

ACCION CONTRACTUAL – Poder judicial / PODER JUDICIAL – Otorgamiento. Formación / APODERAMIENTO JUDICIAL – Noción. Definición. Concepto / PODER ESPECIAL Y GENERAL PARA VARIOS PROCESOS – Forma de otorgamiento

Advirtió el Ministerio Público en su concepto que el poder no fue otorgado para demandar la nulidad de los actos administrativos a los que se hace referencia en las pretensiones, contraviniendo los artículos 65 a 70 del C. de P. Civil, aplicables en el contencioso por virtud de la remisión expresa del artículo 247 del C.C.A., lo que comporta una carencia de poder e impone un fallo inhibitorio, observación que, a juicio de la Sala, no tiene mérito para comprometer la actuación que se adelanta. En efecto, está acreditado en el expediente que el señor Charles Jhonny Jaramillo Tavares, el 28 de abril de 1994 -un día antes de presentar la demanda-, en su calidad de representante legal de la sociedad Sistemas Integrados Electrónicos Limitada-Sintel Ltda., parte del contrato n.º 067-DC-92, celebrado con el Departamento de Antioquia, y al cual hace referencia la resolución 001287 de 10 de diciembre de 1993, en la que se declaró el incumplimiento del mismo y se hizo efectiva la póliza de calidad, otorgó mediante escrito con presentación personal ante el Notario Diecinueve del Círculo de Medellín y dirigido al Tribunal Administrativo de Antioquia, poder especial al abogado Efraín Gómez Cardona para interponer demanda o proposición de carácter contractual contra el Departamento de Antioquia; también se agrega en el escrito, que el apoderado quedaba facultado para desistir, recibir, transigir y demás facultades propias de este tipo de mandato. El apoderamiento judicial es una especie de mandato, según el cual el apoderado se obliga para con el poderdante a representar y defender sus intereses en el respectivo proceso, en varios procesos determinados o en todos los procesos en que tenga que intervenir el mandante, y puede, entonces, ser general o especial, este último cuando versa sobre un solo proceso o varios determinados o singularizados, y el primero cuando comprenda todo tipo de procesos. En cuanto a su formación el artículo 65 del C. de P. Civil (modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1. No. 23), establece la solemnidad escrituraria para los poderes judiciales, en los siguientes términos: (...) el poder general y el especial para varios procesos separados únicamente podrán ser otorgados por escritura pública; mientras el poder especial para un proceso podrá hacerse constar en dicho instrumento o simplemente en un memorial dirigido al despacho del juez de conocimiento. (...) con sustento en las disposiciones procesales, la Sala encuentra que el poder conferido en el proceso comprende la facultad de solicitar la nulidad del acto administrativo, dado que su expedición es la que origina la controversia contractual surgida entre las partes y con ocasión de la cual se otorgó aquél por parte de la firma Sintel Ltda. En conclusión, quien ha venido actuando como apoderado de la parte actora en el proceso

está autorizado con el poder inicial para representarla y demandar en su nombre la nulidad de los actos administrativos objeto de las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 65 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 66 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 67 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 68 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 69 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 70 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 247

ACCION CONTRACTUAL – Acción idónea para controvertir obligaciones post-contractuales / ACCION CONTRACTUAL - Ejercicio oportuno de la acción / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Acción idónea para controvertir actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual

El Ministerio Público, en su concepto, considera que la acción procedente en el *sub lite* es la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de controversias contractuales. Para la Sala la acción escogida por la actora es la idónea para ventilar la legalidad del acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro de incumplimiento del contrato, con el propósito de hacer efectiva la garantía de calidad del bien materia del contrato de compraventa suscrito por las partes. En efecto, la pretensión de nulidad del acto que declara el siniestro del incumplimiento del contrato para efectos de hacer exigible la garantía de calidad del bien es pasible jurisdiccionalmente de la acción relativa a controversias contractuales en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma modificada por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 -texto vigente para la época de presentación de la demanda el 29 de abril de 1994-, que fue la escogida por el actor, porque, es claro que una vez celebrado el contrato, todos los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual son susceptibles de esta clase de acción, teniendo en cuenta que éstos no se conciben sin la existencia de aquél. (...) Bajo la égida de la Ley 80 de 1993, en su artículo 77 -norma de estirpe procesal y por ende aplicable al caso en examen-, todos los actos que se produjeran con motivo u ocasión de la actividad contractual, fueran anteriores, concomitantes o posteriores al contrato, únicamente podían ser demandados mediante la acción de controversias contractuales, excepto aquellos en que en el resto de su articulado expresamente prescribió otra vía como para el acto de adjudicación, en el parágrafo primero del mismo artículo 77, de declaratoria de desierta de la licitación o concurso y de calificación y clasificación de

proponentes ante la cámara de comercio, según el artículo 22-5 *ibídem*, que podían ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Situación esta que luego cambió por cuenta de la modificación introducida al artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, de conformidad con el cual se consagró legislativamente la idoneidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho para el enjuiciamiento de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual. (...) la acción de controversias contractuales, establecida en el artículo 87 del C.C.A., es la idónea para obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y las condenas consecuenciales de esta decisión, como se pretende en el *sub lite*, pues no tiene una tipificación diferente en el contencioso administrativo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 87 / DECRETO 2304 DE 1989 - ARTICULO 17 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 77 / LEY 446 DE 1998 – ARTICULO 32

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, consultar auto de 10 de marzo de 1994, exp. 9118 C.P. Carlos Betancur Jaramillo

ACCION CONTRACTUAL – Acción idónea para perseguir la nulidad del acto administrativo que declara el siniestro del incumplimiento de un contrato

Esta conclusión a la que llega la Sala respecto de la idoneidad de la acción elegida por la sociedad actora, no se altera por el hecho de que se persiga la nulidad del acto administrativo que declara el siniestro del incumplimiento de un contrato para hacer efectiva la garantía de calidad del bien entregado por el contratista a la entidad pública, según lo prescrito por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993. Adviértase que en los contratos suscritos con la administración, los contratistas están en la obligación de amparar la estabilidad de la obra o la calidad del servicio o bien suministrado, riesgo que debe cubrirse a partir de su terminación (arts. 67 a 70 Decreto 222 de 1983, art. 25 n.º 19 y 60 inc. final de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el Decreto 679 de 1994, hoy art. 11 de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 4828 de 2008), y al ser evidente que el incumplimiento de dicha obligación está directamente vinculada al contrato y que su estudio pende de la existencia misma del negocio jurídico celebrado, es viable afirmar que ese tipo de controversia es de naturaleza contractual, así se presente por situaciones originadas después de la terminación del contrato o post-contractuales. Al respecto, conviene advertir que ya la Sección había concluido que los actos expedidos por la Administración después de terminado el contrato, como son

aquellos mediante los cuales se declara el siniestro para que el contratista responda precisamente, por vicios y defectos de la obra o por la calidad del servicio prestado o bien suministrado, participan de la naturaleza de actos contractuales, por ser expedidos como consecuencia de la ejecución del respectivo negocio jurídico y, además, que su discusión judicial se subsume en la acción de controversias contractuales

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983 – ARTICULO 67 / DECRETO 222 DE 1983 – ARTICULO 68 / DECRETO 222 DE 1983 – ARTICULO 69 / DECRETO 222 DE 1983 – ARTICULO 70 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 25.19 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 60. INCISO FINAL / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 77 / DECRETO 679 DE 1994 / LEY 1150 DE 2007 – ARTICULO 11 / DECRETO 4828 DE 2008

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia de 3 de mayo de 2001, exp. 13347, reiterada en sentencia de 20 de septiembre de 2001, exp. 14582 y sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 14667

ACCION CONTRACTUAL – Nulidad procesal / NULIDAD PROCESAL – No conformación del litisconsorcio / LITISCONSORCIO NECESARIO – Conformación

El Ministerio Público también indicó que existía una posible nulidad procesal de carácter saneable de que trata el n.º 9 del artículo 140 C.P.C., dado que la compañía de Seguros del Estado S.A., aseguradora que expidió la póliza de seguros que se hizo efectiva en el acto administrativo demandado, no fue citada al proceso. Al respecto, valga recordar que las partes que participan en la composición de un litigio, como demandante y demandado, pueden estar conformadas por una sola persona en cada caso o, por el contrario, pueden converger a integrarlas una pluralidad de sujetos, evento en el cual se está en presencia de lo que la ley y la doctrina han denominado un litisconsorcio.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 140.9

LITISCONSORCIO – División. Clases / LITISCONSORCIO NECESARIO – Noción. Definición. Concepto / LITISCONSORCIO NECESARIO – Litisconsorcio por activa. Litisconsorcio por pasiva. Litisconsorcio cuasinecesario / LITISCONSORCIO NECESARIO - Vinculación / LITISCONSORCIO NECESARIO – Características

Esta figura consagrada en nuestra legislación procesal (arts. 50 y siguientes del C. de P. Civil), ha sido dividida tradicionalmente en dos clases, atendiendo a la naturaleza y número de relaciones jurídicas que intervengan en el proceso: litisconsorcio necesario y voluntario o facultativo. Existe *litisconsorcio necesario* cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos. La vinculación de quienes conforman el *litisconsorcio necesario* podrá hacerse dentro de la demanda, bien obrando como demandantes o bien llamando como demandados a todos quienes lo integran y en el evento en que el juez omita citarlos, debe declararse la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda (numeral 8 del artículo 140 del C. de P. Civil). Si esto no ocurre, el juez de oficio o por solicitud de parte podrá vincularlos en el auto admisorio de la demanda o en cualquier tiempo antes de la sentencia de primera instancia, otorgándoles un término para que comparezcan, y de no hacerlo debe declararse la nulidad de una parte del proceso o a partir de la sentencia de primera instancia (numeral 9 *ibídem*), con el fin de lograr su vinculación al proceso para que tengan la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses, dado que la sentencia los puede afectar.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 50 Y SS / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 140.8

LITISCONSORCIO – División. Clases / LITISCONSORCIO FACULTATIVO O VOLUNTARIO – Noción. Definición. Concepto

El *litisconsorcio será facultativo o voluntario* cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos (art. 50 del C. de P. Civil).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 50

LITISCONSORCIO – División. Clases / LITISCONSORCIO CUASINECESARIO – Noción. Definición. Concepto / LITISCONSORCIO CUASINECESARIO – Características

En relación con el *litis consorcio* que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador de seguro, quien transfiere el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración, considera la Sala que no encuadra exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como *litis consorcio cuasinecesario*. Esta especie o modalidad de litis consorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el *litis consorcio necesario* y el *facultativo*. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos. El inciso tercero del artículo 52 del C. de P. Civil, regula este tipo de litis consorcio (...) Es, por consiguiente, una figura procesal distinta al litisconsorcio necesario, que implica la legitimación simultánea para varios sujetos, pero sin que la propia ley, ni la naturaleza de la relación sustancial, establezca como requisito *sine qua non* para su procedencia, la integración del contradictorio con todos ellos.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 52

NOTA DE RELATORIA: Sobre litisconsorcio cuasinecesario, consultar Corte Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de octubre de 2000, exp. 5387

LITISCONSORCIO NECESARIO Y CUASINECESARIO – Similitudes y Diferencias / NULIDAD PROCESAL – No se configura

Esta modalidad se identifica con el *litis consorcio necesario* en que en una y en otra la sentencia vincula al tercero y lo afecta, pero se diferencian en que en el *litis consorcio cuasinecesario* no se requiere que todos los sujetos comparezcan al proceso para proferirla; y se parece al *litis consorcio facultativo* en que el sujeto voluntariamente puede concurrir o no al proceso, pero difiere del mismo por cuanto si no comparece al proceso la sentencia es uniforme y lo vincula. Con todo, el *interviniente cuasinecesario* puede

presentarse al proceso en el estado en que se encuentre, siempre que no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia, y procede su actuación con todas las prerrogativas de parte, tal y como lo indica el artículo 52 del C. del P. Civil. Ahora bien, aunque pudiera pensarse que no se requiere la concurrencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista al proceso donde se debate la nulidad del acto que declara el siniestro amparado en la póliza, como quiera que ambos pueden demandar o no demandar dicho acto o hacerlo en forma independiente, con lo cual podría estimarse que se está en presencia de un *litis consorcio facultativo*, en el evento que nos ocupa, resulta más nítida la aplicación de la figura del *litis consorcio cuasinecesario*, teniendo en cuenta que la sentencia de nulidad del acto administrativo finalmente tiene efectos frente a ambos, pues al desaparecer el acto cesa la obligación a cargo de la aseguradora de pagar la indemnización por concepto de efectividad de la garantía de calidad y en consecuencia el derecho de ésta de repetir contra el contratista. Es decir, en esos casos tanto a la aseguradora como al contratista asegurado le asiste un interés individual y por ende, podrán reclamar cada uno en juicio lo que crea que en derecho les corresponde ventilar, sin que sea necesario que se presenten conjuntamente a demandar el acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, entre otras razones, porque ese acto en realidad obliga directamente a la compañía aseguradora al pago de la indemnización materia del seguro a favor de la entidad pública beneficiaria, mientras que al contratista la efectividad de la garantía lo deja expuesto a una repetición del importe pagado, cuando a ello hubiere lugar, pero, con todo, la nulidad podría terminar beneficiándolos a ambos, con lo cual la sentencia extiende sus efectos jurídicos. Dadas estas circunstancias, encuentra la Sala que no se configura nulidad procesal alegada por el Ministerio Público, por cuanto, en este evento se está en presencia de un *litisconsorcio cuasinecesario* o, en gracia de discusión, sobre la naturaleza de esta figura, en un *litis consorcio facultativo*.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 52

ACTO ADMINISTRATIVO – Noción. Definición. Concepto

El acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad, en ejercicio de una función o potestad administrativa, que contiene una decisión expresada en la forma prevista en la ley, con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones en situaciones generales o particulares para los administrados o para la propia Administración, y que en el orden jurídico se presume su legalidad, es decir, su veracidad y, además, que fue dictado según la ley y que su contenido es ajustado a derecho, mientras no sean anulados por la Jurisdicción de lo

Contencioso Administrativo (art. 66 C.C.A.). Se trata de una presunción *iuris tantum*, o sea que admite prueba en contrario, pero por principio sólo puede ser desvirtuada ante el juez administrativo y que fluye, como ha indicado el Consejo de Estado, del principio de legalidad como base de la actividad de la administración. Por eso, el acto administrativo debe ser cumplido, obliga a los particulares y permite que la Administración pueda ejecutarlo, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial (artículos 64 y ss. del C.C.A.), pues ya se indicó, su actividad está revestida de una presunción de legalidad de sus actos, que trae aparejado el deber del administrado de dar cumplimiento a los mismos.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 64 Y SS

NOTA DE RELATORIA: En relación con la aplicación del principio de legalidad con base en la actividad de la administración, consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de febrero de 1994, exp. 6264

ACTO ADMINISTRATIVO – Validez y eficacia / VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Elementos esenciales / ACTO ADMINISTRATIVO – Presunción de legalidad, de validez y de legitimación. Consecuencias / CARGA DE LA PRUEBA – Corresponde al impugnante desvirtuarla

La validez y eficacia del acto administrativo, depende de ciertos elementos esenciales, entre ellos, la competencia, la voluntad administrativa, el contenido, los motivos, la finalidad y la forma, y puede ser anulado cuando haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió (art. 84 C.C.A.). La presunción de legalidad, de validez o de legitimidad de los actos administrativos, tiene como consecuencia que quien alegue su nulidad, le corresponde desvirtuarla, de manera que traslada al impugnante la carga de demostrarla en juicio, mediante el aporte de los elementos de convicción y pruebas necesarias para el efecto; correlativamente, dispensa a la Administración de estar probando en cada proceso que sus actos cumplen con los requisitos de validez. Dicho de otro modo, la presunción de legalidad del acto administrativo implica que incumbe a quien pretenda su nulidad demostrar que no cumple con los requisitos de validez. (art. 177 C.P.C.).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 177 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84

NOTA DE RELATORIA: Sobre la carga de la prueba y el requisito de validez, consultar sentencia de 15 de noviembre de 2011, exp.

CONTRATACION ESTATAL – Contrato de compraventa / CONTRATO DE COMPRAVENTA – De derecho privado de la administración. Decreto Ley 222 de 1983. Artículo 16 / JUEZ DE LA CONTROVERSIA – Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

De otra parte, el contrato de compraventa del *sub lite*, es de aquellos a los que en esa época se les denominaba como de derecho privado de la administración, por oposición a los contratos administrativos enlistados en el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983, que tiene por objeto la adquisición por parte de la entidad contratante de un bien que se requiere para su servicio y cuyas cláusulas son las propias o usuales conforme a su naturaleza (arts. 60, 80 y 135 *ejusdem*). Además, por contener inserta la cláusula de caducidad, el conocimiento de sus controversias le fue asignada a esta Jurisdicción (arts. 17, 60 y 61 *ibídem*).

CONTRATO DE COMPRAVENTA – Obligaciones legales. Obligaciones del vendedor / SANEAMIENTO DE LA COSA VENDIDA – Vicios ocultos o redhibitorios

Dada la tipología del contrato en mención, obsérvese que, de conformidad con el artículo 1880 del Código Civil, en los contratos de compraventa las obligaciones del vendedor, se reducen en general a dos: (i) la entrega o tradición de la cosa vendida, y (ii) el saneamiento de la cosa vendida, según la cual “*el vendedor debe entregar la cosas al comprador en estado tal que sirva para el uso que está normalmente destinada, de suerte que su utilización o disfrute no se vean menguados a consecuencia de los vicios que los afecten.*” Es decir, una de las obligaciones legales que emanan del contrato de compraventa, caracterizado por ser de ejecución instantánea en tanto su prestación principal –entregar la cosa por el precio- se cumple de inmediato o en forma breve, es la de garantizar el saneamiento por los vicios ocultos o redhibitorios de la cosa vendida después de su terminación. Esta obligación de saneamiento surge cuando el comprador ve disminuida la capacidad de goce o la utilidad de la cosa adquirida por defectos o desperfectos, desgastes, etc. que la afecten total o parcialmente, caso en cual, en el derecho común, tendrá acción para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos (art. 1914 C.C.).

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL – ARTICULO 1914

DAÑOS O DEFECTOS COMO VICIOS REDHIBITORIOS – Requisitos o condiciones / CONTRATO DE COMPRAVENTA – Saneamiento de la obra

El Código Civil (art. 1915 C.C.) señala los requisitos o condiciones para tener los daños o defectos como vicios redhibitorios: a) haber existido al tiempo de la venta, es decir, que su origen o la causa del vicio sea anterior al negocio jurídico o concomitante a él; b) ser tales que la cosa vendida no sirva para el uso normal, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea dable presumir que conociéndolos el comprador lo hubiere comprado a menos precio o no lo hubiera comprado, es decir, que el vicio sea grave, que obstaculice de tal forma el uso ordinario del bien enajenado o lo reduzca considerablemente; c) ser ocultos, en tanto debe *“No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin grave negligencia de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de profesión u oficio”*, de suerte que ni el vendedor debía conocer del vicio, pues *“...si sabe que la cosa está afectada por un daño y no lo declara o si era tal que ha debido conocerlo por razón de su profesión u oficio, será obligado, además, del saneamiento en sí, a la indemnización de perjuicios*, en los términos del artículo 1518 del Código Civil. Y en los contratos celebrados por la administración, en general, según lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación al interpretar el régimen jurídico aplicable, las obligaciones del contratista, tampoco se agotan con la entrega a satisfacción de su objeto dentro del plazo de ejecución del contrato, sino que una vez finalizado debe salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y de los servicios prestados, obligación que es posible garantizar con el otorgamiento de pólizas de seguros, cuya vigencia se extiende por el tiempo que determine la entidad contratante de acuerdo con la ley y el reglamento.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL – ARTICULO 1915 / CODIGO CIVIL – ARTICULO 1918

NOTA DE RELATORIA: En relación con las obligaciones del contratista y el saneamiento de la obra, consultar sentencia de 3 de mayo de 2001, exp. 12724

CONTRATO ESTATAL – Contrato de compraventa / CLAUSULA DE GARANTIA – Obligatoria y de orden público / GARANTIA UNICA – Constitución para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato / GARANTIA UNICA – Efectividad / CONTRATO DE SEGURO DE INTERES GENERAL – Reclamación. Acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de cumplimiento de las obligaciones /

POLIZAS – Prestan mérito ejecutivo / DECLARATORIA DEL SINIESTRO – Mediante acto administrativo unilateral aún después del vencimiento del contrato

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. Así, los diferentes estatutos contractuales han establecido que los contratistas deben prestar garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato (arts. 67 a 70 del Decreto Ley 222 de 1983, arts. 25 n.º 19 y 60 inc. final de la Ley 80 de 1993 y el art. 7 de la Ley 1150 de 2007), que puede consistir en pólizas expedidas por compañías legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, y cuya vigencia se determina según su naturaleza y lo que fije el reglamento, pero que no será inferior al término de ejecución y liquidación del contrato. 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 administración. Para tal efecto, se apoyó en el numeral 5 del artículo 68 del C.C.A, según el cual las pólizas en las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo al integrarse al acto administrativo ejecutoriado que declara esa obligación, de donde se origina la potestad de declarar el siniestro sin que el asegurador se oponga directamente a la entidad, sino que debe demandar el acto ante la jurisdicción para impugnar su validez, y aclaró, incluso, que se trataba de un privilegio, sin carácter sancionatorio, que permitía su ejercicio después de la ejecución del contrato y de su liquidación, que permitía su ejercicio después de la ejecución del contrato y de su liquidación.(...) para la Corporación ha sido claro que frente a los contratos estatales, la administración goza de la facultad de declarar el siniestro de una póliza mediante un acto administrativo unilateral, potestad que no es sancionatoria ni se reduce a algunos tipos de amparos de la póliza

o garantía, y que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual, pues sitúa a la entidad en una posición de privilegio, dado que le basta la expedición del acto debidamente motivado, el cual goza de la presunción de legalidad para iniciar la ejecución

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTICULO 67 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTICULO 68 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTICULO 69 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTICULO 70 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 25.19 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 60. INCISO FINAL / LEY 1150 DE 2007 – ARTICULO 7

NOTA DE RELATORIA: Sobre la posibilidad de declarar el siniestro aún vencido el contrato, consultar sentencia de 10 de julio de 1997, exp. 9286 y sentencia de 14 de abril de 2005, exp. 14.583

CONTRATO DE SEGURO – Póliza de seguro / POLIZA DE SEGURO - Garantía de calidad / GARANTIA DE CALIDAD – Vigencia / GARANTIA DE CALIDAD – Amparo / POLIZA DE SEGURO – Cobertura y plazo / REALIZACION DEL RIESGO ASEGURADO – Calidad del bien suministrado. Cobro de la indemnización terminado o no el contrato / ACTO ADMINISTRATIVO – Declaratoria del siniestro

Importa resaltar que la vigencia de la garantía de calidad y correcto funcionamiento de los bienes entregados, comienza a la terminación del contrato y se extiende por un plazo determinado en el contrato de seguro, con el objeto de garantizar la indemnización de perjuicios que se puedan ocasionar por la ejecución del contrato estatal con posterioridad a su culminación y ante la ocurrencia de los riesgos amparados en la respectiva póliza. 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. (...) cuando se realiza el riesgo asegurado relativo a la calidad del bien suministrado, con independencia de que el contrato amparado con la póliza de seguro se hubiese terminado o liquidado, nace el derecho de la entidad estatal de cobrar la indemnización, para cuyo efecto debe declarar el siniestro mediante un acto administrativo (...) En el presente caso, se observa que, según la

resolución 001287 de 10 de diciembre de 1993, la póliza n.º 9283209 expedida por la Compañía Seguros del Estado S.A., amparaba la calidad del equipo suministrado en el contrato de compraventa n.º 067-DC-92 hasta el 29 de febrero de 1997 -hecho no desvirtuado- y teniendo en cuenta la fecha de expedición del citado acto y que el 10 de noviembre de 1993 de ese año conoció la entidad contratante que el equipo no era nuevo sino usado (cfr. numeral 6.7. de esta providencia), se tiene que el riesgo asegurado efectivamente se realizó dentro de la vigencia de la póliza. Así las cosas, la entidad en el acto administrativo declaró la ocurrencia del siniestro sobre la base de que el riesgo se materializó durante el período de vigencia de la póliza, con el fin de reclamar la indemnización correspondiente en la forma establecida en la ley y contado con el tiempo que la misma le otorga para recaudar ejecutivamente su monto (...) Por ello, no es admisible la interpretación del apelante, en el sentido de que el acto administrativo se expidió por fuera de los límites temporales fijados en el orden jurídico, sólo porque ya había vencido el contrato de compraventa amparado en el seguro que se hizo exigible y por tratarse de un negocio jurídico de ejecución instantánea que no tenía, en su opinión, etapa de liquidación

NOTA DE RELATORIA: Sobre el procedimiento para declarar el siniestro y el cobro de la indemnización contenida en la póliza de seguro, una vez se concrete el riesgo, consultar auto de 31 de marzo de 2005, exp. 25689. El cobro de dicha obligación, habrá de adelantarse conforme a las normas aplicables al proceso ejecutivo contractual, en este sentido consultar sentencia de 6 de junio de 2007, exp. 30565

CLAUSULAS EXCEPCIONALES – Potestad exorbitante. Límites temporales. No sujeción

El apelante confunde los límites temporales para el ejercicio de las potestades exorbitantes fundamentadas en cláusulas excepcionales, con la oportunidad que tiene la administración para hacer exigible las garantías de las cuales es beneficiaria a propósito de los contratos que ella celebra con los particulares. Si bien esta Corporación ha sido enfática en señalar que la exorbitancia que puede ejercer la administración en el desarrollo de sus contratos presenta límites temporales y que, en tal virtud, no puede interpretarlo, modificarlo o terminarlo unilateralmente o caducarlo después del vencimiento del mismo, so pena de que el acto quede viciado de nulidad, dicho criterio está circunscrito para cuando se ejercen poderes exorbitantes en virtud de las cláusulas excepcionales que por ley se insertan en los contratos de acuerdo con su categoría, pero no así para cuando se requiere hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las garantías que amparen el contrato. (...) la evaluación del cumplimiento del contrato durante el plazo de

ejecución para efectos del ejercicio de los poderes exorbitantes con que cuenta la administración con fundamento en la cláusulas excepcionales, es diferente a la evaluación que se realiza para la declaratoria del siniestro del incumplimiento del contrato tendiente a hacer exigible y efectiva la garantía ante la realización de los riesgos amparados por la misma.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencias de: 29 de enero de 1988, exp. 2616 y 3615; 6 de mayo de 1992, exp. 6661; 15 de febrero de 1991, exp. 5973; 25 de septiembre de 1993, exp. 6437; 2 de abril de 1992, exp. 1875; 15 de febrero de 1991, exp. 5.973; 6 de junio de 1996, exp. 2240; 18 de julio de 1997, exp. 1010; 6 de junio de 1996, exp. 10833; 13 de septiembre de 1999, exp. 10264; 18 de marzo de 2004, exp. 15936, 13 de septiembre de 1999, exp. 10264; de 15 de marzo de 2001, exp. 13352, 20 de noviembre de 2008, exp. 17031 y de 9 de abril de 1992, exp. 6491

CONTRATO DE OBRA - Ocurrencia del siniestro en la calidad del bien objeto del contrato / DECLARATORIA DE SINIESTRO – Procedimiento

El procedimiento -para la época de los hechos del *sub lite*- en procura de hacer efectiva la garantía constituida a favor de las entidades públicas con el fin de obtener la indemnización ante la ocurrencia del riesgo -siniestro- que ampara la misma, es el siguiente: (i) Primero le corresponde a la entidad declarar la ocurrencia del hecho constitutivo del siniestro y ordenar hacer efectiva la garantía que ampara el riesgo, mediante la expedición de un acto administrativo, con fundamento en las prerrogativas establecidas en los numerales 4 y 5 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, el cual hace las veces de reclamación, dado que no se aplica lo previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio; (ii) Segundo, dicho acto administrativo de carácter particular y concreto, debe ser notificado personalmente a los interesados (aseguradora y contratista), para que sea oponible y vincule a quien resulta obligado con sus disposiciones, con el fin de proceder al cobro de la respectiva indemnización; y (iii) Tercero, la aseguradora no puede objetar la reclamación (arts. 1080 y 1053 C.Co.), sino que la manera de oponerse es mediante la interposición de los recursos en sede administrativa que legalmente procedan en contra de la decisión; resueltos éstos negativamente, o si no son interpuestos, el acto adquiere firmeza, y con ella, la ejecutividad y ejecutoriedad propios de estas decisiones administrativas y que le permiten a la entidad proceder a su cobro ejecutivo. Esta decisión, por supuesto también puede ser impugnada por el contratista, administrativa y judicialmente. (...) el acaecimiento de los vicios ocultos luego de finalizado el contrato, implica, de suyo, que surja a favor de la entidad pública beneficiaria el derecho a reclamar la indemnización correspondiente mediante la exigibilidad de las garantías constituidas por el

contratista para cubrir los perjuicios producidos por la realización del riesgo asegurado, lo que en el caso del contrato de compraventa sucede luego de la entrega del bien objeto del mismo, es decir, una vez terminado el plazo de ejecución del contrato para el cual fue expedida la póliza. Y dicha reclamación se hace a través de un acto administrativo expedido, por tanto, una vez finalizado el contrato, siempre que dentro de la vigencia de la póliza ocurra el riesgo asegurado. Síguese de todo lo anterior que en el caso concreto no se configuró una incompetencia *“ratione temporis”*, pues la autoridad pública estaba habilitada para expedir el acto administrativo impugnado -resolución 001287 de 10 de diciembre de 1993- mediante el cual declaró el incumplimiento del contrato de compraventa n.º 067-DC-92 ante el vicio concerniente a la calidad del bien objeto del mismo y, en consecuencia, hizo efectiva la póliza de seguros otorgada por el contratista a su favor.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 6 de junio de 2007, exp. 30565

ACTOS QUE NO SON ADMINISTRATIVOS – No contienen la manifestación unilateral de la administración que produzcan efectos jurídicos

En el caso concreto se demandó la comunicación n.º 00674 de 12 de abril de 1994 (original visible a fls. 4 cd. ppal.), enviada por el señor Carlos Germán Bermúdez Picón, Asistente Abogado Dirección Comercial, Departamento de Antioquia, a la demandante, en virtud de la cual, *“con base en las instrucciones administrativas del Señor Juez de Ejecuciones Fiscales de la Secretaría de Hacienda”*, le manifiesta que no es posible aceptar *“por parte de la Administración en cabeza del señor Gobernador”* la *“presunta presentación del recurso de reposición”* contra la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993, por no haberlo hecho oportunamente. Sin embargo, observa la Sala que dicha comunicación en realidad no es un acto administrativo, dado que no contiene una manifestación unilateral de la administración que produzca efectos jurídicos frente a la actora expedido con fundamento en ejercicio de poder o de autoridad pública, sino que se trata de un simple oficio en el que un asistente de la Dirección Comercial de la Secretaría de Servicios Administrativos del Departamento de Antioquia informa las razones por las cuales la administración no dio trámite a un presunto recurso de reposición interpuesto por la actora. Por contera, dicha comunicación no resulta pasible de control judicial y en tal virtud no procede el análisis de su validez, pues lo propio de esta Jurisdicción es conocer de la legalidad de los actos administrativos, como el que si está contenido en la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993.

ACTO ADMINISTRATIVO – Impugnación / IMPUGNACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Ausencia de copia del recurso de reposición / NEGATIVA DE CONCEDER UN RECURSO – No constituye vicio de ilegalidad

Ahora bien, el demandante asegura que impugnó oportunamente en sede gubernativa la resolución demandada, por cuanto no se agotó en debida forma la diligencia de notificación personal, argumento que trae a colación como motivo de ilegalidad. Al respecto, precisa la Sala, por una parte, que la actora no adjuntó al proceso copia del recurso de reposición que afirma haber presentado contra el acto demandado; y por otra parte, que la comunicación n.º 01233, en la que el Asistente Abogado de la Dirección Comercial del Departamento de Antioquia, dice notificar al apoderado de la sociedad Sintel Ltda. la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993, no tiene fecha ni constancia de recibo por su destinatario, razones por las cuales no es posible establecer la fecha en que fue notificado el citado acto y la fecha en que supuestamente se habría interpuesto el recurso; es decir, no existen elementos que permitan tener claridad y certeza en relación con este punto. Sea lo que fuere, vale precisar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 del C.C.A. (modificado por el art. 22 del Decreto 2304 de 1989), cuando la administración no da la oportunidad de interponer los recursos procedentes contra el acto administrativo particular u opera el silencio administrativo (art. 60 *ibídem*), los interesados podrán demandarlo directamente, de manera que la negativa de conceder un recurso en sede administrativa -en los eventos en que este proceda- o el silencio, según el caso, no constituyen vicios de ilegalidad del acto administrativo ni tienen la virtualidad de afectar su validez, sino que tienen como consecuencia que se entienda agotada la vía gubernativa y por tanto permiten que el interesado pueda impugnarlo ante la Jurisdicción.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCISO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 135 del C.C.A / DECRETO 2304 DE 1989 – ARTICULO 22

NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencia de 15 de noviembre de 2011, exp. 16671

CARGA DE LA PRUEBA – Incumplimiento. Efectos

La carga de la prueba recae en quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda y por consiguiente, si la demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda debe soportar las consecuencias de su inobservancia, esto es, un fallo adverso a sus pretensiones. En conclusión, la actora incumplió con la carga probatoria

que le corresponde, pues no logró desvirtuar los hechos que le sirvieron de fundamento al Departamento de Antioquia para declarar el incumplimiento del contrato de compraventa en cuanto a la calidad del bien entregado, o sea enervar o destruir la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, razón por la cual la pretensión anulatoria no resulta procedente, tal y como lo decidió el Tribunal *a quo* y ahora confirma la Sala.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B)

Consejera ponente: **RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) febrero de dos mil doce (2012)

Radicado: **050012326000199400558-01 (20.810)**

Actor: **SISTEMAS INTEGRADOS ELÉCTRICOS LTDA.–SINTEL
LTDA.**

Demandado: **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA**

Referencia: **Acción de controversias contractuales**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso de la referencia, contra la sentencia de 15 de febrero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Novena de

Descongestión, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

La sentencia apelada, previo estudio, será confirmada por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El presente proceso se originó con la demanda presentada el 29 de abril de 1994, en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, por la sociedad Sistemas Integrados Eléctricos Ltda. -en adelante también Sintel Ltda.- en contra del Departamento de Antioquia, quien, a través de apoderado judicial, solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERO: Declarar que son nulos los siguientes actos:

- A. Resolución número 001287, expedida por el Gobernador de Antioquia el 10 de diciembre de 1.993.
- B. Acto administrativo contenido en la comunicación enviada el día 12 de abril de 1.994 por el Dr. CARLOS GERMÁN BERMÚDEZ PICÓN, Asistente Abogado Dirección Comercial, Departamento de Antioquia, a quien suscribe esta demanda, en virtud de la cual se rechaza el recurso de reposición contra la Resolución de que habla el literal precedente.

SEGUNDO.- Condenar al Departamento de Antioquia a pagar las costas del proceso, conforme lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1.993.”

2. Los hechos

En la demanda el actor expone los hechos que se compendian a continuación:

2.1. Entre el Departamento de Antioquia-Secretaría de Servicios Administrativos y la sociedad demandante se celebró el contrato número 067-DC-92, cuyo objeto era la compra de un ecógrafo, marca ATL, modelo ULTRAMARK 4, Unidad Básica, transductor lineal, transductor sectorial, con destino a la Dirección de Prevención y Asistencia en Salud de la Secretaría de Servicios Administrativos, por un valor de treinta y ocho mil seiscientos cuarenta dólares americanos (U.S. 38.640).

2.2. Como dentro del plazo inicialmente acordado fue imposible por fuerza mayor ejecutar el contrato, se solicitó prórroga, la que inicialmente fue negada, procediéndose a declarar el incumplimiento mediante resolución. Presentado el recurso de reposición contra la resolución que dispuso en tal sentido, el Departamento estableció un término perentorio de tres días para la entrega del equipo, y en ese lapso el contratista cumplió, haciendo entrega del mismo el día 13 de julio de 1992, de suerte que la administración decidió abstenerse de imponer sanciones por incumplimiento del plazo.

2.3. El día 31 de agosto –no señala el año- el Departamento, encontrando que *“el Traductor -Sic Sectorial no tiene la profundidad requerida, es decir 3.5. M.H.Z,”* solicitó al contratista *“en el término de la distancia, generar las soluciones*

técnicas”. El día 4 de septiembre –no indica el año- el contratista se apersonó y solucionó el problema, y el resultado final fue tan satisfactorio que los técnicos certificaron que el equipo se encontraba en óptimas condiciones de servicio y se daba por recibido.

2.4. No obstante lo anterior, inopinadamente y a espaldas del contratista, con base en una sospecha de que el equipo comprado a Sintel Ltda. no era nuevo, con fecha de 10 de diciembre de 1993, el Gobernador de Antioquia expidió la resolución número 001287, *“Por medio de la cual se hace efectiva una Póliza de Calidad en el suministro de un Ecógrafo, marca ATL...”*, en cuya parte resolutive se declara *“el incumplimiento en la calidad del ecógrafo”* y por consiguiente dispone hacer efectiva la póliza *“que ampara la calidad de la unidad”*.

2.5. Para notificar la resolución número 001287 de 10 de diciembre de 1993, no se intentó la citación del contratista, sino que de una vez se procedió a fijar edicto.

2.6. Apenas el día 2 de marzo de 1994 se enteró el contratista de la mencionada resolución y, el día 9 de marzo siguiente, es decir, dentro de los cinco días hábiles posteriores a la notificación, se presentó el recurso de reposición.

2.7. El día 12 de abril de 1994 se recibió respuesta por el Asistente de la Dirección Comercial del Departamento, en la que tal funcionario le indicó

al contratista la negativa de aceptar la presunta presentación del recurso de reposición contra la mencionada resolución, con fundamento en que no fue presentado oportunamente.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó la actora como infringidos los siguientes preceptos: (i) “...*la Resolución n.º 001287, expedida por el Gobernador de Antioquia de 10 de diciembre de 1993...*”; y (ii) el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

El libelista formuló los siguientes cargos contra el acto administrativo demandado:

(i).- Falsa motivación: indicó que en el numeral 21 del acto demandado se incurre en este vicio, dado que de conformidad con los artículos 35 y 59 del C.C.A., los actos administrativos deben ser motivados, requisito que tiene como finalidad concreta permitir el derecho de defensa, y en el presente caso no se permitió la defensa a la sociedad actora, porque se le privó del conocimiento acerca de las circunstancias en que surgió la inquietud de si el equipo era nuevo o viejo, las actuaciones que se adelantaron y las razones por las cuales no fue llamado para pedirle las correspondientes explicaciones.

Igualmente, señaló que este mismo vicio de falsa motivación se predica de los numerales 22 y siguientes, dado que cuando el equipo se entregó fue minuciosamente inspeccionado por el radiólogo y el abogado de la entidad, quienes examinaron el aspecto impecable, la evidencia de no haber sido usado y el perfecto estado en que se hallaba, de manera que la calidad no ha sido discutida, por lo que no entiende de dónde la administración detectó que no era nuevo y qué explicación tiene la visita de un funcionario de ATL -que en verdad se trata de un funcionario de una empresa distribuidora de equipos de esta marca con sede en Bogotá y por tanto competidora-, que en forma parcializada, primero afirmó verbalmente que el equipo tenía un uso de más de diez años y luego en escrito mencionó que había sido vendido el 19 de febrero de 1987, situación que generó mucha confusión. Agregó que adquirió el equipo nuevo en los Estados Unidos y como tal lo vendió al Departamento de Antioquia, sin que, por tanto, sea obsoleto ni su catálogo no corresponda al mismo.

(ii).- Incompetencia en razón del tiempo: sostuvo que existe una extemporaneidad de la declaratoria de incumplimiento del contrato, pues esta potestad no es perpetua, sino limitada en el tiempo: si el contrato es de los que ameritan liquidación la facultad de la administración se extiende hasta el acto que liquida el contrato; si no hay lugar a tal liquidación, el incumplimiento debe declararse antes del vencimiento del contrato.

(iii).- Incumplimiento del contrato: manifestó que la garantía de funcionamiento del equipo se limitó a un año, según la cláusula novena del

contrato, tiempo en el cual si el equipo hubiera resultado defectuoso, antes de declarar el incumplimiento, ha debido notificársele al vendedor cualquier defecto, para proceder de conformidad con lo señalado en el contrato.

Finalmente, consideró que el acto que negó el recurso de reposición fue proferido por funcionario incompetente, quien, además, pese a que conocía la dirección para notificaciones, optó por hacerlo mediante edicto, proceder que dejó sin eficacia esa diligencia y que implica que la impugnación fue oportuna.

4. La oposición a la demanda

Admitida la demanda en auto de 25 de febrero de 1995¹, el Departamento de Antioquia en el escrito de contestación a la misma, manifestó atenerse a lo que se probara en el proceso. Además, sostuvo que declaró el incumplimiento en la calidad del ecógrafo y dispuso hacer efectiva la garantía, con fundamento en que:

(i).- La Dirección de Prevención y Asistencia en Salud, detectó que el equipo era modelo antiguo, con un uso de 10 años y que el folleto de menú entregado por Sintel Ltda. no correspondía al que realmente había sido comprado.

¹ El Tribunal *a quo* procedió a admitir la demanda previa solicitud a la actora de copia auténtica del contrato de compraventa n.º 067-DC-92 y al demandado de la Resolución número 001287 de 10 de diciembre de 1993 (fls. 20 y ss. cd. ppal.).

(ii).- Por su parte el señor James E. Baird el día 10 de noviembre de 1993, ratificó por escrito lo expresado a la Dirección de Prevención y Asistencia en Salud - señor José Fernando Hoyos, funcionario de la misma, anotando que *“El Sistema fue originalmente vendido a El Park Hill Clinic para mujeres en Fayetteville, Arkansas en febrero 19 de 1987.”*

(iii) Igualmente, el señor Baird manifestó que *“habría una cuestión de si el sistema fue reacondicionado (Reparado), yo puedo asegurar que este UM4 no estuvo en una Fábrica de reacondicionamiento; el número de serie habría sido cambiado para reflejar esto (o para confirmar esto), también noté, que una documentación usada es para un modelo posterior”*.

De acuerdo con lo anterior, aseveró que no fue por mera liberalidad que el Departamento dispuso hacer efectiva la póliza que garantizaba la calidad del equipo, pues ello se hizo porque, precisamente, se detectó que el mismo no reunía ni cumplía con las calidades sobre las cuales se basó el contrato de compraventa que dio origen a la litis.

5. Actuación procesal

5.1. Por auto de 28 de septiembre de 1995 se abrió el proceso a prueba.

5.2. Previa convocatoria del Tribunal *a quo*, los días 22 de julio de 1997, 11 de agosto de 1998 y 23 de agosto de 2000, se intentó llegar a una conciliación por las partes, pero la misma resultó fracasada.

5.3. En providencia de 23 de agosto de 2000 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y agregó que si bien el plazo del contrato vence con la entrega del bien, y el incumplimiento de éste sólo puede declararse dentro del plazo, el acto administrativo demandado lo que hizo fue declarar el incumplimiento en la calidad del ecógrafo, situación diferente a la planteada por la actora. Afirmó, además, que no se desvirtuaron en el proceso los motivos que condujeron a hacer efectiva la póliza. El demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

6. La sentencia recurrida

Advirtió el Tribunal *a quo* que de conformidad con el contrato n.º 067-DC-92 el vendedor se comprometió a entregar un equipo nuevo y de primera calidad y que, aun cuando el vendedor cumplió con la entrega del mismo, no es solamente ésta la obligación del contratista, pues no tendría ningún sentido la póliza de calidad del bien.

Señaló que el demandante es quien debe soportar la carga de la prueba, por cuanto el acto administrativo goza de presunción de legalidad y, en este sentido, observa que no aportó prueba alguna que acreditara que el equipo objeto del contrato era nuevo y no de segunda, de manera que no desvirtuó lo afirmado en la resolución demandada, con el fin de demostrar la falsa motivación de la misma.

Aclaró que el incumplimiento decretado por la entidad demandada se refiere a las obligaciones subsidiarias a la principal, toda vez que de no haberse cumplido con ésta, o sea, la entrega del equipo, no se podría haber detectado si el contratista cumplió o no con las especificaciones de la calidad del bien; y que, en cuanto a la violación contractual, ella no aparece acreditada, pues el procedimiento establecido en la cláusula décima del contrato hace relación a los posibles defectos de fabricación, más nunca a que el equipo fuera usado.

Por último, concluyó que no quedó plenamente demostrado que el acto administrativo complejo, conformado por la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993 y el acto por medio del cual se rechazó el recurso de reposición, no sea válido, dado que la sociedad actora descuidó la parte probatoria que le correspondía atender, con el fin de desvirtuar la presunción de validez que le asiste a aquél.

7. La apelación

En escrito de 20 de marzo de 2001, el actor presentó recurso de apelación, en el que censuró la sentencia, por cuanto, en su criterio, el Tribunal *a quo* evadió el tema principal de la acusación realizada en la demanda contra el acto, cual es la incompetencia en razón del tiempo.

A su juicio, la jurisprudencia del Consejo de Estado coincide con lo alegado por él, en el sentido de que la evaluación sobre el cumplimiento del contrato y la aplicación de correctivos y sanciones son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del contrato y la liquidación del mismo (Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1999, exp. 10.264), mientras que la sentencia impugnada nada dice al respecto.

En su opinión, no tenía porque probar si tenía o no razón la administración en los argumentos que adujo para proferir el acto, porque acreditada la incompetencia por razón del tiempo y la violación al debido proceso, era innecesario el examen sobre tales argumentos.

Insistió en que *“...la regla de derecho debe ser general. Esa regla, sentada por la jurisprudencia en una sabia interpretación de la ley, señala que una vez vencido el término para la liquidación del contrato, la Administración pierde ipso iure todos sus poderes exorbitantes, luego no puede ella misma declarar el incumplimiento del contrato, sino que tiene que acudir a la Jurisdicción Administrativa para que sea ésta la que se pronuncie al respecto./Luego cualquier administración que expirado el término para liquidar el contrato declare su incumplimiento, está incurriendo en incompetencia por razón del tiempo, y en consecuencia el acto es inválido.”* Así las cosas, censuró la actuación del Tribunal *a quo* por no aplicar al caso esa regla y señaló que *“si es que SINTEL LTDA. le vendió al Departamento un equipo de segunda, cuando en el contrato se había comprometido a entregar uno nuevo, el derecho tiene otras vías para satisfacer el entuerto, castigar al timador y restablecer el daño causado al Departamento.”*

Por último, cabe anotar que esta Sala no reproducirá las manifestaciones y calificativos desobligantes del escrito de impugnación suscrito por el apoderado de la parte demandante para con el Tribunal *a quo*, y que no solo están por fuera del marco jurídico, sino del decoro y respeto con que deben dirigirse las personas a la Administración de Justicia y en especial los profesionales del derecho en el ejercicio de su oficio.

8. Actuación en esta instancia

8.1. En auto de 26 de julio de 2001 se admitió el recurso de apelación formulado por el actor.

8.2. En providencia de 30 de agosto de 2001, se dio traslado común por el término de ley a las partes y al Ministerio Público, etapa durante la cual:

8.2.1. El demandante no intervino.

8.2.2. El demandado solicitó confirmar el fallo impugnado, con fundamento en que el acto administrativo demandado lo que declaró fue el incumplimiento en la calidad del ecógrafo, situación diferente al incumplimiento planteado por el demandante, siendo, además, aplicable en este caso la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia de 13 de septiembre de 1999, exp. 10.264) que distingue los plazos del contrato estatal, esto es, para su ejecución y liquidación, etapa esta última en la cual

no está ausente la potestad de autotutela de la administración para declarar el incumplimiento del contrato.

9. Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público, a través de la Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, rindió concepto en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar dictar fallo inhibitorio, con base en las siguientes consideraciones:

En primer término, puso de presente la existencia de una posible nulidad procesal (n.º 9 del artículo 140 C.P.C), dado que no fue citada al proceso la compañía de Seguros del Estado S.A., aseguradora que expidió la póliza de seguros que se hizo efectiva en el acto administrativo demandado.

En segundo término, advirtió que si bien la demanda se presentó en ejercicio de la acción de controversias contractuales, lo cierto es que de acuerdo con las pretensiones, los hechos y el acto administrativo demandado, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, medio este de control que se podría admitir mediante una interpretación de la demanda para dar prevalencia al derecho sustancial sobre el adjetivo y teniendo en cuenta que fue intentada dentro de los cuatro meses que contempla la ley.

En tercer término, observó que el poder fue otorgado para interponer una demanda o proposición de carácter contractual, pero no para demandar la nulidad de actos administrativos, lo que equivale a una carencia de poder, razón por la cual se impone un fallo inhibitorio.

En cuarto término, manifestó que en el evento en que se considere que no se presenta la irregularidad anotada, la sentencia impugnada debe ser confirmada, dado que no existe la falta de competencia temporal alegada, pues el Departamento de Antioquia no declaró el incumplimiento del contrato, sino el siniestro correspondiente al riesgo de calidad del bien amparado mediante la póliza de seguro, para proceder al cobro del monto asegurado, actuación que era la indicada habida cuenta de que el negocio de compraventa ya había finalizado –puesto que la obligación de entrega ya se surtió- y lo conducente, entonces, es la reclamación ante la compañía de seguros que expidió dicha póliza.

II. CONSIDERACIONES

La Sala confirmará la sentencia apelada, para lo cual analizará los siguientes aspectos: 1) competencia; 2) el objeto de la acción y el motivo de la apelación; 3) el poder para actuar; 4) la idoneidad de la acción contractual para controvertir obligaciones post-contractuales y su ejercicio oportuno; 5) la supuesta nulidad procesal por la falta de citación de la aseguradora; 6) lo demostrado en el proceso; y 7) la validez del acto administrativo demandado

que declaró el siniestro del incumplimiento del contrato e hizo efectiva la garantía.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda supera aquella exigida para el efecto en vigencia del Decreto 597 de 1988, esto es, antes de la vigencia de las cuantías establecidas en la Ley 446 de 1998².

2. El objeto de la acción y el motivo de la apelación

Según la demanda se persigue la declaratoria de nulidad de la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993, mediante el cual el Gobernador de Antioquia resolvió declarar *“el incumplimiento en la calidad del Ecógrafo Lineal Sectorial marca ATL modelo Ultramar 4 unidad básica...”* y *“Hacer efectiva la Póliza Nro. 9283209 en su integridad, expedida por la Compañía de Seguros del Estado S.A., que ampara la calidad de la Unidad Ecográfica”*, por falsa motivación,

² De acuerdo con el Decreto 597 de 1988, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales en el año de 1994 tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación era de \$9.610.000 y la mayor de las pretensiones de la demanda con la cual se inició este proceso ascendía a \$20.000.000, suma que equivale al valor de la garantía que el Departamento hizo exigible y a cuyo cobro en repetición por la aseguradora quedaría expuesta la sociedad actora, lo cual constituye el perjuicio que involucra el acto demandado para la misma. Adicionalmente, le corresponde resolver el recurso de apelación en consideración a lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

incompetencia por el factor temporal, incumplimiento del contrato y no agotamiento de la diligencia previa de notificación personal. Igualmente, pidió la nulidad de la comunicación de 12 de abril de 1994, por falta de competencia de quien la suscribe -Asistente Abogado de la Dirección Comercial, del Departamento de Antioquia-, y en virtud de la cual se rechaza el recurso de reposición contra la anterior resolución.

La demandada se opuso a las pretensiones, dado que hizo efectiva la póliza que garantizaba la calidad del equipo, al detectar que el mismo no reunía ni cumplía con las calidades sobre las cuales se basó el contrato de compraventa, situación, por lo demás, diferente al incumplimiento planteado por la actora.

El Tribunal *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que no se habían desvirtuado por la actora los hechos con base en los cuales se profirieron los actos demandados, en particular no aportó prueba alguna que acreditara que el equipo objeto del contrato era nuevo y no de segunda.

En el recurso de apelación la sociedad actora censuró la sentencia, por cuanto, en su criterio, el Tribunal *a quo* evadió el tema principal de la acusación realizada en la demanda contra el acto, cual es la incompetencia en razón del tiempo, en tanto la declaratoria de incumplimiento es válida si se efectúa durante el plazo del contrato o la liquidación del mismo en el caso de que lo requiera y en el *sub lite*, está acreditado que el acto contentivo de dicha declaración fue expedido vencido el contrato.

De acuerdo con lo anterior, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala estriba en establecer si están demostrados los hechos que configuran los cargos de ilegalidad formulados por la actora en contra del acto administrativo, por medio del cual el Departamento de Antioquia declaró el incumplimiento en la calidad del objeto del contrato de compraventa celebrado entre las partes y, en particular, a partir de la delimitación realizada en el recurso de apelación, lo relativo a la incompetencia temporal alegada para su expedición, previo el estudio de las siguientes cuestiones previas:

3. El poder para actuar

Advirtió el Ministerio Público en su concepto que el poder no fue otorgado para demandar la nulidad de los actos administrativos a los que se hace referencia en las pretensiones, contraviniendo los artículos 65 a 70 del C. de P. Civil, aplicables en el contencioso por virtud de la remisión expresa del artículo 247 del C.C.A., lo que comporta una carencia de poder e impone un fallo inhibitorio, observación que, a juicio de la Sala, no tiene mérito para comprometer la actuación que se adelanta.

En efecto, está acreditado en el expediente que el señor Charles Jhonny Jaramillo Tavares, el 28 de abril de 1994 -un día antes de presentar la demanda-, en su calidad de representante legal de la sociedad Sistemas Integrados Electrónicos Limitada-Sintel Ltda., parte del contrato n.º 067-

DC-92, celebrado con el Departamento de Antioquia, y al cual hace referencia la resolución 001287 de 10 de diciembre de 1993, en la que se declaró el incumplimiento del mismo y se hizo efectiva la póliza de calidad, otorgó mediante escrito con presentación personal ante el Notario Diecinueve del Círculo de Medellín y dirigido al Tribunal Administrativo de Antioquia, poder especial al abogado Efraín Gómez Cardona para interponer demanda o proposición de carácter contractual contra el Departamento de Antioquia; también se agrega en el escrito, que el apoderado quedaba facultado para desistir, recibir, transigir y demás facultades propias de este tipo de mandato (fl. 1 cd. ppal.).

El apoderamiento judicial es una especie de mandato, según el cual el apoderado se obliga para con el poderdante a representar y defender sus intereses en el respectivo proceso, en varios procesos determinados o en todos los procesos en que tenga que intervenir el mandante³, y puede, entonces, ser general o especial, este último cuando versa sobre un solo proceso o varios determinados o singularizados, y el primero cuando comprenda todo tipo de procesos.

En cuanto a su formación el artículo 65 del C. de P. Civil (modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 1. No. 23), establece la solemnidad escrituraria para los poderes judiciales, en los siguientes términos:

³ MORALES MOLINA, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Edt. ABC, Undécima edición, 1991, págs. 285 y ss.

“Los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos separados, sólo podrán conferirse por escritura pública.

En los poderes especiales, los asuntos se determinaran claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.

El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento, presentado como se dispone para la demanda...”

En otros términos, el poder general y el especial para varios procesos separados únicamente podrán ser otorgados por escritura pública; mientras el poder especial para un proceso podrá hacerse constar en dicho instrumento o simplemente en un memorial dirigido al despacho del juez de conocimiento.

Sobre el alcance del poder para ejercer el derecho de postulación, el profesor Morales Molina, en su obra Curso de Derecho Procesal Civil, señala:

“...El apoderado judicial ejerce la representación del poderdante, en el proceso o procesos para los cuales ha sido conferido el poder, así como para proponer demanda de reconvenición o contestarla y para cualquier actuación referente a la actuación a intervención de terceros (Art. 70). (...) Por ello, el apoderado puede demandar, contestar la demanda y su reforma (Art. 89), recibir notificaciones alegar por escrito u oralmente, nombrar auxiliares de la justicia, recurrir, proponer incidentes, etc. Para que no pueda efectuar un acto necesita que la ley lo diga...”⁴ (inciso final art. 70 C.P.C.) -resalta la Sala-

Siguiendo la doctrina precedente, el apoderado puede ejercer en el proceso todas las facultades del poderdante, salvo las materias expresamente exceptuadas en la ley, o cuando el poderdante haya restringido el poder para

⁴ MORALES MOLINA, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, Edt. ABC, 1991, pág. 294.

determinada actuación, tal y como lo señala el artículo 70 *ibídem*⁵ y por lo mismo, “[el] apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, siempre que se relacionen con las que en el poder se determinan”.

Por lo tanto, con sustento en las disposiciones procesales, la Sala encuentra que el poder conferido en el proceso comprende la facultad de solicitar la nulidad del acto administrativo, dado que su expedición es la que origina la controversia contractual surgida entre las partes y con ocasión de la cual se otorgó aquél por parte de la firma Sintel Ltda.

En conclusión, quien ha venido actuando como apoderado de la parte actora en el proceso está autorizado con el poder inicial para representarla y demandar en su nombre la nulidad de los actos administrativos objeto de las pretensiones de la demanda.

4. La idoneidad de la acción contractual para controvertir obligaciones post-contractuales y su ejercicio oportuno

⁵ “ARTÍCULO 70. FACULTADES DEL APODERADO. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 26 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> El poder para litigar se entiende conferido para los siguientes efectos:/ Solicitar medidas cautelares y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de éste, realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en aquélla./ El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, siempre que se relacionen con las que en el poder se determinan./El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvencción y la intervención de terceros./El apoderado no podrá realizar actos que impliquen disposición del derecho en litigio, ni reservados exclusivamente por la ley a la parte misma; tampoco recibir, salvo que el demandante lo haya autorizado de manera expresa.”

El Ministerio Público, en su concepto, considera que la acción procedente en el *sub lite* es la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de controversias contractuales.

Para la Sala la acción escogida por la actora es la idónea para ventilar la legalidad del acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro de incumplimiento del contrato, con el propósito de hacer efectiva la garantía de calidad del bien materia del contrato de compraventa suscrito por las partes.

En efecto, la pretensión de nulidad del acto que declara el siniestro del incumplimiento del contrato para efectos de hacer exigible la garantía de calidad del bien es pasible jurisdiccionalmente de la acción relativa a controversias contractuales en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma modificada por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 -texto vigente para la época de presentación de la demanda el 29 de abril de 1994⁶-, que fue la escogida por el actor, porque, es claro que una vez celebrado el contrato, todos los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual son

⁶ "Artículo 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. [modificado por el artículo 17 del decreto 2409 de 1989] Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones./ "Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales./El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato, está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes."

susceptibles de esta clase de acción, teniendo en cuenta que éstos no se conciben sin la existencia de aquél.

La jurisprudencia había señalado que no era viable que un acto que haya sido expedido luego del perfeccionamiento del contrato y antes de su liquidación final, se impugne mediante otro tipo de acción, pues de otra *“...manera no tendría sentido la existencia de una acción especial, concebida para ventilar todas las controversias relativas al contrato, para simultáneamente permitir que algunas de tales controversias se tramitaran por una acción diferente.”*⁷ Además, la Sección manifestó en su momento lo siguiente:

“...Si la controversia persigue un pronunciamiento de la jurisdicción acerca de la existencia de un contrato administrativo, o de uno interadministrativo o de uno de derecho privado de la administración en que se haya pactado la cláusula de caducidad, o busca un pronunciamiento sobre su validez, o va en procura de que se decrete su revisión, o se pretende que por la jurisdicción se declare que fué incumplido y que se indemnicen los perjuicios que con el incumplimiento se causaron o, finalmente, que el actor cumplió y que debe pagársele las prestaciones convenidas, todo ello deberá ventilarlo por la vía de las que con alguna impropiedad el artículo 87 del C.C.A. denominaba de las ‘acciones relativas a contratos’ y que el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 que lo subrogó, llama ‘controversias contractuales’ y por esta misma vía podrá pedir que se diriman sus pretensiones de nulidad de los que la doctrina denomina actos administrativos no separables del contrato, es decir de aquellos que por tener fundamento en un contrato de las especies anotadas no hubieran podido ser proferidos sino por existir alguno de tales contratos...”⁸

De ahí que, a propósito de lo que debía entenderse por actos separables de los contratos, la jurisprudencia había definido que tal calificación estaba

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de diciembre de 1990, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

⁸ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 28 de septiembre de 1990, exp. 5905, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, siendo los contractuales propiamente dichos los que se produjeran en las etapas de ejecución y liquidación, los cuales debían controlarse, por consiguiente, a través de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, vigente desde el 1 de enero de 1994 -artículo 81-, para efectos de la interposición de la acción de controversias contractuales suprimió la diferenciación que con anterioridad a la misma hacia la jurisprudencia entre actos separables de los contratos, los cuales eran atacables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, y los actos contractuales impugnables a través de las acciones de controversias contractuales, con la condición de ser ejercida en un término nuevo, esto es, el de 30 días, contados a partir del día siguiente a la notificación, comunicación o publicación del acto, siempre que no se haya celebrado el contrato, por cuanto una vez celebrado éste es la acción contractual la reservada para enjuiciar todos los actos se produzcan con ocasión de la actividad contractual.

Bajo la égida de la Ley 80 de 1993, en su artículo 77 -norma de estirpe procesal y por ende aplicable al caso en examen-, todos los actos que se produjeran con motivo u ocasión de la actividad contractual, fueran anteriores, concomitantes o posteriores al contrato, únicamente podían ser demandados mediante la acción de controversias contractuales, excepto

aquellos en que en el resto de su articulado expresamente prescribió otra vía como para el acto de adjudicación, en el párrafo primero del mismo artículo 77, de declaratoria de desierta de la licitación o concurso y de calificación y clasificación de proponentes ante la cámara de comercio, según el artículo 22-5 *ibidem*, que podían ser demandados invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Situación esta que luego cambió por cuenta de la modificación introducida al artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, de conformidad con el cual se consagró legislativamente la idoneidad de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho para el enjuiciamiento de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual⁹.

Esta conclusión a la que llega la Sala respecto de la idoneidad de la acción elegida por la sociedad actora, no se altera por el hecho de que se persiga la nulidad del acto administrativo que declara el siniestro del incumplimiento de un contrato para hacer efectiva la garantía de calidad del bien entregado por el contratista a la entidad pública, según lo prescrito por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 10 de marzo de 1994, exp. 9118 C.P. Carlos Betancur Jaramillo. El artículo 32 de la Ley 446 de 1998, al modificar el artículo 87 del C.C.A., que versa sobre las controversias contractuales, consagró la posibilidad de que los actos separables proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, sean demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, sin que la interposición de la acción interrumpa el proceso licitatorio, ni la celebración o ejecución de contrato. Término que según la misma norma está además sujeto, como condición adicional, a la no celebración del contrato, dado que una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta de éste.

Adviértase que en los contratos suscritos con la administración, los contratistas están en la obligación de amparar la estabilidad de la obra o la calidad del servicio o bien suministrado, riesgo que debe cubrirse a partir de su terminación (arts. 67 a 70 Decreto 222 de 1983, art. 25 n.º 19 y 60 inc. final de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el Decreto 679 de 1994, hoy art. 11 de la Ley 1150 de 2007 y Decreto 4828 de 2008), y al ser evidente que el incumplimiento de dicha obligación está directamente vinculada al contrato y que su estudio pende de la existencia misma del negocio jurídico celebrado, es viable afirmar que ese tipo de controversia es de naturaleza contractual, así se presente por situaciones originadas después de la terminación del contrato o post-contractuales.

Al respecto, conviene advertir que ya la Sección había concluido que los actos expedidos por la Administración después de terminado el contrato, como son aquellos mediante los cuales se declara el siniestro para que el contratista responda precisamente, por vicios y defectos de la obra o por la calidad del servicio prestado o bien suministrado, participan de la naturaleza de actos contractuales, por ser expedidos como consecuencia de la ejecución del respectivo negocio jurídico y, además, que su discusión judicial se subsume en la acción de controversias contractuales; así discurrió:

“A primera vista se advierte que una vez liquidado el contrato, la única responsabilidad que subsiste para el contratista con la administración como dueña de la obra, es la de acudir al saneamiento de los vicios y defectos de construcción de la obra en los términos del art. 2060 del C.C., cuando se trata de la ejecución de un contrato de obra pública, así como amparar la de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones

laborales o de los daños causados a terceros por el contratista, riesgos que en la contratación estatal es obligatorio garantizar (Art. 25-19 y 60 ley 80 de 1993). La Administración tiene la potestad de hacer efectiva las garantías correspondientes en el evento que se configure cualquiera de los anteriores riesgos. Ocurrido el siniestro la administración puede declararlo mediante acto administrativo debidamente motivado, que podrán impugnar judicialmente dentro de los dos años siguientes quienes se sientan afectados con la decisión de la administración, esto es, el contratista de la obra y la compañía de seguros. En el presente caso, se trataría de un acto que es necesario expedir como consecuencia de la ejecución de un contrato y el cual tendría igual tratamiento y discusión judicial que los actos dictados durante el desarrollo del contrato¹⁰ (subrayado por fuera del texto original)

Y, en época reciente reiteró la Sección:

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

De otra parte, según lo prescrito por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993^[11], norma vigente al momento de incoar la acción contractual, los actos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual son controlables por vía administrativa mediante el recurso de reposición y judicialmente a través del ejercicio de la acción contractual, quiere decir que los actos administrativos expedidos por la Administración, después de la terminación del contrato, como lo

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2001, exp. 13347, C.P. Ricardo Hoyos Duque, reiterada en sentencia de 20 de septiembre de 2001, exp. 14582.

¹¹ La norma prescribe lo siguiente: “ARTÍCULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil./ Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo./ PARÁGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo” (subrayado de la Sala).

es el acto mediante el cual se declara el siniestro en un contrato estatal, serán enjuiciables mediante el ejercicio de la acción contractual.¹²

Aplicando el criterio jurisprudencial anterior, es claro que el conflicto derivado a propósito de los actos administrativos que expiden las entidades públicas para hacer efectiva la garantía contractual que ampara el riesgo de estabilidad de la obra o calidad del servicio prestado o el bien suministrado luego de terminado e incluso liquidado el contrato estatal, se ventila en la jurisdicción mediante la acción de asuntos contractuales.

En consecuencia, la acción de controversias contractuales, establecida en el artículo 87 del C.C.A., es la idónea para obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y las condenas consecuenciales de esta decisión, como se pretende en el *sub lite*, pues no tiene una tipificación diferente en el contencioso administrativo.

Como corolario de lo expuesto, colige la Sala que la acción fue intentada en tiempo oportuno, teniendo en cuenta que, como se verá más adelante no obra en el expediente la prueba de la notificación personal de la resolución que se demanda a la sociedad actora, de manera que si aún en gracia de discusión se tomara como fecha para el cómputo respectivo el 10 de diciembre de 1993, fecha de expedición de la resolución n.º 001287, es claro que al 29 de abril de 1994, fecha en que se presentó la demanda, no habían

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 14.667. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

transcurrido los dos años que contempla la ley como término para su ejercicio.

5. La supuesta nulidad procesal por la falta de citación de la aseguradora

El Ministerio Público también indicó que existía una posible nulidad procesal de carácter saneable de que trata el n.º 9 del artículo 140 C.P.C.¹³, dado que la compañía de Seguros del Estado S.A., aseguradora que expidió la póliza de seguros que se hizo efectiva en el acto administrativo demandado, no fue citada al proceso.

Al respecto, valga recordar que las partes que participan en la composición de un litigio, como demandante y demandado, pueden estar conformadas por una sola persona en cada caso o, por el contrario, pueden converger a integrarlas una pluralidad de sujetos, evento en el cual se está en presencia de lo que la ley y la doctrina han denominado un litisconsorcio. Esta figura consagrada en nuestra legislación procesal (arts. 50 y siguientes del C. de P. Civil), ha sido dividida tradicionalmente en dos clases, atendiendo a la naturaleza y número de relaciones jurídicas que intervengan en el proceso: litisconsorcio necesario y voluntario o facultativo.

¹³ **"ARTÍCULO 140. CAUSALES DE NULIDAD.** <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 80 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley."

Existe *litisconsorcio necesario* cuando hay pluralidad de sujetos en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una única relación jurídico sustancial. En este caso y por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos.

La vinculación de quienes conforman el *litisconsorcio necesario* podrá hacerse dentro de la demanda, bien obrando como demandantes o bien llamando como demandados a todos quienes lo integran y en el evento en que el juez omite citarlos, debe declararse la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda (numeral 8 del artículo 140 del C. de P. Civil). Si esto no ocurre, el juez de oficio o por solicitud de parte podrá vincularlos en el auto admisorio de la demanda o en cualquier tiempo antes de la sentencia de primera instancia, otorgándoles un término para que comparezcan, y de no hacerlo debe declararse la nulidad de una parte del proceso o a partir de la sentencia de primera instancia (numeral 9 *ibídem*), con el fin de lograr su vinculación al proceso para que tengan la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses, dado que la sentencia los puede afectar.

En cambio, el *litisconsorcio será facultativo o voluntario* cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica, sino de tantas cuantas partes dentro del proceso deciden unirse para promoverlo

conjuntamente (legitimación por activa), aunque válidamente pudieran iniciarlo por separado, o de padecer la acción si sólo uno o varios de ellos debe soportar la pretensión del actor (legitimación por pasiva). Bajo esta modalidad, los actos de cada uno de los litisconsortes no redundarán en provecho o en perjuicio de los otros, sin que ello afecte la unidad del proceso o implique que la sentencia sea igual para todos (art. 50 del C. de P. Civil).

Ahora bien, en relación con el *litis consorcio* que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador de seguro, quien transfiere el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración, considera la Sala que no encuadra exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como *litis consorcio cuasinecesario*.

Esta especie o modalidad de litis consorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el *litis consorcio necesario* y el *facultativo*. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con

que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos.

El inciso tercero del artículo 52 del C. de P. Civil, regula este tipo de litis consorcio en los siguientes términos:

“Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de ésta, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.”

La Corte Suprema de Justicia, ha reconocido la existencia de esta intervención litisconsorcial, y con base en el mencionado texto ha dicho que:

“Por encima de las dudas que suscita la nominación, lo cierto es que la ley procesal colombiana, de manera expresa sólo identifica dos tipos de litisconsorcios: el facultativo en el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil y el necesario en el 51, ambos referidos a la integración plural de las partes. Empero, el artículo 52 inciso 3º ibídem, según se vio, regula un tipo de intervención de tercero que no se acomoda estrictamente al litisconsorcio necesario, pero tampoco al facultativo, porque aun sin su presencia la sentencia produce ‘efectos jurídicos’ o lo vincula en cuanto afecta la determinada relación sustancial de que era titular, razón por la que estaba legitimado ‘para demandar o ser demandado en el proceso’. En otras palabras, el citado inciso consagra la llamada por el mismo artículo 52 ‘intervención’ ‘litisconsorcial’ que bien pudiera señalarse como ‘cualificada’, para diferenciarla en todo caso de la intervención ‘simple’ o ‘adhesiva’ o de mera coadyuvancia. Esta intervención litisconsorcial, según lo indica el mencionado texto, se presenta cuando el interviniente sostiene con una de las partes una determinada relación sustancial que habrá de ser afectada por la sentencia, en cuanto sobre ella se irradian los efectos de cosa juzgada, radicando en esto el núcleo esencial del interés del tercero, al cual la ley le da la mayor relevancia, al instituir al tercero que así interviene como parte autónoma, otorgándole la condición de litisconsorte y reconociéndole todas las garantías y facultades de parte.”-Subraya la Sala-¹⁴

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de octubre de 2000, exp. 5387, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

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

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

Ahora bien, aunque pudiera pensarse que no se requiere la concurrencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista al proceso donde se debate la nulidad del acto que declara el siniestro amparado en la póliza, como quiera que ambos pueden demandar o no demandar dicho acto o hacerlo en forma independiente, con lo cual podría estimarse que se está en presencia de un *litis consorcio facultativo*, en el evento que nos ocupa, resulta más nítida la aplicación de la figura del *litis consorcio cuasinecesario*, teniendo en

cuenta que la sentencia de nulidad del acto administrativo finalmente tiene efectos frente a ambos, pues al desaparecer el acto cesa la obligación a cargo de la aseguradora de pagar la indemnización por concepto de efectividad de la garantía de calidad y en consecuencia el derecho de ésta de repetir contra el contratista.

Es decir, en esos casos tanto a la aseguradora como al contratista asegurado le asiste un interés individual y por ende, podrán reclamar cada uno en juicio lo que crea que en derecho les corresponde ventilar, sin que sea necesario que se presenten conjuntamente a demandar el acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, entre otras razones, porque ese acto en realidad obliga directamente a la compañía aseguradora al pago de la indemnización materia del seguro a favor de la entidad pública beneficiaria, mientras que al contratista la efectividad de la garantía lo deja expuesto a una repetición del importe pagado, cuando a ello hubiere lugar, pero, con todo, la nulidad podría terminar beneficiándolos a ambos, con lo cual la sentencia extiende sus efectos jurídicos.

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

(i) Entre el asegurado contratista y la aseguradora existe una relación material sustancial originada en un contrato de seguro (vínculo jurídico) que los legitimaría para actuar como parte activa en el proceso;

(ii) Cuando cualquiera de los afectados, esto es aseguradora o el asegurado contratista demande el acto administrativo, el otro no tiene porque ser citado al proceso, por cuanto está en su derecho de demandarlo o no hacerlo, no obstante lo cual de conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, los efectos de la nulidad del acto declarada en la sentencia afectan a quien no decidió demandar por virtud de la fuerza de la *cosa juzgada* que le otorga la misma; igualmente, la negativa de la nulidad tiene por efecto la *cosa juzgada erga omnes*, pero solo en relación con el vicio que fue objeto de juzgamiento, situación que le impide al otro afectado volver a solicitar el enjuiciamiento del acto por el mismo defecto

(iii) Si bien la aseguradora o el asegurado contratista, según el caso, no requieren ser citados al proceso, pues basta que uno sólo de ellos demande, quien no lo haga puede concurrir e intervenir en el proceso en el estado en que se encuentre, antes de dictarse fallo de única o segunda instancia (art. 52 C.P.C), y con todas la prerrogativas de la parte activa siempre que respecto de ella no haya operado la caducidad para ventilar en sede judicial sus pretensiones, porque hay que recordar que al contrario de lo que sucede con la nulidad, los efectos del restablecimiento del derecho dispuestos en la sentencia sólo aprovechan a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor, intervención que, por supuesto, debe hacerse antes de que se hubiese configurado dicho fenómeno procesal de la caducidad.

(iv.) Para dictar sentencia frente a la *litis* no se requiere la comparecencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista, pues es suficiente la concurrencia de cualquiera de ellos.

Dadas estas circunstancias, encuentra la Sala que no se configura nulidad procesal alegada por el Ministerio Público, por cuanto, en este evento se está en presencia de un *litisconsorcio cuasinecesario* o, en gracia de discusión, sobre la naturaleza de esta figura, en un *litis consorcio facultativo*.

Despejadas las anteriores cuestiones previas, pasa la Sala a estudiar el fondo del *sub exámine*.

6. Lo demostrado en el proceso

De acuerdo con la prueba documental que obra en el proceso, se demostraron las siguientes circunstancias particulares y relevantes del caso *sub iudice*:

6.1. Que el Departamento de Antioquia-Secretaría de Servicios Administrativos y la sociedad Sistemas Integrados Eléctricos Ltda.-Sintel Ltda., previo adelantamiento de un proceso de selección (cfr. documentos auténticos a fls. 2 a 4, 34 a 53 cd. 2) celebraron el contrato número 067-DC-92, cuyo objeto era la compra de un ecógrafo, marca ATL, modelo ULTRAMARK 4, Unidad Básica, transductor lineal, transductor sectorial, con destino a la Dirección de Prevención y Asistencia en Salud de la

Secretaría de Servicios Administrativos, por un valor de treinta y ocho mil seiscientos cuarenta dólares americanos (U.S. 38.640) y un plazo de duración de sesenta (60) días hábiles, contados a partir de su legalización (original a fls. 20 a 25 cd. ppal.).

En la cláusula novena se estipuló la garantía comercial:

“NOVENA: Garantía comercial. El VENDEDOR garantiza a El DEPARTAMENTO el adecuado funcionamiento del equipo contra defectos de fabricación, por un término de un (1) año, a partir de la entrega de dicho equipo.”

En la cláusula décima se pactó lo atinente a la garantía del equipo, así:

“DÉCIMA: Garantía del equipo: El equipo que por medio de este contrato vende el VENDEDOR a EL DEPARTAMENTO, será todo nuevo y de primera calidad y EL VENDEDOR lo garantiza en todas sus partes integrantes. 2) Si durante el período de garantía el equipo resultare probablemente defectuoso y los elementos o parte de él defectuosos, conforme a las siguientes especificaciones: a) EL DEPARTAMENTO notificará a EL VENDEDOR la existencia de los defectos que ocurran, dentro de los quince (15) días siguientes al día en que sean notados. b) Las partes reemplazadas quedarán en propiedad del VENDEDOR. c) Este iniciará inmediatamente las reparaciones si los repuestos se hallan en el país, pero si fuere necesarios importarlos, EL DEPARTAMENTO concederá a EL VENDEDOR un período razonable de tiempo, no mayor a noventa (90) días, a partir de la fecha de recibo por EL VENDEDOR de la licencia de importación, para los repuestos u otras del equipo que sean necesarios. d) La garantía no se extiende al desgaste natural, ni a los desperfectos producidos como consecuencia del manejo o mantenimiento inadecuado o negligente” (se subraya).

Y en la cláusula décima primera las garantías fueron establecidas en favor de la entidad, en los siguientes términos:

“DÉCIMA PRIMERA CAUCIONES: EL VENDEDOR otorgará a favor del DEPARTAMENTO las garantías de calidad, cumplimiento y cláusula penal en la cuantía y términos que fije el DEPARTAMENTO, con base en el artículo séptimo

(7°) de la Resolución Fiscal N° 013691 del 21 de mayo de 1991, expedida por la Contraloría Departamental...” (se subraya).

Igualmente, se pactaron las cláusulas de caducidad, interpretación, modificación y terminación unilaterales, multas y penal pecuniaria (cláusulas décima segunda a décima sexta).

6.2. Que el contratista constituyó a favor del Departamento de Antioquia las pólizas de seguro n°. 9283210 que garantiza el buen manejo del anticipo y n.º 9283210 que ampara el cumplimiento del contrato de compraventa número 067-DC-92 y la cláusula penal, expedidas por la compañía Seguros del Estado S.A., según lo exigido en la cláusula décima primera del mismo (fls. 6 y 8 cd. 2).

6.3. Que mediante oficio de 5 de junio de 1992, el contratista solicitó al Departamento de Antioquia una prórroga para entregar el equipo por una fuerza mayor o caso fortuito, consistente en los inconvenientes en su nacionalización debido a la falta de comunicación con el exterior producida por una huelga laboral que se presentó en Telecom (fls. 32 a 33 cd. 2); sin embargo, la administración no la aceptó y en consecuencia declaró en resolución número 03314 de 25 de junio de 1992 el incumplimiento del plazo de la obligación de entrega, ordenó hacer efectiva la póliza de seguros que amparaba ese riesgo y la cláusula penal pecuniaria (fl. 27 a 30 cd. 2).

6.4. Que mediante resolución 0404 de 5 de agosto de 1992, el Departamento de Antioquia resolvió el recurso de reposición presentado

por el contratista contra la anterior decisión, en el sentido de revocar la decisión que ordenaba hacer efectiva la garantía y la cláusula penal, por cuanto el contratista había cumplido con la entrega del equipo el 13 de julio de 1992, según el plazo de 3 días hábiles que se le concedieron para el efecto (cfr. fls. 14 a 26 cd. 2).

6.5. Que mediante oficio de 31 de agosto de 1994, el Departamento solicitó al contratista *“en el término de la distancia, generar las soluciones técnicas”*, porque *“el Traductor Sectorial no tiene la profundidad requerida, es decir 3.5. M.H.Z”* (fl. 62 cd. ppal), requerimiento que fue contestado mediante comunicación de 8 de septiembre de ese año, en el sentido de que a ese día se habían efectuado los ajustes correspondientes (fls. 63 *ídem*, y 11 cd. 2).

6.6. Que en acta de fecha 8 de septiembre de 1992, el Director de Prevención y Asistencia en Salud de la Secretaría de Servicios Administrativos y la Médica Radióloga, señalaron: *“En el día de hoy 8 de Sep. de 1.992, efectuamos un nuevo examen a la unidad ecográfica ULTRAMARK 4 ATL, y observamos que esta efectivamente ha sido ajustada; en consecuencia, certificamos que la misma se encuentra en condiciones óptimas de servicio. Con base en el examen efectuado, la Unidad de Prevención y Asistencia en Salud del Departamento da por recibido satisfactoriamente el equipo que suministró la firma Sintel Ltda.”* (fl. 64cd. ppal.)

6.7. Que el Departamento de Antioquia, mediante resolución número 001287 de 10 de diciembre de 1993, declaró el incumplimiento en la calidad

del ecógrafo marca ATL, modelo ULTRAMARK 4, Unidad Básica, transductor lineal, transductor sectorial, con destino a la Dirección de Prevención y Asistencia en Salud de la Secretaría de Servicios Administrativos, suministrado por la firma Sintel Ltda. con base en el contrato de compraventa número 067-DC-92, y como consecuencia ordenó hacer efectiva la póliza número 928309 expedida por la Compañía de Seguros del Estado S.A. *“que ampara la calidad de la unidad”*, por la suma de \$20.000.000, correspondiente al 50% del valor del contrato (copia auténtica fls. 39 a 44 cd.ppal.). Así mismo, se dispuso en el acto la notificación personal de la decisión o, en su defecto, mediante edicto, a los representantes legales de la compañía de Seguros del Estado S.A. y de la sociedad Sintel Ltda., informándoles que contra la misma procedía el recurso de reposición.

Dentro de las consideraciones que se tuvieron en cuenta para adoptar la anterior decisión, se destacan: (i) que por hechos sobrevinientes la Dirección de Asistencia y Prevención detectó que el equipo entregado es un modelo antiguo y no corresponde al solicitado como nuevo; (ii) que la dirección mencionada mediante oficio número 4887 del 28 de octubre de 1993 informó que *“en reciente visita de funcionario de la Empresa ATL a esta Dirección, verbalmente informó que el Ecógrafo que la Empresa Sintel Ltda., le vendió al Departamento en el año de 1991 tiene un uso de diez (10) años, además de informar que el folleto que el vendedor entregó a esta Dirección no corresponde al Equipo que fue entregado”*; (iii) que el señor James E. Baird el día 10 de noviembre de 1993, ratificó lo expresado a la Dirección de Asistencia y Prevención y Salud por

escrito al Dr. José Fernando Hoyos, funcionario de la misma, anotando que *“El sistema fue originalmente vendido a EL Park Hill Clinic para mujeres en Fayettevelli, Arkansas en febrero 19 de 1987”*, además de indicar el modo de uso del mismo; (iv) que el señor James E. Baird, expresó además que *“habría una cuestión de si el sistema fue reacondicionado (reparado), yo puedo asegurar que este UM4 no estuvo en Fábrica para acondicionamiento; el número de serie habría sido cambiado al reflejar esto (o para confirmar estos), también noté, que una documentación usada es para un modelo posterior”*; (v) que todo lo anterior, demostraba la mala fé del señor proveedor y se infiere conducta dolosa, tanto en la entrega de un equipo obsoleto, como en el asalto a la dignidad de la Administración Departamental y por lo tanto se veía abocada a generar la ejecución de la póliza de calidad cuyo amparo se extiende hasta el 29 de febrero de 1997 y la consiguiente denuncia penal por el posible delito de estafa.

6.9. Que mediante comunicación n.º. 01233 sin fecha (fl. 29 cd. ppal.) y sin constancia de recibo por el destinatario, el Asistente Abogado de la Dirección Comercial del Departamento de Antioquia, se dirige al apoderado de la contratista señalando que *“pese al comunicado 001133 del 27 de junio del presente año, me permito por este medio notificarlo de la Resolución No. 001287 del 10 de diciembre de 1993, conforme a la providencia del 18 de marzo de 1994, emanada del Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo-”*.

6.10. Que mediante oficio n.º 00674 de 12 de abril de 1994, el Asistente Abogado de la Dirección Comercial del Departamento de Antioquia (original visible a fls. 4 cd. ppal.), le expresó a la contratista, *“con base en las*

instrucciones administrativas del Señor Juez de Ejecuciones Fiscales de la Secretaría de Hacienda (...) la debida negativa de aceptar la presunta presentación del Recurso de Reposición a la Resolución referenciada, por parte de la Administración en cabeza del señor Gobernador dado que no se presentó en forma oportuna de acuerdo con el Decreto – Ley 001 de 1994 -sic-, ‘Código Contencioso Administrativo’ y por ello ya se agotó la vía gubernativa”. Y agregó: “Por lo tanto, debe incoarse un proceso de coadyuvancia ante el Contencioso con la Firma Aseguradora, a la cual le fue denegado el recurso de reposición del 16 de febrero, presentado por el apoderado de la misma ante el Señor Gobernador del Departamento”.

7. La validez del acto administrativo demandado que declaró el siniestro del incumplimiento del contrato e hizo efectiva la garantía

7.1. El acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de una autoridad, en ejercicio de una función o potestad administrativa, que contiene una decisión expresada en la forma prevista en la ley, con efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones en situaciones generales o particulares para los administrados o para la propia Administración¹⁵, y que en el orden jurídico se presume su

¹⁵ Fernández de Velasco define al acto administrativo como “[t]oda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”. Fernández de Velasco Calvo, Recaredo, El Acto administrativo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, Primera edición, 1929, p. 15. Marienhoff define el acto administrativo como “toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas productoras de un efecto jurídico”. Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Edt. Abeledo Perrot, cuarta edición, 2004, p. 237. Díez considera al acto administrativo puro como “una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la Administración activa en ejercicio de la potestad administrativa”. Díez, Manuel María, El acto Administrativo, Tip. Editora Argentina, Buenos Aires (1956), Tercera edición -reimpresión 2009, Págs. 108 y 109. Y, según Sayagues Laso, es “la declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos

legalidad, es decir, su veracidad y, además, que fue dictado según la ley y que su contenido es ajustado a derecho, mientras no sean anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art. 66 C.C.A.)¹⁶. Se trata de una presunción *iuris tantum*, o sea que admite prueba en contrario, pero por principio sólo puede ser desvirtuada ante el juez administrativo y que fluye, como ha indicado el Consejo de Estado, del principio de legalidad como base de la actividad de la administración¹⁷.

Por eso, el acto administrativo debe ser cumplido, obliga a los particulares y permite que la Administración pueda ejecutarlo, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial (artículos 64 y ss. del C.C.A.), pues ya se indicó, su actividad está revestida de una presunción de legalidad de sus actos, que trae aparejado el deber del administrado de dar cumplimiento a los mismos.

La validez y eficacia del acto administrativo, depende de ciertos elementos esenciales, entre ellos, la competencia, la voluntad administrativa, el contenido, los motivos, la finalidad y la forma, y puede ser anulado cuando haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho

jurídicos subjetivos". Sayagues Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Edt. FSU, Octava Edición, 2002, Tomo I, Pág. 388.

¹⁶ El artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entrará en vigencia el próximo 2 de julio de 2012 precisamente señala que "Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo..."

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de febrero de 1994, exp. 6264, C.P. Álvaro Lecompte Luna.

de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió (art. 84 C.C.A.).

La presunción de legalidad, de validez o de legitimidad de los actos administrativos, tiene como consecuencia que quien alegue su nulidad, le corresponde desvirtuarla, de manera que traslada al impugnante la carga de demostrarla en juicio, mediante el aporte de los elementos de convicción y pruebas necesarias para el efecto; correlativamente, dispensa a la Administración de estar probando en cada proceso que sus actos cumplen con los requisitos de validez.¹⁸

Dicho de otro modo, la presunción de legalidad del acto administrativo implica que incumbe a quien pretenda su nulidad demostrar que no cumple con los requisitos de validez (art. 177 C.P.C.)¹⁹.

7.2. En el *sub lite*, el demandante solicitó la declaratoria de nulidad de la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993, mediante el cual el Gobernador de Antioquia resolvió declarar “*el incumplimiento en la calidad del Ecógrafo Lineal Sectorial marca ATL modelo Ultramar 4 unidad básica...*” y “*Hacer efectiva la Póliza Nro. 9283209 en su integridad, expedida por la Compañía de Seguros del Estado S.A., que ampara la calidad de la Unidad Ecográfica.*”

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2011, exp. 16671, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹ “(...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”

La actora formuló, en síntesis los siguientes cargos contra el acto administrativo demandado: (i) falsa motivación, pues, como no fue llamado antes de adoptarse la decisión, se le privó el conocimiento acerca de las circunstancias en que surgió la inquietud de si el equipo era nuevo o viejo y, porque, contrario a lo sostenido por el Departamento de Antioquia, lo cierto es que adquirió el equipo nuevo en los Estados Unidos, y como tal lo vendió; (ii) incompetencia en razón del tiempo, dado que el acto se expidió luego del vencimiento del contrato; (iii) incumplimiento del contrato, en el entendido de que la garantía de funcionamiento del equipo se limitó a un año, tiempo en el cual si el equipo hubiese resultado defectuoso, antes de declarar el incumplimiento, ha debido notificársele al vendedor cualquier defecto, para proceder de acuerdo a lo estipulado en la cláusula décima del contrato; (v) impugnación oportuna en sede gubernativa de la resolución demandada, por cuanto no se agotó en debida forma la diligencia de notificación personal, y (vi) falta de competencia del funcionario que expidió el acto que rechazó el recurso de reposición contra la resolución que declaró el incumplimiento e hizo efectiva la póliza.

En el recurso concretó su discrepancia con la sentencia en el cargo de incompetencia en razón del tiempo, pues consideró que el Tribunal *a quo* evadió el asunto, desconociendo que éste era el tema principal de la demanda contra el acto impugnado, pues no tenía porque probar si tenía o no razón la Administración en los argumentos que adujo para proferir el acto, por cuanto acreditada la incompetencia por razón del tiempo y la

violación al debido proceso, era innecesario el examen sobre tales argumentos.

7.3. En este contexto, sobre la base de que el actor tiene la carga de probar los vicios de ilegalidad que imputa a los actos administrativos demandados, entrará a estudiar la Sala el caso concreto, así:

7.3.1. Los hechos probados, en resumen, dan cuenta de que mediante el acto demandado, resolución 001287 de 10 de diciembre de 1993, el Departamento de Antioquia declaró la ocurrencia del siniestro en la calidad del bien objeto del contrato de compraventa n.º 067-DC-92, amparado por la póliza de seguros otorgada por el contratista a favor del Departamento de Antioquia, con el fin de proceder al cobro de la respectiva indemnización.

Por el tiempo de la celebración del contrato, las normas que regían el citado negocio jurídico corresponden al Decreto Ley 222 de 1983, en lo concerniente con el tipo de contrato, su clasificación, efectos, responsabilidad, terminación, inhabilidades (art. 1), así como los principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, y, en cambio, en lo atinente a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales expedidas por el ente territorial (en este caso la Ordenanza 96 de 1985 “Código Fiscal de Antioquia”).

De otra parte, el contrato de compraventa del *sub lite*, es de aquellos a los que en esa época se les denominaba como de derecho privado de la

administración, por oposición a los contratos administrativos enlistados en el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983, que tiene por objeto la adquisición por parte de la entidad contratante de un bien que se requiere para su servicio y cuyas cláusulas son las propias o usuales conforme a su naturaleza (arts. 60, 80 y 135 *ejusdem*). Además, por contener inserta la cláusula de caducidad, el conocimiento de sus controversias le fue asignada a esta Jurisdicción (arts. 17, 60 y 61 *ibídem*).

Ahora bien, dada la tipología del contrato en mención, obsérvese que, de conformidad con el artículo 1880 del Código Civil, en los contratos de compraventa las obligaciones del vendedor, se reducen en general a dos: (i) la entrega o tradición de la cosa vendida, y (ii) el saneamiento de la cosa vendida, según la cual *“el vendedor debe entregar la cosas al comprador en estado tal que sirva para el uso que está normalmente destinada, de suerte que su utilización o disfrute no se vean menguados a consecuencia de los vicios que los afecten.”*²⁰

Es decir, una de las obligaciones legales que emanan del contrato de compraventa, caracterizado por ser de ejecución instantánea en tanto su prestación principal –entregar la cosa por el precio- se cumple de inmediato o en forma breve, es la de garantizar el saneamiento por los vicios ocultos o redhibitorios de la cosa vendida después de su terminación. Esta obligación de saneamiento surge cuando el comprador ve disminuida la capacidad de goce o la utilidad de la cosa adquirida por defectos o desperfectos, desgastes, etc. que la afecten total o parcialmente, caso en cual, en el

²⁰ Gómez Estrada, César, de los principales contratos civiles, cuarta edición, Edt. Temis, 2008, pags. 99 y ss.

derecho común, tendrá acción para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos (art. 1914 C.C.).

El Código Civil (art. 1915 C.C.) señala los requisitos o condiciones para tener los daños o defectos como vicios redhibitorios: a) haber existido al tiempo de la venta, es decir, que su origen o la causa del vicio sea anterior al negocio jurídico o concomitante a él; b) ser tales que la cosa vendida no sirva para el uso normal, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea dable presumir que conociéndolos el comprador lo hubiere comprado a menos precio o no lo hubiera comprado, es decir, que el vicio sea grave, que obstaculice de tal forma el uso ordinario del bien enajenado o lo reduzca considerablemente; c) ser ocultos, en tanto debe *“No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin grave negligencia de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de profesión u oficio”*, de suerte que ni el vendedor debía conocer del vicio, pues *“...si sabe que la cosa está afectada por un daño y no lo declara o si era tal que ha debido conocerlo por razón de su profesión u oficio, será obligado, además, del saneamiento en sí, a la indemnización de perjuicios”*²¹, en los términos del artículo 1518 del Código Civil.

Y en los contratos celebrados por la administración, en general, según lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación al interpretar el régimen jurídico aplicable, las obligaciones del contratista, tampoco se agotan con la entrega a satisfacción de su objeto dentro del plazo de ejecución del contrato, sino

²¹ Bonivento Fernández, José Alejandro, los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, novena edición, ed. lib. El profesional, 1991 págs. 129 y ss.

que una vez finalizado debe salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y de los servicios prestados, obligación que es posible garantizar con el otorgamiento de pólizas de seguros, cuya vigencia se extiende por el tiempo que determine la entidad contratante de acuerdo con la ley y el reglamento²².

La cláusula de garantía incorporada en los contratos celebrados por la Administración es obligatoria²³ 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.

Así, los diferentes estatutos contractuales han establecido que los contratistas deben prestar garantía única para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato (arts. 67 a 70 del Decreto Ley 222 de 1983, arts. 25 n.º 19 y 60 inc. final de la Ley 80 de 1993 y el art. 7 de la Ley 1150 de 2007), que puede consistir en pólizas expedidas por compañías legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, y cuya vigencia se

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2001, exp. 12724 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²³ El artículo 68 del decreto-ley 222 de 1983 hacía de las garantías una cláusula presunta en tanto la falta de estipulación no liberaba al contratista de la obligación de constituir las.

determina según su naturaleza y lo que fije el reglamento, pero que no será inferior al término de ejecución y liquidación del contrato.

7.3.2. 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 administración.

Para tal efecto, se apoyó en el numeral 5 del artículo 68 del C.C.A, según el cual las pólizas en las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo al integrarse al acto administrativo ejecutoriado que declara esa obligación, de donde se origina la potestad de declarar el siniestro sin que el asegurador se oponga directamente a la entidad, sino que debe demandar el acto ante la jurisdicción para impugnar su validez, y aclaró, incluso, que se trataba de un privilegio, sin carácter sancionatorio, que permitía su ejercicio

después de la ejecución del contrato y de su liquidación, que permitía su ejercicio después de la ejecución del contrato y de su liquidación.²⁴

En época más reciente, extendió el fundamento de esta decisión al numeral 4º del artículo 68 del C.C.A -que se consideró parcialmente vigente-, cuando aseveró que:

“Son válidos los actos administrativos por los cuales la entidad contratante decidió hacer efectiva la póliza que garantiza la estabilidad de la obra contratada, al declarar la ocurrencia del riesgo amparado. En efecto, no cabe duda de que aquélla contaba, para hacerlo, con una facultad legal expresa, prevista en los numerales 4º y 5º del art. 68 del C.C.A., en los cuales se relacionan los actos que prestan mérito ejecutivo, estas dos normas contemplan la posibilidad de que las garantías constituidas a favor de las entidades estatales, incluida la de estabilidad de la obra, presten mérito ejecutivo, con las siguientes precisiones: En primer lugar, lo dicho supone

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, exp. 9286, C.P Carlos Betancur Jaramillo. Y agregó: *“En el campo de la contratación estatal la administración antes de formular su reclamo a la aseguradora deberá expedir un acto administrativo unilateral, en el cual declarará ocurrido el siniestro, y frente al mismo, tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo jurisdiccionalmente. (art 68, ord. 5º del C.C.A.). Se adelanta así el debate en torno a un acto dictado con base en un poder legal. Acto que una vez ejecutoriado o luego de resultar fallidas las vías gubernativa y jurisdiccional, prestará con la póliza correspondiente mérito ejecutivo contra la aseguradora, la que deberá pagar el seguro en los términos convenidos...”* Ver también sentencias de 24 de agosto de 2002, exp. 13598, y de 3 de mayo del 2001, exp. 12724, C.P. Ricardo Hoyos Duque: *“Viene al caso la distinción que hace el Código de Comercio con relación a los seguros en el campo privado, puesto que el asegurado o beneficiario del seguro debe dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro y demostrar tal ocurrencia así como la cuantía de los daños (art. 1075 y 1077), sin que tales normas definan cómo debe darse el aviso o la noticia, lo cual lleva a que pueda hacerse por escrito o verbalmente, utilizando cualquier medio idóneo de información. Formulada la reclamación por el asegurado, la aseguradora deberá pagar el valor del siniestro dentro del mes siguiente a la presentación de la misma, u objetar razonablemente tal reclamación, caso en el cual la póliza no prestará mérito ejecutivo y será el juez del contrato el que defina si las objeciones formuladas por la aseguradora son o no fundadas (art. 1080 y 1053 C.Co.). En cambio, en el campo de la contratación estatal la administración antes de formular su reclamo a la aseguradora para el pago del seguro, expide un acto administrativo unilateral, en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente...”*

tener claro que el numeral 4 del art. 68, que se encuentra parcialmente vigente, como se deduce de la sentencia de agosto 24 de 2000 -Exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo-, en la que señaló: *‘La Sala precisa que si bien es cierto la Ley 80 no derogó en su totalidad el artículo 68 del C.C.A., el cual prevé el trámite de la jurisdicción coactiva en favor de la administración pública, si derogó el numeral 4º de la norma, puesto que esta disposición facultaba a las entidades estatales para aplicar el procedimiento coactivo en contra de los contratistas, siempre que los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorgaran a favor de las entidades públicas, integran título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso. El artículo 75 derogó dicha prerrogativa de la administración y fijó la competencia únicamente en el juez contencioso para el trámite de los procesos de ejecución, cuya fuente de la obligación la configure un contrato estatal.’* De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala, se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que si quedó derogado fue el hecho de que dicho actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquier otra garantía presta mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación. Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva...”²⁵

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005,

Por consiguiente, para la Corporación ha sido claro que frente a los contratos estatales, la administración goza de la facultad de declarar el siniestro de una póliza mediante un acto administrativo unilateral, potestad que no es sancionatoria ni se reduce a algunos tipos de amparos de la póliza o garantía, y que no tienen los particulares en el desarrollo de su actividad contractual, pues sitúa a la entidad en una posición de privilegio, dado que le basta la expedición del acto debidamente motivado, el cual goza de la presunción de legalidad para iniciar la ejecución²⁶.

7.3.3. En el anterior contexto, importa resaltar que la vigencia de la garantía de calidad y correcto funcionamiento de los bienes entregados, comienza a la terminación del contrato y se extiende por un plazo determinado en el contrato de seguro, con el objeto de garantizar la indemnización de perjuicios que se puedan ocasionar por la ejecución del contrato estatal con posterioridad a su culminación y ante la ocurrencia de los riesgos amparados en la respectiva póliza.

exp. 14.583, C.P. Alier Hernández Enríquez.

²⁶ Finalmente, acogiendo el criterio jurisprudencial de la Corporación, y para zanjar cualquier duda sobre la inexistencia de una autorización expresa en la Ley 80 de 1993, para declarar el siniestro del incumplimiento en los casos diferentes a cuando se declara la caducidad del contrato (art. 18), en particular, por estimar que existe discusión sobre la vigencia de los numerales 4 y 5 del artículo 68 del C.C.A., frente a la exclusión de la actividad contractual por virtud del artículo 75 del estatuto de contratación, el artículo 7 –inciso 5- de la Ley 1150 de 2007, estableció expresamente esta facultad al indicar que *“...El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare...”* No obstante, esta facultad deberá sujetarse a los criterios que fije el Gobierno Nacional para la exigencia de garantías, de conformidad con lo preceptuado en el inciso 4 de la citada norma.

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 obligación principal de entrega ya se cumplió, razón por la cual resulta ilógico que estuviese sometida a los límites temporales derivados de la vigencia del contrato, como sostiene el recurrente, por cuanto de ser

así, sería un imposible jurídico realizar el cobro directo de la indemnización contenida en la póliza de seguro de cumplimiento tomada por su contratista.

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

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

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

(...)

Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que **el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza**, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho a obtener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley.”²⁷
(Se subraya).

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 31 de marzo de 2005, exp. 25.689, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

En el presente caso, se observa que, según la resolución 001287 de 10 de diciembre de 1993, la póliza n.º 9283209 expedida por la Compañía Seguros del Estado S.A., amparaba la calidad del equipo suministrado en el contrato de compraventa n.º 067-DC-92 hasta el 29 de febrero de 1997 -hecho no desvirtuado- y teniendo en cuenta la fecha de expedición del citado acto y que el 10 de noviembre de 1993 de ese año conoció la entidad contratante que el equipo no era nuevo sino usado (cfr. numeral 6.7. de esta providencia), se tiene que el riesgo asegurado efectivamente se realizó dentro de la vigencia de la póliza.

Así las cosas, la entidad en el acto administrativo declaró la ocurrencia del siniestro sobre la base de que el riesgo se materializó durante el período de vigencia de la póliza, con el fin de reclamar la indemnización correspondiente en la forma establecida en la ley y contado con el tiempo que la misma le otorga para recaudar ejecutivamente su monto²⁸.

²⁸ Siendo ello así conviene recordar que: "...el cobro de dicha obligación, habrá de adelantarse conforme a las normas aplicables al proceso ejecutivo contractual, que es para el cual el legislador le otorgó competencia a esta jurisdicción, lo cual implica, lógicamente, que el término de caducidad de la acción para iniciar dicho proceso, será el mismo que le corresponde a cualquier otro proceso ejecutivo contractual, y no, como sostuvo el apelante, el término de prescripción establecido por el Código de Comercio en su artículo 1081 para todas las acciones derivadas de los contratos de seguros (...). Volviendo al presente caso, observa la Sala que el acto administrativo mediante el cual se declaró el siniestro que dio lugar al cobro de la indemnización objeto de la póliza de seguro expedida por la apelante, quedó ejecutoriado el 9 de marzo de 1999 (fl. 43, vto.), fecha para la cual ya había entrado a regir la Ley 446 de 1998. Como ya se dijo, esta ley estableció en el numeral 11 del artículo 44, el término de caducidad de la acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales proferidas por esta jurisdicción, el cual fijó en 5 años, contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho./Y esta norma, tal y como lo tiene establecido la jurisprudencia, según se vio en párrafos anteriores, es aplicable así mismo, a la acción ejecutiva a la que se refiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley en comentario..." Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de junio de 2007, exp. 30.565, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Por ello, no es admisible la interpretación del apelante, en el sentido de que el acto administrativo se expidió por fuera de los límites temporales fijados en el orden jurídico, sólo porque ya había vencido el contrato de compraventa amparado en el seguro que se hizo exigible y por tratarse de un negocio jurídico de ejecución instantánea que no tenía, en su opinión, etapa de liquidación.

Pero, además, nótese que el apelante confunde los límites temporales para el ejercicio de las potestades exorbitantes fundamentadas en cláusulas excepcionales, con la oportunidad que tiene la administración para hacer exigible las garantías de las cuales es beneficiaria a propósito de los contratos que ella celebra con los particulares.

Si bien esta Corporación ha sido enfática en señalar que la exorbitancia que puede ejercer la administración en el desarrollo de sus contratos presenta límites temporales y que, en tal virtud, no puede interpretarlo, modificarlo o terminarlo unilateralmente o caducarlo después del vencimiento del mismo, so pena de que el acto quede viciado de nulidad, dicho criterio está circunscrito para cuando se ejercen poderes exorbitantes en virtud de las cláusulas excepcionales que por ley se insertan en los contratos de acuerdo con su categoría²⁹, pero no así para cuando se requiere hacer efectiva la

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 29 de enero de 1988, exp. 2.616 y 3.615, 6 de mayo de 1992, exp. 6.661, 15 de febrero de 1991, exp. 5.973, 25 de septiembre de 1993, Exp. 6.437; 2 de abril de 1992, exp. 1.875; y 15 de febrero de 1991, exp. 5.973, 6 de junio de 1996, exp. 2.240 18 de julio de 1997, exp. 10.10, de 6 de junio de 1996, exp. 10833, 13 de septiembre de 1999, exp.

cláusula penal pecuniaria y las garantías que amparen el contrato. Así lo manifestó mediante sentencia de 9 de abril de 1992, en vigencia del Decreto – ley 222 de 1983:

“Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada...”³⁰ (Se subraya).

Y, en oportunidad más cercana, en sentencia de 17 de noviembre de 2008, afirmó:

“En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato, desaparece la facultad exorbitante de la Administración para declarar su caducidad y, en tal virtud, en caso de que se descubra o detecte el incumplimiento de alguna obligación con posterioridad a esa etapa, lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del contrato, la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, facultad que excluía, entonces, la posibilidad de decretar la caducidad.(...) [L]uego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 72 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la

10264, 18 de marzo de 2004, exp. 15.936, 13 de septiembre de 1999, exp. 10264 y de 15 de marzo de 2001, exp. 13352, entre muchas otras. Y recientemente sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17031.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de abril de 1992, exp. 6491, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista...³¹ (se subraya).

En consecuencia, nótese que la evaluación del cumplimiento del contrato durante el plazo de ejecución para efectos del ejercicio de los poderes exorbitantes con que cuenta la administración con fundamento en la cláusulas excepcionales, es diferente a la evaluación que se realiza para la declaratoria del siniestro del incumplimiento del contrato tendiente a hacer exigible y efectiva la garantía ante la realización de los riesgos amparados por la misma.

Por otro lado, de acuerdo con la jurisprudencia³², el procedimiento -para la época de los hechos del *sub lite*- en procura de hacer efectiva la garantía constituida a favor de las entidades públicas con el fin de obtener la indemnización ante la ocurrencia del riesgo -siniestro- que ampara la misma, es el siguiente:

(i) Primero le corresponde a la entidad declarar la ocurrencia del hecho constitutivo del siniestro y ordenar hacer efectiva la garantía que ampara el riesgo, mediante la expedición de un acto administrativo, con fundamento en las prerrogativas establecidas en los numerales 4 y 5 del artículo 68 del

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, exp. 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de junio de 2007, exp. 30.565, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Código Contencioso Administrativo³³, el cual hace las veces de reclamación, dado que no se aplica lo previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio;

(ii) Segundo, dicho acto administrativo de carácter particular y concreto, debe ser notificado personalmente a los interesados (aseguradora y contratista), para que sea oponible y vincule a quien resulta obligado con sus disposiciones, con el fin de proceder al cobro de la respectiva indemnización; y

(iii) Tercero, la aseguradora no puede objetar la reclamación (arts. 1080 y 1053 C.Co.), sino que la manera de oponerse es mediante la interposición de los recursos en sede administrativa que legalmente procedan en contra de la decisión; resueltos éstos negativamente, o si no son interpuestos, el acto adquiere firmeza, y con ella, la ejecutividad y ejecutoriedad propios de estas decisiones administrativas y que le permiten a la entidad proceder a su cobro ejecutivo. Esta decisión, por supuesto también puede ser impugnada por el contratista, administrativa y judicialmente.

En este orden de ideas, observa la Sala que no se presenta el vicio de incompetencia por razón del tiempo, porque:

³³ Art. 68.- Prestarán mérito ejecutivo (...) siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos: (...) 4º) Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad, o la terminación según el caso; 5º) Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación; (...)"

(i) Mediante el acto administrativo demandado, el Departamento de Antioquia declaró en tiempo oportuno el incumplimiento de las obligaciones del contrato de compraventa celebrado con la sociedad Sintel Ltda., con el fin de cumplir con el requisito de la reclamación a través de la declaratoria de la ocurrencia del siniestro cubierto con la póliza de seguro n.º 9283209 expedida por Seguros del Estado S.A., que amparó el riesgo de calidad del bien materia del contrato, para así proceder al cobro del monto de lo asegurado ante la realización del mismo.

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

Tampoco se advierte la violación al debido proceso, por cuanto la declaratoria del siniestro de incumplimiento para efectos de hacer efectiva la garantía del contrato, al no tratarse de un procedimiento sancionatorio sino del trámite de reclamación a seguir ante la aseguradora, no requiere del agotamiento de un procedimiento previo, dado que en este evento el

contenido y motivación del acto es el que le permitirá a la aseguradora o al contratista ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y posteriormente, si es del caso, ante los jueces.

En resumen, el acaecimiento de los vicios ocultos luego de finalizado el contrato, implica, de suyo, que surja a favor de la entidad pública beneficiaria el derecho a reclamar la indemnización correspondiente mediante la exigibilidad de las garantías constituidas por el contratista para cubrir los perjuicios producidos por la realización del riesgo asegurado, lo que en el caso del contrato de compraventa sucede luego de la entrega del bien objeto del mismo, es decir, una vez terminado el plazo de ejecución del contrato para el cual fue expedida la póliza. Y dicha reclamación se hace a través de un acto administrativo expedido, por tanto, una vez finalizado el contrato, siempre que dentro de la vigencia de la póliza ocurra el riesgo asegurado.

Síguese de todo lo anterior que en el caso concreto no se configuró una incompetencia "*ratione temporis*", pues la autoridad pública estaba habilitada para expedir el acto administrativo impugnado -resolución 001287 de 10 de diciembre de 1993- mediante el cual declaró el incumplimiento del contrato de compraventa n.º 067-DC-92 ante el vicio concerniente a la calidad del bien objeto del mismo y, en consecuencia, hizo efectiva la póliza de seguros otorgada por el contratista a su favor.

7.3.4. La apelante afirma en su recurso que no tenía porque probar si tenía o no razón la administración en los argumentos que adujo para proferir el acto, porque acreditada la incompetencia por razón del tiempo y la violación al debido proceso, era innecesario el examen sobre tales argumentos (fl. 88 cd. ppal). En la medida en que en el caso concreto no se acreditó el vicio de incompetencia “*ratione temporis*”, esta manifestación de la actora no resulta de recibo tratándose de los demás cargos que formuló en la demanda, por cuanto, como atrás se indicó, corresponde a quien demanda la nulidad de un acto administrativo, acreditar los vicios de ilegalidad que le endilga al mismo en la demanda, pues en él gravita la carga de la prueba.

Bajo esta perspectiva, para resolver el cargo relacionado con la falsa motivación de la resolución censurada, es necesario determinar si el actor desvirtuó los motivos con base en los cuales se adoptó la medida.

Sobre el particular, la Sala comparte la evaluación probatoria que efectuó el Tribunal *a quo*, cuando dedujo que aunque la sociedad actora había acreditado el cumplimiento de su obligación principal de entrega del bien (cfr. n.º. 6.6.), no había desvirtuado lo consignado en el acto demandado en relación con el incumplimiento de la obligación relacionada con la entrega de un bien nuevo y de primera calidad, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas novena, décima y décima primera del contrato.

En efecto, la actora no solicitó ni aportó prueba que acreditara que el equipo objeto del contrato de compraventa era nuevo y no usado, con el fin

de demostrar la falsa motivación alegada en la demanda, como pudo haber sido la practica de un dictamen pericial sobre las condiciones del equipo entregado, o la remisión de los documentos de importación o certificación de la casa matriz en los que se hiciera constar que el equipo correspondía al ofertado y que había sido un modelo recientemente fabricado.

Así mismo, tampoco se demostró que no fuera veraz lo afirmado en la resolución respecto del escrito de 10 de noviembre de 1993, enviado por el señor James E. Bird a la entidad demandada, acerca de que no era un equipo nuevo el vendido por la firma Sintel Ltda. al Departamento de Antioquia, habida consideración de que la entidad demandada se fundó en su concepto para declarar el incumplimiento de la obligación relacionada con la calidad del equipo suministrado y hacer efectiva la póliza número 928309 expedida por la Compañía de Seguros del Estado S.A., por el monto de \$20.000.000. Ni siquiera se trató de probar la relación de quien emitió el concepto, ni su parcialidad en el asunto, pues no se pidió su testimonio dentro del proceso, ni tampoco se adujeron otras pruebas que permitieran al juez conocer la veracidad de las afirmaciones realizadas en la demanda que descalificaban al mencionado señor y su concepto.

En definitiva, no se probó el vicio de nulidad por falsa motivación del acto enjuiciado, entendida esta causal de nulidad como aquella razón que no corresponde a las circunstancias fácticas consignadas en el mismo y que condujeron a la decisión de declarar el incumplimiento del contrato en cuanto a la calidad del bien entregado objeto del mismo.

Igualmente, a juicio de la Sala acertó el Tribunal *a quo* cuando concluyó que no existía violación del contrato, por no aplicar la entidad demandada lo dispuesto en la cláusula décima, relacionada con el procedimiento a seguir ante defectos de fabricación del equipo, dado que en realidad en ella no se contempla la hipótesis de que el equipo fuera usado, sino que se refiere a defectos de sus componentes o elementos y a la reparación del mismo durante el término de la garantía.

De otra parte, en el caso concreto se demandó la comunicación n.º 00674 de 12 de abril de 1994 (original visible a fls. 4 cd. ppal.), enviada por el señor Carlos Germán Bermúdez Picón, Asistente Abogado Dirección Comercial, Departamento de Antioquia, a la demandante, en virtud de la cual, “*con base en las instrucciones administrativas del Señor Juez de Ejecuciones Fiscales de la Secretaría de Hacienda*”, le manifiesta que no es posible aceptar “*por parte de la Administración en cabeza del señor Gobernador*” la “*presunta presentación del recurso de reposición*” contra la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993, por no haberlo hecho oportunamente.

Sin embargo, observa la Sala que dicha comunicación en realidad no es un acto administrativo, dado que no contiene una manifestación unilateral de la administración que produzca efectos jurídicos frente a la actora expedido con fundamento en ejercicio de poder o de autoridad pública, sino que se trata de un simple oficio en el que un asistente de la Dirección Comercial de la Secretaría de Servicios Administrativos del Departamento de Antioquia

informa las razones por las cuales la administración no dio trámite a un presunto recurso de reposición interpuesto por la actora. Por contera, dicha comunicación no resulta pasible de control judicial y en tal virtud no procede el análisis de su validez, pues lo propio de esta Jurisdicción es conocer de la legalidad de los actos administrativos, como el que si está contenido en la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993.

Ahora bien, el demandante asegura que impugnó oportunamente en sede gubernativa la resolución demandada, por cuanto no se agotó en debida forma la diligencia de notificación personal, argumento que trae a colación como motivo de ilegalidad.

Al respecto, precisa la Sala, por una parte, que la actora no adjuntó al proceso copia del recurso de reposición que afirma haber presentado contra el acto demandado; y por otra parte, que la comunicación n.º. 01233, en la que el Asistente Abogado de la Dirección Comercial del Departamento de Antioquia, dice notificar al apoderado de la sociedad Sintel Ltda. la resolución n.º 001287 de 10 de diciembre de 1993, no tiene fecha ni constancia de recibo por su destinatario, razones por las cuales no es posible establecer la fecha en que fue notificado el citado acto y la fecha en que supuestamente se habría interpuesto el recurso; es decir, no existen elementos que permitan tener claridad y certeza en relación con este punto.

Sea lo que fuere, vale precisar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 del C.C.A. (modificado por el art. 22 del Decreto 2304 de

1989), cuando la administración no da la oportunidad de interponer los recursos procedentes contra el acto administrativo particular u opera el silencio administrativo (art. 60 *ibídem*), los interesados podrán demandarlo directamente, de manera que la negativa de conceder un recurso en sede administrativa -en los eventos en que este proceda- o el silencio, según el caso, no constituyen vicios de ilegalidad del acto administrativo ni tienen la virtualidad de afectar su validez, sino que tienen como consecuencia que se entienda agotada la vía gubernativa y por tanto permiten que el interesado pueda impugnarlo ante la Jurisdicción³⁴.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que el recurso no tiene vocación de prosperar.

Finalmente, la Sala coincide plenamente con el Tribunal *a quo* en cuanto que la sociedad actora desatendió la carga probatoria que le correspondía. Y, las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen a lo dispuesto por el artículo 177 del C. de P. Civil, de conformidad con el cual “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba (*onus probandi incumbit actori*), que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la *causa petendi* de la demanda o de la defensa, según

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2011, exp. 16671, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

el caso. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sección³⁵, en el principio de *autoresponsabilidad*³⁶ de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable³⁷. En efecto, a juicio de esta Sección:

“Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de ‘servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales’³⁸, la Constitución de 1991 ‘lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano ‘Idem est non esse aut non probari’, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas’³⁹.

Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que *‘son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba’⁴⁰. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.’⁴¹*

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

³⁶ Parra Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, 2004, Pág. 242.

³⁷ Betancur Jaramillo, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike, 1982, Pág. 147.

³⁸ “López Blanco, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, Dupre Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15.”

³⁹ “Ibídem.”

⁴⁰ “Op. Cit. Pág. 26.”

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Y en casos como el que se analiza, resulta evidente que la carga de la prueba recae en quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda y por consiguiente, si la demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda debe soportar las consecuencias de su inobservancia, esto es, un fallo adverso a sus pretensiones.

En conclusión, la actora incumplió con la carga probatoria que le corresponde, pues no logró desvirtuar los hechos que le sirvieron de fundamento al Departamento de Antioquia para declarar el incumplimiento del contrato de compraventa en cuanto a la calidad del bien entregado, o sea enervar o destruir la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, razón por la cual la pretensión anulatoria no resulta procedente, tal y como lo decidió el Tribunal *a quo* y ahora confirma la Sala.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 15 de febrero de 2001, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Novena de Descongestión.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

RUTH STELLA CORREA PALACIO