRÁNEAS	25%	100%	-	20%
Recopilación de Información secundaria	2.5%	10%	100%	2.5%
Plan de Monitorio área Mamonal	7.5%	30%	100%	7.5%
Modelación	7.5%	30%	100%	7.5%
Análisis de la información	7.5%	30%	35%	2.6%
DOCUMENTACIÓN de SOPORTE	10%	100%		3%
Consolidación de información	2.0%	20%	25%	0.5%
Resumen ejecutivo por recursos	4.0%	40%	25%	1.0%
Diagnóstico resumen situación ambiental Mamonal	4.0%	40%	25%	1.0%
Total	100%			68.43%
AVANCE ESTIMADO DEL PROYECTO: 70%				
NOTA- COMPLEMENTA LA COMPLEMENTARIA ICP-CDQ-11 -99 del 21 de abril de 99				

Como se observa, según el informe de la interventoría contenido en la Resolución 421 de 1999 y demás pruebas allegadas al plenario, el desarrollo del proyecto alcanzó un 70% de lo pactado por las partes; en ese sentido, el porcentaje de incumplimiento en la calidad del estudio es del 30%, lo que representaría, frente al valor del contrato que es \$1.000.000.000, la suma de \$300.000.000.

En ese sentido, no es procedente que Cardique estime una cuantía superior a los perjuicios ocasionados por Sierra Misco, puesto que, como ya se expuso, la garantía de calidad tiene una naturaleza indemnizatoria y no es una forma de enriquecer a la administración, dándole la oportunidad de obtener más de lo que realmente constituye su pérdida.

Teniendo en cuenta, se declarará la nulidad parcial del numeral 12 de la Resolución 421 de 1999, en el entendido de que la garantía de calidad del



estudio, solo se podrá hacer efectiva en el valor de **\$300.000.000**, y no de **\$546.000.205**, como inicialmente lo estipuló la administración.

En cuanto a la acusación por el supuesto enriquecimiento sin causa por haber hecho efectiva la garantía de calidad del estudio sobre el monto de \$546.000.205, lo cual es superior al 50% del contrato, atendiendo la modificación realizada mediante el otro sí, encuentra esta judicatura, que ello no es causal de afectación a los intereses de la compañía aseguradora, en el entendido de que, cuando Sierra Misco realizó el contrato de seguro, adquirió la póliza de calidad por el valor de **\$546.000.205**, no por el monto del "50%" del contrato, e igualmente, pagó a favor de la aseguradora, la prima correspondiente al valor asegurado, cual fue de **\$1.310.400**, en ese sentido, la modificación de la póliza de seguros en mención, lo que hubiera llevado era que disminuyera el valor asegurado y a la vez que se disminuyera el costo de la prima que pagó Sierra Misco, generándose así una devolución de dinero a favor de esta última entidad. Advierte la Sala, que es cosa diferente que el amparo se haya tomado por un valor inferior al exigido por la administración, puesto que la entidad beneficiaria de la póliza solo puede cobrar el seguro por el monto máximo del amparo, pero no por un valor superior a éste; pero ese no es el caso.

5.6.8.4 Violaciones del debido proceso.

Argumenta la Compañía Mundial de Seguros, que la liquidación unilateral del contrato 213 de 1997 es nula toda vez que se realizó sin haber intentado la liquidación bilateral obligatoria que establece la Ley 80 de 1993.

La Sala no ahondará en el estudio de este cargo, toda vez que el mismo ya fue objeto de análisis en un acápite anterior.

PROCESO 001-2000-00400-00. (CARDIQUE VS SIERRA MISCO Y COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS)

5.6.9 De las pretensiones de CARDIQUE.

Encuentra esta Sala que, mediante **Resolución 0421 del 5 de agosto de 1999**, la Corporación Autónoma del Canal del Dique, CARDIQUE, liquidó de manera unilateral el contrato 213 de 1997, exponiendo que el citado convenio había culminado su ejecución el 11 de marzo de 1999. Sin embargo, la entidad contratante presentó una acción de controversias contractuales, por medio de la cual pretende que se declara nuevamente el incumplimiento del contrato por parte de Sierra Misco S.A., y se modifiquen la suma de dinero que esa entidad debe devolver en razón de tal incumplimiento.

En ese sentido, la Resolución 421 de 1999 expuso lo siguiente:

"PRIMERO: Liquidese unilateralmente el Contrato No. 213 de 1997 de conformidad con el artículo 61 de la ley 80 de 1993, como en efecto se hace y declarase el incumplimiento por parte de la sociedad SIERRA MISCO S.A. del Contrato No.213 de 1997, (...) **por cuanto el CONTRATISTA no ha cumplido cabalmente con el objeto del contrato de conformidad con el alcance establecido en los términos de referencia y la propuesta presentada por el CONSULTOR, y no satisfacer los requerimientos y observaciones formulados por la interventoría** en los documentos de evaluación del informe Final y de la Información Complementaria del Informe Final los cuales se anexan y hacen parte del presente acto administrativo. Esta liquidación unilateral se lleva a cabo en los siguientes términos:

(...)

11. Teniendo en cuenta que el contrato se cumplió en un setenta por ciento (70%), y que esta Corporación canceló a la firma SIERRA MISCO S.A. la suma de \$90.000.000,00 (sic) que corresponden al noventa por ciento (90%) del valor del contrato, y \$4.655.000,00 de intereses, teniendo El CONSULTOR derecho en relación con el pago del valor del contrato sólo a la suma de \$700.000.000,00 según el porcentaje de ejecución del objeto contractual, **el CONTRATISTA debe reembolsar a CARDIQUE la suma de \$200.000.000,00, pagados de más.** Si la sociedad SIERRA MISCO S.A. no se allana al cumplimiento de la devolución se acudirá a demanda ante los estrados judiciales.

12. Se precisa que el CONTRATISTA sociedad SIERRA MISCO S.A., con el incumplimiento del contrato ha causado perjuicios a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE, consistentes en daño emergente y lucro cesante, que como quiera que el CONSULTOR incumplió con su obligación de ampliar la vigencia de la póliza que garantiza el cumplimiento del contrato, se harán efectivos a través de las acciones judiciales correspondientes si fuere necesario y mediante la exigencia de la cláusula penal pactada en la cláusula DECIMA QUINTA, por un valor de \$200.000.000,00 equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato y la exigibilidad a la aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS de la garantía de calidad del estudio por un valor de \$546.000.205,00. Lo anterior sin perjuicio de que el daño emergente y el lucro cesante puedan ser objeto de una valoración superior dentro de las acciones legales correspondientes

A través de la demanda en referencia, CARDIQUE pretende que, por vía judicial, se haga, nuevamente, la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal No. 213 de 1997 y, consecuentemente, se imponga a Sierra Misco S.A., y a la Compañía Mundial de Seguros, las siguientes condenas: i) Que se condene a la firma Sierra Misco a la restitución de las sumas de dinero que fueron canceladas con ocasión del contrato No. 213 de 1997, por valor de \$904.655.000, ii) Que se condene a la sociedad Sierra Misco al pago de los intereses legales sobre el valor cancelado durante la ejecución del contrato y que las sumas de todas las condenas se indexen; iii) Que se condene a Sierra Misco S.A., al pago de los perjuicios causados, consistentes en daño emergente y lucro cesante, de conformidad con los art. 1613, 1614, 1615 y ss., del Código Civil; iv) Que se condene a la firma Sierra Misco S.A., y a la Compañía Mundial de Seguros, al pago de la cláusula penal de conformidad con el contrato; v) Que se haga efectiva la póliza de cumplimiento a cargo de la aseguradora Mundial de Seguros correspondiente a: v1) Las garantías

de cumplimiento por las sumas de \$218.400.082, que cubre la cláusula penal, v2) La calidad del estudio por la suma \$546.000.205, teniendo en cuenta que el estudio no cumple con la calidad y alcances esperados según contrato, los términos de referencia y la propuesta.

5.6.9.1 De la liquidación unilateral del contrato, la declaratoria de incumplimiento y la modificación de las sumas que debe devolver Sierra Misco por pago en exceso de lo ejecutado.

Como antes se expuso, la entidad pública demandante, solicita que se declare el incumplimiento del contrato, y se condene a Sierra Misco a devolver la totalidad de los dineros pagados por la ejecución del contrato.

En esta instancia, es preciso resaltar que, el contrato 0213 de 1997, en el cual se originan las mencionadas reclamaciones, fue liquidado de manera unilateral por CARDIQUE, lo que supone que la administración ya emitió un pronunciamiento frente al mismo; determinando en qué estado quedaron las obligaciones de las partes, y haciendo un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado.

Debe tenerse en cuenta entonces que, cuando se liquida unilateralmente un contrato, la administración queda revestida de la potestad de indicar las condiciones del estado del negocio, así como, de determinar, según su apreciación de los hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato, como son las obligaciones de las partes y sanciones si ello corresponde.

En términos del artículo 61 de la Ley 80, la liquidación unilateral de un contrato se adopta por un acto administrativo que, como tal, está amparado por las presunciones de veracidad y legalidad que le son propias en virtud de su misma naturaleza de decisión administrativa, de manera que la única forma de desvirtuar tal presunción es por medio de una sentencia judicial en la que se declare su nulidad por alguna de las causales legalmente contempladas para ello, esto es, cuando el juez contencioso administrativo encuentra probado alguno de los vicios que las constituyen: expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa o violación de la regla de derecho de fondo en que debería fundarse la decisión, de acuerdo con los cargos efectuados en la demanda.

En otras palabras, al mediar un acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, cualquier pretensión que se esgrima, con fundamento en el contrato objeto de tal liquidación, debe encauzarse dentro de una demanda contractual de impugnación de la decisión administrativa, para que a través

de su estudio, en el proceso contencioso administrativo, se debata su legalidad o ilegalidad.

Ahora bien, precisamente, por ser la liquidación unilateral del contrato, un acto administrativo con fuerza ejecutoria, éste presta mérito ejecutivo para que la administración reclame las acreencias que se hayan reconocido a su favor en el mismo, por medio de un proceso ejecutivo. Así lo ha expresado el Consejo de Estado en sentencia del 8 de julio de 2016:

“Los actos adoptados por la administración como expresión patente de su voluntad o deseo, en ejercicio de sus competencias, gozan en el ordenamiento jurídico nacional de las prerrogativas de presunción de legalidad y ejecutividad, de acuerdo con las cuales: se presumen ajustados al ordenamiento jurídico y son ejecutables en forma inmediata, por manera que si la administración se ha pronunciado para crear, modificar o extinguir un derecho, esa determinación es obligatoria para sus destinatarios y se considera legal.

Es evidente que la inconformidad del administrado con este tipo de decisiones unilaterales de la administración debe plantearla ante el juez competente, para que se pronuncie sobre su legalidad o no y disponga, de aparecer fundamento para ello, su suspensión o anulación. Mientras ello no ocurra, la decisión así adoptada mantiene su carácter ejecutivo y ejecutorio.

Como consecuencia de dicho carácter, todo acto administrativo que imponga una obligación pura y simple es ejecutable en forma inmediata, lo que implica que la misma administración puede coercitivamente exigir el pago mediante un proceso de jurisdicción coactiva, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste de acudir ante el juez

(...) [E]s necesario distinguir las particularidades del proceso de ejecución, para no caer en confusión con los asuntos de conocimiento de los jueces: Los primeros solo están llamados a permitir, con garantía del derecho de defensa del deudor, la satisfacción de un derecho cierto y reconocido generalmente en un documento que proviene del deudor o, como en el presente caso, de una decisión ejecutoriada de la administración, de modo tal que en ellos no está en debate el derecho reclamado, sino la satisfacción de una obligación cierta y exigible. En los segundos (los procesos de conocimiento), los intervinientes se disputan un derecho sustancial o piden al juez que lo declare a favor de uno u otro, por lo que el código de procedimiento civil los ha recogido precisamente bajo el título de “procesos declarativos”, siendo que en estos sí existe propiamente un litigio, de modo tal que será por virtud de la sentencia que se reconozca o no lo pretendido y a quién (...)”¹⁰⁴

En el asunto *sub examine*, al haber alcanzado firmeza¹⁰⁵ el acto administrativo que adoptó la liquidación unilateral del contrato estatal (liquidación que fue

¹⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13702-01 (28885). Actor: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA

¹⁰⁵ CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, ARTÍCULO 62. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso. 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie



realizada por la misma CARDIQUE), el mismo adquirió también poder ejecutivo y ejecutorio, pudiendo hacerse efectivo a través de la acción ejecutiva para asuntos contractuales prevista en el art. 87 del C.C.A.; toda vez que con dicho acto administrativo, es posible reclamar los saldos del contrato que no fueron ejecutados por el contratista y obtener otras sumas de dinero, para así lograr el recaudo de dicho valor insoluto, pero ha equivocado la acción. Ahora bien, si lo que se pretende es que se modifiquen los saldos o valores que, según CARDIQUE, son adeudados por la sociedad Sierra Misco, en virtud del incumplimiento del contrato 213 de 1997, la entidad interesada necesitaría, obligatoriamente, demandar la legalidad de su propio acto administrativo, lo que no sucedió en este evento.

En ese sentido, encuentra esta Corporación, que no es posible acceder a las pretensiones de la entidad actora, atendiendo que fue la propia administración quien, de manera unilateral liquidó el contrato objeto de estudio, declarando el incumplimiento por parte del contratista y ordenando la devolución **únicamente de los dineros pagados en exceso por la ejecución del contrato.**

Frente a este último aspecto, se dispuso, en el numeral 11 de la parte resolutive de la citada resolución, que el monto de dinero a devolver correspondía a \$200.000.000, toda vez que el contrato se ejecutó en un 70% y Cardique pagó al contratista el 90% del valor del contrato, por lo que éste último tiene la obligación de reintegrar a la administración el 20% del valor pagado y no ejecutado.

Así las cosas, se encuentra que, para la administración, precluyó la oportunidad de ordenar las devoluciones de lo pagado a Sierra Misco, por la ejecución del contrato, en los montos que hoy se exige, cuando profirió el acto administrativo liquidatorio. Y, en ese mismo sentido, no le es permitido a esta judicatura hacer manifestación alguna para modificar lo antes decidido por la entidad contratante, sin que previamente se haya demandado tal resolución.

En esa arista, se torna inepta la demanda formulada por CARDIQUE, en contra de SIERRA MISCO S.A., y MUNDIAL DE SEGUROS S.A., no pudiendo entonces hacerse ningún pronunciamiento en torno a las sumas exigidas en la Resolución 421 de 1999, con relación a la declaratoria de incumplimiento del contrato y devolución del total de lo pagado por la ejecución del contrato.

De igual manera, se abstendrá esta Corporación de emitir pronunciamiento frente a la póliza de calidad del estudio, pues la misma también fue objeto de

expresamente a ellos. 4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.

pronunciamiento por Cardique, en la liquidación del contrato; y, en esta providencia, en virtud de la demanda de la Compañía Mundial de Seguros, se ordenó la disminución de lo reclamado por dicha póliza, disminuyéndose la indemnización conforme con lo estudiado en el acápite 5.6.8.3.

5.6.9.2 Cláusula penal - Posibilidad de cobrarla a través de la póliza de cumplimiento del contrato.

La Sala observa, que entre las pretensiones de Cardique, se encuentra la solicitud de que ésta Corporación haga efectiva la Cláusula penal en contra de Sierra Misco, y que a su vez, se haga efectiva la póliza de cumplimiento del contrato, para efectos de que con la misma se pague el valor pactado en la cláusula penal.

Frente a la primera solicitud, es preciso exponer lo siguiente:

La cláusula penal es una forma de regulación de los efectos del incumplimiento de las partes frente un contrato, ya sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo; en ese sentido, la cláusulas penales cumplen variadas funciones, como la de ser una tasación anticipada de los perjuicios, o la de servir como una sanción convencional para el incumplimiento.

Al respecto, el Consejo de Estado ha expuesto que, según el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal es aquella en la que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal. En ese sentido, dicha figura hace referencia a una tasación anticipada de perjuicios, para el caso en el que se declare la caducidad del contrato o que se presente un incumplimiento definitivo del mismo, es decir, que se impone por un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de quien las asume en una relación contractual.

En cuanto a esta figura el Máximo Tribunal Contencioso ha manifestado:

*"De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista."*¹⁰⁶

¹⁰⁶ Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15011.



En esta oportunidad, es necesario hacer claridad que, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, las partes contratantes tenían la posibilidad de pactar cláusulas penales para asegurar el cumplimiento del contrato; dichas penalidades, podían ser exigidas de manera unilateral por la administración, al contratista incumplido, de conformidad con los artículos 71 y 72. Ahora bien, en la Ley 80 de 1993 no se dejó ninguna estipulación en comentario. Bajo ese entendido, se generaron diferentes corrientes jurisprudenciales, en las que el Consejo de Estado definía si, en vigencia de la Ley 80 de 1993, era posible o no, para la administración, declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal.

Por un lado, se sostenía la tesis de que las entidades estatales no podían hacer efectiva la cláusula penal, atendiendo al principio de legalidad, teniendo en cuenta que la Ley 80 de 1993 no contemplaba tal facultad exorbitante en cabeza de la administración y por el otro lado, la otra corriente entendía, que sí era posible que la entidad pública contratante hiciera efectiva dicha cláusula por medio de un acto administrativo, atendiendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes; en ese sentido, como los contratantes habían convenido tal prerrogativa a favor de la administración, ésta podía hacerla efectiva cuando se cumplieran los presupuestos para ello, con fundamento en las normas de derecho privado.

En el caso bajo estudio, se encuentra que, si bien por medio de Resolución 0421 de 1999, Cardique liquidó el contrato 213 de 1997 y declaró el incumplimiento de Sierra Misco S.A., lo cierto es que dicho acto administrativo no hizo efectiva la cláusula penal pactada en el contrato en referencia; sino que, por el contrario, dejó la salvedad¹⁰⁷ de que dicha reclamación, conjuntamente con la reclamación de la garantía de cumplimiento del contrato, se realizaría por medio las acciones judiciales correspondientes (ver numeral 12 de la resolución en mención)¹⁰⁸.

En ese orden de ideas, se tiene que, conforme con todo lo estudiado en esta providencia, no puede determinarse que la entidad Pública actora haya incumplido con su obligación de pago del valor del contrato, puesto que de acuerdo con la cláusula segunda del mismo, se cancelaría el valor de \$1.000.000.000, los cuales debían ser consignados así: 1) el 50% del valor del contrato, a título de anticipo, dentro de los 15 días calendario a la fecha de cumplimiento de los requisitos de ejecución y liquidación del contrato; y el otro 50%, se pagaría conforme a lo establecido en la propuesta económica presentada por el Consultor "(Sierra Misco SA) folio 1 No. 58".

¹⁰⁷ De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando el contrato se liquida, solo puede acudir a la jurisdicción a demandar aquellos hechos en los cuales se haya dejado salvedades.

¹⁰⁸ Folio 460 c. 3 ppal -Sierra Misco



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. /2017

SIGCMA

En ese orden de ideas, los informes se pagaron así¹⁰⁹:

Fecha MM/DD/AA	Comprobante	Valor cuenta	Banco	No. cheque
07/10/1997	0456/97	\$500.000.000	B. Estado Bancafe	C3428780 F4206562
12/22/1997	1052/97	\$75.000.000	Bancafe	F4250970
01/28/1998	1173/98	\$100.000.000	Bancafe	F4274204
09/13/1998	2172/98	\$104.655.000	Bancafe	F4663044
10/06/1998	2255/98	\$125.000.000	Bancafe	F4679105
TOTAL		\$904.655.000		

Debe tenerse en cuenta, que si bien Cardique no pagó la totalidad de los \$1.000.000.000 que costaba el contrato, ello se debió a que el informe final no se aprobó.

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que CARDIQUE cumplió con su obligación, quien no cumplió sus deberes fue Sierra Misco, puesto que el último informe entregado no cumplió con los parámetros esperados; hecho que generó la exigibilidad de la póliza de calidad del estudio.

En ese orden de ideas, al quedar demostrado el incumplimiento por parte de Sierra Misco, tal y como lo declaró la administración el liquidación del contrato, Resolución 0421 de 1999, ello implica, necesariamente, el derecho de la entidad pública para reclamar el pago de la cláusula penal, como tasación anticipada de perjuicios.

En esa medida, es procedente que en esta instancia, se haga exigible el pago de la cláusula penal pecuniaria, pactada en la cláusula décimo quinta del contrato 213 de 1997, por valor de \$200.000.000, tal como se dejó plasmado en el acto de liquidación en el numeral doce de la parte resolutive.

En lo que se refiere a la exigibilidad del amparo de cumplimiento, otorgado por la aseguradora Mundial de Seguros, se tiene lo siguiente:

La póliza de cumplimiento del contrato tiene como finalidad, cubrir a las entidades estatales contratantes contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Según el contrato de seguros¹¹⁰, dicho amparo comprende las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva.

¹⁰⁹ Fl. 548 -520 c. 3 ppal

¹¹⁰ Fol. 520 a 523 c 3 de pruebas y 40 c. 6 ppal.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. /2017

SIGCMA

En ese sentido, el art. 16 del Decreto 679 de 1994, establece que el valor del amparo de cumplimiento no puede ser menor al valor la cláusula penal pecuniaria, ni al 10% del valor del contrato.

En este evento, se encuentra que, conforme con la cláusula quinta del contrato, el amparo de cumplimiento de las obligaciones del contrato fue tomado por Sierra Misco, por un monto equivalente al 20% del valor del contrato, que corresponde a \$218.000.000; y la misma, cubría los siniestros ocurridos durante un periodo de 16 meses, desde 20 de junio de 1997 hasta el 22 de octubre de 1998.(ver póliza -fl 519 c .n. 3 de p)

Sin embargo, en virtud del OTRO SI que suscribieron las partes, **el 22 de agosto de 1998**¹¹¹, en el que se dispuso la ampliación el plazo de ejecución del contrato por 6 meses adicionales a los 12 inicialmente pactado, las obligaciones que debían cumplirse con posterioridad al **22 de octubre de 1998**, quedaron sin una garantía que las respaldara, toda vez que Sierra Misco S.A., no amplió la cobertura de la Garantía Única de Cumplimiento No. D-AE00050¹¹²- en especial, la póliza de cumplimiento del contrato.

Así las cosas, cuando se llegó el plazo para la entrega del Informe Final contentivo del estudio de *"caracterización y evaluación de la calidad ambiental de los recursos aire, agua y suelo del área de influencia de la Zona Industrial de Mamonal en Cartagena"*, en **febrero 23 de 1999**; y la interventoría determinó que el mismo no cumplía con los estándares exigidos en la propuesta, en el contrato y en los términos de referencia, no existía póliza que cubriera dicho incumplimiento, por lo tanto no puede hacerse efectiva tal garantía en ese sentido.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se encuentra que, efectivamente, el amparo de cumplimiento del contrato no se encontraba vigente al momento en el que se suscitó el siniestro, por lo que no puede Corporación hacer exigible la misma; así las cosas, al no existir un seguro que ampare el pago de los dineros que resulten del reclamo de la cláusula penal, debe responder, de manera directa, Sierra Misco S.A., quien, en últimas, es la principal deudora de las obligaciones relacionadas en el contrato de consultoría suscrito.

En orden de lo expuesto, este Tribunal ordenará, en favor de CARDIQUE, el pago de la cláusula penal pecuniaria por el monto de \$200.000.000, que corresponden al 20% del valor del contrato la por cuanto, dicha obligación, quedará a cargo de Sierra Misco, por ser la empresa que incumplió el contrato 213 de 1997. Por otra parte, se denegará la solicitud de hacer efectiva la póliza

¹¹¹ Folio 12 del c/no 1 ppal

¹¹² Folio 76-79 c/no 5



de cumplimiento, como quiera que dicha garantía no se encontraba vigente para la fecha en la que acaeció el siniestro, en febrero de 1999.

5.6.9.3 Reconocimiento y pago de los perjuicios, consistentes en daño emergente y lucro cesante.

En lo que se refiere al reconocimiento y pago de los perjuicios adicionales a los exigidos en la liquidación del contrato, encuentra esta judicatura, que dentro del proceso no quedó demostrado que Cardique haya padecido más perjuicio por fuera de aquellos que fueron reconocidos en esta providencia, por los cuales, se hizo efectiva la póliza de calidad del estudio y la cláusula penal. Bajo ese entendido, se denegará esta pretensión.

VI.- COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del numeral 12 de la Resolución 421 de 1999, en el entendido de que la garantía de calidad del estudio, solo se podrá hacer efectiva por el valor de **\$300.000.000**, y no de **\$546.000.205**, como inicialmente lo estipuló la CARDIQUE. De igual manera, se **DECLARA** la nulidad parcial de la Resolución 621 de 1999 en lo apartes relacionados con esta pretensión. (Proceso: 2000-00341-00 - Compañía Mundial de Seguros vs Cardique)

SEGUNDO: CONDENAR a SIERRA MISCO S.A., a pagar, en favor de CARDIQUE, la cláusula penal pecuniaria por el monto de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000), que corresponden al 20% del valor del contrato, conforme con lo dispuesto en las consideraciones de esta providencia; monto que será indexado desde la ejecutoria de la Resolución 621 de 1999. (Proceso: 2001-00400-00 - Cardique vs Sierra Misco y Compañía Mundial de Seguros)

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de las demandas plasmadas en los procesos Nos 13-001-23-31-000-2001-01283-00; 13-001-23-31-000-2000-00341-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. /2017

SIGCMA

00 y 13-001-23-31-000-2001-00400-00, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: CÚMPLASE la sentencia en los términos de los Art., 176, 177 y 178 del CCA.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ENVÍESE EN CONSULTA** al H. Consejo de Estado, para que se pronuncie, conforme con el art. 184 del CCA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No 37 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

Con salvamento parcial de voto