



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
CONSEJERO PONENTE: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., 29 de octubre de 2015

Expediente: 32436
Radicación: 25000-23-26-000-2002-00657-01
Actor: Denel (PTY) LTD.
Demandados: Ministerio de Defensa Nacional
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 22 de junio del 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual se negaron las pretensiones. La sentencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad extranjera Denel (PTY) LTD. representada en Colombia por la firma Mundial de Agencias y Servicios Industriales – MAGSIND S.A., mediante apoderado, solicita que se declare la nulidad de la resolución n.º 1618 del 2001 mediante la que se declaró el incumplimiento de la oferta que presentó en el proceso de contratación directa n.º 03-2000-MDN-EJC-ARC-FAC-PONAL e hizo efectiva la garantía de seriedad de la misma, así como su confirmatoria n.º 0057 del 2002.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Mediante escrito radicado el 18 de marzo del 2002 ante el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca (f. 1-37 c. 1), la sociedad Denel (PTY) LTD. presentó a través de apoderado demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación-Ministerio de Defensa, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRETENSIONES PRINCIPALES.

Respetuosamente me permito solicitar a ustedes que en la sentencia que ponga fin a este proceso se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Primera.- Que se declare la nulidad de las Resolución (sic) No. 1618 de 2001 y No. 0057 de 2002 expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de las cuales se declaró y se ratificó el incumplimiento de la oferta presentada por la firma DENEL (PTY) LTD, en atención al proceso de contratación directa No. 03-2000-MDN-EJC-ARC-FAC-PONAL, el cual dio origen a los contratos Nos. 06/00 MDN-ARC, 08/00 MDN-FAC y 10/00 MDN-PONAL; y se hizo efectiva la garantía de seriedad de la misma por valor de CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 30/100 (USD\$448,329.30), según póliza No. 025002022186 expedida por la compañía de seguros CONDOR S.A.

Segunda.- Que como consecuencia da la declaración contenida en la pretensión anterior, se condene a la entidad demandada a restituir la suma que la firma DENEL (PTY) LTD., representada en Colombia por la sociedad Mundial de Agencias y Servicios Industriales S.A. – “MAGSIND S.A.” o la compañía aseguradora que expidió la garantía de seriedad de oferta a favor de la entidad estatal, haya tenido que pagar para cumplir con la decisión que declaró el incumplimiento e hizo efectiva la garantía de seriedad, además de los intereses correspondientes a la máxima tasa permitida por la ley.

Tercera.- Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en las pretensiones anteriores, ordene a la entidad demandada a publicar por dos veces en un periódico de amplia circulación, la sentencia que anule la sanción impuesta y que se comuniquen la misma a la Cámara de Comercio de Bogotá de la misma decisión.

Cuarta.- Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Quinta.- Que se decrete la suspensión provisional de las Resoluciones No. 1618 de 2001 y No. 0057 de 2002 expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de las cuales se declaró y se ratificó el incumplimiento de la oferta presentada por la firma DENEL (PTY) LTD. en atención al proceso de contratación directa No. 03-2000-MDN EJC-ARC-FAC-PONAL el cual dio origen a los contratos Nos. 06/00 MDN-ARC, 08/00 MDN-FAC y 10/00 MDN-PONAL; e hizo efectiva la garantía de seriedad de la misma por valor de CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 30/100 (USD\$448,329.30), según póliza No. 025002022186 expedida por la compañía de seguros CONDOR S.A.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En el evento de que las anteriores pretensiones no prosperen, solicito que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Primera subsidiaria.- Que se disminuya el valor de la sanción a la estimación real de perjuicios que pudo causar la firma DENEL (PTY) LTD. al Ministerio de Defensa Nacional con ocasión a la constitución de la Garantía Única y cumplimiento de los requisitos para la ejecución de los contratos 06/00 MDN-ARC, 08/00 MDN-FAC y 10/00 MDN-PONAL.

Segunda subsidiaria.- Que como consecuencia de la pretensión subsidiaria anterior se conmine a la entidad demandada a cuantificar los perjuicios si es que los hubo.

Tercera subsidiaria.- Que se condene a la entidad demandada a restituir la diferencia entre la suma que la firma sudafricana “DENEL (PTY) LTD”, representada en Colombia por la sociedad Mundial de Agencias y Servicios Industriales S.A. – “MAGSIND S.A.” o la compañía aseguradora que expidió la garantía de seriedad de oferta a favor de la cantidad estatal, haya tenido que pagar y lo que ha debido realmente cancelar, además de los intereses correspondientes a la tasa máxima permitida por la Ley

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

1.1.1. Mediante comunicación n.º 7019 del 15 de septiembre del 2000, el Ministerio de Defensa Nacional informó a varios interesados sobre la apertura del proceso de contratación directa n.º 003-2000-MDN-EJC-FAC-PONAL para la compra de armamento, munición y equipo de guerra, invitando para el efecto a varios fabricantes entre los que se encontraba la sociedad demandante.

1.1.2. El reglamento del proceso de contratación estableció la obligación de quienes pretendieran ofertar, de constituir una póliza que garantizara la seriedad de la propuesta, por un valor en pesos colombianos a 20% del monto de la oferta, en la cual se amparara la obligación de suscribir el contrato así como la obligación de constituir y entregar la garantía única de cumplimiento, así como los demás requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

1.1.3. Igualmente, el reglamento estableció la obligación de ofrecer financiación por la totalidad del valor de venta de los bienes ofrecidos, cuyas condiciones financieras se diferenciaban para los montos iguales o inferiores a los USD\$3 000 000 y para los que superara esa suma.

1.1.4. En cualquier caso el reglamento no establecía el cronograma de actividades a realizar o cumplir entre las partes en lo relacionado con la negociación y firma del contrato de empréstito con gobiernos extranjeros o entidades financieras extranjeras.

1.1.5. La sociedad demandante realizó una oferta para suministrar los siguientes elementos:

a) ítem 1. Ametralladoras Calibre 7,62 X 51 mm, b) ítem 2, Ametralladora Lanzagranadas automática calibre 40 X 53 mm, c) ítem 8. Bombas MK81 de 250 libras, d) ítem 9. Bombas MK 82 de 200 libras, e) ítem 10. Cartuchos calibre 5.56 mm eslabonados, f) ítem 11. Cartuchos calibre 7,62 mm eslabonados, g) ítem 15 escopetas calibre 12, h) ítem 17. Fusil lanzagranadas calibre 40 mm, i) ítem 19. Granadas de 40 mm, j) ítem 20. Granadas HE Antipersonal para lanzador de 40

mm, k) ítem 22. Granadas HE para morteros largo alcance calibre 60 mm, l) ítem 23 granadas HE para morteros largo alcance calibre 81 mm, m) ítem 27. Lanzagranadas múltiple 40 X 46 mm, n) ítem 31. Morteros calibre 60 mm tipo comando, ñ) ítem 33. Morteros de 81 mm largo alcance, o) ítem 37. Pistolas calibre 9 mm.

1.1.6. El valor total de la oferta presentada era de USD\$8 798 090,21, la cual estaba financiada en un 85% con una oferta de crédito del Rand Merchant Bank y 15% con una oferta de crédito del proveedor.

1.1.7. Mediante resolución n.º 2031 del 20 de diciembre del 2000 se adjudicó a Denel (PTY) LTD. el suministro de los siguientes elementos:

a) ítem 1. Ametralladoras Calibre 7,62 X 51 mm, b) ítem 10. Cartuchos calibre 5.56 mm eslabonados, c) ítem 11. Cartuchos calibre 7,62 mm eslabonados, d) ítem 17. Fusil lanzagranadas calibre 40 mm, e) ítem 19. Granadas de 40 mm, f) ítem 20. Granadas HE Antipersonal para lanzador de 40 mm, g) ítem 22. Granadas HE para morteros largo alcance calibre 60 mm, h) ítem 23 granadas HE para morteros largo alcance calibre 81 mm, i) ítem 27. Lanzagranadas múltiple 40 X 46 mm, j) ítem 31. Morteros calibre 60 mm tipo comando.

1.1.8. Mediante la resolución n.º 2216 del 29 de diciembre del 2000, el Ministerio de Defensa adjudicó a Denel el suministro de: “a) ítem 8. Bombas MK81 de 250 libras, b) ítem 9. Bombas MK 82 de 500 libras.”

1.1.9. El Ministerio de Defensa estimó conveniente suscribir un contrato independiente para los productos destinados al Ejército Nacional, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional. Sin embargo, se presentó una diferencia de opiniones entre el ministerio y el contratista en lo relativo a la entrega de los productos, dado que la entidad pretendía que esto sucediera en condiciones DDP, mientras que la oferta había sido clara en que debía ser en condiciones DDU. En septiembre del 2001 el contratista aceptó entregar en condiciones DDP, aunque dejó constancia que esto implicaba un riesgo financiero para él y que no reconocía los argumentos que para el efecto había formulado la entidad.

1.1.10. Desde mayo del 2001 el Rand Merchant Bank, negoció los términos del contrato de financiación para el 85% del material adjudicado y el 30 de agosto aceptó suscribir dos contratos por la suma de USD\$6 836 117,40 y USD\$2 241 646,54.

1.1.11. Finalmente fue suscrito el contrato de crédito externo entre los Ministerios de Hacienda y Defensa con el Rand Merchant Bank por el valor correspondiente al 85% del monto total del material adjudicado, es decir, la suma de USD\$6 836 117,40, el cual se haría efectivo sólo con la firma de los contratos de suministro, que a su vez, terminarían siendo suscritos por el Ministro de Defensa el 10 de octubre del 2001 (contrato n.º 06-2000-MDN-ARC para la Armada, 08-2000-MDN-FAC para la Fuerza Aérea y 10-2000-MDN-PONAL para la Policía). Al día siguiente, el Ministerio solicitó al contratista acercarse a suscribir los contratos, lo cual fue obedecido por este en esa misma fecha.

1.1.12. Mediante oficio n.º 533 MDJCE-023 del primero de noviembre del 2001, El Ministerio de Defensa Nacional requirió al contratista para que en el término de los tres días hábiles siguientes allegara los documentos correspondientes a la legalización del contrato, advirtiéndole que de lo contrario se iniciarían acciones legales y contractuales.

1.1.13. En comunicaciones n.º MGD-691-01, MGD-692-01 y MGD-693-01 del 8 de noviembre del 2001, la contratista allegó al Ministerio de Defensa las garantías únicas de cumplimiento -expedidas desde el 11 de octubre del 2001- de los contratos n.º 06-2000-MDN-ARC, 08-2000-MDN-FAC y 10-2000-MDN-PONAL, respectivamente. En la misma fecha se canceló el impuesto de timbre y la publicación en el diario oficial de los contratos.

1.1.14. También el 8 de noviembre del 2001, el contratista envió al Ministerio de Defensa el oficio n.º MGD-694-01, en el que explicó *“las razones por las cuales le fue imposible constituir las pólizas de los contratos correspondientes al suministro de los productos con destino a la Armada Nacional (...), Fuerza Aérea Colombiana (...) y Policía Nacional (...) dentro del término requerido en el oficio No. 533 MDJCE-023 del primero de noviembre de 2001”*.

1.1.15. El 9 de noviembre del 2001 la contratista hizo llegar al Ministerio de Defensa las constancias del pago del impuesto de timbre y las publicaciones en el diario oficial.

1.1.16. El 9 de noviembre del 2001, el Ministro de Defensa Nacional expidió la Resolución n.º 1816 del 2001, en la que resolvió declarar el incumplimiento de la propuesta presentada por DENEL (PTY) LTD. y que dio lugar a la suscripción de los contratos en comento, al considerar que se omitió el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de esos acuerdos dentro del término establecido para tales efectos por el reglamento del proceso de contratación que los originó y la propia minuta de los contratos. Por lo tanto,

hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta por un valor de USD\$1 800 000.

1.1.17. Mediante oficio DFE2001-0837 del 27 de noviembre del 2001 el Ministerio de Hacienda envió al Rand Merchant Bank algunos documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato de crédito externo, aclarando que una certificación faltante será enviada en pocos días.

1.1.18. El 27 de noviembre del 2001 el Ministro de Defensa suscribió contratos adicionales a los n.º 06-2000-MDN-ARC, 08-2000-MDN-FAC, y 10-2000-MDN-PONAL, por los cuales se modificaron obligaciones relativas al lugar de entrega para efectos del pago. Así, se llegó al acuerdo de: i) entregar en fábrica el 4 de diciembre del 2001 para efecto del pago; ii) el contratista debía asumir los gastos de desplazamiento a la fábrica de al menos dos funcionarios del Ministerio de Defensa por cada contrato; iii) la constitución por parte del contratista de una garantía para asegurar el riesgo de pago, por el valor del cien por ciento del material a entregar en el exterior para efectos de pago; y iv) se modificaron los cronogramas de entregas y pagos. El 28 de noviembre del 2001 serían enviados a la sociedad contratista para que fueran firmados también por esta.

1.1.19. También el 28 de noviembre del 2001 la contratista, mediante su representante en Colombia MAGSIND S.A., interpuso recurso de reposición contra la Resolución n.º 1816 del 9 de noviembre del 2001. Este fue resuelto por la entidad estatal el 28 de enero del 2002 con la expedición de la resolución n.º 0057 de tal fecha, en la que se confirmó la declaración de incumplimiento de la propuesta que dio origen a los contratos n.º 06, 08 y 10 del 2000, por omitir el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de los mismos en el término estipulado en el reglamento del proceso de selección y la propia minuta contractual. Sin embargo, cambió la cuantía por la que se hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta al valor de USD\$448 329,30.

1.1.20. El 3 de diciembre del 2001, en la ciudad de Pretoria, Sudáfrica, se realizó la entrega del material contratado, se suscribieron las correspondientes actas de entrega con los funcionarios del Ministerio de Defensa que se movilizaron hasta el país africano y se enviaron a la oficina del Grupo de Contratos de la entidad demandada todos los documentos necesarios para el pago.

1.1.21. El 26 de enero del 2002 el material contratado arribó al puerto de Santa Marta, Colombia, de forma intacta.

1.2. Como fundamento jurídico de las pretensiones, de forma general la demandante

consideró violadas varias normas, así: artículos 1 y 29 de la Constitución Política; 1546 del Código Civil; 870 del Código de Comercio; 35, 59 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 24 y 30 de la Ley 80 de 1993; 1 de la ley 95 de 1890; así como la cláusula 28 y el capítulo 5 de los contratos de los que trata este asunto. Posteriormente enunció cuatro cargos, que explicó así:

1.2.1. Primer cargo. Consideró ilegal las resoluciones acusadas en cuanto declaran el incumplimiento de la oferta cuando la obligación presuntamente incumplida –constituir una póliza de seguro como garantía de cumplimiento- se desprendía del contrato, el cual ya se encontraba perfeccionado sólo con su suscripción.

1.2.2. Segundo cargo: Luego de insistir en la improcedencia de hacer efectiva la garantía propia de la oferta por una obligación derivada del contrato, agregó que las resoluciones resultan contrarias a lo previsto en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, pues este consagra efectos sancionatorios para el adjudicatario que no firma y por ende no ejecuta el contrato, y en esta ocasión ambas cosas ocurrieron sin contratiempo. También consideró inapropiado por parte del Ministerio de Defensa haber expedido la resolución n.º 057 del 2002 cuando ya era absolutamente claro para la entidad que todos los requisitos e incluso obligaciones contractuales se habían cumplido.

1.2.3. Tercer Cargo. Consideró que el Ministerio de Defensa incurrió en una falsa motivación, pues no había lugar a la declaratoria de un incumplimiento cuando este no se había producido sino apenas una mora. Agregó que en cualquier caso las cláusulas 31 y 34 del contrato indican que el término que la entidad consideró rebasado en realidad nunca lo fue, pues sólo iniciaba a contar una vez se constituyeran las pólizas y el Ministerio requiriera su corrección.

1.2.4. Como parte del anterior cargo también afirmó que las resoluciones no reflejan las razones por las que se desestimaron las excusas y justificaciones expuestas por la contratista frente al retardo.

1.2.5. Cuarto cargo. Alegó la falsa motivación de los actos al no tener en cuenta que el retardo en el cumplimiento de las obligaciones de legalización fue atribuible a causas que estaban fuera de su control, circunstancia que estaba prevista en la cláusula 28 de los contratos como elemento excusante del incumplimiento de obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades. La causa externa, de acuerdo con la demandas, fueron los hechos de terrorismo que se presentaron el 11 de septiembre del 2001 en Estado Unidos. En concreto afirmó:

En el presente caso, fue imposible la obtención oportuna de las pólizas de seguros y sus correspondientes reaseguros después de los hechos ocurridos en 11 de septiembre del 2001 en los Estados Unidos de América, especialmente por tratarse de material de guerra. Hecho imprevisible al momento de presentar la oferta y suscribir los contratos.

Por lo anterior, es evidente que el Ministerio de Defensa Nacional, no contempló la existencia de una circunstancia constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito que le impidió cumplir con los requisitos de ejecución de los contratos y como consecuencia los demás requisitos para la legalización de los contratos y por tal razón fundamentó falsamente los actos administrativos objeto de esta demanda, los cuales por consiguiente adolecen de nulidad.

1.2.6. Quinto cargo. En este cargo, además de reiterar que hacer efectiva la garantía de seriedad por un supuesto incumplimiento de obligaciones del contrato mismo resulta indebido, indicó que no existían los perjuicios alegados por la demandada por el retardo en la constitución de la póliza de garantía de cumplimiento.

1.2.7. Sexto cargo. La parte demandante alegó una violación a su derecho al debido proceso y contradicción, al haberse impuesto una sanción sin la existencia de un trámite previo en el que se le permitiera refutar lo expuesto en su contra en los actos acusados.

1.3. El 23 de abril del 2003, aún durante el término de fijación en lista, la parte actora adicionó la demanda en hechos y fundamentos de derecho. Sin embargo, estas modificaciones no cambiaron el sentido ni de los primeros, ni de los segundos. Es de resaltar que la adición hace claridad sobre el término que de acuerdo con el oficio 533 del Ministerio tenía el contratista para allegar la póliza de cumplimiento, pues mediante comunicación 3798 del 6 de noviembre se indicó expresamente que este vencía el 7 de noviembre del 2001 a las 10:21 horas. También agregó que el conocimiento del Ministerio sobre el cumplimiento por parte de la contratista de todos los requisitos y obligaciones del contrato era patente inclusive desde antes de la expedición de la resolución primigenia, es decir, la n.º 1618 del 2001.

1.4. Por otro lado, en lo que respecta al fundamento jurídico de las pretensiones, se pasó de seis a cuatro cargos, pero el sentido de estos continuó siendo el mismo.

II. Trámite procesal

2. El 10 de noviembre del 2003 el Ministerio de Defensa Nacional contestó la demanda de la siguiente forma (f. 221-229 c. 1):

2.1. La entidad demandada comenzó por solicitar que se despachen desfavorablemente las pretensiones, en cuanto no ha recibido ningún dinero por concepto de pago de las sanciones pecuniarias impuestas en los actos acusados.

2.2. Por otra parte, indicó que los plazos previstos en el contrato, especialmente en la cláusula 31, para la constitución y presentación de la póliza de cumplimiento por parte del contratista vencieron sin que tal condición fuese cumplida y sin que se evidencien razones que justifiquen esa tardanza. Agregó que en cualquier caso esta circunstancia sí se encontraba amparada como riesgo por la póliza de seriedad de la oferta que constituyó el demandante, ya que en ella se consideró evento indemnizable la entrega de la garantía única de cumplimiento en los términos pactados en el contrato.

2.3. Aceptó que la obligación incumplida no era de carácter precontractual sino directamente derivada del contrato, pero defendió su procedencia en el caso concreto en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, la ausencia de prohibiciones legales sobre la inclusión de esta circunstancia en la póliza de seriedad de acuerdo con lo previsto en el estatuto contractual y sus normas reglamentarias y la necesidad del cumplimiento del requisito para la ejecución del contrato. En concreto afirmó:

La ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 679 de 1994, establecieron un marco conceptual general sobre el tema de las garantías y de modo alguno se ocupó de la regulación específica de las diferentes modalidades de cobertura de los seguros, de allí que el reglamento de contratación se ocupó de regular esta circunstancia como siniestro de la seriedad de la oferta la negativa del contratista o la demora a la constitución de la garantía de cumplimiento del contrato y de los requisitos de la legalización del mismo, lo que de manera alguna vulnera dichas normas, por cuanto el artículo 12 de la mencionada ley, de ninguna manera está limitando exclusivamente la exigencia de la póliza de seriedad de la oferta, al hecho en que el adjudicatario no firme el contrato, sólo está previendo que el caso en que esta situación se dé, genera de suyo dicha consecuencia jurídica.

2.4. Finalmente, alegó que el incumplimiento de la obligación era patente, sin que este se vea enervado por la ejecución del contrato y su posterior liquidación.

3. Las partes presentaron alegatos de conclusión en primera instancia, de la siguiente forma:

3.1. La parte demandada (f. 246-253 c. 1) insistió en la legalidad de las resoluciones y las medidas allí adoptadas, con argumentos en esencia iguales a los expuestos en la contestación de la demanda. Sin embargo, hizo énfasis en las pruebas testimoniales que dan cuenta de la falta de justificación del retardo y la ausencia de comunicaciones en tal sentido del contratista al Ministerio para el momento del vencimiento del plazo otorgado para la presentación de la póliza.

3.2. La parte demandante, a su vez, también se ratificó en la ilegalidad de las resoluciones acusadas, de forma similar a la desarrollada en la demanda. Hizo hincapié en la palmaria nulidad de la decisión al haber hecho efectiva la garantía de seriedad de un contrato que había sido suscrito aproximadamente un mes antes a la toma de tal decisión (f. 254-278 c. 1).

4. El 22 de junio del 2005 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia** de primera instancia (f. 280-303 c. ppl), en la que el *a quo* negó las súplicas de la demanda al no encontrar probado ninguno de los cargos formulados.

4.1. Descartó el **primer cargo** relativo a la falsa motivación de las resoluciones acusadas basado en que los contratos celebrados entre las partes ya se encontraban debidamente suscritos y por lo tanto los actos no podían hacer referencia a normas del reglamento de invitación a ofertar. Consideró que una vez firmado el contrato este era integrado no sólo por la minuta sino por el pliego, los términos o el reglamento del proceso de selección y este se convertía en ley para las partes de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil.

4.2. En este sentido, resaltó que la cláusula 2.9. del reglamento previó que para el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del acuerdo se tenía el término de 8 días corrientes siguientes a la fecha de suscripción del contrato, plazo en el que debía aportarse las constancias del pago para la publicación en el diario oficial, el comprobante de pago del impuesto de timbre y la garantía única de cumplimiento. A su vez, de acuerdo con la cláusula 3.1.4. del reglamento, la propuesta del interesado debía estar acompañada de una póliza de seriedad que garantizara el cumplimiento de las obligaciones

asumidas por el oferente, como la de suscribir el contrato con el lleno de requisitos establecidos como condiciones de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

4.3. También resaltó que las cláusulas 30, 31 y 35 de los contratos establecieron la obligación del contratista de constituir la póliza única de cumplimiento y hacerla llegar a la entidad dentro de los 10 días hábiles siguientes a la suscripción del acuerdo de voluntades, so pena de no poder iniciar la ejecución del contrato.

4.4. La violación de todos los plazos arriba señalados fue tomada en cuenta en la parte considerativa de las resoluciones acusadas y los mismos no estaban incluidos únicamente en el reglamento del proceso de selección, aunque de cualquier forma este también hacía parte del contrato en sí mismo considerado, por lo que no puede hablarse de una falsa motivación en tal sentido y el cargo no prospera.

4.5. También declaró no probado el **segundo cargo** relativo a la violación del artículo 30.12 de la Ley 80 de 1993. En tal sentido sostuvo que es cierto que esta norma indica que la garantía de seriedad deberá contener el riesgo de suscripción del contrato, pero en virtud de la aplicabilidad de normas de derecho privado en los contratos suscritos por la administración, según el principio de autonomía de la voluntad las partes podían libremente acordar que esta incluyera otros amparos, como el del cumplimiento de los requisitos de legalización del contrato, según se hizo en la póliza de seriedad de la oferta n.º 025-002022186 del 30 de noviembre del 2000, expedida por Seguros Cóndor.

4.6. Respecto del **tercer cargo**, relativo a la presunta desproporcionalidad de la onerosidad de la sanción impuesta, consideró que esta no existió en cuanto el monto incluido en los actos administrativos se apegó al porcentaje previsto en el reglamento del proceso de selección para la garantía de seriedad (20% del valor total del contrato), el cual fue libremente acordado por las partes.

4.7. Finalmente, el **cuarto cargo**, en el que se alegó violación de la cláusula 28 del contrato en cuanto esta previó la exoneración de las obligaciones por motivos de fuerza mayor, también fue despachado desfavorablemente. En este sentido, el *a quo* indicó que aunque la ocurrencia de los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001 en la ciudad de Nueva York constituyen un hecho notorio, no pueden ser considerados fuerza mayor:

En efecto, en primer lugar, la garantía única de cumplimiento podía ser expedida por una compañía de seguros o entidad bancaria, de conformidad con lo

señalado en la cláusula 31 de los contratos (folio 954 del c.3); y las constancias de pago del impuesto de timbre y de cancelación de los derechos de publicación en el diario de contratación, previstas en la cláusula 36 de los contratos (folio 957 del c.3), dependía, únicamente del proveedor contratista aquí demandante.

Por otra parte, no existe prueba en el expediente que demuestre que antes del vencimiento del término para aportar los documentos necesarios para la legalización de los tres contratos (el 25 de octubre de 2001), la sociedad demandante (proveedor contratista) hubiere solicitado al Ministerio, la celebración de un contrato adicional u otrosí, para prorrogar el término para celebración de las garantías únicas, aduciendo las dificultades que tenía su garante, Seguros Cóndor S.A. para obtener los reaseguros que le permitieran expedir las pólizas de garantía de cumplimiento. Este hecho solamente es informado al Ministerio, por la sociedad demandante, en forma totalmente extemporánea, con el recurso de reposición que formuló contra la resolución No. 1618 de 2001. Tampoco existe ninguna justificación válida para el incumplimiento en la entrega de dichos documentos, si se tiene en cuenta que el contratista sí entregó oportunamente los documentos de legalización y ejecución del cuarto contrato suscrito con el Ejército Nacional, y por este motivo el Ministerio de defensa Nacional accedió a revocar parcialmente la resolución No. 1618 de 2001, y a expedir la resolución 0057 del 28 de enero del 2002, en la cual se disminuyó parcialmente el monto de la garantía de seriedad de la propuesta, al resolver el recurso de reposición formulado contra la resolución No. 1618 de 2001.

5. La anterior decisión fue **apelada** a tiempo por la parte demandante (f. 305-325 c. ppl), que expuso su disentimiento con la providencia de la siguiente forma:

5.1. Consideró errados los argumentos plasmados en la sentencia sobre el primer cargo, pues insistió que debía tomarse en cuenta que la sanción pecuniaria del 20% podía imponerse únicamente por el incumplimiento de una obligación precontractual. Reiteró que los contratos estaban firmados, que en todo caso no era posible hacer efectivos los amparos por un simple retardo y que de cualquier manera, en estricto sentido, no se desatendieron los plazos previstos en el contrato para el cumplimiento de los requisitos de legalización, tal como lo había explicado en la demanda y su adición.

5.2. También rechazó la postura de la sentencia en torno a la posibilidad de incluir otros elementos en la póliza de garantía de seriedad en razón a la autonomía de la voluntad.

Indicó que el fin de esta garantía está plenamente identificado en la Ley y consiste en la cobertura de los eventuales perjuicios que una posible abstención del adjudicatario a suscribir el contrato pueda causar.

5.3. Agregó que en este caso se estaba asimilando la exigibilidad de la póliza de seriedad de la oferta y la cláusula penal pecuniaria. En este sentido, como la obligación principal del contrato se cumplió cabalmente, no es posible acudir a la pena subsidiaria.

5.4. Insistió en la desproporcionalidad de la sanción si se tiene en cuenta que lo que se presentó fue apenas un retardo, máxime cuando se probó el íntegro cumplimiento del objeto contractual y el artículo 1596 del Código Civil dispone que debe rebajarse proporcionalmente la pena estipulada en caso de producirse un cumplimiento parcial y el acreedor acepte esa parte.

5.5. Finalmente reiteró que los ataques del 11 de septiembre del 2001 en la ciudad de Nueva York sí constituyen fuerza mayor para no conseguir a tiempo la póliza de garantía de cumplimiento, por las consecuencias que este tuvo en el mercado asegurador. Indicó que las razones que se expusieron en el fallo de primera instancia para descartar esta circunstancia son exógenas a los hechos mismos, y por lo tanto erradas.

6. El 24 de abril del 2006 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 334 c. ppl), oportunidad en la que las dos intervinieron de la siguiente forma:

6.1. La parte demandante (f. 335-364 c. ppl) insistió en los argumentos expuestos durante todo el trámite procesal, especialmente los relativos a la no exigibilidad de la póliza por un simple retardo y en la totalidad de la cuantía, la naturaleza contractual y no precontractual de la obligación presuntamente incumplida, el cumplimiento en estricto sentido del plazo para la ejecución de la póliza y la enervación de la sanción por el cumplimiento del objeto contractual, entre otras.

6.2. Tal como lo había hecho en la contestación de la demanda, la parte accionada centró su argumentación en la violación por parte del demandante de los plazos estipulados para la constitución y presentación de la póliza única de cumplimiento y la posibilidad de incluir un amparo de este tipo en la póliza de seriedad en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes (f. 365-372 c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

7. La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal de las enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, según lo dispone el artículo 75¹ del mismo estatuto; y por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía², tiene vocación de doble instancia.

II. Hechos probados

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

8.1. El 15 de septiembre del 2000 el Ministerio de Defensa Nacional comunicó a 30 firmas y entidades nacionales y extranjeras la apertura del proceso de contratación directa n.º 003/2000 para la adquisición de armamento, munición y equipo de guerra para la fuerza pública de la Nación, en los términos previstos en el correspondiente reglamento de contratación. Una de estas firmas era la sociedad sudafricana Denel (PTY) LTD. (copia auténtica del oficio n.º 7019 del 15 de septiembre del 2000 del Ministerio de Defensa Nacional –f. 1-6 c. 5-).

8.2. El 23 de octubre del 2000 el Ministerio de Defensa puso a disposición de los interesados el reglamento de contratación para el proceso de selección n.º 03/2000. En dicho reglamento, dentro de los requisitos indispensables de la propuesta se previó la

¹ “Artículo 75.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo (...).”

² En la demanda se estimó la cuantía del proceso, determinada por el valor de la pretensión más alta, correspondiente al valor de la sanción pecuniaria impuesta en las resoluciones n.º 1618 del 2001 y n.º 0057 del 2002, en la suma de USD\$448 329 329,30, los cuales para el momento de la presentación de la demanda equivalían a \$1 021 545 209,80. Por la fecha de la presentación del recurso de apelación -28 de julio del 2005 - debe darse aplicación al artículo 1 de la Ley 954 de 2005, que readecuó de forma temporal las cuantías previstas en el artículo 146 de la Ley 446 de 1998 y estableció la doble instancia de los asuntos de reparación directa cuya cuantía superara los 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes, los cuales para el año 2002 equivalían a la suma de \$154 500 000.

constitución de una póliza que garantizara la seriedad de la oferta, la cual debía contar con las siguientes características (copia auténtica del oficio n.º 8343 MDJCE-023 del 23 de octubre del 2000 –f. 7 c. 5-; copia auténtica del reglamento del proceso de contratación n.º 003/2000 –f. 8-299 c. 5-):

3.1.4. Garantía de seriedad de la propuesta

Cada proponente deberá presentar junto con su propuesta una garantía de seriedad de la oferta, a cargo del proponente y en favor del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, mediante la presentación de una póliza de seguros expedida por una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia y debidamente autorizada para expedir la póliza de cumplimiento y seriedad de la oferta.

La vigencia de la garantía será mínimo de cuatro (4) meses calendario, contados desde la fecha de cierre del presente proceso de Contratación, y deberá ser otorgada incondicionalmente a favor del MINISTERIO.

(...)

El pago de la garantía, cuando ésta se haga exigible, tiene el carácter de sanción por incumplimiento de la propuesta presentada por el Adjudicatario, y se entiende sin perjuicio del derecho que le asiste al MINISTERIO, de exigir por los medios reconocidos en Colombia la indemnización de los perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan causado o se le llegaren a causar.

3.1.4.1. Alcance del amparo de la póliza

La garantía amparará en general el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el proponente con ocasión de la presentación de una propuesta como consecuencia del proceso de contratación, en el caso de resultar adjudicatario de la misma, y en particular de las siguientes:

-La obligación de suscribir el contrato ofrecido y el contrato de financiación accesorio al mismo en el caso de tratarse de un crédito de proponente, en los términos y dentro de los plazos y condiciones previstos en el presente Reglamento;

- La obligación de suscribir y entregar al MINISTERIO la garantía única de cumplimiento del contrato, con el lleno de las condiciones y requisitos que correspondan, según los términos previstos en el contrato incluido como

PROFORMA 8 del presente Reglamento, y conforme a lo requerido por el artículo 25, numeral 19, de la Ley 80 de 1993;

- El cumplimiento de los requisitos establecidos como condiciones de perfeccionamiento y ejecución del contrato;

3.1.4.2. Contenido mínimo de la póliza

La garantía de seriedad de la oferta deberá incluir en su texto el contenido que a continuación se requiere, en los términos y con los alcances que se indican, mediante constancias o cláusulas adicionales o complementarias a las de la póliza de seguro, de manera expresa y escrita, y cuyos alcances no podrán ser limitados por otras cláusulas, constancias o documentos privados;

(I) La identificación del amparo de la póliza, expresado en los siguientes términos:

“La presente garantía amparará en general el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el tomador con ocasión de la presentación de una propuesta conforme a la Contratación abierta por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL para la adquisición de armamento, en el caso de resultar adjudicatario de la misma, y en particular de las siguientes:

“La obligación de suscribir el contrato o contratos ofrecidos, en los términos y dentro de los plazos y condiciones previstos en el Reglamento que rige el proceso de Contratación adelantado por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – para la Adquisición de Armamento, así como el contrato de financiación accesorio a los mismos, en el caso de financiarse el valor del contrato con un crédito de proponente;

“La obligación de constituir y entregar al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL la garantía única de cumplimiento del contrato o contratos, con el lleno de las condiciones y requisitos que corresponden según los términos previstos en el contrato incluido como PROFORMA 8 del Reglamento que rige el proceso de Contratación adelantado por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, y conforme a lo requerido por el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993;

“El cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Reglamento, para el cumplimiento de las condiciones de perfeccionamiento y ejecución del contrato”;

(II) Una cláusula del siguiente tenor:

“El valor de la presente póliza será exigible con la ejecutoria del acto administrativo expedido por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, en la que se declare el incumplimiento del proponente respecto de su oferta, y se pagará el valor total al beneficiario en los términos previstos por la Ley.”

(III) El valor de la garantía de seriedad, asciende a un monto equivalente en pesos al veinte por ciento (20%) del valor de la oferta de compra registrada en la proforma 6 presentada con la propuesta, liquidado a la tasa representativa del mercado certificada por la autoridad competente para la fecha de pago.”

8.3. En el reglamento también se indicó que la suscripción del contrato debía darse dentro de los 30 días calendario siguientes a la fecha de la adjudicación, siempre que en ese plazo el adjudicatario y una entidad financiera que el proponente debía presentar junto a la oferta para efectos de financiación del contrato hubiesen llegado a un acuerdo con la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda sobre las condiciones y términos definitivos del empréstito. Si al vencer ese plazo no se llegaba a ese acuerdo, el proponente estaría obligado a suscribir el contrato dentro de los 5 días hábiles siguientes a la suscripción del contrato de financiación (copia auténtica del reglamento del proceso de contratación n.º 003/2000 –f. 8-299 c. 5-).

8.4. De igual forma, conforme con el reglamento, *“para el perfeccionamiento y cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato”*, el adjudicatario debía aportar dentro de los 8 días corrientes siguientes a la fecha de suscripción del contrato, la constancia de pago de la publicación en el Diario Oficial, la garantía única de cumplimiento constituida por el proponente y el comprobante del pago del impuesto de timbre. Por su parte, el Ministerio de Defensa debía obtener en el término de 5 días el correspondiente registro presupuestal (copia auténtica del reglamento del proceso de contratación n.º 003/2000 –f. 8-299 c. 5-).

8.5. El 23 de noviembre del 2000 la sociedad sudafricana Denel (PTY) LTD, por intermedio de su representante en Colombia MAGSIND Ltda., presentó oferta para contratar en 14 de los 48 ítems de armamento enunciados en el reglamento del proceso de selección, así



(copia auténtica de la propuesta presentada por la sociedad Denel (PTY) LTD en el marco del proceso de contratación n.º 003/2000 –f. 323-582 c. 5-):

PRIMERA ENTREGA

Ítem	EQUIPO	Vr. Ofrecido US\$
8	Bombas mk-81 de 250 lbs	US\$328,387.04
9	Bombas mk-82 de 500 lbs	US\$175,941.55
19	Granadas de 40 mm	US\$354,415.00
	Costo por transporte	US\$183,344.27
	SUBTOTAL PRIMERA ENTREGA	US\$1,042,587.86

SEGUNDA ENTREGA

Ítem	EQUIPO	Vr. Ofrecido US\$
1	Ametralladora cal 7.62 X 51 mm.	US\$302,410.40
2	Ametralladora lanzagranada automático calibre 40 x 53 mm	US\$243,983.30
10	Cartuchos calibre 5.56 mm eslabonados (millares)	US\$456,675.00
11	Cartuchos calibre 7.62 mm eslabonados	US\$1,217,880.00
15	Escopetas cal 12	US\$46,560.00
17	Fusil lanzagranadas cal 40 mm	US\$251,802.60
20	Granadas HE anti-personal para lanzador de 40 mm	US\$1,550,000.00
22	Granadas HE para morteros largo alcance calibre 60 mm	US\$968,800.00
23	Granadas HE para morteros largo alcance calibre 81	US\$1,096,423.50
27	Lanzagranada múltiple calibre 40 x 46 mm	US\$202,425.66
31		US\$180,280.88
33	Morteros de 81 mm/largo alcance	US\$287,380.80

37	Pistolas cal 9 mm	US\$190,604.00
	Costo por transporte	US\$293,538.47
	SUBTOTAL SEGUNDA ENTREGA	US\$7,288,564.61

	Costo de otros servicios (mano de obra, seguros, asistencia técnica, etc.)	US\$466,937.74
	VALOR TOTAL DE LA OFERTA DE VENTA	US\$8,798,090.21

8.6. La sociedad demandante acompañó su propuesta con la póliza de garantía de seriedad de la oferta n.º 025002022186 del 30 de noviembre del 2000, expedida por la sociedad Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales a favor del Ministerio de Defensa Nacional, la cual contaba con un valor asegurado total de \$3 960 000 000 y una vigencia que corría desde el 30 de noviembre del 2000 hasta el 10 de abril del 2001 (copia auténtica de la propuesta presentada por la sociedad Denel (PTY) LTD en el marco del proceso de contratación n.º 003/2000 –f. 323-582 c. 5-; copia auténtica de la póliza n.º 025002022186 del 30 de noviembre del 2000, expedida por Cóndor S.A. –f. 9-10 c.5-).

8.7. Dentro de las condiciones particulares de la póliza se incluyeron, entre otros, los siguientes amparos:

2. LA PRESENTE GARANTÍA AMPARARÁ EN GENERAL EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL TOMADOR CON OCASIÓN DE LA PRESENTACIÓN DE UNA PROPUESTA CONFORME A CONTRATACIÓN DIRECTA ABIERTA POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL PARA LA ADQUISICIÓN DE ARMAMENTO, EN EL CASO DE RESULTAR ADJUDICATARIO DE LA MISMA, Y EN PARTICULAR DE LAS SIGUIENTES;

3. LA OBLIGACIÓN DE SUSCRIBIR EL CONTRATO O CONTRATOS OFRECIDOS, EN LOS TÉRMINOS Y DENTRO DE LOS PLAZOS Y CONDICIONES PREVISTOS EN EL REGLAMENTO QUE RIGE EL PROCESO DE CONTRATACIÓN ADELANTADO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL PARA LA ADQUISICIÓN DE ARMAMENTO, ASÍ COMO EL CONTRATO DE FINANCIACIÓN ACCESORIO A LOS MISMOS, EN EL CASO DE FINANCIARSE EL VALOR DEL CONTRATO CON UN CRÉDITO DE PROPONENTE.

4. LA OBLIGACIÓN DE CONSTITUIR Y/O SUSCRIBIR Y ENTREGAR AL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, CON EL LLENO DE LAS CONDICIONES Y REQUISITOS QUE CORRESPONDEN SEGÚN LOS TÉRMINOS PREVISTOS EN EL CONTRATO INCLUIDO COMO PROFORMA 8 DEL REGLAMENTO QUE RIGE EL PROCESO DE CONTRATACIÓN ADELANTADO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, Y CONFORME A LO REQUERIDO POR EL ARTÍCULO 25, NUMERAL 19 DE LA LEY 80 DE 1993.

EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL PRESENTE REGLAMENTO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

8.8. El proceso de selección n.º 03/2000 fue adjudicado por el Ministerio de Defensa mediante las resoluciones n.º 2031 del 20 de diciembre del 2000 y 2216 del 29 de diciembre del mismo año. En la resolución n.º 2031 del 2000 se declaró desierto el proceso respecto de 35 ítems incluidos en el reglamento de contratación, mientras que adjudicó la adquisición de los restantes 13 ítems a los oferentes Denel (PTY) LTD., Thiokol y Sig Arms Inc.; así:

<i>Ítem No.</i>	<i>DESCRIPCIÓN DEL ÍTEM:</i>	<i>PROPONENTE ADJUDICATARIO:</i>
1	<i>Ametralladora cal 7.62 X 51 mm.</i>	<i>DENEL (PTY) LTD.</i>
5	<i>Bengalas de iluminación</i>	<i>THIOKOL</i>
6	<i>Bengalas infrarrojas</i>	<i>THIOKOL</i>
10	<i>Cartuchos calibre 5.56 mm eslabonados (en militares)</i>	<i>DENEL (PTY) LTD.</i>
11	<i>Cartuchos calibre 7.62 mm eslabonados (en militares)</i>	<i>DENEL (PTY) LTD.</i>
17	<i>Fusil lanza granadas cal 40 mm</i>	<i>DENEL (PTY) LTD.</i>
19	<i>Granadas de 40 mm</i>	<i>DENEL (PTY) LTD.</i>
20	<i>Granadas HE anti-personal para lanzador de 40 mm</i>	<i>DENEL (PTY) LTD.</i>
22	<i>Granadas HE para morteros largo alcance calibre 60 mm</i>	<i>DENEL (PTY) LTD.</i>
23	<i>Granadas HE para morteros largo alcance calibre 81</i>	<i>DENEL (PTY) LTD.</i>

27	Lanzagranada múltiple calibre 40 x 46 mm,	DENEL (PTY) LTD.
31	Morteros calibre 60 mm tipo comando,	DENEL (PTY) LTD
37	Pistolas cal 9 mm	SIG ARMS INC

8.9. Al advertir que en la resolución n.º 2031 del 20 de diciembre del 2000 quedaron sin adjudicar dos ítems que eran requeridos prioritariamente por la Fuerza Aérea Colombiana y en consideración a que la propuesta de Denel (PTY) LTD. cumplía con el lleno de requisitos de la invitación a contratar, mediante la resolución n.º 2216 del 29 de diciembre del 2000 el Ministerio de Defensa le adjudicó el suministro de los mismos, así (copia auténtica de la resolución n.º 2216 del 29 de diciembre del 2000 -932-934 c. 3-):

Ítem No.	DESCRIPCIÓN DEL ÍTEM	CANTIDAD REQUERIDA	COSTO OFRECIDO (US\$)	COSTO POR TRANSPORTE (US\$)	COSTO OTROS SERVICIOS (US\$)	VALOR TOTAL OFERTA
8	Bombas mk-81 de 250 lbs	226	328.387.04	49.258.06	70.741.94	448.387.04
9	Bombas mk-82 de 500 lbs	205	316.694.79	47.504.22	65.419.39	429.618.40

8.10. Como consecuencia de la adjudicación, la sociedad Denel (PTY) LTD. y el Ministerio de Defensa Nacional suscribieron 3 contratos, Así:

- Contrato n.º 06/00-ARC- del 10 de octubre del 2001, cuyo objeto fue la compraventa y financiación de 57 lanzagranadas múltiples calibre 40 X 46 mm y 52 morteros calibre 60mm tipo comando con destino a la Armada Nacional de Colombia; con valor total de US\$404 624 ,46 (copia auténtica del contrato n.º 06/00-ARC- del 10 de octubre del 2001 –f. 935-975 c. 3-).

- Contrato n.º 08/00-FAC- del 10 de octubre del 2001, cuyo objeto fue la adquisición y financiación de 226 bombas MK-81 de 250 libras, 205 bombas MK-82 de 500 libras y 7300 granadas de 40mm con destino a la Fuerza Aérea Colombiana; con valor total de US\$1 250 080,50 (copia auténtica del contrato n.º 08/00-FAC- del 10 de octubre del 2001 –f. 976-1025 c. 3-).

- Contrato n.º 10/00-PONAL- del 10 de octubre del 2001, cuyo objeto fue la adquisición y financiación de 40 ametralladoras Vector SS-77 calibre 7,62 x 51mm y 70 fusiles lanzagranadas calibre 40mm con destino a la Policía Nacional; con un valor total de US\$579 941,58 (copia auténtica del contrato n.º 10/00-PONAL- del 10 de octubre del 2001 –f. 1026-1068 c. 3-).

8.11. En la cláusula 31 de los tres contratos se estableció la obligación del contratista de constituir una póliza para garantizar su cumplimiento, la cual se pactó en los siguientes términos (copia auténtica del contrato n.º 06/00-ARC- del 10 de octubre del 2001 –f. 935-975 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 08/00-FAC- del 10 de octubre del 2001 –f. 976-1025 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 10/00-PONAL- del 10 de octubre del 2001 –f. 1026-1068 c. 3-):

CLÁUSULA 31. GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO A CARGO DEL PROVEEDOR

EL PROVEEDOR deberá constituir a favor de EL MINISTERIO, dentro de los cinco (5) días hábiles a la firma del presente contrato de suministro, una garantía única de cumplimiento de todas las obligaciones a su cargo, derivadas del Contrato, la cual deberá cumplir con todos los requisitos previstos en el Decreto 679 de 1994, expedida por una Compañía de Seguros o Banco debidamente autorizados para funcionar en Colombia y para emitir esta clase de garantías.

Cuando el término para el cumplimiento de alguna de las obligaciones derivadas del Contrato, sea prorrogado y por tanto se amplíe la vigencia del Contrato, deberá prorrogarse en el mismo sentido la vigencia de la garantía de cumplimiento, y allegar al MINISTERIO el correspondiente certificado de modificación.

La garantía deberá ser expedida por una compañía de seguros, o por un establecimiento bancario. En cualquier caso la entidad expedidora deberá estar autorizada por las autoridades colombianas para emitir esa clase de garantías en Colombia.

8.12. En la cláusula 32 de los tres contratos se estableció que la póliza debía cumplir con

por lo menos cuatro riesgos así: i) el cumplimiento general de las obligaciones, con un valor amparado del 20% del valor del contrato y una vigencia igual a la del contrato y seis meses más; ii) el cumplimiento de las obligaciones postventa, con un valor amparado del 10% del valor del contrato, con vigencia igual a la del contrato, debiendo ser renovado a su finalización por periodos anuales con renovaciones automáticas por un plazo total de cinco años; iii) el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, con un valor amparado del 5% del valor del contrato y una vigencia igual a la del contrato más tres años; y iv) calidad del suministro, con un valor amparado del 50% del valor del contrato y una vigencia de un año contado a partir de la suscripción del acta de entrega parcial o final de los bienes contratados (copia auténtica del contrato n.º 06/00-ARC- del 10 de octubre del 2001 –f. 935-975 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 08/00-FAC- del 10 de octubre del 2001 –f. 976-1025 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 10/00-PONAL- del 10 de octubre del 2001 –f. 1026-1068 c. 3-).

8.13. La cláusula 34 de los contratos indicó que la póliza de cumplimiento y las demás que debieran ser constituidas por el contratista estarían sujetas a la aprobación del Ministerio de Defensa, el cual dispondría de tres días hábiles para examinarlas. De no encontrarlas satisfactorias debía hacérselo saber de forma detallada al contratista, quien a su vez contaría con el término de cinco días calendario desde que se le comunicara tal circunstancia para corregirla y remitirla de vuelta. Se advirtió con claridad que la desatención de este término constituiría incumplimiento por parte del proveedor y le acarrearía las sanciones previstas en el contrato y la exigibilidad de la propuesta allegada con su oferta al proceso de contratación (copia auténtica del contrato n.º 06/00-ARC- del 10 de octubre del 2001 –f. 935-975 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 08/00-FAC- del 10 de octubre del 2001 –f. 976-1025 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 10/00-PONAL- del 10 de octubre del 2001 –f. 1026-1068 c. 3-).

8.14. La cláusula 35 estableció que el plazo de los contratos sería *“el necesario para el cumplimiento de su objeto, sin superar en ningún caso del 10 de diciembre de 2001 y el plazo de duración del mismo será hasta el 10 de marzo de 2002”* (copia auténtica del contrato n.º 06/00-ARC- del 10 de octubre del 2001 –f. 935-975 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 08/00-FAC- del 10 de octubre del 2001 –f. 976-1025 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 10/00-PONAL- del 10 de octubre del 2001 –f. 1026-1068 c. 3-).

8.15. La cláusula 36 de los contratos previó las condiciones para la suscripción de la iniciación del contrato. En ella, las partes acordaron lo siguiente (copia auténtica del contrato n.º 06/00-ARC- del 10 de octubre del 2001 –f. 935-975 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 08/00-FAC- del 10 de octubre del 2001 –f. 976-1025 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 10/00-PONAL- del 10 de octubre del 2001 –f. 1026-1068 c. 3-):

El acta de iniciación del contrato es el acto bilateral que da comienzo al inicio de plazo del contrato, sin perjuicio de la plena vigencia jurídica que el contrato adquiere con la sola firma de las partes.

El acta de iniciación del contrato deberá ser suscrita por parte del MINISTERIO a través del Superior del contrato, y por parte del PROVEEDOR a través de su representante debidamente autorizado, dentro de los diez (10) días calendario siguientes al cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato, según lo prescrito en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Como condición necesaria para la suscripción del acta de iniciación del contrato, EL PROVEEDOR deberá aportar a EL MINISTERIO, dentro de los primeros diez (10) días hábiles siguientes contados a partir de la firma del presente contrato, los siguientes documentos:

36.1. La constancia de pago del impuesto de timbre del presente contrato, si al mismo hubiere lugar.

36.2. La constancia de cancelación de los derechos de publicación en el Diario de Contratación.

36.3. La garantía única otorgada por EL PROVEEDOR.

Una vez allegados los documentos referidos, EL MINISTERIO evaluará que los mismos cumplan con los requisitos previstos en el reglamento, y en un término máximo de cinco (5) días hábiles le comunicará al PROVEEDOR por escrito su conformidad con los documentos mencionados, y le señalará la fecha, hora y sitio en los que se llevará a cabo la suscripción del acta de iniciación del contrato.

En dicha acta se dejará constancia del cumplimiento de la totalidad de los requisitos previstos para la suscripción del Contrato, declarará en consecuencia el inicio de la ejecución del Contrato, y hará entrega a cada una de las partes de un ejemplar original del acta debidamente suscrita por ambas partes.

8.16. La cláusula 28 de los contratos definió como causales de exoneración para el contratista de sus obligaciones contractuales la fuerza mayor y el caso fortuito (copia auténtica del contrato n.º 06/00-ARC- del 10 de octubre del 2001 –f. 935-975 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 08/00-FAC- del 10 de octubre del 2001 –f. 976-1025 c. 3-; copia auténtica del contrato n.º 10/00-PONAL- del 10 de octubre del 2001 –f. 1026-1068 c. 3-).

8.17. El 1 de noviembre del 2001 la coordinadora del Grupo de Contratación Estatal del Ministerio de Defensa Nacional, mediante oficio n.º 533MDJCE-023, requirió al gerente de MAGSIND S.A., representante en Colombia de Denel (PTY) LTD. para que en el término de tres días hábiles hiciera remisión de las garantías que amparaban los contratos suscritos, con el fin de poder iniciar la ejecución de los mismos. Se advirtió que los solicitado debía cumplirse en dicho plazo *“so pena de iniciar las acciones legales y contractuales del caso”* (copia auténtica del oficio n.º 533MDJCE-023 del 1 de noviembre del 2001 –f. 1257 c. 3-).

8.18. El 6 del noviembre del 2001 la misma dependencia del Ministerio de Defensa, mediante oficio n.º 3798MDJCE-023, reiteró la solicitud de entrega de las garantías y recordó al contratista que el término establecido en el oficio del 1 de noviembre del 2001 vencía el día siguiente, es decir, el 7 de noviembre de 2001, a las 10:21 horas (copia auténtica del oficio n.º 3798MDJCE-023 del 6 de noviembre del 2001 –f. 1258 c. 3-).

8.19. MAGSIND S.A., representante en Colombia de DENEL (PTY) LTD., remitió el 8 de noviembre del 2001 los oficios n.º MGD-691-01, MGD-692-01 y MGD-693-01, junto a los que allegó las pólizas únicas de cumplimiento a favor de entidades estatales y de responsabilidad extracontractual a favor de terceros n.º 025 012028075, 025 012028071 y 055 012002857, expedidas por Seguros Cóndor S.A. De acuerdo con la carátula de las pólizas, las garantías fueron constituidas por Denel (PTY) LTD el 11 de octubre del 2001, en el caso de las dos primeras y el 7 de noviembre del 2001 en el caso de la tercera, la cual correspondía al riesgo de responsabilidad extracontractual. En las dos primeras figura como beneficiario el Ministerio de Defensa, mientras que en la tercera lo hacen terceros indeterminados afectados (copia auténtica de los oficios n.º MGD-691-01, MGD-692-01 y MGD-693-01 – f. 1259, 1270 y 1279 c. 3-; copia auténtica de las pólizas n.º 025 012028075, 025 012028071 y 055 012002857 –f. 1260, 1271 y 1279 c. 3-).

8.20. El 8 de noviembre del 2001 MAGSIND S.A., representante de Denel (PTY) LTD. en Colombia, justificó la tardanza en entregar las pólizas, de la siguiente forma (copia auténtica oficio MGD-694-01 del 8 de noviembre del 2001 –f. 1285 c. 3-):

(...) fue absolutamente imposible entregar en el día de ayer a la hora indicada en su oficio arriba indicado, las pólizas correspondientes a las Garantías Únicas de los contratos de la referencia, por cuanto fue necesario realizar algunas correcciones a las mismas para que se ajustaran a los precisos e inequívocos términos del reglamento del proceso y cada uno de los contratos.

(...)

Sobre el particular, es importante resaltar que las pólizas fueron solicitadas inmediatamente recibimos las copias de los contratos, al día siguiente de que fueron firmados, pero lamentablemente la compañía de seguros demoró su expedición, pues inicialmente requirió copia de los contratos y posteriormente le fue absolutamente imposible expedir las pólizas hasta constituir los correspondientes coaseguros y reaseguros.

(...)

8.21. El 9 de noviembre del 2001 el Ministro de Defensa Nacional profirió la resolución n.º 1618 del 2001 mediante la que declaró el incumplimiento de la propuesta presentada por Denel (PTY) LTD. por el vencimiento en silencio del plazo para allegar las garantías previstas como requisito de la ejecución de los contratos. Concretamente se resolvió en dicho acto (copia auténtica de la resolución n.º 1618 del 9 de noviembre del 2001 –f. 1230-1232 c. 3-):

ARTÍCULO 1º.- Declarar el incumplimiento de la propuesta presentada ante el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL por la sociedad DENEL PTY, y que diera origen a la suscripción de los contratos Nos 06/00 MDN-ARC, 08 MDN-FAC y 10/00 MDN-PONAL, por omitir el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de tales contratos dentro de los términos que fueron establecidos para estos efectos por el reglamento del proceso de contratación 03/00 MDN-EJC-FAC-ARC-PONAL y por la minuta de los contratos mencionados, cuyos términos y condiciones fueron explícitamente aceptados por el proponente con la presentación de su propuesta;

ARTÍCULO 2º. Como consecuencia de lo anterior hágase efectiva la garantía de seriedad de la propuesta constituida por la sociedad DENEL PTY por un valor de UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$1'800.000.00), según póliza No. 025002022186 expedida por la compañía de seguros CONDOR S.A. actualmente vigente.

ARTÍCULO 3º. Notifíquese el presente acto administrativo a la firma contratista DENEL PTY, así como a la Compañía CONDOR S.A., quien está garantizando la seriedad de la propuesta presentada hasta el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de los contratos Nos. 06/00 MDN-ARC, 08/00 MDN-FAC y 10/00 MDN-PONAL.

ARTÍCULO 4º. De conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 y una vez quede en firme el presente acto administrativo, publíquese la parte resolutive del mismo en los términos y condiciones previstos en la citada Ley, publicación que correrá a cargo de la firma contratista sancionada, y comuníquese a las autoridades e instancias pertinentes para su registro y cobro coactivo dentro de los términos legales aplicables.

ARTÍCULO 5º. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición, y contra la misma procede el recurso de reposición el que podrá ser interpuesto por el interesado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de notificación.

8.22. La parte considerativa del acto trajo a colación los plazos con los que contaba el contratista para aportar las pólizas de garantía, particularmente la cláusula 36 del acuerdo, que imponía un término de 10 días hábiles para el efecto, el cual habría vencido el 25 de octubre del 2001. Agregó que la póliza de seriedad de la oferta constituida por Denel (PTY) LTD. amparaba el riesgo consistente la constitución y presentación de la póliza única de cumplimiento en los términos del reglamento y que el 1 de noviembre se había constituido en mora al contratista, dándole una espera que venció el silencio el 7 de noviembre del 2001. Textualmente argumentó (copia auténtica de la resolución n.º 1618 del 9 de noviembre del 2001 –f. 1230-1232 c. 3-):

OCTAVO.- Que este MINISTERIO, con el fin de constituir en mora al contratista respecto de las obligaciones ya citadas, requirió al contratista el cumplimiento de las mismas mediante oficio n.º 533 de fecha 1 de noviembre de 2001, solicitándole que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación referida se enviara la garantías de cumplimiento que respaldara los mencionadas contratos, término este que venció el pasado siete (7) de noviembre de 2001, sin que el contratista se hubiera allanado a cumplir con la constitución y entrega de las garantías respectivas, la acreditación del pago del impuesto de timbre, o la publicación del contrato en el Diario Único de Contratación Estatal.

8.23. El 28 de noviembre del 2001 el gerente general de MAGSIND S.A. interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión. Argumentó que el retraso para la consecución de las garantías se derivó de trámites de reaseguro entre la aseguradora colombiana y pares internacionales, las cuales se hicieron más difíciles como consecuencia de los hechos de terrorismo ocurridos en los Estados Unidos el 11 de septiembre del 2001. Agregó que la comunicación del 1 de noviembre del 2001, mediante la que se le constituyó en mora, estableció un plazo que venció el 7 de noviembre del mismo año, dejando sin efecto los otros plazos que podrían haber sido acordados o impuestos sobre el particular. Finalmente, consideró excesivamente onerosa la sanción (copia auténtica del recurso de reposición interpuesto por MAGSIND S.A. contra la resolución n.º 1618 del 2001 –f. 1233-1256 c. 3-).

8.24. El recurso de reposición fue resuelto mediante la resolución n.º 0087 de 2002, en la que, básicamente, se desestimaron los fundamentos de la impugnación y se confirmó la decisión. Sin embargo, sí se atendió al argumento de la excesiva onerosidad de la sanción impuesta, por lo que únicamente modificó el artículo 2 del acto, en el sentido de reducir el valor por el que se hizo efectiva la póliza de seriedad de la oferta a US\$448 329,30 (copia auténtica resolución n.º 0057 del 28 de enero del 2002 –f. 1293-1309 c. 3-).

8.25. La entrega del material de guerra contratado se produjo a entera satisfacción del Ministerio de Defensa Nacional el 4 de diciembre del 2001 en las instalaciones de DENEL (PTY) LTD, ubicadas en la ciudad de Pretoria, Sudáfrica (actas de recibo de los contratos 06/00, 08/00 y 10/00 del 4 de diciembre del 2001 –f. 1222-1229 c. 3-).

III. Problema jurídico

9. De acuerdo con lo alegado en la demanda, lo decidido en la sentencia de primera instancia y lo expuesto en la apelación, la Sala deberá resolver sobre la legalidad de la resolución n.º 1618 del 2001 y su confirmatoria n.º 0057 del 2002, mediante las que el Ministerio de Defensa declaró el incumplimiento de la oferta del demandante en el proceso de contratación n.º 03/00 MDN-EJC-FAC-ARC-PONAL, al no allegar de forma oportuna las garantía de cumplimiento y demás requisitos de legalización y ejecución de los contratos que de este se derivaron. Será de particular relevancia la determinación sobre si, de acuerdo con las normas aplicables al momento de la celebración y ejecución del acuerdo de voluntades, le asistía al Ministerio de Defensa la competencia para expedir los actos administrativos, tomando en consideración que en ellos se declaró el incumplimiento de una obligación puesta en cabeza del demandante en el contrato mismo, así como se hizo

efectiva la garantía de seriedad de la oferta cuando los correspondientes contratos ya se hallaban perfeccionados.

IV. Cuestión previa: precedencia del adelantamiento del proceso sin que se hubiese vinculado al asegurador Seguros Cóndor S.A.

10. Antes de avanzar a la resolución del asunto, se debe aclarar que el adelantamiento del presente trámite judicial sin la citación y vinculación del asegurador Cóndor S.A. es totalmente procedente, dado que la relación jurídica existente entre asegurador y afianzado es la de un litisconsorcio apenas cuasinecesario, según lo ha establecido la Sección en casos anteriores³.

V. Análisis de la Sala

11. De entrada la Sala advierte la evidencia de que en el presente caso los actos acusados, en los que, básicamente, se declaró un incumplimiento contractual de parte del contratista al no atender oportunamente los requisitos de ejecución del contrato, así como se hizo efectiva la póliza de seriedad de la oferta como consecuencia inmediata de ello, fueron expedidos sin que el Ministerio de Defensa contara con la competencia para hacerlo, tal como se explica a continuación.

12. Precisamente el primero de los cargos formulados por la sociedad contratista en contra de las resoluciones 1618 del 2001 y 0057 del 2002 del Ministerio de Defensa descansa en la falta de competencia para tomar estas decisiones, lo que demuestra la importancia que la demanda atribuye a este aspecto en cuanto al juzgamiento de la legalidad de las decisiones administrativas acusadas.

13. En efecto, en ocasiones anteriores la Sala ha indicado que el juzgador debe dar especial importancia a la verificación del requisito de la competencia de la entidad estatal para expedir un acto administrativo, siendo posible incluso que esto sea revisado de oficio por el juzgador, dado que se considera que esta es la forma más grave de ilegalidad de una decisión de la administración. El respecto se ha sostenido que⁴:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo del 2014, expediente 19857, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero del 2006, expediente 13414, CP. Ramiro Saavedra Becerra.

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

14. Ahora, no puede perderse de vista que en los actos administrativos se tomaron dos decisiones diferentes, aunque relacionadas y dependientes, dado que: i) se declara el incumplimiento de la oferta y como una consecuencia directa de ello ii) se hace efectiva la póliza de seriedad de la oferta, constituida por la sociedad contratista como requisito para la presentación de su propuesta.

15. Respecto de la declaración de incumplimiento, debe primero establecerse cuál es la naturaleza de la obligación presuntamente inatendida, consistente en la omisión de acreditar "los requisitos de perfeccionamiento y ejecución" de los contratos que se derivaron del proceso de selección n.º 03/00 MDN-EJC-FAC-ARC-PONAL, consistentes, en esencia, en la acreditación de la cancelación del impuesto de timbre, la publicación en el diario oficial, así como la constitución y presentación de la garantía única de cumplimiento.

16. De acuerdo con lo probado en el expediente y lo señalado en la misma resolución n.º 1618 del 9 de noviembre del 2001 en su considerando cuarto, el deber de acreditar estos requisitos estaba incluido como una obligación a cargo del contratista en los contratos 06/00 MDN-ARC, 08/00 MDN-FAC Y 10/00 MDN-PONAL, los cuales fueron suscritos por el Ministerio de Defensa y Denel (PTY) LTD –a través de su representante en Colombia, MAGSIND S.A.- el 10 de octubre del 2001 (ver supra párr. 8.10), ya que en sus cláusulas 31 y 32 se acordó la obligatoriedad de la constitución de la póliza, mientras que su presentación dentro de los 10 días hábiles siguientes a la celebración del acuerdo de voluntades, junto a los demás requisitos de legalización, se previó como requisito de la ejecución del objeto contractual pactado (ver supra párr. 8.11, 8.12 y 8.13).

17. Esto, aunado a la inclusión de disposiciones prácticamente idénticas en el reglamento del proceso de contratación que hace parte integral del contrato, dan cuenta de que la misma es una obligación de naturaleza contractual, por lo que la decisión administrativa de declararla desatendida por Denel (PTY) LTD, constituye una declaración unilateral del Ministerio del Defensa del incumplimiento de su contraparte en el marco de la relación contractual.

18. Ahora es claro que en el marco de la actividad contractual de la administración existen, por previsión del legislador, algunas facultades que resultan extrañas al derecho común y que rompen el plano de igualdad entre los contratistas particulares y los contratantes públicos.

19. Estas constituyen privilegios que ofrece la ley al Estado como instrumento para controlar de manera más efectiva el desarrollo y ejecución de los contratos que celebra con el objeto de adquirir los bienes y servicios que le permiten cumplir con sus fines de manera eficaz. Sobre el objeto y finalidad de estas potestades, la Corte Constitucional ha indicado⁵:

A través de las potestades excepcionales generales la Administración goza de prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, a fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y poder, así, asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Se garantiza de esta manera, el cumplimiento de los fines estatales que se desarrollan a través de la contratación estatal mediante el reconocimiento a la Administración Pública, de un poder especial de orden administrativo.

20. El rompimiento del plano de igualdad que en general es predicable de este tipo de contratos, se ejerce, primordialmente, mediante un poder de decisión en algunos asuntos concretos de forma unilateral, esto es, a través de actos administrativos propiamente dichos, los cuales solo pueden ser dictados por el Estado en ejercicio de atribuciones expresas legales.

21. Es necesario que estas facultades hayan sido expresamente conferidas por el legislador, dado que las disposiciones constitucionales aplicables a la función administrativa, y concretamente a la actividad contractual pública, señalan que esta debe enmarcarse en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la Constitución Política), así como que sus

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1341 del 11 de diciembre del 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

agentes e instituciones deben estar sometidos en el ejercicio de sus funciones a la ley y el reglamento (artículos 123 y 6 de la Constitución Política).

22. En otros términos, al referirse a las potestades excepcionales de la administración en materia contractual, se habla de las expresas materias en las que por previsión legislativa la entidad contratante se encuentra autorizada para definir según su criterio una controversia. Es lógico, entonces, que los temas en la que la potestad de arbitrio resulta aplicable se encuentran delimitadas por las normas que sean aplicables a cada contrato.

23. De acuerdo con lo establecido anteriormente, queda claro que por la naturaleza de la entidad contratante, así como por la fecha en la que ocurrieron los hechos materia de controversia, el régimen jurídico aplicable al acuerdo contractual es el contenido en la Ley 80 de 1993, la cual en su artículo 14 consagró medios con los que cuentan las entidades públicas para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, los cuales, en cuanto ejecutables unilateralmente por parte de la administración, resultan excepcionales al derecho común. De acuerdo con esta norma, las referidas herramientas son:

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

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

24. Como se puede observar, las materias en las que está permitido a las entidades públicas contratantes decidir de manera unilateral están previstas de manera expresa e incluso consagrada junto a limitaciones en su pacto y uso.

26. Se distinguen de la norma transcrita los poderes de autotutela para la interpretación unilateral del contrato, la modificación unilateral del mismo, su terminación, su sometimiento

a las leyes nacionales y la posibilidad de declarar la caducidad como consecuencia de un grave incumplimiento del desarrollo del objeto contractual.

27. Igualmente, se indica en ella que estas facultades no pueden pactarse en favor de las entidades estatales en todos los tipos de contratos, sino que existen algunos en los que puede llegarse a este acuerdo por estar autorizado por la ley, otros en los que se encuentra prohibido hacerlo, y otros en los que se entienden acordadas estas facultades aun cuando no hayan sido incluidas en el texto del negocio⁶.

28. Así, la inclusión de las potestades extrañas al derecho común será virtual en los contratos relacionados con el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación o concesión de bienes del Estado y en los de obra. Esto quiere decir que aun cuando no aparezcan de manera expresa en el texto del contrato, se entienden acordadas por ministerio de la ley.

29. Por otra parte, pueden pactarse, aunque no es obligatorio sino discrecional, en los contratos de suministro y prestación de servicios; mientras que está proscrito su acuerdo en aquellos contratos que se celebran con personas públicas internacionales, los de cooperación, los de donación, los de arrendamiento, los que comprendan la realización de actividades científicas o tecnológicas, los de seguros tomados por las entidades estatales y aquellos cuyo objeto sea la ejecución de actividades comerciales o industriales de las entidades que no correspondan a las indicadas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁷.

30. La jurisprudencia de esta Sección ha establecido que, en el marco de la Ley 80 de 1993 sin las modificaciones introducidas por la Ley 1150 del 2007, el uso de estas facultades no sólo se encuentra limitado por el tipo de contrato y su objeto, sino también de forma temporal, siendo claro que sólo pueden hacerse efectivas mediante el ejercicio de la autotutela antes del vencimiento del término que se hubiese establecido para la ejecución del contrato.

31. El ejercicio de estos instrumentos por parte de la administración después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, incluso alegando que su uso obedece a la

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 13 de febrero del 2013, expediente 24996, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo del 2012, expediente 20968, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

protección del interés general, es ilegal y por lo tanto nula por falta de competencia para la expedición del acto en el que se tome tal decisión⁸.

32. En tal sentido, como puede concluirse de lo dicho hasta el momento de la consagración legal necesaria de los poderes de autotutela de la administración, el acto es ilegal al haber declarado el incumplimiento del contrato de forma unilateral cuando esta facultad no fue puesta en cabeza de las entidades estatales en la Ley 80 de 1993, lo que necesariamente implica que carecía de la facultad para expedir la decisión administrativa de la forma en que lo hizo.

33. Por lo tanto, esta decisión administrativa debe ser anulada por falta de competencia para hacer uso de la autotutela para declarar el incumplimiento de la sociedad contratista respecto de una obligación que se encontraba a su cargo en virtud de un acuerdo de voluntades sometido a la Ley 80 de 1993, dado que este régimen no previó esta posibilidad. Por otra parte, en lo que tiene que ver con la segunda parte del acto administrativo, en el que se hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta, también advierte la Sala que se presenta una falta de competencia para la adopción de tal determinación de forma unilateral, consistente esta vez en el vencimiento del plazo para el efecto.

34. La obligación de los contratistas del Estado de constituir garantías de la seriedad de la oferta es una manifestación del principio de economía consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, cuyo numeral 19, para ese momento, señalaba:

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

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

(...)

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de febrero del 2012, expediente 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

35. En la misma línea el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece la potestad de la administración para hacer efectiva la garantía que se haya constituido para garantizar la seriedad de la oferta, siendo necesario para que surja tal prerrogativa la negativa del proponente al que se le haya adjudicado el contrato su suscripción. Veamos:

12.- Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

36. Como puede observarse, la ley se encargó de establecer la necesidad de la constitución de la garantía de seriedad como un deber simultaneo de los particulares contratistas, quienes deben contratarla con compañías de seguros legalmente establecidas en Colombia en forma de póliza, así como de las entidades estatales que deben exigir las como requisito de la ejecución del contrato.

37. Igualmente, se le doto de un concreto contenido y condición para su efectividad, en cuanto las normas arriba transcritas señalan que su finalidad es la de garantizar la seriedad de la oferta y puede ser apropiada en su valor por parte de la entidad pública sólo en el evento en el que el proponente que haya sido beneficiado en el marco de un proceso de selección se niegue a la celebración del contrato.

38. Este entendimiento es el que le ha dado la jurisprudencia constitucional, que al revisar la exequibilidad de esta garantía expresó⁹:

Podría pensarse que, en lugar de haber establecido la garantía contractual contemplada en las disposiciones demandadas, el legislador hubiese podido optar, por la imposición de sanciones a posteriori como, por ejemplo, multas sucesivas al adjudicatario incumplido hasta que éste suscribiera el contrato. Empero, no surge, de manera clara y concluyente, que esta alternativa alcance las finalidades que persigue la garantía contractual con la misma facilidad y certeza que ésta. En efecto, en tanto las multas constituyen una sanción que se impone directamente al contratista incumplido, se corre el riesgo de que éste no

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-452 del 10 de junio de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cuenta con los recursos para el pago de la sanción y, de este modo, los perjuicios causados a la Administración no puedan ser reparados. En estas circunstancias, se haría necesario acudir a instancias posteriores, tales como el juicio ejecutivo, con el fin de asegurar la reparación de los daños causados por el incumplimiento. Frente a lo anterior, la garantía contractual, en tanto es otorgada por bancos o compañías de seguros sometidas a la inspección y vigilancia del Estado, aparece como un mecanismo serio y eficaz, que se hace efectivo en un tiempo relativo corto, sin necesidad de acudir a procedimientos o instancias posteriores. Adicionalmente, los tipos de garantías que se exigen en los procesos contractuales han sido específicamente diseñados por las entidades que las otorgan para cubrir el tipo de riesgos que buscan asegurar, motivo por el cual es poco usual que, en caso de hacerse efectivas, no cubran un monto considerable de los perjuicios.

(...)

Ahora bien, la medida restrictiva que se estudia constituye un mecanismo que, en forma cierta, ágil y eficiente (v. supra), asegura la indemnidad del patrimonio de las entidades estatales que inician procesos de contratación estatal, lo cual se traduce en la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio público que a tal entidad le corresponde suministrar. Adicionalmente, la exigencia de que los participantes en las licitaciones o concursos de méritos constituyan una garantía de seriedad de sus ofertas permite que, a tales procesos de selección, sólo se presenten aquellas personas con la capacidad técnica y financiera suficiente como para llevar a buen término la ejecución del contrato de que se trate en caso de que éste les sea adjudicado. En este sentido, la medida bajo estudio desestima la presentación de ofertas carentes de seriedad, cuyo estudio sólo serviría para entorpecer la buena marcha de la Administración y, en especial, la celeridad y eficiencia de los procesos licitatorios o de los concursos de méritos.

39. Por su parte, esta Corporación también ha dado este sentido a las normas, siendo clara frente al carácter precontractual de la garantía y su efectividad como consecuencia fundamentalmente de la negativa a la suscripción del contrato, en contravía de la seriedad del ofrecimiento¹⁰:

A. GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio del 2003, expediente 13684, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

1. **CONCEPTO:** *La garantía de seriedad de la oferta está concebida como uno de los casos típicos de seguro de cumplimiento en el cual el asegurador responde de los perjuicios patrimoniales causados al asegurado como consecuencia de la inejecución de la obligación afianzada¹¹. El tomador de la garantía de seriedad de la oferta le garantiza a la entidad estatal, persona asegurada, la celebración del contrato en el evento de resultar beneficiario de la adjudicación; avala entonces al tomador de la obligación a cumplir y por lo tanto tal garantía es **pre - contractual** por oposición a las garantías **contractuales o definitivas** que se derivan del contrato en sus etapas de cumplimiento, desarrollo y ejecución¹².*

2. **EVOLUCIÓN NORMATIVA:** *En Colombia, los distintos Estatutos Contractuales Legales han referido a la garantía de seriedad de la oferta. El **decreto ley 150 de 1976** dispuso que la licitación pública se efectuaría conforme a expresas reglas y mencionó “las sanciones por incumplimiento de la propuesta y la garantía de seriedad de la misma”; que la sanción pecuniaria al adjudicatario que no suscribiera el contrato era la pérdida del valor del depósito o garantía de seriedad a favor de la entidad contratante y que la garantía se devolvería, de una parte, al adjudicatario cuando estuviere perfeccionado el contrato y, de otra, a los proponentes no favorecidos, dentro de los 5 días siguientes a la adjudicación (lit. F art. 22 y arts. 28 y 29).*

¹¹[12] Ossa Efrén. *Teoría General del Seguro - La institución*. Ed. Temis. Bogotá. 1988. Pág. 329.

¹²[13] *En relación con el concepto de la garantía de seriedad de la oferta, DROMI en su obra La Licitación Pública, retomando a su vez lo dicho por otros doctrinantes, expuso: “Las garantías provisionales ‘avalan la solemnidad del contratista’ (Villar Palasí José); constituyen una seña pre-contractual destinada a asegurar la celebración del contrato, no su cumplimiento’ (Gordillo)...Son, en consecuencia, ‘la medida de la responsabilidad pre-contractual del oferente’ o más bien la garantía de oferta, representa en definitiva la medida de responsabilidad”.* Págs. 288 a 290 ib.(4). ESCOBAR GIL en su libro *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública* dice: es una “garantía previa a la presentación de la propuesta, con el fin de afianzar la obligación de formalizar el contrato, en caso que le fuera adjudicado (). La exigencia de esta garantía resalta la irrevocabilidad de la oferta y la obligación del licitador no sólo de mantenerla durante todo el procedimiento de selección objetiva, sino de suscribir el contrato adjudicado, so pena de perder el monto correspondiente a ésta si se negare a formalizar el acuerdo de voluntades”. Pág. 190 ib (4). ESCOBAR HENRÍQUEZ, en su libro “El Contrato Estatal de Obra”: “La garantía de seriedad de la oferta es aquella en virtud de la cual se ampara la eventual negativa de suscribir el contrato por parte del sujeto al cual le ha sido adjudicado. De la definición, se puede hacer la siguiente caracterización: Se trata de un requisito pre-contractual, puesto que precisamente lo que busca es amparar el riesgo de no celebración del contrato por parte del sujeto al que le fue adjudicado el contrato; opera cuando el contratista elegido para contratar, se niega a hacerlo y se trata de una cláusula no excepcional, pero de obligatoria inclusión por regla general”. Pág. 281. ib (4).

Luego, igualmente, **el decreto ley 222 de 1983** reguló ese punto en forma similar al Estatuto de 1976, pues señaló la misma regla sobre sanciones por incumplimiento al oferente adjudicatario en la licitación pública, salvo fuerza mayor o caso fortuito, incluida la garantía de seriedad “sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósitos o garantía”; e hizo cambios frente al hecho de devolución del monto de la garantía, pues en relación con los oferentes no favorecidos indicó que respecto a quienes ocuparon el segundo y tercer lugar se les devolvería tres meses después de la adjudicación o del perfeccionamiento del contrato, si ello ocurriera, antes “a menos que manifiesten no tener interés en la adjudicación”, caso en el cual la suma se devolvería a los cinco días siguientes de la adjudicación (lit. F. art. 30, arts. 36 y 37). Y **la ley 80 de 1993** dispone lo siguiente, dentro del capítulo del principio de economía:

“ARTÍCULO 25. () 19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. IGUALMENTE, los proponentes prestarán GARANTÍA DE SERIEDAD DE LOS OFRECIMIENTOS HECHOS.

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

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

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

E igualmente la ley 80 dispuso en términos similares a los previstos en el decreto ley 222 de 1983 lo subsiguiente sobre LOS EFECTOS DE LA OCURRENCIA DEL RIESGO ASEGURADO:

“ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas: ()

12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía ()”.

Es evidente entonces que **la ley 80 de 1993** desarrolló, en forma más clara que las legislaciones de los otros años, los puntos atinentes al concepto de garantía de seriedad de la oferta, la forma de constituirla, el objeto, la vigencia y sus efectos, pues recuérdese que en artículo 25-19 transcrito utilizó el adverbio de modo “igualmente” para comparar la garantía de seriedad de la oferta con la garantía única de las obligaciones contractuales. Esa redacción permite anotar, a título conclusivo, en lo que concierne con la garantía de seriedad de la oferta:

- . Que avala el cumplimiento de las obligaciones del proponente surgidas con la presentación de la oferta;
- . Que se mantendrá vigente durante la vida de la oferta (por regla general 3 meses siguientes a la presentación de la oferta) pero se entenderá vigente “hasta” la celebración del contrato ofertado y la prolongación de los efectos de aquella;
- . Que se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado: la no suscripción del contrato ¹³;

40. En el caso concreto el Ministerio de Defensa Nacional expidió las resoluciones demandadas haciendo efectiva la póliza de seriedad de la oferta, que como se explicó fue prevista por el estatuto de contratación para que fuese hecha efectiva en el evento en que no pudiese hacerse la suscripción del contrato por la negativa del adjudicatario.

41. En tal sentido, como la resolución 1618 del 9 de noviembre del 2001 hizo efectiva esta garantía aun cuando los correspondientes contratos ya habían sido suscritos, lo cual ocurrió

¹³ [14] EFRÉN OSSA en su obra “Teoría General del Seguro – El contrato” expresa lo siguiente respecto al análisis del seguro de cumplimiento para los contratistas estatales, las partes del seguro, la definición de riesgo y los actos inasegurables (dolo, culpa y actos meramente potestativos): “Mal podría, pues, invocarse el dolo o la culpa grave del contratista afianzado, con su nexos causal con el incumplimiento de sus obligaciones, como causa excluyente de la responsabilidad del asegurador. La naturaleza misma del seguro de cumplimiento, la causa que induce a su celebración, están llamadas a prevalecer necesariamente sobre la interpretación acomodaticia de la ley”. Pág. 476. Ed. Temis. Bogotá. 1991.

el 10 de octubre del 2001, ya había superado el límite temporal con el que contaba para ello, determinado, precisamente, por el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades.

42. No ignora la Sala que la sentencia de primera instancia resolvió la negativa de las súplicas de nulidad con base en que, en efecto, la póliza de seriedad, además de amparar la suscripción del contrato, previó como riesgo indemnizable la acreditación de los requisitos de ejecución del contrato, como la póliza única de garantía, la publicación en el diario oficial y el pago del impuesto de timbre, en los términos previstos en el reglamento del proceso de selección, por lo que la efectividad de la póliza en tales circunstancias era válida en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales.

43. No se comparte esta interpretación de las normas en comento, pues no tiene en cuenta que, como se ha explicado en apartes anteriores, las materias en las que le es posible a la administración decidir de forma unilateral en determinada materia obedecen a un estricto sentido de legalidad por cuanto son exóticas a las relaciones contractuales propias del derecho privado. Por lo tanto, las entidades estatales se encuentran obligadas a hacer uso de ellas de la forma, en los tiempos y por las causas que el legislador haya previsto de manera expresa.

44. Por lo tanto, pretender hacer uso de este tipo de garantía y por tanto de la potestad para hacerla efectiva para sancionar el incumplimiento de una obligación contractual desborda el contenido que a la figura le ha otorgado la ley, así como el entendimiento que a la misma le ha conferido la jurisprudencia constitucional, así como la contencioso administrativa.

45. Tampoco puede pasar desapercibido el hecho de que este tipo de garantía surge como una manifestación del principio de economía que debe regir a la función administrativa y particularmente a la contratación estatal.

46. En virtud de este principio el procedimiento contractual debe hacerse en el menor tiempo posible y con los menores costos y requisitos que sean posibles para las partes que intervienen en el proceso. El Estado, en esta línea, debe evitar hacer más gravosa de lo estrictamente necesario la situación del contratista, optimizando el uso del tiempo, el dinero y demás recursos.

47. Los pliegos de condiciones, entonces, deben abstenerse de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes procedimientos, etapas y requisitos que resulten superfluos o innecesarios para garantizar la selección objetiva de la oferta más favorable.

48. En el presente caso a la aceptación de la inclusión en el reglamento del proceso de selección de requisitos adicionales a la póliza de seriedad como requisito para la participación en la convocatoria y la validez de la oferta va en contra de este principio, al igual que lo hace la efectividad de la garantía cuando pudieran ocurrir los sucesos que pudieran ser en ella incluidos y que sobrepasen los requeridos por la ley de manera expresa.

49. Aunque es evidente que la autonomía de la voluntad encuentra aplicación en los asuntos relativos a la actividad contractual de la administración, no puede perderse de vista que en cualquier caso esta encuentra limitaciones que en la más de las veces están determinados por lo previsto en la ley y lo que ordenen los principios rectores de la función administrativa.

50. Así, lo acordado en contra de la ley que estableció la necesidad de que las potestades unilaterales de la administración sean expresas, así como en desmedro del principio de economía, no puede tener validez en la relación contractual.

51. Por todo lo expuesto, es evidente que tanto la resolución n.º 1618 del 9 de noviembre del 2001, como su confirmatoria 0057 del 28 enero del 2002, fueron expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional de manera irregular en cuanto no le asistía competencia para ello, razón por la que se declarará la nulidad de estos actos administrativos en su integridad.

Restablecimiento del derecho

52. Para la Sala esta nulidad de los actos administrativos acusados respecto de la declaratoria de incumplimiento y la multa implica necesariamente la ilegalidad de la sanción impuesta en su contenido.

53. Por lo tanto, sería del caso ordenar que sea restituida al demandante la totalidad del dinero que hubiese pagado. Sin embargo, no consta que la sociedad contratista hubiese

cancelado ninguna cantidad de dinero por concepto de la sanción impuesta, ni que por ello se le hubieran retenido dineros.

54. Aun así, se ordenará que en caso de que esto hubiese ocurrido, le sean reembolsados los dineros que hubiese podido pagar el contratista, los cuales serán entregados a su representante en Colombia, MAGSIND S.A. de forma actualizada y con los respectivos intereses moratorios causados desde el momento del pago hasta el momento definitivo de la restitución. Estos intereses serán liquidados de la forma y en la cuantía establecida en el artículo 4, numeral 8, de la Ley 80 de 1993.

VI. Costas

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

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

F A L L A

PRIMERO: **Revocar** la sentencia del 22 de junio del 2005 de la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

SEGUNDO: En su lugar, **declarar** la nulidad de las resoluciones n.º 1618 del 9 de noviembre del 2001, como su confirmatoria 0057 del 28 enero del 2002 del Ministerio de Defensa, por causa de la falta de competencia de esta entidad para proferirlos.

TERCERO: Condenar al Ministerio de Defensa al reembolso de lo que se hubiera podido pagar por concepto de la sanción impuesta en los actos anulados de forma actualizada y con los respectivos intereses moratorios causados desde el momento del pago hasta el momento definitivo de la restitución. Estos intereses serán liquidados de la forma y en la cuantía establecida en el artículo 4, numeral 8, de la Ley 80 de 1993.



CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda

QUINTO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Stella Conto Díaz del Castillo

Presidenta de la Subsección

Danilo Rojas Betancourth

Magistrado

Ramiro Pazos Guerrero

Impedido