

**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C veintinueve (29) de julio dos mil quince (2015).

**Radicación: 250002326000200900030 01 (40.271)**  
**Actor: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA**  
**Demandado: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**  
**Proceso: ACCIÓN CONTRACTUAL**  
**Asunto: RECURSO DE APELACIÓN**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 6 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegó las excepciones propuestas, se declaró la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 1252 de 2007 y 267 de 2008 y se negó las demás pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

El 20 de enero de 2009<sup>1</sup>, la Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda., presentó demanda contra la Universidad Nacional de Colombia, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., con el objetivo de que se declare la nulidad de las Resoluciones 1252 de 2007 y 267 de 2008.

Además, pide que se declare que la Universidad no podía hacer efectiva la garantía expedida por la Aseguradora y que se condene a la demandada a devolver las sumas pagadas indexadas y que sea condenada en costas.

---

<sup>1</sup> Fls.3 a 14 del C. 1.

**2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así:**

El 28 de diciembre de 2006 la Universidad Nacional de Colombia celebró el contrato interadministrativo No. 359 con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF - , cuyo objeto era organizar, actualizar y entregar los archivos de gestión central e históricos y de los fondos acumulado del ICBF.

Para cumplir con este contrato, la Universidad Nacional suscribió el contrato No. 028 de 2006 con la sociedad Ana Lucia Pachón de González y Cia Ltda., que tenía por objeto prestar a la Universidad, la infraestructura y el soporte técnico que le permitiere la intervención y organización de los archivos de gestión, de conformidad con las series y subseries y la organización de los archivos central e histórico que reposaban en los fondos acumulados del ICBF.

La contratista para asegurar o garantizar las obligaciones que emanaban de este contrato celebró con la Aseguradora Solidaria de Colombia contrato de seguro, instrumentado en la póliza No. 994000005114.

La Universidad Nacional de Colombia por los graves y reiterados incumplimientos de la Sociedad Ana Lucia Pachón de González y Cía. Ltda., profirió la Resolución No. 1252 del 3 de octubre de 2007, donde declaró la caducidad del contrato 028 de 2006 y realizó la liquidación unilateral del mismo. Acto administrativo que fue recurrido por el contratista y la Aseguradora y cuyo resultado fue la revocatoria de los artículos primero, segundo, séptimo, octavo y undécimo de la Resolución No. 1252 de 2007, alusivos a la declaratoria de caducidad, el cobro de la cláusula penal pecuniaria, el cobro del amparo de salarios y prestaciones sociales y el deber de informar a la Cámara de Comercio sobre la sanción impuesta, dejando en firme aquellos relativos al cobro del amparo cumplimiento, de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y calidad del servicio por valor de \$456.284.398, \$203.553.779 y \$679.581.900 respectivamente.

### **3. El trámite procesal**

El 6 de mayo de 2009<sup>2</sup>, admitida la demanda por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y notificada a la demandada<sup>3</sup>, el asunto se fijó en lista<sup>4</sup> y la accionada contestó<sup>5</sup> el 1 de julio de 2009, donde se opuso a la totalidad de las pretensiones y negó los hechos por cuanto no le constaban. A su vez, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, inepta demanda, legalidad de la actuación y caducidad.

Después de decretar y practicar pruebas<sup>6</sup>, se corrió traslado<sup>7</sup> a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad aprovechada por todos.

## **II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

En providencia del 6 de octubre de 2010<sup>8</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección B, declaró la nulidad parcial de lo dispuesto en los artículos quinto y sexto de la Resolución No. 1252 de 2007, que tasó el siniestro de calidad de los servicios prestados en la suma de \$679.581.900 y redujo el monto de este siniestro a la suma de \$374.763.417. Adicionalmente, declaró la nulidad parcial de lo dispuesto en el artículo segundo de la Resolución No. 267 de 2008, en cuanto confirmó lo dispuesto en los numerales quinto y sexto de la Resolución No. 1252 de 2007, relativos al siniestro de calidad de los servicios prestados.

### **1. Razones de la mayoría**

La Sala indicó que la parte actora fundamentó la declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas en cuatro cargos:

- Violación del artículo 1077 del Código de Comercio.

---

<sup>2</sup> Fl.17 del C. 1.

<sup>3</sup> Fl.19 del C. 1. La demanda fue notificada a la entidad accionada el 4 de junio de 2009.

<sup>4</sup> El proceso se fijó en lista el 17 de junio de 2009.

<sup>5</sup> Fls. 28-32 del C.1.

<sup>6</sup> Fls. 38-40 del C. 1.

<sup>7</sup> Fl. 67 del C. 1.

<sup>8</sup> Fls. 117-127 del C. Ppal.

- Falta de competencia de la entidad demandada para proferir las resoluciones cuya nulidad se solicita.
- Falsa motivación de los actos demandados en lo relativo a la declaratoria de los siniestros de mal manejo e inversión del anticipo y calidad de los servicios prestados.
- Configuración de la excepción de contrato no cumplido.

Ahora bien, por los motivos que se pasan a enunciar, la Sala considera que el único cargo debe prosperar parcialmente, es el de la falsa motivación de los actos demandados en lo relativo a la declaratoria de los siniestros de mal manejo e inversión del anticipo y calidad de los servicios prestados, con base en el siguiente análisis:

“(…)

1. *En la motivación de los actos demandados quedó consignado que la sociedad contratista solo entregó a la Universidad 16.068,34 metros lineales de archivos, correspondientes al 34% del objeto contractual, de los cuales 11.123,71 metros resultaron de mala calidad. Al respecto, se dijo en la resolución 267 de 2008:*

*- Solo fueron intervenidos 16.068,34 metros lineales, correspondientes a un 34% del compromiso contractual, de los cuales ninguno está entregado a satisfacción por no cumplir con los procesos archivísticos establecidos en las normas respectivas.*

*- Las deficiencias de calidad de 11.123,71 metros intervenidos que habían aceptados a la contratista durante la ejecución del contrato, especificadas dentro del informe de supervisión ... implican efectuar correcciones y ajustes que ascienden al valor de \$679.581.900 ... información que fundamenta hacer efectivo el amparo de calidad del servicio, contenido en la póliza de cumplimiento de entidades estatales...*

2. *El total de metros lineales contratados fue de 46.376, de donde se desprende que los 11.123,71 metros que resultaron defectuosos equivalen al 24% del total de metros contratados, por lo que hay lugar a graduar el monto a hacer efectivo por la ocurrencia de este siniestro, en el equivalente al 24% del total cubierto por la garantía (\$1.561.514.239), es decir, por la suma de \$374.763.417; por lo que se modificará el monto correspondiente a este siniestro, de \$679.581.900 a \$374.763.417.*

(…)”.

### III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto y estando dentro del término legal para hacerlo, las partes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los siguientes términos:

- **La parte demandada<sup>9</sup>, fundamentó su recurso con los argumentos que se exponen a continuación:**

(...)

**A. RESPECTO DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA:**

(...)

*No debe olvidarse que el contrato de seguro de cumplimiento, como lo es el de autos, ostenta la calidad de ser una ESTIPULACIÓN PARA OTRO, al igual que ocurre por ejemplo con los contratos de fiducia en relación con un beneficiario que no sea el mismo constituyente, por lo que el otro, que no es parte en el contrato, no tiene una relación jurídica contractual con la aseguradora o con la fiduciaria en su caso, lo que determina que no se reúna el requisito de legitimación en la causa, el cual se encuentra previsto con total claridad por la primera frase del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.*

*Es pertinente finalizar este aparte indicando que el a quo tenía pleno conocimiento de que lo instaurado en el presente caso era una acción de controversias contractuales, tal como lo afirmó en el último párrafo de la hoja 12 de la sentencia, no obstante lo cual dejó de aplicar el texto claro del artículo 87 del CCA invocado, según el cual tal acción esta reservada a "cualquiera de las partes de un contrato estatal".*

**B. RESPECTO DE LA INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA:**

*1 ) Un tema importante en el presente asunto, en consideración al haberse declarado la nulidad parcial de los actos que demandó la Aseguradora, es el atinente a las disposiciones jurídicas contra las cuales debería ser contrastada la actuación demandada, lo cual fue planteado en la contestación de la demanda y reiterado en el alegato de conclusión.*

(...)

*- El seguro expedido por la Compañía Aseguradora en este caso, se rige por la ley 225 de 1938, sin que hubiera sido modificada por el Código de Comercio contenido en el decreto 410 de 1971, ni en lo tocante con las entidades estatales, por los decretos 150 de 1976 y, 222 de 1983 y por la ley 80 de 1993, según lo sostuvo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia dictada el 15 de agosto de 2008 en el expediente 11001310301619940321601.*

*- Dado el carácter profesional de la Compañía de Seguros, no puede aceptarse que omitan contrastar la actuación demandada con la legislación especial que rige su actuación, para estimar intrascendente ese yerro de argumentación jurídica.*

**C. RESPECTO DE LA CUANTÍA DEL PAGO A CARGO DE LA ACTORA:**

*1 ) En el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia, se declara la nulidad parcial de lo dispuesto en la resolución 1252 de 2007 y se rebaja el siniestro de \$679'581.900 a \$374'763.417, para lo cual en la parte considerativa de la sentencia se afirma (...) que*

---

<sup>9</sup> Fls. 129-131 del C. Ppal.

como lo que resultó defectuoso fueron 11.123,71 metros y ello equivale a 24%, por lo que el Tribunal determina rebajar la suma a pagar por parte de la Aseguradora, tasándola en el 24% de la garantía que eran \$1.561.514.239

2) Pero resulta que lo que se obligó a entregar la contratista eran 46.376 metros, de los cuales solamente entregó 4.944,63 metros admisibles, que equivalen a los 16.068,34 entregados menos los 11.123,71 inadmisibles, por lo que el pago de la garantía no puede ser tasado en el 24% como lo hizo el a quo, sino en el 89.34%, pues solamente entregó efectivamente el equivalente al 10.66% de lo pactado, lo que determina que la efectividad de la garantía tal como fue tasada quedó correctamente liquidada.

- **La parte demandante<sup>10</sup>, también interpuso recurso de apelación considerando que:**

*“(...) que no es acertada la interpretación que el Tribunal hace del cargo toda vez que, el artículo 1077 del Código de Comercio es una disposición normativa que se refiere a la obligación de cuantificación de una pérdida y comprobación de la ocurrencia del siniestro y busca proteger el carácter indemnizatorio que ostenta el contrato de seguro y que sería totalmente desatendido en la hipótesis en que el asegurado pretendiera sumas no constitutivas de perjuicio. Esta premisa es plenamente aplicable no solo a los contratos de seguro celebrados entre particulares, sino también a aquellos en que es parte una entidad estatal.*

*En el presente caso, como se verá a continuación, no se comprobó cuál era el presunto perjuicio sufrido por la entidad, ni tampoco el incumplimiento responsable del contratista afianzado que constituye el siniestro, como se analizará (...).*

*(...)*

*En cuanto al análisis del primer cargo efectuado por el Tribunal habrá de decirse que, el mismo deja de lado la plena prueba obrante en el expediente y que a las claras le hubiera dicho al fallador que el anticipo se encuentra debidamente invertido y amortizado, la liquidación que presenta la administración es absolutamente infundada, que es la razón por la que la contratista pretende la liquidación en la acción que inició y que era procedente la revocatoria de los artículos tercero, cuarto y noveno de la resolución 1252 de 3 de octubre de 2007.*

*En lo relativo al cargo seguro (sic), solo habrá de decirse que en este punto a más de los términos legal y contractualmente señalados para la liquidación de los contratos estatales, existe jurisprudencia del H. Consejo de Estado que advierten que resulta una retaliación de la Entidad estatal, que hace que su competencia se extinga, el hecho de proferir resoluciones en las que se declaran caducidades, incumplimientos y se hacen efectivos amparos, cuando ya existen demandas ante lo contencioso administrativo por parte de los contratistas que buscan indemnizaciones por incumplimientos contractuales de la Administración, por lo que para esta apoderada el presente cargo también debería prosperar y no solo ser analizado con desconocimiento de las motivaciones de la entidad.*

---

<sup>10</sup> Fls. 132- 139 del C. Ppal

*En el análisis que hace el fallador del tercer cargo se echa de menos la prueba testimonial que obra en el expediente y que plena como está, por haber sido controvertido o habiéndose dado la oportunidad para ello, le hubiera dicho que existe un saldo pendiente a favor del contratista, tal como consta en factura presentada por éste por valor de seiscientos cincuenta millones de pesos, que hace que el anticipo se haya no solo invertido en la obra, sino que se haya amortizado en los términos legal y contractualmente exigidos.*

*(...)"*

*En cuanto al análisis del cargo cuarto, referido a la excepción de contrato no cumplido, nuevamente el a quo deja de lado importante testimonio nada menos que de una de las partes del mismo, la contratista, quien demuestra con su dicho que las dificultades soportadas por el contrato obedecieron a incumplimientos de la entidad estatal y que a la fecha se le adeudan más de seiscientos cincuenta millones de pesos, por lo que decide demandar a la Universidad Nacional para el pago de, no solo los perjuicios causados, sino los saldos a su favor derivados del cumplimiento del contrato 028 de 2006 y que generan la inversión debida del anticipo, así como saldos a su favor que claramente demuestran el incumplimiento de la entidad al no pagar, lo que imposibilitó de manera absoluta la terminación cumplida del contrato."*

#### **IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público presentó su concepto el 26 de abril de 2011<sup>11</sup>, en donde concluyó que se debía confirmar la sentencia de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

*"Las compañías de seguros pueden ejercer la acción de controversias contractuales para demandar la nulidad de los actos administrativos expedidos con ocasión o por razón de un contrato estatal en virtud de lo consagrado en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.*

*La carga de la prueba para desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo y lograr su nulidad le corresponde a quien alega los hechos para desvirtuar dicha legalidad. En el caso en estudio le correspondía a la parte actora demostrar que el anticipo había sido amortizado en su totalidad y que por ello no se podía hacer efectiva la póliza por dicho amparo.*

*La cuantificación para hacer efectivo el riesgo de calidad cuando el contratista entrega bienes o servicios que no cumplen con las especificaciones contractuales es directamente proporcional a dichos bienes o servicios y no se aplica para el incumplimiento por falta de entrega o entrega insuficiente."*

Así pues, no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar las alzas previas las siguientes:

---

<sup>11</sup> Fls. 165-173 del C. Ppal

## V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: 1) Legitimación en la causa por activa; 2) Ineptitud sustantiva de la demanda; 3) Régimen jurídico y principios aplicables a la actividad contractual de las universidades estatales; 4) Garantía como medio para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales; 5) Causales de nulidad de los actos administrativos; 5.1) La nulidad parcial de los actos administrativos; y 6) El caso concreto.

### 1) Legitimación en la causa por activa.

Frente al punto relacionado con la legitimación en la causa de la compañía de seguros para demandar el acto administrativo que declaró el siniestro en el marco de un contrato estatal, la Sala considera pertinente traer a colación la posición jurisprudencial<sup>12</sup> de la Corporación relacionado con este tema, en donde en un caso similar se estableció la posibilidad de que una compañía aseguradora fuera la titular de la acción de controversias contractuales, en los siguientes términos:

*“De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 77 de la ley 80 de 1993, los actos proferidos con ocasión de la actividad contractual son susceptibles de ser atacados a través de la acción de controversias contractuales, en efecto dicha norma establece:*

*(...)*

*Considera la Sala que la norma en cita establece la naturaleza de la acción a intentar, cuando lo que se pretende es la nulidad de actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual, sin que condicione de manera alguna el sujeto activo de la acción.*

*Sin embargo, el artículo 87 del C.C.A. establece, en principio, que son las partes de un contrato estatal quienes están legitimadas para interponer la acción de controversias contractuales (...)*

*En consecuencia, resulta imperativo analizar e interpretar de manera conjunta los preceptos antes señalados, a efectos de establecer cuál es la vía idónea para controvertir la legalidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la actividad contractual.*

---

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO. Auto del 18 de julio de 2007. C.P. Exp:33.476.

*En efecto, el artículo 77 de la ley 80 de 1993, parece condicionar el ejercicio de la acción de controversias contractuales, cuando lo que se pretende es la nulidad de actos administrativos a lo dispuesto por el artículo 87 del C.C.A. norma que, como se dijo, establece como únicos sujetos activos de dicha acción a las partes del contrato estatal.*

*Sin embargo, considera la Sala que la primera de las disposiciones mencionadas solamente se refiere a la aplicación de las formas establecidas en el C.C.A. para el ejercicio de la acción, pero en manera alguna el artículo 87 ibídem, modificó el precepto del artículo 77 de la ley 80 en cuanto se refiere a la acción procedente para controvertir la legalidad de actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual o derivados de esta, independientemente de quién promueva la misma.*

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

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

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

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

*Ahora bien, revisada la demanda y sus anexos, encuentra la Sala que el presente asunto es una controversia de carácter contractual, como quiera que va dirigida a que se declare la nulidad de unos actos administrativos, que se derivan del ejercicio de la mencionada actividad.*

*En efecto, observa la Sala que mediante las resoluciones demandadas el INVIAS declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra y ordenó hacer efectiva la póliza de garantía expedida por Seguros del Estado, controversia que si bien tiene por*

*frente un contrato de seguro, no se encuentra por fuera del conocimiento de esta Jurisdicción, como quiera que se discute la legalidad de actos administrativos a través de los cuales se hace efectiva la garantía que ampara el negocio jurídico celebrado entre el INVIAS y el Consorcio Edgardo Navarro Vives - Construcciones G.B.G. Universal Ltda., el cual tiene la connotación de estatal, lo que permite concluir que el conflicto que se demanda surgió con ocasión que un contrato de aquellos que se rigen por la ley 80 de 1993". (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Conforme a lo anterior, las compañías aseguradoras están legitimadas para impetrar la acción de controversias contractuales, aun sin ser parte dentro del contrato estatal, ya que tienen un interés directo en los actos administrativos de naturaleza contractual o postcontractual expedidos en el marco del contrato que han asegurado, de cuya situación no se escapa el acto administrativo que declara la caducidad del contrato y la ocurrencia del siniestro.

Esta posición, ha sido reiterada en numerosas providencias proferidas por esta Corporación, así lo hizo en sentencia del 22 de abril de 2009<sup>13</sup> al estudiar la nulidad del acto administrativo que declaró el siniestro dentro del contrato estatal:

*"Al respecto cabe señalar que es claro el interés directo de la compañía aseguradora en la impugnación del acto, toda vez que de él devine la obligación a su cargo de pagar la indemnización por concepto de la calidad y buen funcionamiento de los equipos, en virtud de la póliza que expidió a solicitud del contratista y en beneficio de la Administración.*

*En un caso similar al que hoy se examina, oportunidad en la cual también se cuestionaba la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró el siniestro en un contrato estatal, la Sala en relación con el interés de la compañía aseguradora para incoar la acción contractual, precisó lo siguiente:*

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

*Se hace la precisión precedente para afirmar que tanto la aseguradora como el contratista tenían interés en impugnar ese acto. La primera, para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma*

---

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 22 de abril de 2009. Exp: 14.667.

asegurada, en los términos del art 1096 del c de co. (Ver cláusula 9ª del contrato de seguro, a folios 116).<sup>14</sup>

(...)

**Agrega la sala, que a más de que el acto es de naturaleza contractual por lo que su impugnación procede por la vía de la acción contractual con independencia del sujeto que la instaure, el sustrato o contenido de aquel es la exigibilidad de la obligación de amparo que surge del contrato de seguro, contrato que en términos del artículo 1499 del C.C. tiene la naturaleza de accesorio al contrato estatal, en cuanto ampara el cumplimiento de las obligaciones emanadas de éste y que como tales son obligaciones principales, razón para que el cuestionamiento de tal acto deba hacerse por la vía de la acción contractual**". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así pues, está claro que cuando lo que se pretende es la declaratoria de nulidad de un acto administrativo expedido en el marco de un contrato estatal o posterior a su terminación, la vía adecuada para demandar su legalidad es la acción de controversias contractuales (artículo 87 C.C.A), acción que puede ser ejercida por la aseguradora del contrato, quien en virtud del contrato de seguro celebrado con el contratista puede ver afectados sus derechos en el evento en que sea declarado el siniestro.

La anterior posición, ha venido siendo complementada con la idea según la cual algunas veces la compañía aseguradora<sup>15</sup> puede intervenir en el proceso bajo la figura del litisconsorcio o como tercero interesado o coadyuvante<sup>16</sup>. Es así como, se ha hecho

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997. Exp. 9286.

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 29 de enero de 2014. Exp: 26.869.

<sup>16</sup> Sección Tercera del Consejo de Estado, 3 de marzo de 2010, Expediente: 37591. "En esa línea de pensamiento, una cosa es la participación de la aseguradora como litisconsorte facultativo del demandante y otra su vinculación como tercero interesado en el proceso, en calidad de coadyuvante de la demanda. En el primer supuesto se requerirá acreditar el cumplimiento de las cargas mínimas establecidas en el C.P.C., para los mencionados efectos, esto es, a solicitud de la parte actora mediante la reforma de su demanda dentro del plazo fijado en la ley, o a instancia del interesado en virtud de la acumulación de procesos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 del C.C.A. que remite a lo regulado en el artículo 157 del C.P.C. Por el contrario, en el segundo escenario, es decir, cuando se pretende establecer la procedencia de la intervención de la aseguradora como interviniente adhesivo, en los términos establecidos en el artículo 52 del C.P.C., se deberá verificar el interés de ese tercero en las resultas del proceso, y que no se haya proferido sentencia de única o segunda instancia.

Subsección B, Sección Tercera del Consejo de Estado, 23 de febrero de 2012, Expediente No. 20810,. "En relación con el litis consorcio que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador de seguro, quien transfiere el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración, considera la Sala que no encuadra

referencia a la relación existente entre el contratista y la entidad aseguradora, para delimitar si es necesaria la concurrencia de los dos a la hora de estudiar la legitimación en la causa dentro de una acción contractual. Así lo hizo la Sección Tercera en la sentencia del 27 de marzo de 2014<sup>17</sup>, en donde se dijo lo siguiente:

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

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

---

*exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como litis consorcio cuasinecesario.*

*“Esta especie o modalidad de litis consorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el litis consorcio necesario y el facultativo. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos. El inciso tercero del artículo 52 del C. de P. Civil, regula este tipo de litis consorcio (...) Es, por consiguiente, una figura procesal distinta al litisconsorcio necesario, que implica la legitimación simultánea para varios sujetos, pero sin que la propia ley, ni la naturaleza de la relación sustancial, establezca como requisito sine qua non para su procedencia, la integración del contradictorio con todos ellos.*

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

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Exp: 29.857.

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

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

En conclusión, la entidad aseguradora puede concurrir de manera independiente del contratista ante la jurisdicción contenciosa administrativa en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 C.C.A, para buscar la declaratoria de nulidad del acto administrativo que declaró el siniestro en el marco de un contrato estatal, al ver afectados sus intereses patrimoniales como consecuencia de la expedición del referido acto. Lo anterior, debido a que como quedó dicho en la sentencia antes transcrita, el contratista y la aseguradora configuran lo que la doctrina ha llamado litisconsorcio cuasinecesario.

## **2) Ineptitud sustantiva de la demanda.**

Ha dicho la Jurisprudencia de la Sala<sup>18</sup> que la demanda es el instrumento a través del cual se ejercita el derecho de acción, es decir, que inicia el proceso judicial para obtener -mediante la sentencia- la resolución de las pretensiones que formula el demandante. Considerando, entonces, la importancia que tiene la demanda como mecanismo introductorio del proceso jurisdiccional, es preciso tener en cuenta que la normatividad ha establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal denominado “demanda en forma”.

De acuerdo con esto, no cualquier escrito denominado demanda pone en funcionamiento la jurisdicción, pues se debe cumplir con los requisitos dispuestos por la normatividad para estructurar la demanda en debida forma. Es así como, el Código Contencioso Administrativo reguló su contenido mínimo en los artículos 137 a 139 y, por tanto, para estructurarla de conformidad con las normas legales, es necesario acudir, únicamente, a lo establecido en esas disposiciones. En este sentido, los artículos 137 y 138 prescriben:

*“Art. 137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:*

*“1. La designación de las partes y de sus representantes.*

*“2. Lo que se demanda.*

*“3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.*

*“4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.*

*“5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.*

*“6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.” (Resalta la Sala)*

*“Art. 138. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.*

*“Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.*

*“Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.*

*“Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.”*

---

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 28 de enero de 2015. Exp: 26.408.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo presente que este análisis se realiza para estudiar la procedencia de la solicitud de la entidad demandada - Universidad Nacional de declarar probada la excepción de inepta demanda, es preciso considerar que ésta se configura, exclusivamente, cuando falta alguno de los presupuestos expresados, esto es, cuando no se cumple con lo prescrito en los artículos 137 a 139 del CCA.<sup>19</sup>.

### **3) Régimen jurídico y principios aplicables a la actividad contractual de las universidades estatales.**

En desarrollo del artículo 69 de la Constitución Política que reconoce la autonomía de las universidades, el artículo 57 de la Ley 30 de 1992<sup>20</sup> establece que tanto éstas como las demás Instituciones de educación superior de carácter estatal u oficial deberán constituirse como entes autónomos vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo relativo a las políticas y planeación del sector educativo y que se regirán, entre otros, por un régimen de contratación especial.

A su vez, el artículo 93 de la misma ley dispone que los contratos que celebren las universidades estatales se regirán por las normas del derecho privado y que sus efectos se sujetaran a las normas civiles y comerciales según la naturaleza o tipología del contrato, salvo ciertas excepciones de ley, tales como los contratos de empréstito.

Por su parte, el artículo 94 establece que para la validez de los contratos, las universidades de carácter estatal u oficial, no sólo deben cumplir los requisitos generales exigidos por la normativa civil y mercantil para el valor de los actos o negocios jurídicos, sino que también deben dar cumplimiento a unos requisitos especiales, tales como la aprobación y el registro presupuestal, la sujeción de los pagos a las apropiaciones presupuestales respectivas, la publicación en el Diario Oficial y el pago del impuesto de timbre nacional cuando haya lugar a éste.

Así que entonces, es claro que el régimen contractual previsto para las universidades estatales y las instituciones educativas de nivel superior de carácter estatal u oficial es

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de diciembre de 2014.rad. 28833.

<sup>20</sup> “Por la cual se organiza el servicio público de educación superior”

un régimen especial, pues al tramitar, celebrar, perfeccionar, ejecutar y liquidar contratos, en cumplimiento de sus finalidades, deberán sujetarse a lo previsto en el régimen de Derecho privado para los negocios jurídicos celebrados entre particulares, esto es, a la disposiciones mercantiles y civiles que fueren pertinentes al igual que a los principios del derecho privado que no resulten incompatibles con los presupuestos básicos del interés general que dicha contratación entraña.

Ahora, si bien la misma ley dispuso que las universidades en ejercicio de su actividad contractual se sujetarían a un régimen especial, y que éste sería el previsto en el derecho privado, éstas disposiciones no modifican su naturaleza de entidades estatales, que como tal deben sujetar el ejercicio de sus funciones a los principios que rigen la función pública administrativa en los términos del artículo 209 constitucional y 13 de la Ley 1150 de 2007, al igual que a los principios generales de la contratación estatal y del contrato, los cuales deberán quedar reflejados en todos sus actos y decisiones de naturaleza previa a la celebración del contrato mismo, su adjudicación, perfeccionamiento, ejecución y liquidación.

En éste sentido, los procesos de contratación y los contratos de las universidades públicas, no están desligados de principios vitales tales como los de transparencia, selección objetiva, legalidad, conmutatividad, sujeción a la economía del mercado, buena fe objetiva, interés general, planeación, estructuración conforme a los intereses generales de la colectividad, y en fin, a todos aquellos que consoliden el interés general que es inherente a dicha contratación, sin que por ello se desconozcan o se mengüen los intereses subjetivos de los proponentes y contratistas que colaboran con el cumplimiento de los propósitos y las finalidades para los cuales han sido instituidas las universidades y entidades educativas en la Ley 30 de 1992.

En efecto, respecto de los contratos celebrados por universidades públicas se ha señalado:

*“(...) Dichos entes estarán dotados de personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente, y podrán elaborar y manejar u presupuesto de acuerdo con las funciones que les corresponden.*

*La Corte Constitucional al declarar ajustadas al texto constitucional las normas relativas a la contratación de estas entidades admitió que el derecho privado constituye la regla general en la contratación de estas entidades públicas. El Consejo de Estado de manera reiterada ha consolidado la anterior jurisprudencia y determinado que es la jurisdicción contencioso administrativa la llamada a juzgar las controversias que surjan de estos contratos así el régimen aplicable a los mismos sea el del derecho privado, en virtud de que son entidades públicas (...) La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al definir la aplicación preferente de la Ley 30 de 1992 sobre la Ley 80 de 1993 coadyuva en esta situación jurídica. En últimas, no obstante la aplicación del derecho privado lo que resulta cierto para efectos procesales es que las controversias contractuales de estos entes tienen tratamiento contencioso administrativo<sup>21</sup>.*

Siendo claro que a los contratos celebrados por las universidades estatales se les aplican las disposiciones previstas en el derecho privado, en tratándose de nulidades absolutas o de invalidez de los actos o de los negocios jurídicos, son aplicables entonces los requisitos exigidos por la ley para su valor previstos en el Código Civil y en el Código de Comercio.

#### **4). Garantía como medio para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales**

Teniendo en cuenta lo antes dicho frente al régimen jurídico aplicable a los contratos suscritos con universidades públicas, la Sala estima pertinente referirse a la garantía que ampara este tipo de contratos, iniciando por decir que la Ley 225 de 1938, se encargó de proveer el establecimiento del seguro de manejo y cumplimiento, en los siguientes términos:

**“ARTICULO 1°** El Gobierno procurará que alguna o algunas de las compañías de seguros que funcionan en el país establezcan el seguro de manejo o de cumplimiento de que trata la presente ley, y en las condiciones que en ella se fijan; y si ello no fuere posible, procederá a llevar a cabo las gestiones conducentes a la fundación de una sociedad anónima de seguros de manejo o de cumplimiento, en la cual, además de las personas o entidades particulares, podrán ser accionistas la Nación y las entidades de derecho público.

---

<sup>21</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III, Primera Edición Noviembre de 2004, Editorial Universidad Externado de Colombia, Págs 119 a 120. Esta posición ha sido reiterada por la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 20 de agosto de 1998 Exp. 14.202, Sentencia del 20 de abril de 2005 Exp. 14519, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 14.169, entre otras.

**ARTICULO 2°** *El seguro de que trata el artículo anterior tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.*<sup>22</sup>

Nótese, que desde 1938 fue preocupación del Gobierno Nacional, buscar que se protegieran los recursos públicos bajo el establecimiento de seguros de manejo y de cumplimiento, que permitieran garantizar el correcta dirección de los fondos o valores que se le confían a los empleados públicos y/o los particulares a favor de las personas o entidades ante las cuales fueren responsables.

Así ha desarrollado la doctrina, la noción de garantía de cumplimiento antes mencionada:

*“Creado por la ley 225 de 1938, incorporado hoy al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (artículo 203), tiene por objeto indemnizar al asegurado (acreedor) los perjuicios derivados del incumplimiento imputable por parte del deudor de la obligación garantizada en la póliza, la cual puede tener origen en la ley o en el contrato.”*<sup>23</sup>

Por lo anterior, estas entidades pueden bajo las normas del derecho civil y comercial establecer su propia normativa de contratación, en donde se precisen los procedimientos para el logro de la finalidad de la contratación por parte de la administración, tal como lo hizo la Universidad Nacional en el caso en cuestión mediante el Acuerdo 073 de 1995, en donde expresamente indicó que en la contratación celebrada por ese ente universitario cuando a ello hubiere lugar figurarán las garantías de acuerdo con la naturaleza del contrato y su forma de pago :

**“Artículo 4. Contenido y forma de la contratación.** *Toda contratación que celebre la Universidad deberá constar por escrito, bien sea a través de órdenes contractuales, de contratos o de convenios, la que no requiere más requisitos de forma que aquellos propios de su naturaleza, y debe contener, al menos:*

1. *Nombre e identificación del Rector o de su Delegado*
2. *Nombre e identificación del contratista*
3. *Objeto general y específico*
4. *Valor*

---

<sup>22</sup> Ley 225 de 1938

<sup>23</sup> Juan Manuel Diaz-Granados, El seguro de responsabilidad, Bogotá, 2006, pág.41

5. *Forma de pago*
6. *Plazo o término de ejecución*
7. *Descripción de las actividades específicas según la naturaleza de la orden contractual, contrato o convenio.*

**Además, si a ello hubiere lugar, en la contratación deberán figurar:**

1. **Las garantías exigibles según su naturaleza y forma de pago**
2. *La disponibilidad y sujeción presupuestal*
3. *La obligación de pago del impuesto de timbre*
4. *La obligación de pago de los derechos de publicación en el Diario Oficial*
5. *Declaración del Contratista en la cual manifieste que no está incurso en ninguna inhabilidad o incompatibilidad y que serán de su exclusiva responsabilidad las consecuencias que se deriven de los antecedentes o sobrevinientes.”*

Igualmente, tenemos que el artículo 14 del mismo acuerdo, contempló puntualmente que se exigirá garantía, entre ellas, la de seriedad de la propuesta, de buen manejo y correcta inversión del anticipo, el pago de obligaciones laborales, calidad de los bienes o servicios, cumplimiento de obligaciones contractuales y responsabilidad, cuando así se requiera por la naturaleza del contrato, valor y forma de pago, así:

**Artículo 14. Garantías.** *Con el fin de, asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratistas, la Universidad exigirá el otorgamiento de una garantía que, de acuerdo con la, naturaleza, valor y forma de pago de, la orden contractual o del contrato, ampare:*

1. *La seriedad de la propuesta. En cuantía no inferior al diez por ciento (10%) del valor de la propuesta, cuando, sea de conveniencia institucional.*
2. *El buen manejo y correcta inversión del anticipo. Por un valor igual al ciento por ciento (100%) de su monto con vigencia igual a la duración del contrato u orden y dos (2) meses más.*
3. *El pago de las obligaciones laborales. En los contratos de obra y de prestación de servicios en los que el contratista emplee terceras personas para su ejecución, por el cinco por ciento (5%) del valor del contrato u orden y con una vigencia igual a la de estos y tres (3) años más.*
4. *La estabilidad de la obra. Por cuantía equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato u orden y con una Vigencia que en ningún caso podrá ser inferior a un (1) año.*
5. *La calidad de los bienes o servicios, de repuestos y accesorios y correcto funcionamiento de los equipos. Por cuantía del cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato u orden y con una vigencia no inferior a un (1) año a partir de la firma del acta de recibo a satisfacción.*
6. *El cumplimiento general de obligaciones adquiridas por órdenes contractuales y contratos. En cuantía no inferior al veinte por ciento (20%) de su valor y con una vigencia igual a la duración de la contratación y dos (2) meses más.*
7. *La responsabilidad. Para garantizar la responsabilidad frente a terceros derivada de la ejecución del contrato de obra y en los demás en que se considere conveniente, por cuantía del veinte por ciento (20%) y vigencia igual a la del contrato y dos (2) meses más.*

**Parágrafo.** *El contratista deberá ampliar la cuantía y el término de la vigencia de las garantías, cuando el valor de las mismas se afecte, por razón de siniestros, o por modificación, adición o prórroga de la orden contractual o contrato.”*

Ahora bien, como se expresó, la póliza garantiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales en aquellos riesgos cubiertos por la misma, al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente:

*“(…) Las pólizas representativas del contrato de seguro, por regla general, constan en formatos preimpresos en los que impera la voluntad de la aseguradora. En ellos hay poco margen para el disentimiento frente a sus estipulaciones, las que deben ser acatadas sin mayor posibilidad de discusión, presentándose una simple adhesión. Igualmente, a veces se incluyen en los mismos pasajes o textos confusos, enredados e ininteligibles, que deben ser interpretados en contra de la parte que los redactó y de conformidad con la clase de riesgo protegido”.<sup>24</sup>*

De igual forma, esa Corporación en proveído del 15 de agosto de 2008, ha expresado que el contrato de seguro de cumplimiento debe evidenciar el querer de las partes pero sin perder de vista el tipo de contrato a asegurar, las normas que lo regulan, las vigencias y coberturas, entre otros puntos, así se pronunció:

*“abordar el examen de un contrato de seguro de cumplimiento, a propósito de evidenciar el querer de las partes, ha de realizarse, desde luego, en lo pertinente y en lo que sea compatible atendiendo su tipología, bajo la óptica o espectro de las normas que gobiernan el seguro, ya en lo particular como en lo general; como por ejemplo, las condiciones de la póliza, vigencia de la obligación de la aseguradora, coberturas, etc. En otras palabras, dicha modalidad aseguraticia, se nutre, por expresa disposición de la misma ley que la adoptó, de las disposiciones concernientes a los contratos de seguros (art. 7 ib.), situación no extraña y, contrariamente, dada su naturaleza, de suyo inevitable, en razón a que hace parte del ramo de los amparos de daños, por ende, caracterizado como un mecanismo eminentemente indemnizatorio, deviene gobernado, en lo pertinente, por las reglas que gobiernan los contratos de esa especie (...) Empero, así mismo, teniendo en cuenta las características especiales de esta clase de contrato y su función económico-social, por conocido se tiene que algunos aspectos de él no resultan compatibles con los restantes moldes aseguraticios; por ejemplo, en asuntos como el riesgo involucrado en él, su agravación (art. 1060 C. de Co.), la revocatoria (art. 1159), el valor real del interés (art. 1089), la terminación unilateral (Art. 1071), la terminación por mora en el pago de la prima (art. 1068), entre otras, circunstancias que imponen algunas restricciones que aparejan un tratamiento disímil frente a la generalidad de los seguros, percepción tan cierta que para esa categoría de seguro se expidió, especialmente, una ley que, aunque de manera exigua, lo regenta (225 de 1938)”.*

Por lo anterior, concluye la Sala que cuando se presente la ocurrencia de un riesgo amparado contractualmente la entidad pública contratante debe declarar la ocurrencia

---

<sup>24</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 18 de diciembre de 2012. Exp. 1100131030392007-00071-01

del siniestro afectando los amparos correspondientes mediante acto administrativo, con el objetivo de alcanzar el cumplimiento de los fines de la contratación administrativa.

### **5) Causales de nulidad de los actos administrativos.**

Conforme lo establece el artículo 84 de Código Contencioso Administrativo se podrá demandar la nulidad de los Actos administrativos cuando: I) Se expidan con infracción a las normas en las cuales debía fundarse; III) Por la falta de competencia, ya sea funcional o temporal del funcionario u órgano que los expide; IV) Cuando se expidan de forma irregular; V) Cuando sean expedidos con desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, es decir, con violación al derecho al debido proceso; VI) Cuando estén falsamente motivados; y VII) Cuando se expidan con desviación de las atribuciones propias del funcionario o Corporación que los profirió.

#### **5.1) La nulidad parcial de los actos administrativos.**

Ahora bien, la nulidad de los actos administrativos también podrá ser total o parcial, será parcial cuando sólo una parte de éste se encuentra viciada de nulidad por alguna de las causales antes referidas, cuando se pueda preservar su validez aún sin la parte que se encuentra viciada y cuando habiéndose declarado la nulidad de la parte viciosa de todos modos éste debía ser expedido teniendo en cuenta las circunstancias que dieron lugar a ello.

La doctrina frente a la simple nulidad de los actos administrativos, que puede ser total o parcial de alguna de sus disposiciones, ha indicado:

*“Indica el artículo 66 del CCA que una de las razones para la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo es el pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, declarando que el acto viola alguno de los presupuestos de su legalidad, y en consecuencia que no puede seguir surtiendo efectos en el mundo jurídico. Es de advertir que en el derecho colombiano la declaratoria de nulidad del acto es de una sola clase: la de su simple nulidad. A diferencia de otros ordenamientos donde los pronunciamientos de la jurisdicción respecto de la legalidad del actor puede ser de nulidad absoluta o nulidad relativa. Esta doble clasificación tan sólo se presenta respecto*

de los negocios jurídicos o contratos estatales, donde la Ley 80 de 1983 establece la posibilidad de que estos actos administrativos de carácter bilateral o negocios del Estado sean objeto de pronunciamiento respecto de nulidades absolutas o relativas. **Para el caso específico de los actos administrativos nuestro sistema tan sólo permite pronunciamientos de simple nulidad, que pueden ser de la totalidad del acto administrativo o parcialmente de algunas de sus disposiciones.** Ahora bien se debe aclarar así mismo, que en derecho colombiano los efectos de la nulidad también deben ser analizados desde la perspectiva de las diferentes acciones que sean intentadas ante la jurisdicción contenciosa.

(...) De acuerdo con la doctrina, cabe señalar que **la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales.** Resulta evidente que si el ordenamiento prescribe condiciones de admisibilidad jurídica de una actuación que se proyecta al mundo del derecho, debe así mismo indicar los mecanismos de protección para que sus previsiones no sean desconocidas.<sup>25</sup>

Así las cosas, sí lo que se procura es preservar la validez de un acto administrativo que se encuentra parcialmente viciado pero que puede subsistir habiéndose declarado la nulidad de la parte viciosa, el juez puede proceder a declarar su nulidad parcial siempre y cuando el determinado acto pueda preservar sus elementos esenciales y conservar su fuerza ejecutoria y ejecutiva con la parte que subsiste y no ha sido declarada nula.

## 6) El caso concreto.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por las partes en el presente asunto, referido con el contrato de prestación de servicios No. 028 de 2006 suscrito entre la Universidad Nacional con la Sociedad Ana Lucia Pachón de González y Cia Ltda., cuyo objeto era prestar a la Universidad la infraestructura y el soporte técnico que le permitiere la intervención y organización de los archivos de gestión, de conformidad con las series y subseries y la organización de los archivos central e histórico que reposaba en los fondos acumulados del ICBF.

Fue así como, la contratista para asegurar o garantizar las obligaciones que emanaban de este contrato de prestación de servicios celebró con la Aseguradora Solidaria de

---

<sup>25</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. 2003

*Expediente 40.271*  
*Actor: Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda.*  
*Demandado: Universidad Nacional de Colombia*

Colombia, contrato de seguro con el actor de este proceso, donde el asegurado y beneficiario de la garantía contratada era la Universidad Nacional de Colombia, instrumentado con la póliza No. 994000005114, con los siguientes amparos:

***Póliza Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales***

***Póliza No: 994000005141 Anexo: 14***

<b>AMPAROS</b>			
<b>DESCRIPCION AMPAROS</b>	<b>VIGENCIA DESDE</b>	<b>VIGENCIA HASTA</b>	<b>SUMA ASEGURADA</b>
CUMPLIMIENTO	05/04/2006	24/02/2007	\$ 624.605.695,00
ANTICIPO	05/04/2006	24/02/2007	\$ 403.839.890,00
CALIDAD DEL BIEN O SERVICIO	05/08/2006	24/12/2007	\$ 1.561.514.239,00
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	05/04/2006	24/12/2009	\$ 156.151.424,00

El 3 de octubre de 2007, la Universidad Nacional de Colombia por los graves y reiterados incumplimientos de la Sociedad Ana Lucia Pachón de González y Cía. Ltda., profirió la Resolución No. 1252, en la cual declaró la caducidad del contrato No.028 de 2006 y realizó la liquidación unilateral del mismo. Acto administrativo que fue revocado parcialmente mediante Resolución No. 267 de 2008, en la cual se mantuvo lo relativo al cobro a la Aseguradora del amparo de anticipo y calidad por valor de \$203.553.779 y \$669.581.900 respectivamente.

Ahora bien, bajo este contexto y descendiendo al debate planteado en el asunto *sub examine*, la Sala analizará si hay lugar a la revocatoria de la sentencia de primera instancia que negó la prosperidad de las excepciones de falta de legitimación por activa e inepta demanda y declaró la nulidad parcial de los artículos quinto y sexto de la Resolución No.1252 de 2007, que tasó el siniestro de calidad de los servicios prestados en \$679.581.900, quedando el monto de este siniestro en \$374.763.417; de igual manera, esta providencia declaró la nulidad parcial del artículo segundo de la Resolución No. 267 de 2008 al confirmar lo dispuesto en los artículos quinto y sexto de la Resolución No.1252 de 2007, relativos al siniestro “calidad de los servicios prestados”, o si por el contrario, habría lugar a revocarla de acuerdo con los argumentos esgrimidos por la parte demandante en la apelación, dirigidos a demostrar

que existió violación del artículo 1077 del Código de Comercio y que el incumplimiento de la entidad demandada hacía nugatoria la declaratoria de los siniestros aludidos.

Así pues para resolver el problema jurídico planteado, la Sala de Subsección iniciará con el estudio de los recursos de apelación interpuestos por las partes en el siguiente orden:

- **Recurso de la parte demandada:**

Alega la parte demandada la existencia de falta de legitimación en la causa por activa, al considerar que la aseguradora, como no es parte del contrato de prestación de servicios No. 028 suscrito entre la Sociedad Ana Lucia Pachón de González y Cía. Ltda y la Universidad Nacional de Colombia, no podía instaurar acción contractual en virtud a lo contemplado en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto, la Sala trae a colación lo expuesto en el numeral 1 de la parte considerativa de esta providencia, el cual permite concluir que el señalamiento de la accionada carece de total sustento jurídico, razón por la cual, la Subsección reitera una vez más la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que las compañías aseguradoras están legitimadas de forma independiente a las partes del contrato, para incoar la acción de controversias contractuales en aras de lograr la declaratoria de nulidad de los actos administrativos<sup>26</sup> de naturaleza contractual o postcontractual proferidos por la entidad estatal en el marco de un contrato, lo anterior, debido al interés directo que le asiste a la aseguradora por haber garantizado al contratista frente a sus obligaciones contractuales y por conformar con el contratista, un litisconsorcio cuasinecesario.

Así las cosas, la Sala de Subsección no declarará la falta de legitimación en la causa por activa alegada por la accionada.

---

<sup>26</sup> Inciso 2 Artículo 77 de la Ley 80 de 1993 “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

De otra parte, solicita la entidad demandada en su recurso que se declare en el caso bajo examen, la excepción de ineptitud sustancial de la demanda, pues en su parecer el seguro expedido por la Compañía Aseguradora, se rige por la Ley 225 de 1938, sin que hubiera sido modificada por el Código de Comercio contenido en el Decreto 410 de 1971, ni en lo tocante con las entidades estatales, por los Decretos 150 de 1976 y, 222 de 1983 y por la Ley 80 de 1993.

Para desatar este planteamiento, la Sala estima útil referirse a lo mencionado anteriormente en el numeral 2 de la parte considerativa de esta providencia, en donde se indicó que para declarar probada la excepción de inepta demanda, es preciso que se establezca la falta de alguno de los presupuestos establecidos en los artículos 137 a 139 del CCA, postulados que no se demostraron incumplidos en la demanda presentada por la compañía aseguradora.

Adicionalmente, no es de recibo para esta Sala la simple afirmación efectuada por el accionante que el seguro expedido por la entidad aseguradora se regía por la Ley 225 de 1938 sin que su contenido se haya modificado el Código de Comercio ni por los Decretos 150 de 1976 y, 222 de 1983 y por la Ley 80 de 1993, pues como se indicó en párrafos precedentes, el contrato suscrito por la contratista y la Universidad Nacional de Colombia se rige por el derecho privado, de conformidad con el artículo 29 del Decreto 1210 de 1993<sup>27</sup> por el cual se reestructuró el régimen orgánico de la Universidad y artículo 1 del Acuerdo 73 de 1995<sup>28</sup>, por el cual se adoptó el régimen de contratación de la Universidad Nacional de Colombia.

---

<sup>27</sup> **“Artículo 29. Régimen contractual y de asociación.** La Universidad Nacional está facultada para celebrar toda clase de contratos de acuerdo con su naturaleza y objetivos. Los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebre la Universidad nacional se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de sus contratos, salvo los contratos de empréstitos, los cuales se someterán a las reglas previstas para ellos en el Estatuto Nacional de Contratación y las disposiciones que lo modifiquen, complementen o sustituyan. Lo anterior, sin perjuicio de que la Universidad pueda aplicar las normas generales de contratación administrativa.”

<sup>28</sup> **“Artículo 1. Régimen Contractual.** El presente Acuerdo adopta las reglas y los principios generales que rigen los contratos que celebre la Universidad Nacional de Colombia. Para el cumplimiento de sus fines, la Universidad puede celebrar toda clase de contratos con entidades públicas y personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de acuerdo con las normas del derecho privado, las de Ciencia y Tecnología, las contenidas en el presente Régimen, sus reglamentaciones y aquellas propias de su naturaleza.”

En consideración a lo anterior, la Sala tampoco accederá a la segunda de las excepciones propuestas por la demandada, al no encontrar configurada la inepta demanda alegada.

Por último, la entidad pública accionada manifiesta su desacuerdo con respecto a la cuantía del pago del siniestro de calidad a cargo del actor indicado por el *A quo* en su fallo, por lo cual motivó su posición así:

*“1 ) En el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia, se declara la nulidad parcial de lo dispuesto en la resolución 1252 de 2007 y se rebaja el siniestro de \$679'581.900 a \$374'763.417, para lo cual en la parte considerativa de la sentencia se afirma (...) que como lo que resultó defectuoso fueron 11.123,71 metros y ello equivale a 24%, por lo que el Tribunal determina rebajar la suma a pagar por parte de la Aseguradora, tasándola en el 24% de la garantía que eran \$1.561'514.239*

*2) Pero resulta que lo que se obligó a entregar la contratista eran 46.376 metros, de los cuales solamente entregó 4.944,63 metros admisibles, que equivalen a los 16.068,34 entregados menos los 11.123,71 inadmisibles, por lo que el pago de la garantía no puede ser tasado en el 24% como lo hizo el a quo, sino en el 89.34%, pues solamente entregó efectivamente el equivalente al 10.66% de lo pactado, lo que determina que la efectividad de la garantía tal como fue tasada quedó correctamente liquidada.”*

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, la Sala estima pertinente para resolver la controversia sobre la cantidad de metros lineales que debe ser tenida en cuenta para cuantificar la afectación de la póliza que garantiza la calidad del servicio, acudir a las estipulaciones contractuales o en su defecto, a la normatividad vigente para el momento de los hechos.

Así las cosas, se encuentra probado que en el contrato de prestación de servicios No. 028 de 2006, se convino en la cláusula décima que la contratista constituiría una **“GARANTÍA ÚNICA”** que amparara las obligaciones del contratista bajo las siguientes coberturas: **“a) Buen manejo y correcta inversión del anticipo; b) Cumplimiento de todas las estipulaciones pactadas en los términos, condiciones y especificaciones del presente contrato; c) Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que utilice el contratista; d) Calidad del servicio”**.

La entidad pública demandada mediante Resolución No. 1252 del 3 de octubre de 2007, declaró la caducidad del contrato No. 028 de 2006, realizó la liquidación unilateral y también hizo otras declaraciones, acto administrativo que fue modificado por la Resolución No. 267 del 29 de febrero de 2008, en donde se revocaron los artículos primero, segundo, tercero, séptimo, octavo y undécimo de la Resolución No. 1252 del 3 de octubre de 2007 y se confirmaron los artículos tercero, cuarto, quinto, sexto, noveno, décimo, duodécimo, décimotercero, décimocuarto de la Resolución No. 1252 del 3 de octubre de 2007, referidos a la declaratoria de los siniestros de buen manejo y correcta inversión del anticipo y de la calidad de los servicios prestados.

Bajo este preámbulo y aterrizándolo en el caso concreto, tenemos que en el acto administrativo en cuestión la Universidad Nacional, declaró el siniestro e hizo efectivo inicialmente el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en los siguientes términos:

*“(...) TERCERO-. Declarar la ocurrencia del siniestro que afecta el riesgo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y como consecuencia hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento No.99400005141 y su anexo No 14 expedidos por la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia, que ampara el contrato 028 de 2006 suscrito con la sociedad ANA LUCIA PACHÓN DE GONZÁLEZ Y CIA LTDA, representada por Ana Lucía Pachón de González identificada con la cédula de ciudadanía 41.429.929.*

*CUARTO-. Declarar deudora de la Universidad Nacional de Colombia a la sociedad ANA LUCIA PACHÓN DE GONZÁLEZ Y CIA LTDA. y/o a la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia por la suma de Doscientos tres millones quinientos cincuenta y tres mil setecientos setenta y nueve pesos m/cte. (\$203.553.779), correspondiente al valor del anticipo entregado que la contratista no amortizó, la cual deberá cancelar en la sección de Tesorería de la Sede Bogotá dentro de los diez hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de este acto. De no surtirse el pago en la fecha aquí dispuesta se causarán los intereses de ley.”*

Decisión que se mantuvo por parte del ente demandado en la Resolución No. 267 del 29 de febrero de 2008, a pesar que la Aseguradora alegó en el recurso interpuesto contra la Resolución No. 1252 de 2007, que debía ser revocada la declaratoria de este siniestro. El sustento de la negativa se hizo precisando que:

*“**Amparo de anticipo:** El anticipo no fue amortizado en su totalidad como lo señala la Aseguradora, pues de ser así habría sido devuelta o descontada de las facturas pagadas a la contratista el total de la suma entregada en calidad de anticipo. La suma pagada tampoco se ve reflejada en la ejecución, por cuanto, conforme al balance técnico y*

*financiero que obra en el Informe Final de Supervisión, y que fue el soporte para la liquidación unilateral, la contratista ejecutó el valor de \$749.087.094 frente a \$999.024.971 que le fueron cancelados, suma que incluye pago de facturas, y del anticipo que no amortizó. Por tanto, no hay razón alguna para considerar amortizado el anticipo, y se mantiene la declaratoria de siniestro y el cobro a la Aseguradora del valor indicado.”*

En consideración a que el actor no desvirtuó la presunción de legalidad que recae sobre el acto administrativo en lo relacionado con la amortización del anticipo por parte de la contratista Ana Lucía Pachón de González y Cia Ltda, debido a que no aportó prueba de su dicho, mal haría la Sala de Subsección en esta instancia en conceder la petición de nulidad pretendida por el accionante.

Adicionalmente y también desprendido del contenido de la Resolución No. 1252 de 2007, se encontró que la contratista no entregó la totalidad de los metros lineales contratados y como si esto fuera poco, los entregados no cumplían con las especificaciones técnicas requeridas contractualmente, así se evidencia del balance de la ejecución técnica del contrato en cuestión, que a continuación se transcribe:

*“Solo fueron intervenidos 16.068,34 metros lineales correspondientes a un 34% del compromiso contractual, de los cuales ninguno está entregado a satisfacción por no cumplir con los procesos archivísticos establecidos en las normas respectivas (páginas 12 a 17 informe de supervisión).*

*La deficiencia de calidad de 11.123,71 metros intervenidos que habían sido aceptados a la contratista durante la ejecución del contrato, especificadas dentro del informe de Supervisión páginas 162 a 213, implican efectuar correcciones y ajustes que ascienden al valor de seiscientos setenta y nueve millones quinientos ochenta y un mil novecientos pesos m/cte (\$679.581.900), conforme al presupuesto detallado en la página 240 a 242 del informe de Supervisión, información que fundamenta hacer efectivo el amparo de calidad del servicio contenido en la póliza de cumplimiento de Entidades Estatales No. 9940000051441, expedida por la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia.”*

La anterior motivación llevó finalmente a que la entidad accionada resolviera declarar la ocurrencia del siniestro del riesgo de calidad haciendo efectiva la garantía única de cumplimiento No. 994000005141, en los siguientes términos:

*“Quinto: Declarar conforme al concepto técnico y presupuesto contenidos en el informe de supervisión páginas 165 a 212 y 240 a 242, que indica las deficiencias en la calidad de 11.123.71 metros de archivo que habían sido aceptados a la contratista, y cuyas correcciones y ajustes significan para la universidad un costo de \$679'581.900, que obliga a declarar la ocurrencia del siniestro que afecta el riesgo de calidad del servicio y como consecuencia hacer efectiva la Garantía Única de cumplimiento No.*

994000005141 y su anexo No. 14 expedidos por la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia (...).

*Sexto: Declarar deudora de la Universidad Nacional de Colombia a la sociedad Ana Lucía Pachón de González y Cia Ltda, y/o a la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia por la suma de \$679'681.900, la cual deberá cancelar en la sección de Tesorería (...)* (Subrayado fuera de texto).”

Ahora bien, frente al quantum de los perjuicios irrogados a la Universidad Nacional por el acaecimiento del riesgo amparado, es evidente que la entidad estatal está obligada a tasar el perjuicio con la ocurrencia del evento amparado en proporción con el daño sufrido, en consecuencia, no siempre el valor del perjuicio será la totalidad del valor amparado con la póliza del seguro.

Por lo anteriormente expuesto, la Universidad Nacional de Colombia en ejercicio de lo convenido contractualmente y estando ajustado a derecho, podía declarar mediante acto administrativo la ocurrencia del siniestro afectando el riesgo de calidad del servicio, ya que como antes se dijo, esta persigue garantizar que el objeto del contrato entregado por el contratista a la entidad pública cumpla con las especificaciones encomendadas en el contrato, por lo tanto, la afectación de la póliza de calidad se debe tasar hasta el monto en que los bienes o el servicio no cumplan con los requerimientos exigidos en el contrato estatal, tal y como lo hizo el *A quo* en su sentencia, esto es:

*“ El total de metros lineales contratados fue de 46.376, de donde se desprende que los 11.123,71 metros que resultaron defectuosos equivalen al 24% del total de metros contratados, por lo que hay lugar a graduar el monto a hacer efectivo por la ocurrencia de este siniestro, en el equivalente al 24% del total cubierto por la garantía (\$1.561.514.239), es decir, por la suma de \$374.763.417; por lo que se modificará el monto correspondiente a este siniestro, de \$679.581.900 a \$374.763.417.”*

Finalmente, la Sala estima pertinente manifestar que el argumento esgrimido por la entidad pública para solicitar la modificación de la cuantía del amparo de calidad señalado por el Tribunal, que busca que se tase este riesgo sobre la totalidad de los metros contratados y no sobre los que presentaron mala calidad, no tiene vocación de prosperidad, por cuanto aceptar dicha afirmación llevaría a la conclusión que se entregó

por parte de la contratista la totalidad de los metros de archivos contratados, cosa que no ocurrió en el caso sub examine.

Si lo que la accionada pretendía era ejecutar al contratista por la no entrega de la totalidad de los metros lineales contratados, debió hacer efectivo el amparo de cumplimiento, de forma autónoma al amparo de calidad del servicio, lo cual no se evidencia en los actos administrativos demandados.

En resumen, la Sala no declarará la prosperidad de la petición del accionante tendiente a la declaratoria de nulidad de los artículos tercero y cuarto relacionados con la declaratoria del siniestro del buen manejo y correcta inversión del anticipo, pero de otra parte, confirmará la posición del *A quo* referente a la modificación del valor del amparo de calidad de los servicios prestados indicado en los artículos quinto y sexto de la Resolución No. 1252 de 2007 confirmada mediante Resolución No. 267 de 2008, por las razones expuestas anteriormente.

- **Recurso de la parte demandante:**

*Sostiene el actor que “(...) que no es acertada la interpretación que el Tribunal hace del cargo toda vez que, el artículo 1077 del Código de Comercio es una disposición normativa que se refiere a la obligación de cuantificación de una pérdida y comprobación de la ocurrencia del siniestro y busca proteger el carácter indemnizatorio que ostenta el contrato de seguro y que sería totalmente desatendido en la hipótesis en que el asegurado pretendiera sumas no constitutivas de perjuicio. Esta premisa es plenamente aplicable no solo a los contratos de seguro celebrados entre particulares, sino también a aquellos en que es parte una entidad estatal.*

*En el presente caso, como se verá a continuación, no se comprobó cuál era el presunto perjuicio sufrido por la entidad, ni tampoco el incumplimiento responsable del contratista afianzado que constituye el siniestro, como se analizará (...).”*

Entonces, la Sala atendiendo el precepto legal contenido en el Código de Comercio y referenciado por el actor, esto es, el artículo 1077 que señala: “Corresponderá al

*asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”;* lo que comprueba es que contrario a lo afirmado por el accionante, la entidad demandada en el primer acto administrativo controvertido (Resolución No. 1252 de 2007), se preocupó por indicar de manera precisa los valores del perjuicio sufrido sustentado en los informes de supervisión de contrato, y por lo cual hizo efectivo la garantía única que respaldaba el contrato No. 028 específicamente en los amparos de anticipo y calidad del servicio. En consecuencia, no puede ser de recibo por parte de esta Sala de Subsección, la mera manifestación del demandante, en el sentido que si se hubiera considerado por el Tribunal el testimonio de la contratista que habla de un saldo pendiente de pago a su favor, este fallador hubiera cambiado su criterio, en el entendido de que si se encontraba amortizado el valor entregado por concepto de anticipo, la liquidación realizada carecía de fundamentación, afirmación que no tiene ningún soporte probatorio que permita demostrar que por este hecho habría lugar a excluir de responsabilidad al asegurador.

No cabe duda, que existe en el acervo probatorio la declaración de la contratista en el sentido de indicar que las situaciones causantes del incumplimiento de sus obligaciones contractuales fueron originadas por la entidad contratante (Universidad Nacional de Colombia) y la beneficiaria del trabajo (ICBF); sin embargo, este testimonio que no tiene otro respaldo probatorio no es prueba suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el referido acto administrativo, por el contrario, lo que si se extracta de la Resolución No. 1252 de 2007, es que la entidad demandada hizo sendos requerimientos a la contratista para que diera cumplimiento al objeto contractual en los términos convenidos.

De otra parte, sostiene la compañía de seguros que la entidad demandada perdió competencia para liquidar unilateralmente el contrato, con ocasión de la demanda contractual que interpuso la contratista contra la Universidad Nacional de Colombia. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación se ha ocupado del tema indicando que

esta competencia no se pierde hasta tanto no haya vencido el plazo para que el contrato sea liquidado por parte de la administración<sup>29</sup>.

Es así como, para resolver el problema antes planteado es necesario acudir a las normas del derecho privado, tal y como señaló en el acápite 3 de la parte considerativa, especialmente al artículo 16 del Acuerdo 073 de 1995<sup>30</sup>, que señala que *“todos los contratos de tracto sucesivo (aquellos cuya ejecución o cumplimiento se efectúa por partes y se prolonga en el tiempo) y los que terminen anormalmente, se deben liquidar, a más tardar, dentro de los sesenta (60) días siguientes a su terminación. (...) Si el contratista no se presenta a la liquidación o no se llega a un acuerdo con éste, la Universidad hará la liquidación unilateral por Resolución del Rector o del respectivo Vicerrector de Sede”*.

Conforme con lo anterior, en efecto podría pensarse que para la fecha en que la demandada expidió las Resoluciones Nos. 1252 del 3 de octubre de 2007 y 267 de 2008, por medio de las cuales se declaró el incumplimiento del contrato, ya no ostentaba la competencia para ello, pues ya había fenecido el término para liquidarlo.

No obstante, como bien lo señaló el A quo la pretensión liquidatoria incoada por la contratista en la acción contractual impetrada en contra de la Universidad Nacional, no tuvo vocación de prosperidad pues la realizó mucho antes de que finiquitara el término otorgado legalmente para hacer la liquidación, lo que significa que en nada incide la presentación de dicha demanda con la facultad de liquidar unilateralmente el contrato.

Lo anterior, debido a que como bien lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación la entidad pública conserva la facultad de llevar a cabo la liquidación unilateral aun después del vencimiento del plazo legal o contractualmente otorgado, si el contratista no ha iniciado actuación legal alguna para que se lleve a cabo la liquidación.

Así lo dijo el Tribunal de primera instancia, y así lo considera esta Subsección:

---

<sup>29</sup> Reiteración sentencia del 9 de julio de 2014. Exp: 29.741.

<sup>30</sup> "Por el cual se adopta el Régimen Contractual de la Universidad Nacional de Colombia"

“(…) 2. Por lo tanto, habiendo vencido el término de ejecución del contrato el 24 de diciembre de 2006, el mismo se mantuvo vigente por un mes más, de conformidad con lo señalado en la cláusula segunda, es decir, que la vigencia del contrato expiró el 24 de enero de 2007, fecha a partir de la cual se debía contabilizar el término para liquidar el contrato.

3. El artículo 15 de la Resolución 073 de 1995 (régimen de contratación de la Universidad Nacional) señala:

- Liquidación de los contratos: todos los contratos de tracto sucesivo (aquellos cuya ejecución o cumplimiento se efectúa por partes y se prolonga en el tiempo) y los que terminen anormalmente, se deben liquidar a más tardar dentro de los sesenta (60) días siguientes a su terminación.
- Si el contratista no se presenta a la liquidación o no se llega a un acuerdo este, la Universidad hará la liquidación unilateral por resolución del Rector o del respectivo Vicerrector de sede.

4. Sumando los 60 días ( que se reputan hábiles de conformidad con lo establecido en el Régimen Político y Municipal) a la fecha en que venció el plazo del contrato 028 de 2006 (24 de enero de 2007), tenemos que la oportunidad para que las partes lo liquidaran de mutuo acuerdo expiró el 23 de abril de 2007, y como dicha liquidación no se logró, correspondía al rector de la Universidad liquidarlo unilateralmente, para lo cual tenía dos plazos más, según lo señalado en el literal “d” del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., es decir, que la liquidación unilateral del contrato podía realizarse hasta el 23 de junio de 2007.

5. Vencido el plazo anterior (23 de junio de 2007), la Universidad perdía la facultad expresa que le confería la ley (resolución 073 de 1995 y numeral 10 del artículo 136 del C.C.A.) para liquidar el contrato y en consecuencia quedaba la contratista en libertad de solicitar la liquidación judicial del contrato.

**Pero en este caso, encuentra la Sala que la Sociedad Ana Lucía Pachón presentó demandada (sic) contractual contra la Universidad Nacional el 29 de marzo de 2007, en la cual solicitó la declaratoria de incumplimiento del contrato 028 de 2006 y su liquidación, es decir, mucho antes de que venciera el plazo legal que tenía la universidad para liquidar el contrato unilateral. En consecuencia, la pretensión quinta formulada en la demanda presentada el 29 de marzo de 2007, por la mencionada sociedad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 57 y 97 del C.2), que fue admitido por auto del 3 de mayo de 2007, a juicio de la Sala constituye una pretensión antes de tiempo, la cual no tiene la virtualidad de enervar la facultad de la entidad contratante para liquidar bilateral o unilateralmente el contrato. En efecto, el numeral 10 del artículo 136 del C.C.A, que establece el término para la caducidad de las acciones señala que (sic) en su literal “d” lo siguiente:**

(…)

De la simple lectura de la norma precitada, se desprende que la pretensión de liquidación judicial del contrato solo puede ser formulada por el contratista al juez del contrato, una vez vencido el plazo para la liquidación bilateral y/o unilateral del mismo,

*caso en el cual es evidente que la entidad contratante pierde competencia para ejercer la facultad para liquidar unilateral el contrato, situación que no sucedió en este caso, en que la demanda contractual fue formulada antes del vencimiento del plazo antes mencionado". (subrayado y negrillas fuera de texto)*

Así las cosas, para la Sala el cargo de incompetencia de la administración para liquidar el contrato se torna improcedente, pues para la fecha en que se profirió la Resolución No.1252 del 3 de octubre de 2006, si bien había vencido el término legalmente otorgado para llevar a cabo la liquidación unilateral (23 de junio de 2007), también es cierto, que la contratista no había iniciado una acción jurídica pretendiendo su liquidación, circunstancia que dejaba incólume la facultad del ente estatal.

Como corolario de lo anterior, la Sala encuentra que en el presente asunto la entidad demandada sí ostentaba la competencia para declarar la ocurrencia del siniestro frente a los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y calidad del servicio y hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, ya que fue hecha antes de la liquidación del contrato No.028 de 2006.

Por último, indica la aseguradora que el *A quo* no analizó la excepción de contrato no cumplido, a la luz del testimonio de la contratista que demuestra las dificultades soportadas en la ejecución del contrato y además que estas obedecieron a incumplimientos de la entidad estatal y que a la fecha se le adeudan más de seiscientos cincuenta millones de pesos, motivo que la llevó a demandar a la Universidad Nacional exigiendo su pago.

Revisado el material que reposan en el acervo probatorio no se encontró prueba que mostrara el cumplimiento de la contratista, ni tampoco se desvirtuó el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, solo reposa copia simple de un documento de demanda contra la Universidad Nacional de Colombia sin firma del apoderado judicial de la contratista y auto de admisión ante el Tribunal de una demanda de la contratista contra la Universidad Nacional en ejercicio de la acción de controversias contractuales, documentos que si se admitiera darles valor probatorio, en nada cambiaría la decisión de la Sala, pues solo se probaría la existencia de una demanda interpuesta por la

Contratista Ana Lucia Pachón de González y Cia Ltda contra la Entidad Pública demandada y de su admisión ante el Tribunal, pero no de que la Universidad haya dado origen al incumplimiento del contrato para aplicar la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) solicitada por el actor.

Es por lo anteriormente expuesto, que bajo el principio de la carga de la prueba desarrollado por el artículo 1757 del C.C., “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*”, luego si la demandante afirma que la Universidad Nacional, incumplió el contrato, se encontraba a su cargo y a cargo de la aseguradora en calidad de garante la obligación de demostrar el cumplimiento mediante las pruebas oportunamente allegadas al plenario.

Y es que para probar la existencia de un hecho no basta con la sola afirmación para que se considere que éste existe sino que debe demostrarse a través de las pruebas que oportunamente se alleguen al proceso.

De otra parte, observa la Sala que con la Resolución No. 267 de 2008 que revocó unos artículos de la Resolución No. 1252 de 2007 y de otra parte, confirmó otros, no se hizo efectivo el amparo de cumplimiento que cubría el contrato No. 028, por lo tanto, mal podría la entidad invocando este amparo declarar deudora a la Sociedad contratista y/o a la Compañía aseguradora por la suma \$456.284.398 con ocasión a la liquidación unilateral del contrato en cuestión. En consecuencia, la Sala declarará la nulidad parcial de lo dispuesto en el artículo noveno de la Resolución No. 1252 de 2007.

En éste orden de ideas, la Sala encuentra que la entidad pública demandada podía ejecutar la garantía única de cumplimiento y declarar ocurrido el siniestro referente a los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y el de calidad del servicio frente a la ejecución del contrato No. 028 de 2006 suscrito con la Sociedad Ana Lucia Pachón de González y Cia Ltda, pero no podía en virtud al amparo de cumplimiento declarar deudoras a la sociedad contratista y/o aseguradora ejecutar por el saldo de la liquidación unilateral del contrato, debido a que la entidad demandada no hizo efectivo este amparo en los actos administrativos demandados.

En consecuencia, la Sala confirmará la parte pertinente del fallo de primera instancia relacionada con la declaratoria de nulidad parcial de lo dispuesto en los artículos quinto y sexto de la Resolución No. 1252 de 2007, que tasó el siniestro de calidad de los servicios prestados en la suma de \$679.581.900, para reducir el monto de este siniestro en la suma de \$374.763.417, declarará la nulidad parcial del artículo noveno de la Resolución No. 1252 de 2007, en lo que respecta a la declaración de deudoras de la sociedad Ana Lucia Pachón de González y Cia Ltda y/o a la Compañía Aseguradora por la suma \$456.284.398.00 y por último, declarará la nulidad parcial de lo dispuesto en el artículo segundo de la Resolución No. 267 de 2008, en cuanto confirmó lo dispuesto en los numerales quinto, sexto y noveno de la Resolución No. 1252 de 2007. Así las cosas, la Sala concluye por los argumentos antes reseñados que modificará la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo dicho.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**MODIFICAR** la sentencia apelada proferida 6 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad parcial de los artículos quinto y sexto de la Resolución No. 1252 de 2007, que tasó el siniestro de calidad de los servicios prestados en la suma de \$679.581.900, para reducir el monto de este siniestro en la suma de \$374.763.417,

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad parcial del artículo noveno de la Resolución No. 1252 de 2007, en lo que respecta a la declaración de deudoras de la sociedad Ana Lucia Pachón de González y Cia Ltda y/o a la Compañía Aseguradora por la suma \$456.284.398.00.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad parcial de lo dispuesto en el artículo segundo de la Resolución No. 267 de 2008, en cuanto confirmó los numerales quinto, sexto y noveno de la Resolución No. 1252 de 2007.

**CUARTO: NEGAR** los restantes pedimentos de la demanda.

**QUINTO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**  
**Presidenta de la Sala**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
**Magistrado Ponente**