



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C. primero 1º de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 25000-23-36-000-2012-00359-01 (51.138)

Actor: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS- CONFIANZA S.A.

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS.

Proceso: Acción Contractual

Asunto: Recurso de apelación

Contenido: Descriptor: Se niegan las pretensiones al no encontrar demostrados ninguno de los cargos de nulidad contra las Resoluciones impugnadas/Restricción: Régimen de garantías en los contratos estatales - finalidad y objeto de protección/ Garantía única de cumplimiento en vigencia del Decreto No. 4828 de 2008/ Exclusiones de Cobertura/ Nociones generales del Daño Emergente y el Lucro Cesante como perjuicios cubiertos por las Pólizas de Garantía constituidas en favor de las Entidades Estatales/ Ineficacia de Pleno derecho de las Cláusulas contractuales/condena en costas.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en audiencia inicial que se llevó a cabo el 22 de enero de 2014 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I.ANTECEDENTES

1. Lo Pretendido



El 24 de septiembre de 2012¹ la **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A.** presentó demanda contra la **Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional** solicitando que se declarara la nulidad de los numerales 2º, 3º y 7º de la parte resolutive de la Resolución No. 422 del 19 de diciembre de 2011 y de la Resolución No. 035 del 24 de febrero de 2012, mediante las cuales, respectivamente, se declaró el incumplimiento del contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009 celebrado con la **Unión Temporal Teseo II**, se declaró la ocurrencia del siniestro y se ordenó hacer efectiva la Póliza de garantía No. 31GU075569 por el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados por un valor de \$1.441'596.890,00; y se resolvió el correspondiente recurso de reposición.

Solicita en consecuencia que se declare que la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. sólo se encuentra obligada a cancelar la suma equivalente a \$247'039.940,00, correspondiente a los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

Pide también que se declare que no adeuda suma alguna en favor del demandado Nación- Ministerio de Defensa-Ejército Nacional.

Solicita, como consecuencia de las anteriores declaraciones que se condene al accionado a restituir, debidamente actualizadas las sumas que haya cancelado o que llegará a cancelar por concepto de lucro cesante.

Pide además que se condene en costas y agencias en derecho al demandado

Estima la cuantía total del proceso en la suma equivalente a \$1.194'529.950. correspondiente al lucro cesante cuyo reconocimiento pretende el asegurado.

1.1. Solicitud de Suspensión Provisional.

En un acápite de la demanda la Sociedad accionante solicitó la suspensión provisional de los efectos de los artículos 2º y 3º de las Resoluciones Nos. 442 del 19 de diciembre de 2011 y de la No. 035 del 24 de febrero de 2011, argumentando que éstas infringían

¹ Folios 3 a 20 del C. No. 1.



los artículos 1088 y 1613 del Código de Comercio, pues en la Póliza Única de Seguro No. 31GU075569 expedida por ésta no se estableció cláusula alguna a través de la cual las partes convinieran expresamente que en caso de siniestro la compañía aseguradora también debía cubrir la indemnización por lucro cesante y sin embargo el ahora accionado ordenó su afectación por dicho concepto en una suma equivalente a \$1.194'529.950,00.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

El 24 de diciembre de 2009 se celebró entre el demandado y la Unión Temporal Teseo II, el contrato de compraventa No. 1732-CEITE-DINTR-2009, por virtud del cual ésta se obligó en favor de aquel al montaje, instalación y puesta en funcionamiento de maquinaria industrial para la planta de zapatería del batallón de intendencia No. 1 denominado "*Las Juanas*".

Como valor total del contrato se fijó la suma equivalente a \$3.090'075.792,00.

Por medio de la Cláusula Décima del contrato las partes convinieron que el contratista debía constituir una garantía única por medio de la cual se garantizaran, entre otros, el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados por la suma de \$1.545'037.896,00 equivalente al 50% del valor total del contrato, con una vigencia de dos (2) años contados desde la fecha del acta de recibo a satisfacción de los bienes contratados.

La Unión Temporal Teseo II constituyó ante la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. una garantía única de cumplimiento, quién expidió la Póliza No. 31GU075569, por un valor de \$1.545'037.896,00 para el amparo de calidad de suministros y una vigencia inicial del 24 de diciembre de 2009 hasta el 24 de diciembre de 2011, la cual se extendió a través de los certificados de modificación Nos. 31GU124429 del 28 de junio de 2010 del 24 de junio de 2010 al 1º de julio de 2012 y el No. 31GU128909 del 12 de noviembre de 2010 del 21 de octubre de 2010 al 21 de octubre de 2012.



A través del acta No. 269 del 6 de octubre de 2010 el accionado recibió a satisfacción los bienes objeto del contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009.

Por medio del Oficio No. 906/MD-CE-JELOG-DICON-ASJUR-53-1 del 25 de octubre de 2011 el accionado citó a audiencia a Confianza S.A. por el incumplimiento en el que incurrió la Unión Temporal Teseo II al suministrar los bienes objeto del contrato con fallas técnicas que impidieron que impidieron su entrada en funcionamiento.

En la audiencia que tuvo lugar el 9 de noviembre de 2011 se dio lectura al Oficio No. 5635/MDN-CG-FM-CE-JEM-JELOG.BR21-BAINT-CDO-0.70 del 8 de noviembre de 2011, mediante el cual el Comandante del Batallón de Intendencia No. 1 "Las Juanas" le remitió al Intendente General del Ejército Nacional la tasación de los perjuicios correspondientes al daño emergente en la suma de \$295'006.067,00 y lucro cesante en la suma de \$1.194'529.950,00, derivados del incumplimiento del contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009.

En las diferentes audiencias celebradas y mediante algunas comunicaciones la Compañía Aseguradora se negó a cancelar las sumas correspondientes al lucro cesante argumentando que la garantía otorgada no cubría los perjuicios ocasionados por dicho concepto y que para que la indemnización lo comprendiera las partes debían estipularlo expresamente conforme al artículo 1088 del Código de Comercio.

Mediante la Resolución No. 422 del 19 de diciembre de 2011 el Intendente General del Ejército Nacional declaró el incumplimiento del contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009 celebrado con la **Unión Temporal Teseo II**, la ocurrencia del siniestro y ordenó hacer efectiva la Póliza de garantía No. 31GU075569 por el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados por un valor de \$1.441'596.890,00.

Contra dicha decisión la Compañía Aseguradora Confianza S.A. instauró el recurso de reposición el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 035 del 24 de febrero de 2012 en el sentido de modificar el monto a cancelar y confirmarla en todas y cada una de sus partes.



El 12 de abril de 2012 la accionante canceló en favor del demandado la suma de \$247'039.940,00 correspondiente a la indemnización de los perjuicios por concepto de daño emergente.

El 23 de mayo de 2012 se llevó a cabo una audiencia de conciliación prejudicial ante la solicitud presentada por la Compañía Aseguradora Confianza S.A., la cual se declaró fallida.

Como cargos de nulidad dice que mediante los actos administrativos impugnados se vulneró el principio de legalidad, pues se expidieron en contra de lo dispuesto en el artículo 1088 del Código de Comercio que dispone que los seguros de daños puede comprender la indemnización del daño emergente y del lucro cesante, pero que éste último debe ser objeto de acuerdo expreso, el artículo 1613 y el Decreto 4828 de 2008.

También dice que se vulneró el artículo 29 de la Constitución Política que consagra el derecho fundamental al debido proceso, pues el accionado no motivo suficientemente la cuantificación del lucro cesante, infringiendo con ello lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio.

3. El trámite procesal.

Admitida que fue la demanda², surtido el traslado de la medida cautelar de suspensión provisional, allegado el escrito de oposición frente a la misma³ y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado Nación – Ministerio de Defensa –Ejército Nacional⁴ le dio respuesta oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

A través del auto del 17 de junio de 2013⁵ la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la solicitud de suspensión provisional

² Folios 24 y 25 del C. No. 1.

³ Folios 32 a 34 del C. No. 1.

⁴ Folios 59 a 160 del C. No. 1.

⁵ Folios 164 a 168 del C. No. 1.



por estimar que en el presente asunto no se evidenciaba una vulneración de las normas o de las estipulaciones de la Póliza alegadas por la parte demandante.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

Fijada la fecha para llevar a cabo la audiencia inicial el 27 de noviembre de 2013⁶ en la que se tomó como no contestada la demanda al considerar que no se allegó en debida forma el poder otorgado al representante del accionado y suspendida ésta, se fijó como nueva fecha para reanudar dicha audiencia el 22 de enero de 2014⁷ en el curso de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues declaró la nulidad de los artículos segundo y tercero de las Resoluciones Nos. 422 del 19 de diciembre de 2011 y de la No. 035 del 24 de febrero de 2012 y en consecuencia condenó en costas a la parte vencida.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Dice que los perjuicios cuya indemnización pide el accionado por concepto de lucro cesante, consistente en los ingresos dejados de percibir por las piezas dejadas de cortar y posicionar para la fabricación de calzado de uso de las Fuerzas Militares, en realidad se constituía en un daño emergente, pues las máquinas habían sido adquiridas para satisfacer la demanda interna de suministro de calzado más no para generar un lucro con dicha actividad productiva, de forma tal que ante la falla de éstas el demandado debió o debería asumir una serie de costos para satisfacer dicha demanda.

La denominación que el accionado le dio a los perjuicios materiales ocasionados por el mal funcionamiento de las maquinas resulta equivocado, pues estos se constituyen en un daño emergente el cual sí podía ser reclamado por el accionado a través de las Resoluciones impugnadas al encontrarse amparado en el riesgo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados.

⁶ Folio 170 del C. No. 1.

⁷ Folio 180 del C. No.1.



Consideró que la decisión del accionado de afectar la Póliza por concepto de lucro cesante fue caprichosa, pues para ello se fundó en un informe rendido por una dependencia interna sin acudir a un tercero para determinar el valor de los bienes que dejaron de ingresar a su patrimonio por las fallas técnicas presentadas en las máquinas y utilizó una metodología desconocida para ello.

Señala que teniendo en cuenta que la demandante no cuestionó la legalidad del monto cuantificado por el accionado por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente que asciende a la suma equivalente a \$247'039.940, ni la legalidad de las pruebas arrimadas para ello, así como tampoco negó su reconocimiento, no resultaba procedente declarar la nulidad de las Resoluciones impugnadas en los apartes relativos a dicho concepto.

En lo relativo a la cuantificación de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante dice que el accionado se limitó a anexar un pantallazo del Sistema de Administración SAP, prueba que carecía de soportes y no resultaba eficaz para demostrar el monto de los perjuicios por dicho concepto.

Concluye señalando que teniendo en cuenta que en el presente asunto el accionado incurrió en una indebida motivación en la cuantificación de los perjuicios materiales ocasionados en la modalidad de lucro cesante y no la demostró de manera eficaz, resultaba entonces procedente declarar la nulidad de las Resoluciones demandadas en los apartes relativos a dicho concepto.

Por último, condena en costas a la parte vencida.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

Contra lo así resuelto la parte demandada interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Dice que la Sociedad accionante al reconocer el pago de la suma equivalente a \$247'039.940,00 a título de daño emergente aceptó su responsabilidad, quedando así



demostrado su derecho a obtener una indemnización por lucro cesante en la cuantía acreditada a través de los documentos allegados al proceso.

Señala que siendo la Compañía aseguradora la garante del contrato incumplido, es ésta quien debe asumir la indemnización no sólo del daño emergente sino también del lucro cesante y de la totalidad de los perjuicios ocasionados.

Hace referencia a una comunicación de la Intendencia General del Ejército donde ya se le había manifestado a la Compañía aseguradora que de la lectura de las condiciones generales de la Póliza de Garantía era claro que el objeto de la misma consistía en amparar el pago de todos los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de compraventa No. 1732-CEITE-DINTR-2009, para luego concluir que contrario a lo que ahora señalaba dicha entidad, de la cobertura de la misma no se excluyeron los perjuicios previstos en los Numerales 2.7 y 2.8 y que a nivel legal sólo se consagraban 4 exclusiones dentro de las cuales no se preveía la del lucro cesante como perjuicio.

Afirma que teniendo en cuenta que la Ley no establece como una de las exclusiones de la cobertura de las Garantías la indemnización del lucro cesante, no puede ahora entonces la Compañía aseguradora venir a crearla como una exclusión bajo el pretexto de que no se encontraba cubierta por la Póliza de Garantía constituida.

Por último, señala que si bien la Compañía de Seguros afirma que en el acápite de exclusiones de las condiciones generales de la Póliza se incluyó el numeral 2.8 relativo al pago de *“Los perjuicios derivados del lucro cesante en que incurra la entidad contratante”*, dentro de las condiciones generales de la Póliza de Seguros que fueron allegadas por dicha entidad al Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional no se consagra dicha exclusión, ni mucho menos se hace referencia a la misma.

VI. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Agente del Ministerio Público señala que los actos administrativos demandados no adolecen de nulidad por ilegalidad o falta de motivación, no contravienen los artículos 1077 y 1088 del Código de Comercio y en consecuencia opina que la sentencia apelada deberá ser revocada para en su lugar negar las



pretensiones de la demanda y condenar a la Sociedad accionante únicamente al pago de la suma equivalente a \$1.194'529,950,00 por concepto de la indemnización de los perjuicios por concepto de lucro cesante en tanto que al proceso se habría allegado el comprobante de egreso y recibo de consignación del pago de la suma de \$247'039.940,00 por concepto de daño emergente.

Para ello expuso las siguientes razones:

Dice que en la cobertura de la Póliza No. 31GU075589 no se podía dejar por fuera la indemnización de los perjuicios por concepto de lucro cesante, pues éste no hacía parte de las exclusiones y el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados cubría la indemnización de las totalidad de los perjuicios causados al asegurado que fueran imputables al contratista.

Previamente a la declaratoria del siniestro el accionado le reclamó a la Compañía aseguradora la indemnización por concepto de lucro cesante mediante un escrito en el cual si bien no se preveía expresamente que se derivaba de las utilidades dejadas de percibir, era claro que hacía referencia al número de piezas dejadas de producir para la elaboración de calzado en razón del mal funcionamiento de las máquinas adquiridas.

Trae a cuenta una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación bajo el Radicado No. 14667 relativa al amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados y hace referencia a algunas disposiciones del Decreto No. 4828 de 2008, para luego concluir que en el presente asunto la Póliza constituida en favor del accionado no tenía otra finalidad que la de garantizar por concepto de dicho amparo los perjuicios que éste llegare a sufrir por el no funcionamiento de las máquinas y que su causación se encontraba plenamente demostrada, pues éstas presentaron fallas técnicas que no fueron subsanadas por la contratista lo que dio lugar a que se paralizara la producción de un número considerable de calzado.

Afirma que mediante los actos administrativos expedidos no se vulneraron los artículos 1077 y 1088 del Código de Comercio, pues mediante los estudios técnicos y demás documentos arrimados al proceso el accionado sí logró acreditar tanto la ocurrencia del



siniestro por el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados como su cuantía.

Por último, señala que contrario a lo que alega la accionante tanto los informes técnicos presentados por el supervisor del contrato como los presentados por el Comandante del Batallón de la Intendencia No. 1 “Las Juanas”, sí se fundaron en parámetros claros y concretos.

VII. CONSIDERACIONES.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Régimen de Garantías en los contratos Estatales – finalidad y objeto de protección; **2)** Garantía única de Cumplimiento en vigencia del Decreto No. 4828 de 2008; **2.1)** Exclusiones de cobertura de las Pólizas de Seguro constituidas para garantizar las obligaciones a cargo del contratista; **3)** Nociones Generales del Daño Emergente y el Lucro Cesante como perjuicios cubiertos por las Pólizas de garantías constituidas en favor de las Entidades Estatales; **3.1.)** Daño Emergente; **3.2.)** Lucro cesante; **4)** Ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones contractuales; **5)** Los hechos probados; **6)** La solución del caso concreto; **7)** La condena en costas.

1. Régimen de Garantías en los contratos Estatales – Finalidad y objeto de protección.

Según lo disponen los artículos 2º, 209 y 365 de la Constitución Política la actividad del Estado debe estar encaminada de un lado, al servicio de los asociados, a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y al mejoramiento de la calidad de vida de los Ciudadanos y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.



En efecto, el artículo 365 de la Constitución Política señala que *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado,”* que es deber de éste *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional,”* que *“podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”* y que *“en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”*

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”*⁸

Ahora, para cumplir con dichas finalidades y procurar la satisfacción de los intereses generales el Estado cuenta con diversos instrumentos dentro de los cuales adquiere especial relevancia el contrato estatal como herramienta a través de la cual la administración persigue fundamentalmente la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio, la construcción de obras que demande el progreso a nivel nacional y regional, entre otros fines⁹.

Pues bien, dentro de ese marco normativo de protección de los intereses generales y atendiendo a la importancia del contrato como instrumento que persigue el cumplimiento de las finalidades estatales se ha estructurado igualmente un régimen de garantías a favor de las entidades Estatales en ejercicio de su actividad contractual, a través del cual lo que se procura es asegurar el cumplimiento de las obligaciones

⁸ Esta es la redacción con que quedó la norma después de la modificación que le introdujo el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁹ Corte Constitucional Sentencia C- 642 del 13 de agosto de 2002.



asumidas por los contratistas y entrar a reparar la totalidad de los perjuicios o los eventuales detrimentos que se produzcan en el patrimonio público de la Nación con ocasión de su incumplimiento.

En efecto, no cabe duda de que los contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones derivadas del contrato estatal se constituyen en una tipología contractual especial dentro de los demás contratos de seguro, pues por medio de éstos lo que se procura es garantizar y respaldar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista en su calidad de colaborador de la administración, asegurar la ejecución del objeto contractual, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como también el cumplimiento de las finalidades estatales¹⁰.

Así, se ha entendido que la inclusión de cláusulas de garantías contractuales en los contratos celebrados por la administración, no sólo se erige como un requisito de obligatorio cumplimiento por parte del contratista, sino también en un instrumento para salvaguardar intereses de carácter general, garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual, así como también proteger el patrimonio público de los detrimentos que se puedan causar con ocasión de eventuales incumplimientos en los que incurra el contratista.

Ahora bien, atendiendo a la finalidad primordial de ésta tipología especial de contrato tendiente a procurar la satisfacción de los intereses generales o finalidades estatales y de preservar el patrimonio público, no solamente le son aplicables las disposiciones que de manera general regulan los contratos de seguro previstas en el Código de Comercio, sino también aquellas que de forma especial regulan algunos de sus aspectos en derecho público, consagradas fundamentalmente en los artículos 5º No. 4º, 18 inciso final, 25 No. 19¹¹, 41 inciso segundo y 60 último inciso de la ley 80 de 1993; 7º de la Ley 1150 de 2007, así como también en el Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008¹².

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. 24.609.

¹¹ Este numeral se derogó expresamente por medio del artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

¹² “por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública”.



De ésta forma, por vía del marco normativo al que se alude se le exige a los contratistas particulares la obligación de constituir una garantía única por medio de la cual se aseguren los posibles riesgos o siniestros que se puedan generar con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación de los contratos Estatales e incluso los generados en la etapa post contractual, normas que son de orden público, pues por medio de las mismas lo que se busca es proteger el patrimonio público de eventuales detrimentos.

En lo relativo a las características del contrato de seguro en los contratos estatales, ya la Sección Tercera de ésta Corporación había señalado:

“(...) Frente a los contratos estatales, el contrato de seguro presenta las siguientes características:

a) Si bien el contrato de seguro por naturaleza es derecho privado; la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, puesto que su finalidad es la protección del patrimonio público y la administración no puede renunciar a ella.

b) No es un contrato unilateral en sentido estricto, más bien afecta finalmente, tanto a las dos partes contratantes, como al beneficiario.

c) Es irrevocable por el contratista, por lo tanto la garantía no expirará por revocación unilateral aun tratándose de mora en el pago de la prima, está tampoco expirará y no podrá la compañía de seguros alegarla como excepción ante la entidad estatal y por el contrario, deberá reconocer el monto asegurado.

d) Bajo el régimen del Decreto 222 de 1983, los contratos de garantía formaban parte integrante de aquél que se garantizaba, es decir el artículo 70 se ocupó en señalar su carácter accesorio. Esta disposición fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley 80, por lo tanto no existe un respaldo positivo que asegure dicho carácter.

Ahora bien, bajo la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro constituye un contrato autónomo, pero colabora en el desempeño de la función pública, dado el carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración.

No obstante su autonomía, el contrato estatal constituye la razón principal que da origen al contrato de seguro y se une de tal modo que su cumplimiento y ejecución dependen del primero. Si bien, el contrato de seguro strictu sensu no es un contrato estatal; y es ser celebrado entre dos particulares en beneficio de un tercero, este tercero siempre es la administración pública. El otorgamiento de la garantía tiene justificación en razón del patrimonio estatal, comprometido por estar afectado directamente, lo cual le confiere un tratamiento especial, distinto de los contratos celebrados en interés de los particulares exclusivamente; tanto es así que la constitución de la garantía y su aprobación son requisitos indispensables para la ejecución del contrato.

De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, y proyecta su eficacia en el tiempo solo si el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato.



*Lo anterior permite deducir que una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción(...)*¹³

Así las cosas, para la Sala es claro que el objeto o finalidad primordial de las garantías en la actividad contractual del Estado es la protección del patrimonio público, pues a través de su constitución lo que se procura es prever y asegurar los posibles riesgos que se puedan presentar en la ejecución del contrato estatal que generen un detrimento en el patrimonio público de la Nación, así como también entrar a resarcir la totalidad de los perjuicios que se produzcan con ocasión del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Luego, sí lo que ocurre es que en un determinado contrato estatal el contratista constituye una Póliza de seguro con el objeto de garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión de su celebración e incurre en un incumplimiento de las mismas, es evidente que en ésta hipótesis tanto éste como la Compañía Aseguradora debe entrar a resarcir las totalidad de los perjuicios que con su incumplimiento haya ocasionado.

2. Garantía Única de cumplimiento en vigencia del Decreto No. 4828 de 2008.

Según el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007¹⁴ aplicable al presente asunto para la época en la que se celebró el contrato, esto es, el 24 de diciembre de 2009, el contratista en su calidad de colaborador de la administración deberá constituir una garantía única ante la entidad contratante con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, la cual podrá consistir en Pólizas de seguro expedidas por Compañías legalmente autorizadas para ello, Garantías Bancarias y en general cualquier otro mecanismo de cobertura de riesgo legalmente autorizado.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de agosto de 2000, Exp. 11.318.

¹⁴ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”, reglamentada a su vez por los Decretos Nos. 4828 del 24 de diciembre de 2008 y el No 1430 del 28 de abril de 2010.



Por otro tanto, el artículo 2º del Decreto No. 4828 del 24 de diciembre de 2008 define los mecanismos de cobertura como aquellos instrumentos otorgados por los oferentes o contratistas con el objeto de garantizar frente a la Entidad Pública oferente o contratante la seriedad de sus ofrecimientos, el cumplimiento de las obligaciones originadas en la ejecución y liquidación del contrato, la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración con ocasión de sus actuaciones, hechos u omisiones o de la de sus subcontratistas, así como los demás riesgos originados en la ejecución del contrato estatal

A su vez, el artículo 4º del Decreto en mención establece que la Garantía única de cumplimiento debe cubrir, entre otros, los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista y dentro de éstos según el No. 4.2.7. el riesgo de Calidad y el Correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados.

En cuanto al amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados se establece que la garantía única de cumplimiento cubrirá a la Entidad Estatal asegurada de todos los perjuicios que le fueran imputables al contratista, derivados de la mala calidad o las deficiencias técnicas presentadas en los bienes o equipos suministrados conforme a las especificaciones del contrato o ante el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas previstas para el respectivo bien o equipo.

En lo relativo al valor y al término de vigencia de la cobertura por el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, el numeral 7.7. del artículo 7º del Decreto 4828 de 2008 dispone que deberá ser determinado en cada caso conforme al objeto, el valor, la naturaleza de las obligaciones y los términos del respectivo contrato, y que su vigencia deberá extenderse por los menos por el término en que conforme a la legislación civil o comercial el contratista deba responder por la garantía mínima presunta o por los vicios ocultos.



2.1.) Exclusiones de cobertura de las Pólizas de Seguro constituidas para garantizar las obligaciones a cargo del contratista.

Según el numeral 15.2 del Decreto No. 4828 de 2008, vigente para la época en la que se celebró el contrato, únicamente resultaba admisible consagrar como exclusiones a la cobertura de las Pólizas de Seguro constituidas para garantizar las obligaciones a cargo del contratista las siguientes a saber:

“15.2.1. Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

15.2.2. Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato, durante la ejecución de éste.

15.2.3. El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante.

15.2.4. El demérito o deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo.

Cualquier otra estipulación contractual que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a las anteriores no producirá efecto alguno” (Resaltado por fuera del texto).

Pues bien, de la lectura de la norma transcrita se deduce sin esfuerzo alguno que las exclusiones allí previstas son de carácter taxativo, razón por la cual no le es dable a las partes establecer en las Pólizas de Garantía constituidas para respaldar las obligaciones derivadas del contrato Estatal nuevas exclusiones a la cobertura o diferentes a las allí expresamente previstas y que cualquier estipulación que se establezca en ese sentido no producirá efecto alguno.

3. Nociones Generales del Daño Emergente y el Lucro Cesante como perjuicios cubiertos por las Pólizas de garantías constituidas en favor de las Entidades Estatales.



Los daños o perjuicios materiales se concretan en los detrimentos o pérdidas económicas patrimoniales efectivas que sufre un determinado sujeto de derecho, ya sea por la disminución o merma que efectivamente se produjo en su patrimonio o que seguramente se producirá, por la sustracción o menoscabo de los bienes que lo conforman o por la disminución o “cese de posibilidades ciertas de rendimiento futuro”¹⁵.

A su vez, los daños materiales se subdividen en dos tipos de daños a saber, el Daño emergente o “*dammun emergens*” y el Lucro cesante o “*lucrum cessans*”.

3.1. Daño Emergente o “*dammun emergens*”.

Según el artículo 1614 del Código Civil el daño emergente se define como aquel perjuicio, pérdida o mengua del patrimonio económico que sufre un determinado sujeto de derecho por no haberse cumplido la obligación, haberse cumplido de forma imperfecta o haberse retardado su cumplimiento.

También se ha señalado que el daño emergente es “*la disminución inmediata de los efectivos económicos de la víctima, los bienes que se sustrajeron, considerados en sí mismos o en su equivalente pecuniario; el deterioro que experimentaron; lo que se gastó para recuperarlos o se ha de invertir en su remiendo, el costo del restablecimiento físico, los gastos efectuados que habrán de ser sufragados.*”

Al decir que el daño emergente es pérdida efectiva, se alude a un tiempo a las pérdidas y erogaciones causadas ya al momento en que se conceptúa, como también a los créditos contraídos para entonces, a la destrucción que no habiéndose consumado ciertamente va a ocurrir, a los pagos no devengados aún pero que sin duda habrán de sobrevenir”¹⁶.

¹⁵ Hinestrosa Fernando, “*Curso de Obligaciones, conferencias*”, Segunda Edición Mimeografiada, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1960, Pág. 335.

¹⁶ *Ibidem*, Pág. 336.



Con otras palabras el daño emergente es la pérdida o merma efectiva de los bienes económicos patrimoniales o a la *“disminución del saldo patrimonial de la víctima”*¹⁷, cuya causación supone que algún bien económico del patrimonio del contratante cumplido salió o saldrá, se deterioró o se deteriorara con ocasión del incumplimiento de las prestaciones a cargo de su co-contratante, de su cumplimiento imperfecto o tardío.

A su vez, el daño emergente puede ser consolidado o futuro según el momento de su causación, es decir será consolidado si se originó dentro del momento comprendido entre la ocurrencia del hecho dañino y el pronunciamiento judicial y será futuro aquel que si bien a la fecha del pronunciamiento judicial no se ha producido se sabe que se producirá *“una vez estudiadas las probabilidades y admitido un evidente margen de contingencias”*.

3.2. Lucro cesante o *“lucrum cessans”*.

Según el artículo 1614 del Código Civil el lucro cesante se define como toda ganancia o provecho que deja de reportarse como consecuencia de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido de forma imperfecta o de haberse retardado su cumplimiento.

En lo relativo al perjuicio al que se alude se ha señalado que es *“todo lo que la persona deja de percibir por causa de la acción delictiva, ganancias que se evaden, utilidades que no se incorporan por el estado en que la deja la infracción, en fin todo aumento patrimonial que deja de causarse a través del ilícito, siempre que se demuestre la conexión íntima entre el quebranto y la actividad del demandado circunstancia exigida genéricamente, pero que aquí adquiere un relieve singular”*¹⁸.

Ya la Sección Tercera de ésta Corporación había señalado:

“En cuanto al lucro cesante esta Corporación ha sostenido reiteradamente, que se trata de la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el

¹⁷ Ibídem Pág.336.

¹⁸ Ibídem Pág. 336.



daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima. Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna¹⁹.

Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, debe indemnizarse en lo causado.²⁰

De ésta forma se entiende que el lucro cesante comprende todos aquellos aumentos o ingresos patrimoniales que el contratante cumplido fundadamente podía esperar de no ser por haber tenido lugar, en el caso de la responsabilidad contractual, el incumplimiento las obligaciones a cargo de su co-contratante, de su cumplimiento imperfecto o tardío.

Ahora, si se entiende que el daño puede consistir en una merma patrimonial, en las ventajas o ingresos que se dejan de percibir o incluso en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en tratándose de responsabilidad contractual el incumplimiento, entendido éste como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas imputables a éste también puede causar, o no, un daño; caso en el cual estando debidamente acreditada su causación y su cuantía, estará entonces obligado el deudor y su garante a repararlo.

Así las cosas, una vez acreditado por parte del acreedor insatisfecho tanto el incumplimiento de las prestaciones a cargo de su co-contratante, como la causación de un daño material con ocasión de éste y su cuantía, es evidente que en éstos casos el deudor deberá a entrar a repararlo en sus dos modalidades, tanto el que se manifiesta en la pérdida o merma efectiva de los bienes económicos patrimoniales (Daño emergente), como el que se manifiesta en las utilidades o ganancias dejadas de percibir (lucro cesante), salvo ciertas excepciones expresa y taxativamente previstas en la Ley.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que se celebra un contrato Estatal con ocasión del cual el contratista constituye una garantía en favor de ésta e incumple

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo de 2007, Expediente: 15989, y la del 1 de marzo de 2006. Expediente: 17256.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2011, Expediente: 18008.



con las obligaciones a su cargo por lo que la entidad hace efectiva dicha garantía exigiendo el pago de los perjuicios que se le ocasionaron con dicho incumplimiento demostrando su causación y su cuantía, es evidente que en éstos casos tanto el contratista en su calidad de colaborador de la administración como la entidad aseguradora deberán entrar a repararlos en sus diversas modalidades, tanto en la modalidad de daño emergente como en la modalidad de lucro cesante.

4. Ineficacia de Pleno Derecho de las estipulaciones contractuales.

La ineficacia de pleno derecho o la fórmula “*pro non scripta*” es la sanción que impone el ordenamiento jurídico a las cláusulas o pactos que contravienen las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, consistente en que éstas no produzcan los efectos inmediatos ni los efectos finales que estaban llamados a producir²¹ eliminándolos automáticamente de la realidad jurídica como si éstos nunca se hubieran realizado²².

Con otras palabras, la ineficacia de pleno derecho es la “*calificación jurídica de contenido negativo*”²³ que se realiza frente a ciertas cláusulas o pactos que contravienen normas imperativas, de orden público o las buenas costumbres, eliminándolas *ipso iure* de la realidad jurídica en los casos que la ley previó expresamente dicha consecuencia²⁴.

Así, a diferencia de otras figuras la ineficacia de pleno derecho opera de forma inmediata en los casos expresamente previstos en la Ley y no requiere ser declarada judicialmente, pues a través de la misma lo que se persigue fundamentalmente es la conservación del negocio jurídico eliminando de la realidad jurídica únicamente aquella

²¹ Alarcón Rojas Fernando, “*La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*”, Ed. Universidad Externado de Colombia, año 2011, pág. 162.

²² *Ibidem* Pág. 160.

²³ Hinegroza Fernando en “*Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico*” Vol. II, Ed. Universidad Externado de Colombia 2015, Pág. 679

²⁴ *Ibidem* Pág 161.



cláusula o pacto del acto dispositivo que contraviene el ordenamiento jurídico sin destruir o eliminar sus demás partes²⁵.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que una sociedad contratista celebra un contrato de seguro con una Compañía Aseguradora para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que adquirió con ocasión de otro contrato que celebró con el Estado e incumple sus obligaciones pero dicho incumplimiento no se encuadra en ninguna de las causales de exclusión de cobertura de la garantía constituida, es evidente que en ésta hipótesis tanto la sociedad contratista como la compañía Aseguradora deberán entrar a indemnizar en favor del Estado la totalidad de los perjuicios ocasionados y que cualquier estipulación que éstas hubieren realizado tendiente a crear una nueva causal de exclusión o una diferente a las expresa y taxativamente previstas en la Ley será ineficaz de pleno derecho.

5. Los hechos probados.

En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación se encuentra que entre la Unión Temporal Teseo II y el demandado se celebró el contrato No. 1732 CEITE-DINTR-2009 el 24 de diciembre de 2009, que tuvo por objeto la adquisición, montaje, instalación y puesta en funcionamiento de tres cortadoras automáticas Marca Teseo, Modelo (FC4 320 TH y MOB 280 LUX), Modelo 2010 para la Planta de Zapatería del Batallón de Intendencia No. 1 “*Las Juanas*” (Fols. 149 a 154 del C. No. 1)

Como valor total del contrato se fijó la suma equivalente a \$3.090´075.792,00 (Fol. 149 vto. del C. No. 1).

Por medio de la **Cláusula Novena** del contrato la contratista se obligó a constituir una garantía técnica con el objeto garantizar la calidad e idoneidad de las máquinas objeto del contrato, amparándolas de desajustes de ensamble, de sus sistemas de funcionamiento (mecánico, neumático y electrónico), de desperfectos generales de fábrica, de daño en sus piezas por mala calidad del material utilizado para su fabricación

²⁵ *Ibídem* Pág. 162.



o por desperfectos en las máquinas, en accesorios o elementos para su instalación, daños en los productos o materiales con ocasión de las máquinas y del desempeño inadecuado por un término inferior a 1 año para 2 turnos de 8 horas continuos o discontinuos (Fol. 150 vto. y 151 del C. No. 1).

A su vez, mediante la **Cláusula Décima** del contrato la contratista se obligó a constituir una Garantía Única de cumplimiento en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA: GARANTÍA ÚNICA: Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la firma del contrato, el CONTRATISTA se obliga a constituir en una compañía de seguros o entidad bancaria o lo que aplique según el decreto 4828 de 2008, legalmente constituida en Colombia una garantía única, según lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, el Decreto 4828 de 2008, decreto 2493 de 2009 y demás normas vigentes, la que será aprobada por el Ordenador del Gasto, indicando como vigencia inicial la de la expedición del registro presupuestal, que cubra los siguientes amparos: (...) **b) De calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados:** por la suma de MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$1545'037.896,00) equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato y con una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha del recibo a satisfacción del BIEN, fecha que se evidenciará mediante acta de recibo a satisfacción (...)” (Fol. 151 del C. No. 1).

La Unión Temporal Teseo II constituyó ante la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. una garantía única de cumplimiento, quién expidió la Póliza No. 31GU075569, por un valor de \$1.545'037.896 para el amparo de calidad de suministros y una vigencia inicial del 24 de diciembre de 2009 hasta el 24 de diciembre de 2011 (Fols. 155 y 156 del C. No. 1) la cual se extendió a través de los certificados de modificación Nos. 31GU124429 del 28 de junio de 2010 del 24 de junio de 2010 al 1º de julio de 2012 (Fols. 145 y 146 del C. No. 1) y el No. 31GU128909 del 12 de noviembre de 2010 del 21 de octubre de 2010 al 21 de octubre de 2012 (Fols. 140 y 141 del C. No. 1).

La garantía única de cumplimiento constituida y contenida en la Póliza No. 31GU075569 fue aprobada por medio del Oficio No. 001 MD-CE-JELOG-OFICN-ASJUR-53.1 del 6 de enero de 2010 (Fol. 148 del C. No. 1), el certificado de modificación No. 31GU124429 se aprobó a través del Oficio No. 064 MD-CE-JELOG-DICON-ASJUR 53.1 del 28 de junio de 2010 (Fol.147 del C. No. 1); y el certificado de modificación No. 31GU128909 mediante el Oficio No. 107- MD-CE-JELOG-DICON-ASJUR-53.1 del 12 de noviembre de 2010 (Fol. 139 del C. No. 1).



El 6 de octubre de 2010 se suscribió entre las partes el acta No. 269, a través de la cual el accionado recibió a satisfacción los bienes objeto del contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009 (Fols. 142 a 144 del C. No. 1).

Mediante el “**ANEXO A GARANTÍAS ÚNICAS LEY 80 DE 1993**” de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “Confianza” se estableció en lo relativo a los riesgos:

“1. RIESGOS AMPARADOS

La aseguradora otorga a la entidad estatal contratante asegurada, hasta el monto del valor asegurado, los amparos mencionados en la carátula de la presente póliza, de conformidad con lo previsto en el artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual, el contrato de seguro es de mera indemnización y jamás podrá constituir fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste último deberá ser objeto de un acuerdo expreso que conste en la póliza para ser cubierto. Esta póliza cubre los perjuicios directos con sujeción a la definición de las condiciones adelante indicadas en su alcance y contenido.

(...)

1.7. CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS.

El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, cubrirá a la entidad estatal contratante asegurada de los perjuicios imputables al contratista garantizado, (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato o, (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo, una vez sean recibidos por la entidad estatal contratante asegurada.

(...)

2. EXCLUSIONES

LOS AMPAROS PREVISTOS EN LA PRESENTE POLIZA NO OPERARAN EN LOS CASOS SIGUIENTES:

2.1. CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA (EL ASEGURADO).

2.2. DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTRATISTA A LOS BIENES DE LA ENTIDAD NO DESTINADOS AL CONTRATO, DURANTE LA EJECUCIÓN DE ESTE.

2.3. EL USO INDEBIDO O INADECUADO LA FALTA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO A QUE ESTÉ OBLIGADA LA ENTIDAD CONTRATANTE.

2.4. EL DEMÉRITO O DETERIORO NORMAL QUE SUFRAN LOS BIENES ENTREGADOS CON OCASIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO, COMO CONSECUENCIA DEL MERO TRANSCURSO DEL TIEMPO” (Fols. 158 a 160 del C. No. 1) (Resaltado por fuera del texto).

El 2 de febrero de 2011 se ordena una visita técnica a partir de la cual se advierte la presencia de fallas graves en las máquinas posicionadoras y cortadoras objeto del contrato, tal como se deriva de la parte considerativa de las Resoluciones que ahora se impugnan (Fol. 66 vto. del C. No. 1).



Por medio de los informes técnicos Nos. 2964-MDN-CEFM-CE-JELOG-BRLOG-BAINT-S4 de 9 de septiembre de 2011 y el No. 180679 MD-CGFM-CE-JEM-JELOG-CEITE-DINTR-SA-17.2 del 12 de septiembre de 2011, tanto el Comandante del Batallón de la Intendencia No. 1 “Las Juanas”, Teniente Coronel Jimmy Salazar Duque, como el supervisor del contrato, Mayor Dairo Alfonso Suarez Rondon hacen constar que las máquinas cortadoras y posicionadoras se encuentran por fuera de servicio ante la presencia de fallas y averías, dejándose de producir un total de 138.750 pares de calzado (Fols. 31 y 32, 33 y 34 del C. No. 1).

Luego de varios requerimientos realizados a la Unión Temporal contratista para que corrigiera las fallas presentadas en las máquinas objeto del contrato y luego de considerarse la posibilidad de imponer multas pecuniarias y de absolverse de dicha imposición, la demandada Nación Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional considera la posibilidad de hacer efectiva la Póliza de Garantía Constituida por el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, tal como se deriva de la lectura de la parte considerativa de las Resoluciones que ahora se impugnan (Fol. 67 vto del C. No. 1).

Por medio del Oficio No. 906/MD-CE-JELOG-DICON-ASJUR-53-1 del 25 de octubre de 2011 el accionado citó a audiencia a Confianza S.A. por el incumplimiento en el que incurrió la Unión Temporal Teseo II al suministrar los bienes objeto del contrato con fallas técnicas que impidieron su entrada en funcionamiento (Fols. 26 a 30 del C. No. 1).

En la audiencia que tuvo lugar el 9 de noviembre de 2011 se dio lectura al Oficio No. 5635/MDN-CG-FM-CE-JEM-JELOG.BR21-BAINT-CDO-0.70 del 8 de noviembre de 2011, mediante el cual el Comandante del Batallón de Intendencia No. 1 “Las Juanas” le remitió al Intendente General del Ejército Nacional la tasación de los perjuicios correspondientes al daño emergente en la suma de \$295´006.067 y lucro cesante en la suma de \$1.194´529.950, derivados del incumplimiento del contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009 con sus respectivos informes de soporte, audiencia que se suspendió en



atención a las reclamaciones presentadas por la compañía aseguradora respecto de la cuantificación de los perjuicios (Fols. 129 a 134 del C. No. 1).

La referida audiencia prosiguió el 18 de noviembre de 2011 (Fols. 127 a 128 del C. No. 1), siendo suspendida nuevamente hasta el 2 de diciembre de 2011.

Por medio del Acta No. 553 del 2 de diciembre de 2011, las partes convienen suspender nuevamente la audiencia a efectos de que la compañía aseguradora pueda evaluar nuevamente los informes de tasación de los perjuicios presentada por el accionado (Fols. 118 y 119 del C. No. 1).

A través de los Oficios Nos. 3635- MDN-CG-FM-CE-JEM-JELOG-BR21-BAINT-CDO-0.70 del 8 de noviembre de 2011 (Fols. 35 y 36 del C. No. 1); el No. 9885 MDN-CG-FM-CE-JEM-JELOG-BR21-BAINT-CDO del 29 de noviembre de 2011 (Fols. 120 a 124 del C. No. 1), entre otros, el accionado realizó una tasación de los perjuicios ocasionados al ahora accionado tanto en la modalidad de daño emergente como en la modalidad de lucro cesante.

Por medio del Oficio radicado bajo el No. 7096 del 6 de diciembre de 2011 la Compañía Aseguradora Confianza S.A. se niega a cubrir el lucro cesante afirmando que por medio del No. 2.8 este se había consagrado como una exclusión (Fols. 115 a 117 del C. No. 1)

Mediante la Resolución No. 422 del 19 de diciembre de 2011 el Intendente General del Ejército Nacional declaró el incumplimiento del contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009 celebrado con la **Unión Temporal Teseo II**, la ocurrencia del siniestro y ordenó hacer efectiva la Póliza de garantía No. 31GU075569 por el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados por un valor de \$1.441'596.890 (Fols. 60 a 73 del C. No. 1).

Contra dicha decisión la Compañía Aseguradora Confianza S.A. instauró el recurso de reposición el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 035 del 24 de febrero de 2012 en el sentido de modificar el monto a cancelar y confirmarla en todas y cada una de sus partes (Fols. 92 a 104 del C. No. 1).



Mediante memorial del 16 de abril de 2012 (Fol. 107 del C. No. 1) la apoderada de la accionante allegó comprobante de egreso y recibo de la consignación de la suma de \$247'039.940,00 en la cuenta Citibank No. 0020405 el 9 de marzo de 2012 en favor de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, correspondiente a la indemnización por concepto de daño emergente (Fols. 105 y 106 del C. No. 1).

6. La solución del caso concreto.

Pues bien, las probanzas recaudadas, y que atrás se reseñaron, permiten concluir en primer lugar que la Unión Temporal Teseo II incumplió el contrato No. 1732-CEITE-DINTR-2009, pues entregó las máquinas objeto del mismo con fallas técnicas que impidieron su entrada en funcionamiento, lo que impidió la producción y elaboración del calzado destinado a miembros de las Fuerzas Militares, circunstancia ésta que se ve acreditada por medio de los informes técnicos Nos. 2964-MDN-CEFM-CE-JELOG-BRLOG-BAINT-S4 de 9 de septiembre de 2011 y el No. 180679 MD-CGFM-CE-JEM-JELOG-CEITE-DINTR-SA-17.2 del 12 de septiembre de 2011.

También demuestran que ante el incumplimiento anotado y en virtud de la Póliza de garantía No. 31GU075569, constituida por la contratista ante la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A., el ahora accionado expidió los actos administrativos que ahora se impugnan declarando la ocurrencia del siniestro de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, ordenando la efectividad de la Póliza y pidiendo el reconocimiento y pago de una indemnización equivalente a \$247'039.940,00, por los perjuicios que le fueron ocasionados en la modalidad de daño emergente que concretó en las sumas que efectivamente perdió por las fallas presentadas en la maquinaria y de \$1.194'529.950,00 por los perjuicios ocasionados en la modalidad de lucro cesante que concreto en las sumas que dejaron de ingresar a su patrimonio por la no producción del calzado destinado a miembros de las Fuerzas Militares.

Ahora, si bien a través del “**ANEXO A GARANTÍAS ÚNICAS LEY 80 DE 1993**” la compañía aseguradora Confianza S.A. estableció en su artículo 1º que para que la cobertura de las Pólizas constituidas en favor de las Entidades Estatales incluyera la



indemnización del lucro cesante éste debía ser objeto de acuerdo expreso, teniendo en cuenta que el Artículo 15.2 del Decreto 4828 de 2008 no establece dentro de las causales de exclusión de la cobertura, la indemnización de ese concepto y que dichas causales son de carácter taxativo, es evidente que la referida estipulación es ineficaz de pleno derecho, pues por medio de la misma se ésta creando una nueva causal de exclusión diferente a las allí previstas de forma taxativa.

Y es que el párrafo del Artículo 15.2 del Decreto 4828 de 2008 es claro al señalar que *“Cualquier otra estipulación contractual que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a las anteriores no producirá efecto alguno”*, razón por la cual cualquier estipulación de las partes tendiente a crear nuevas causales de exclusión de la cobertura o de modificar las allí previstas de forma taxativa es ineficaz de pleno derecho, es decir no produce efecto alguno.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la indemnización del lucro cesante no se encuentra consagrada en el Decreto No. 4828 de 2008 como una de las causales de exclusión de la cobertura de las Pólizas de Garantía constituidas para garantizar las obligaciones originadas en la celebración de un contrato estatal, es evidente que en el presente asunto las partes no se encontraban obligadas a pactarlo expresamente para que entendiera incluido en la cobertura de la Póliza constituida y que la Compañía Aseguradora no se podía negar a cubrir la indemnización por dicho concepto con fundamento en una estipulación que es ineficaz de pleno derecho.

Dicho de otra manera, si se tiene en cuenta que la indemnización del lucro cesante no se constituye en una exclusión de la cobertura de las Pólizas de garantía constituidas en favor de las Entidades Estatales, es evidente que la Compañía Aseguradora no se podía negar a reconocer y cancelar en favor de la entidad contratante la indemnización por dicho concepto y que cualquier estipulación tendiente a establecer que para que ésta fuera procedente debía consagrarse expresamente es ineficaz de pleno derecho.

No es cierto, como equivocadamente lo afirma la accionante que los actos administrativos se expidieron vulnerando lo dispuesto en el artículo 1088 del Código de Comercio, pues éste artículo no establece que para que los contratos de seguro incluyan



la cobertura de la indemnización del lucro cesante, éste deba ser objeto de acuerdo expreso y dicha afirmación corresponde a una interpretación personal de ésta.

Tampoco le asiste la razón a la accionante cuando afirma que las Resoluciones impugnadas fueron expedidas en contra de lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio, pues de las probanzas arrojadas se encuentra plenamente acreditado que el ahora accionado Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional no solamente demostró la ocurrencia del siniestro sino también su cuantía con base en estudios técnicos debidamente soportados y fundados en datos y cifras serias.

Contrario a lo que afirma la accionante tampoco se vulneró su derecho fundamental al debido proceso pues tanto ésta como la Unión Temporal contratista fueron citadas a la celebración de diversas audiencias para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción, se les dio la oportunidad de allegar pruebas y de controvertir las que fueron arrojadas en su contra y el accionado atendió sus requerimientos allegando diversos estudios técnicos sobre la cuantificación de los perjuicios que le fueron ocasionados por el incumplimiento en el que incurrió la contratista.

Incorre en equivocación el Tribunal de Primera instancia cuando afirma que las sumas solicitadas por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional a título de lucro cesante corresponden a un Daño emergente, pues éste es claro al señalar que el monto a reconocer por lucro cesante corresponde a las sumas que dejó de percibir y que ingresarían a su patrimonio por la producción de calzado destinado a miembros de las fuerzas militares de no ser por las fallas presentadas en las máquinas posicionadoras y cortadoras objeto del contrato, de forma tal que mal puede pensarse que dicho monto corresponda a un daño emergente que se concreta en las pérdidas efectivas o sumas que se desembolsaron o que se desembolsaran con ocasión de un incumplimiento.

Ahora, no encontrando acreditados ninguno de los cargos de nulidad alegados por la accionante lo que se impone en el presente asunto es un fallo denegatorio de las pretensiones de la demanda.



Y como así no lo vio ni lo decidió el Tribunal de primera instancia la sentencia apelada deberá ser revocada para en su lugar negar las pretensiones de la demanda y mantener incólume la presunción de legalidad de la que se encuentran revestidas las Resoluciones Nos. 422 del 19 de diciembre de 2011 y la No. 035 del 24 de febrero de 2012.

7. Condena en agencias en derecho.

El Despacho es competente para fijar las costas y agencias en derecho de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del C.P.A.C.A, al numeral 2° del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y al artículo 365 del Código General del Proceso.

Ese mismo artículo 393 del Código de Procedimiento Civil para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, el cual fue modificado por el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, estableció las tarifas y los factores que debían tenerse en cuenta al momento de fijar las agencias en derecho, tales como la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión, la idoneidad de la actuación, la capacidad económica del interesado, la importancia de la gestión encomendada, entre otros (art. 3).

En los procesos tramitados en segunda instancia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Consejo Superior de la Judicatura fijó la tarifa de la siguiente manera:

“3.1.3. Segunda instancia. (...).

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.



Ahora bien, los anteriores no son los únicos parámetros a los cuales se debe sujetar el Juez para la imposición de las agencias en derecho, dado que estos sólo atañen a valoraciones precisas de la actuación adelantada por las partes en el proceso, pues, no debe perderse de vista que en cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad²⁶; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

En tratándose de la condena en costas la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido la aplicación de criterios de razonabilidad a efectos de determinar si es procedente su imposición:

“la Corte acoge los criterios sentados por esa Corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del C.C.A no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal. Esta aplicación razonable de la norma implica que solamente resulta posible condenar en costas a dicha parte cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal.

Ahora bien, en cuanto a la interposición de recursos, la Corte observa que esta facultad forma parte del derecho que tienen las partes de defender sus derechos por medio de sus apoderados. Desde luego, en la interposición de recursos se debe actuar dentro de las normas que impiden actos temerarios o de mala fe.²⁷

Todo lo anterior lleva al Despacho a proponer un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta

²⁶ “3. Una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si y sólo si: 1) Se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría, aceptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión; y 3) es aceptable por la comunidad.” Pág. 193. ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de “razonable”. DOXA 4. 1987. Consultado en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4_13.pdf el 20 de septiembre de 2012.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra



providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

	Idoneidad	Necesidad	Proporcionalidad en estricto sentido
Exigencias fácticas	<p>Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia.</p> <p>Debe advertirse que la satisfacción del primer supuesto del test se encuentra en la respectiva sentencia que desató la controversia pues, el legislador previó que es en dicha oportunidad en que el Juez puede pronunciarse sobre la</p>	<p>El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad:</p> <p>a) Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica.</p> <p>b) Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas.</p> <p>c) Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior</p>	<p>El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia.</p> <p>a) Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda.</p> <p>b) Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%.</p> <p>c) Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el</p>



	imposición o no de la condena en costas.	supuesto, se presentan perjuicios a terceros.	gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.
--	--	---	---

Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

En este orden de ideas, este Despacho pone de presente que siendo la promoción al acceso a la administración de justicia uno de los pilares sobre los cuales se sustenta el fortalecimiento del estado de derecho²⁸, en tanto supone que la resolución de conflictos se discutirán por la vía de los cauces oficiales, además del afianzamiento del ordenamiento jurídico y el poder judicial como criterio decisorio y autoridad competente para desatar tales controversias²⁹; es deber de las autoridades judiciales dosificar con

²⁸ Constitución Política. Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

²⁹ Al respecto es valioso traer a colación una consideración esbozada por la Corte Constitucional en torno a la administración de justicia como un derecho: “El Constituyente de 1991 elevó a derecho constitucional el acceso de todas las personas a la administración de justicia (CP. art. 229), garantía que permite a los individuos contar con un instrumento esencial de convivencia armónica, en tanto otorga la oportunidad de resolver las controversias y conflictos mediante la intermediación de un juez que actuando de manera independiente resolverá la controversia de que se trate en una decisión motivada, proferida con sujeción al procedimiento y a las garantías previstas en la Constitución y en la ley.” Sentencia T-1222 de 2004.

Y en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 25 establece el derecho a un recurso judicial efectivo por parte de los Estados partes; de donde ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *“El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”*²⁹. La existencia de esta garantía *“constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”*²⁹.

El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida



suma prudencia las medidas sancionatorias que se apliquen a las partes, pues, aunque de cierta manera constituyen un medio pertinente para corregir conductas consideradas por el legislador como atentatorias de la recta y adecuada administración de justicia, no puede el Juez, so pretexto de su aplicación, desincentivar el acceso a la justicia.

Ahora, atendiendo a los 3 criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por la parte demandada a lo largo del proceso la Sala considera que la conducta de la parte demandante será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, pues se trata de una afectación grave a la administración de justicia, en tanto se negó en reiteradas ocasiones a reconocer en favor de la ahora demandada las sumas por concepto de lucro cesante, por manera que se fijarán las agencias en derecho en un 4% respecto de la estimación de la cuantía del proceso por un valor de \$1.194'529.950

Entonces, el 4% del valor total de la estimación de la cuantía del proceso (\$1.194'529.950) equivale a \$47'781.198.

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 la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, la cual quedará así:

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en ésta providencia.

TERCERO: CONDENAR en agencias en derecho a la parte vencida y por consiguiente al pago de la suma de **CUARENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y UN MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO PESOS (\$47'781.198)** conforme a lo dispuesto

aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales²⁹.” Caso Reverón vs Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009.



*Expediente: 51.138
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

QUINTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Subsección C

F.A.