CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015)

RADICACIÓN: 250002326000199900405
EXPEDIENTE: 32301
ACTOR: INVERSIONES CENTENARIO LTDA.
DEMANDADO: LOTERÍA DE BOGOTÁ.
REFERENCIA: ACCIÓN CONTRACTUAL.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia del 10 de agosto de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera-Subsección B, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

INVERSIONES CENTENARIO LTDA., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, el día 2 de febrero de 1999, presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda en ejercicio de la acción contractual, en contra de la LOTERÍA DE BOGOTÁ. En el escrito de la demanda formuló las siguientes pretensiones¹:

“1- Se declare nula en todas sus partes la Resolución No. 000134 del 27 de marzo de 1998, por medio de la cual se declaró la realización del riesgo que ampara la póliza del contrato de concesión No 006/96.

¹ Folio1 a 26 del cuaderno No. 1.

“2. Como consecuencia de la anterior, en igual forma se declare nula en todas sus partes la Resolución No. 00153 del 24 de abril de 1998, por medio de la cual se adoptó la liquidación practicada por la Lotería de Bogotá en el contrato de concesión No. 0006/96.

“3. Dejar sin efecto como consecuencia de las anteriores pretensiones, por inexistencia las Resoluciones No. 0683 del 22 de octubre de 1998 y 00714 del 20 de noviembre de 1998, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición interpuestos en contra de las resoluciones No. 00134 del 27 de marzo de 1998 y 0153 del 24 de abril de 1998 respectivamente.

“4. Que la misma sentencia ordene el restablecimiento de derecho lesionado, declarando que la Lotería de Bogotá y su Representante Legal es administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales causados a la empresa INVERSIONES CENTENARIO LTDA., y como consecuencia ordene como producto de la liquidación del contrato No. 006 de 1996 se reconozca y reintegre a mi representada la suma de trescientos setenta y seis millones ciento noventa mil pesos m/cte (\$376'190.000).

“5.a- Condenar a la Lotería de Bogotá a pagar como consecuencia de la reparación del daño ocasionado, a la actora o a quien la represente legalmente, los perjuicios de orden material y moral objetivos y subjetivos, actuales y futuros, los cuales se estiman hasta la fecha en doscientos cincuenta millones de pesos (\$250'000.000).

“5.b- Condenar a la Lotería de Bogotá a reintegrar a la actora los pagos que se efectuaron por el concepto del registro o licencias, toda vez que declarada la nulidad del decreto, queda sin piso jurídico lo dispuesto en el Art. 8 del decreto 1096 del 17 de abril de 1997, máxime cuando el decreto 2150 de 1995, suprimió la exigencia de este requisito.

“6.a- Que la respectiva condena sea actualizada de conformidad con lo previsto en el Art. 178 del C.C.A., y se reconozcan los intereses legales desde el día 21 de marzo de 1997, fecha de los insucesos, hasta cuando se cumpla la sentencia que de por terminado el proceso”.

2. Hechos.

Como fundamentos fácticos de su demanda, la parte actora expuso los que la Sala se permite resumir a continuación:

2.1. Inversiones Centenario Ltda., suscribió con la Lotería de Bogotá el Contrato Directo No. 06 de 1996 -concesión para la explotación del juego de apuestas permanentes en Santafé de Bogotá y el departamento de Cundinamarca-.

2.2. En el mencionado contrato se estipularon cláusulas de contraprestación económica a las que se obligó el concesionario Inversiones Centenario Ltda., así: i) en la cláusula segunda se estableció que *“El valor fiscal del contrato, se encuentra estimado en la suma de seiscientos cuarenta y cinco millones de pesos M/tce, (645'000.000) constituidos por el valor de la regalía”*; ii) en la cláusula tercera se acordó que la cantidad mínima de talonarios a que se obligó el concesionario a adquirir fue de doscientos treinta mil (230.000), y iii) en la cláusula quinta se consagró el valor de la regalía, siendo ésta de un valor de \$30 por cada formulario, equivalente al 6% del valor máximo apostable fijado por la entidad concedente, para un total de un mil quinientos pesos M/tce por talonario, el cual se compone de 50 formularios.

2.3. A pesar de que el contrato No. 006/96 tenía una vigencia de dos años contados a partir del mes de enero de 1996, hasta el 31 de diciembre de 1997, éste se ejecutó hasta el 21 de marzo de 1997, fecha en la cual se expedieron varias normas jurídicas que modificaron el valor de la regalía e incrementaron el valor de la licencia.

2.4. La Lotería de Bogotá expidió la Resolución No. 00134 del 27 de marzo de 1998, a través de la cual declaró el siniestro por incumplimiento por parte del contratista del contrato de concesión N. 006 de 1996, a pesar de que la demandante cumplió con las obligaciones emanadas del contrato. Después de haberse recurrido el contenido de esta Resolución fue confirmado mediante la Resolución No. 0683 del 22 de octubre de 1998.

2.5. A pesar de que la Resolución No. 00134 del 27 de marzo de 1998 aún no se había ejecutoriado, dado que se notificó a mediados de abril del mismo año y fue oportunamente recurrida, la entidad demandada procedió a liquidar unilateralmente el contrato 006/96 mediante Resolución No. 00153 del 24 de abril de 1998. En respuesta al recurso presentado por la demandante la Lotería de Bogotá, mediante Resolución No. 0714 del 20 de noviembre de

1998, resolvió *“Confirmar en todas sus partes la Resolución No. 0153 de 1998.*

2.6. La accionante sostuvo que cumplió en exceso con su carga contractual y que se rompió en su contra el equilibrio contractual, toda vez que se incrementó el valor de las licencias y dado que se tramitó un número considerable de las mismas, la diferencia debía serle reconocida al accionante, amén del costo de impresión de talonarios.

2.7. El artículo 5 del Decreto 824 de 1997 fue demandado por nulidad y el Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Juan Alberto Polo Figueroa, expediente 4371, del 9 de octubre de 1997, decretó, entre otras, la nulidad de la frase *“...que se encuentren vigentes, sus prórrogas o los”* contenida en la mencionada disposición. No obstante, la Lotería de Bogotá aplicó el nuevo régimen contenido en los Decretos 824 y 1097 del 1997 a la concesionaria demandante.

2.8. Sostuvo la accionante que la Lotería de Bogotá no podía endilgar un incumplimiento a la demandante, por cuanto si bien en apariencia se presentaba mora en la compra del número mensual de talonarios, ello resultaba artificial, dado que desde la entrada en vigencia de las Resoluciones 824 y 1096 de 1997 se solicitó un número de talonarios equivalente al consumo mensual, pero éstos eran despachados por la Lotería de Bogotá con un déficit en la cantidad, dado que, para esta entidad, al incrementarse el precio, el dinero pagado por este concepto no alcanzaba a cubrir la cantidad pactada y solicitada, es decir, la Lotería de Bogotá no respetó el régimen jurídico prevalente para la época y aplicó de forma ultractiva las Resoluciones 824 y 1096 de 1997 al contrato 006 de 1996.

2.9. La actora, además de controvertir la legalidad de la aplicación del Decreto 824 de 1997, en diversos memoriales solicitó a la entidad el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato, cuyo sobrecosto asciende a la suma de \$318'700.000.00 y presenta un lucro cesante equivalente a doscientos cincuenta millones (\$250'000.000).

2.10. Pese a la invitación formulada por la Lotería de Bogotá a Inversiones Centenario Ltda., mediante oficio de Registro 3001635 de fecha 97/04/24, para que firmara otrosí ajustando el contrato 006/96 al Decreto 1096/97, la concesionaria demandante no lo firmó.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Sostuvo la actora que la entidad demandada vulneró las siguientes normas jurídicas: el artículo 38 de la Ley 153 de 1887; los Decretos 1096 y 824 de 1997; la sentencia contenida en el expediente 4371 de la Sección Primera del Consejo de Estado y el Contrato 006/96.

Afirmó además que los actos demandados se encontraban afectados por los siguientes vicios: i) falsa motivación y ii) falta de competencia y caducidad para declarar el incumplimiento, por los argumentos que se resumen a continuación:

i) Citó el contenido de los artículos 6 y 90 de la Constitución Política, así como el 5 numeral 1 de la Ley 80 de 1993.

ii) Afirmó que los Decretos 824 y 1096 de 1997 incrementaron el valor de la regalía y ocasionaron una modificación unilateral e injustificada en el valor del contrato por parte de la Lotería de Bogotá, al incrementarse su costo en un 49%, es decir, que la utilidad inicial que previó la contratista concesionaria se vio significativamente menguada por factores ajenos a ella.

iii) Sostuvo que la Lotería de Bogotá declaró el siniestro de incumplimiento ochenta y siete (87) días después de expirar la vigencia del contrato, en contraposición a lo consagrado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en el que se señala que lo único procedente después de vencido el plazo del contrato es la liquidación del contrato.

iv) Inversiones Centenario Ltda., fue sorprendida con el acta de liquidación unilateral, cuando aún se esperaba que la Lotería de Bogotá anunciara el fracaso de la concertación respecto de la liquidación de común acuerdo. Consideró la accionante que con esta decisión se trasgredió el derecho de defensa de la demandante, en tanto la Lotería de Bogotá unilateralmente incorporó unos valores al proceso liquidatorio que no estaban conciliados, por lo que se aportaron pruebas a la entidad concedente con el objeto de probar que algunos de dichos valores no contaban con el soporte contable correspondiente.

v) Inversiones Centenario Ltda., a pesar de haber celebrado un contrato de tracto sucesivo con la Lotería de Bogotá, para la fecha en que se produjo la resolución declaratoria del incumplimiento ya había cumplido a cabalidad con el objeto del contrato dentro de los términos pactados. Luego, aun cuando la Lotería insista en un incumplimiento del contrato 006/96 , no podría aplicarse técnicamente una declaratoria de incumplimiento, toda vez que ya se encontraba cumplido el objeto y esta medida precisamente lo que busca es lograr en forma coercitiva el cumplimiento del contratista.

vi) Por tratarse de una contrato sinalagmático, las partes tenía a cargo prestaciones mutuas y aquellas que le correspondían a la Lotería de Bogotá no fueron cumplidas en su totalidad, ya que no se respetó el principio de la prevalencia de las normas vigentes al momento de la contratación, so pretexto de la aplicación de la Ley 53/90.

vii) La Lotería de Bogotá desconoció las decisiones tomadas en la providencia del Consejo de Estado, en especial la consignada en el punto 3° del fallo en el cual se declaró *“la nulidad de la expresión, se encuentren vigentes, sus prórrogas o los que contenidas en el Art. 5 del Decreto 824 de 1997”*, en tanto aplicó la disposición a contratos que se encontraban en ejecución.

viii) La Lotería de Bogotá, dentro de las mismas resoluciones impugnadas, reconoce que el valor total del contrato fue de \$645'000.000 y el ejecutado de \$963'000.000, es decir, que el valor contratado de las regalías se incrementó unilateralmente y sin justificación legal ni convencional alguna, en más de un 49,30% sobre lo pactado. Esto sin tener en cuenta el rompimiento de la ecuación económica o financiera del contrato, que tantas veces fue reclamado a través de memoriales que obran en la entidad.

ix) Sin que la declaratoria de incumplimiento se encontrare en firme, la entidad procedió a liquidar el contrato, motivo más que suficiente para que la decisión contenida en la Resolución 0153 de abril de 1998 sea revocada.

4. Actuación procesal.

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de febrero de 1999².

El 25 de febrero de 1999, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación personal al gerente de la Lotería de Bogotá; además, ordenó notificar al Agente del Ministerio Público, dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A. y reconoció personería adjetiva para actuar al apoderado de la parte actora³.

5. Contestación de la demanda

Dentro del término de fijación en lista, la Lotería de Bogotá, mediante escrito presentado el 17 de agosto de 1999, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma y negó parcialmente los hechos. Solicitó denegar las pretensiones, en síntesis, por los siguientes argumentos⁴:

² Folios 26 del cuaderno No. 1.

³ Folios 29 a 32 del cuaderno No. 1.

⁴ Folios 33 a 49 del cuaderno No. 1.

- En cuanto a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 00134 del 27 de marzo de 1998, por la cual se declaró el riesgo de incumplimiento amparado por la respectiva póliza, afirmó que no se precisa en el contexto de la demanda si ella es nula porque la actora cumplió sus obligaciones, o si ella es nula por cuanto se rompió el equilibrio financiero del contrato, o porque se vio obligada a pagar una suma de dinero diferente a la pactada, por concepto de regalías.
- En cuanto a la nulidad de la Resolución No. 00153 del 24 de abril de 1998, mediante el cual se procedió a la liquidación del contrato, sostuvo que no se sabe cuál es la causa que determina la anulación.
- En cuanto a la pretensión de inexistencia, sostuvo que esta figura no está prevista en el ordenamiento jurídico colombiano respecto de actos administrativos, en el que se encuentra consagrada la figura de nulidad.
- En cuanto a los perjuicios morales y materiales causados que se reclaman, no es claro si tienen como causa o fundamento la nulidad de los actos acusados, o el cobro de unas sumas de dinero adicionales a las pactadas en el contrato, o, por el contrario, el rompimiento de la ecuación financiera del contrato y es claro que las dos últimas pretensiones no pueden ser otra cosa que la consecuencia de la previa declaratoria de cobro de lo no debido o enriquecimiento sin causa, o la declaratoria de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones por parte de la convocada, o la declaratoria de que se dio el rompimiento de la ecuación financiera del contrato.
- Respecto de la condena que se solicitó en la demanda, no se sabe de dónde sale y cuál es la causa o fundamento, ya que se vuelve a hablar de perjuicios de orden material y moral actuales y futuros.

- Afirmó la convocada que la demanda presentada por Inversiones Centenario adolece de diversas fallas que permiten predicar su ineptitud: insuficiencia de poder, falta de estimación razonada de la cuantía, indebida acumulación de pretensiones e incorrecta enumeración de las normas violadas
- En cuanto hace relación al supuesto cobro indebido de sumas de dinero al contratista, en virtud de lo ordenado por una disposición declarada nula por la Sección Primera del Consejo de Estado, debió observarse que el artículo 2 del Decreto 824 de 1997, que aumentó que valor de la regalía del 6% al 8%, no fue declarado nulo por esta Corporación en la sentencia invocada por la parte actora y que, por el contrario, al solicitarse aclaración de dicha sentencia, esta Corporación expresó lo siguiente mediante auto complementario del 27 de noviembre de 1997:

“En lo que respecta al tópico planteado, la sala no encuentra contradicción entre las consideraciones hechas en relación con los cargos formulados a los Arts. 2 y 5 del decreto impugnado, ni quepa predicarse que en la sentencia se haya señalado que el Art. 2 del Decreto 824 de 1997 no es aplicable a los contratos vigentes.”

Expresó que la Sentencia del Consejo de Estado no deja duda alguna respecto de la legalidad de la regalía cobrada en 1997, tanto así que en los contratos de concesión suscritos por la Lotería de Bogotá se dice que ellos se rigen, entre otras disposiciones, por las contenidas en la Ley 53 de 1990, que hace parte de sus estipulaciones, norma que prevé que el Gobierno Nacional fijará anualmente el valor de la regalía que debe pagar el concesionario.

- Con respecto a que la liquidación del contrato se hizo unilateralmente por la Administración, sin darle oportunidad al contratista concesionario de intervenir en ese procedimiento para buscar que ella se pudiera hacer de común acuerdo, según la demandada, es una aseveración de la demandante que no corresponde a la realidad.

Afirmó que, como bien lo expresa en la Resolución 00153 de 1998, por medio de la cual se liquidó el contrato, para atender lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, *“Con oficio fechado el 2 de marzo de 1998, se envió al representante legal de Inversiones Centenario Ltda., el proyecto de acta de liquidación con el objeto de efectuar los ajustes a que hubiera lugar”*.

El Tribunal de primera instancia, mediante auto del 14 de diciembre de 1999, resolvió convocar al proceso a la Compañía Seguros del Estado S.A., como litisconsorte necesario por activa, además de fijar el asunto en lista para los fines previstos por el artículo 58 de la Ley 446 de 1998⁵.

El día 14 de diciembre de 1999, se efectuó la notificación personal al representante legal de Seguros del Estado S.A.⁶

Contestación de la demanda por parte de Seguros del Estado S.A.⁷

El día 4 de septiembre del año 2000 y actuando como litisconsorte en el presente proceso, Seguros del Estado presentó los mismos argumentos expuestos por Inversiones Centenario Ltda., en su demanda.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Mediante auto de julio 29 de 2004, se dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto respectivo⁸.

La demandada presentó sus alegatos de conclusión el día 12 de agosto del 2004⁹ y, básicamente, esgrimió los mismos argumentos que expuso en la contestación de la demanda, además de transcribir en su totalidad la sentencia del 29 de mayo del 2003 de la Sección Tercera de Consejo de

⁵ Folios 55 a 57 del cuaderno No. 1.

⁶ Folios 60 del cuaderno No.1.

⁷ Folios 61 a 70 del cuaderno No. 1.

⁸ Folio 138 del cuaderno No. 1.

⁹ Folios 139 a 163 del cuaderno No.1.

Estado, en relación con las incidencias que tiene en la economía de un contrato estatal la creación de nuevos tributos o contribuciones o el aumento de ellos.

En esta oportunidad, la parte demandante allegó sus alegatos de conclusión el día 13 de agosto del 2004¹⁰ y expuso nuevamente los argumentos expuestos en su demanda y solicitó la prosperidad en las pretensiones formuladas por Seguro del Estado S.A., en su actuación como litisconsorte necesario.

Seguros del Estado, presentó sus alegaciones el 17 de agosto del 2004¹¹, en cuya oportunidad expresó:

- i) Que se encuentra totalmente demostrado y con total claridad que la sociedad Inversiones Centenario Ltda., pagó la totalidad de las obligaciones a su cargo, mediante el cumplimiento del contrato de concesión No. 006/96, por lo cual, desapareció el riesgo asumido por Seguros del Estado S.A., en su calidad de garante.
- ii) Que el contrato de concesión se terminó por vencimiento del término contractual pactado pero en ningún caso por causas anormales de terminación del contrato, imputables al contratista.
- iii) Que resultaban totalmente verificables las circunstancias que ratificaban el hecho de haberse ejecutado en su totalidad las obligaciones derivadas del mencionado contrato, cuyo cumplimiento se encontraba garantizado con la póliza expedida por Seguros del Estado S.A., encontrándose extinguidas las obligaciones a cargo de Inversiones Centenario Ltda., y, en consecuencia, las de su garante Seguros del Estado S.A., en virtud de la suscripción del contrato de seguro de cumplimiento contenido en la garantía Cu-Of No. 9560326.

¹⁰ Folios 164 a 172 del cuaderno No.1.

¹¹ Folios 174 a 179 del cuaderno No. 1.

El Ministerio Público guardó silencio en esa oportunidad procesal.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 10 de agosto de 2005¹², a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Como sustento de su decisión, señaló, en síntesis, lo siguiente:

- i) En cuanto a la procedibilidad de la acción, la legitimación en la causa y la caducidad, el a quo consideró que la acción impetrada para resolver las pretensiones de la sociedad actora, dado que la Lotería de Bogotá tiene la calidad de entidad estatal y, en consecuencia, el contrato suscrito tenía el carácter de estatal; sostuvo que en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, los actos proferidos dentro de la actividad contractual son objeto de la acción contractual, para lo cual es posible pedir su nulidad y los consecuentes restablecimientos como lo hizo la actora.
- ii) En cuanto a las excepciones consideró el a quo que en lo relativo a la insuficiencia de poder, la falta de estimación razonada de la cuantía, la indebida acumulación de pretensiones y la incorrecta enumeración de las normas violadas, las mismas carecían de la entidad jurídica suficiente para impedir un pronunciamiento de fondo, por cuanto ello fue materia de estudio en el auto admisorio de la demanda, decisión que se encontraba en firme y que no fue objeto de recurso.
- iii) Expresó el a quo que las condiciones económicas del contrato fueron adecuadas a las exigencias del Decreto 824 y 1096 de 1997, disposiciones que fueron *nulitadas* por el Consejo de Estado, bajo el entendido que la variación de la regalía era

¹² Folios 209 a 220 del cuaderno principal.

factible por parte de Gobierno Nacional, pero que ella no podía ser aplicada a los contratos que se encontraban vigentes por cuanto tal cosa era del resorte de las partes; en lo relativo al valor máximo apostable, consideró el Alto Tribunal que era de competencia restrictiva de la entidad o autoridad competente, en ese caso, la Lotería de Bogotá, de conformidad con la facultad consagrada en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

Consideró que desde el punto de vista jurídico no se cumplieron los requisitos del hecho generador de la ruptura del equilibrio económico alegado, esto es, el alea administrativa, la cual consiste en: a) en un hecho sobreviniente o externo a la relación contractual; b) imprevisible para los contratantes al momento de la celebración; c) que altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera.

En ese orden de ideas, consideró que no había lugar a modificar la liquidación unilateral, habida cuenta de que no se demostraron los desequilibrios aludidos y, por ello, resultaba inviable variar las bases de cálculo utilizadas para dicha operación, puesto que las pruebas obrantes en el plenario resultaban insuficientes para determinar con exactitud las verdaderas bases de la liquidación.

- iv)** En torno al cargo de la falta de agotamiento de la etapa concertada para la liquidación del contrato, manifestó el a quo que en la Resolución 153 del 24 de abril de 1998, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato en estudio, se indicó la remisión del proyecto de liquidación, mediante oficio de mayo 2 de 1998, sin que se hubiera llegado a arreglo, por lo cual, dado que dicho fundamento no se encuentra desvirtuado, la sala acogió el mismo como cierto, en virtud de la presunción que recae sobre él, en virtud de lo cual consideró como

infundado el cargo del actor, en el sentido de alegar la vulneración del debido proceso por no haberse agotado la etapa concertada del trámite de liquidación.

8. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, concedido por el Tribunal mediante auto del 21 de septiembre del 2005¹³.

Solicitó la revocatoria total del fallo y como sustento de su inconformidad, manifestó, en resumen, lo siguiente¹⁴:

Consideró que contrario a lo expuesto por el Tribunal, sí quedo probado que la póliza 9560326 que amparaba el cumplimiento del contrato se encontraba expirada, así lo alegó Seguros del Estado en su memorial de intervención, sin que fuera excepcionado, objetado o se opusiera la demandada, dentro del término de traslado para hacerlo.

Insistió en el hecho de que no puede declararse el incumplimiento por fuera del término de vigencia del contrato y para no hacer nugatorios los derechos de la Administración las pólizas de cumplimiento amparan tres meses después de la ejecución, precisamente para darle tiempo a la entidad de que una vez declarado el incumplimiento, dentro del plazo del contrato, en este término de tres meses se alcance a agotar la vía gubernativa o quede en firme la resolución contentiva del incumplimiento.

Reiteró que el incumplimiento no fue declarado dentro de la vigencia del contrato y afirmó que si se pretendía con tal medida el cumplimiento del mismo, precisamente éste ya se había cumplido, pese a lo gravosa que le resultó al demandado el cumplimiento de lo ordenado por los Decretos 824 y 1096 de 1997, no pactado dentro del contrato.

¹³ Folio 237 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 222 a 235 del cuaderno principal.

Sostuvo que la Lotería de Bogotá carecía de competencia para declarar el siniestro, pues lo hizo por fuera del término de vigencia de las pólizas y por fuera de la vigencia del contrato.

Expresó que no era de recibo afirmar que la entidad podía cobrar intereses equivalentes al doble del interés bancario corriente, porque ello superaría el tope permitido por la ley para no incurrir en usura.

Con respecto a la mora por compra de talonarios, la recurrente manifestó que se podía evidenciar que se dieron tres sanciones, bajo la coexistencia de un mismo contrato: la cláusula penal, las multas y la sanción por infracción a las normas de juego. En el caso de las multas, contrario a lo expresado por la jurisprudencia, resultaron absolutamente desproporcionadas y equivalieron al 108% anual.

Sostuvo que el comportamiento de la Lotería de Bogotá resultaba reprochable, por aplicar los mencionados decretos al contrato en ejecución, máxime si se tenía en cuenta que a pesar de la nulidad decretada en la sentencia 4371 de octubre de 1997, proferida por el Consejo de Estado, la entidad siguió aplicando los Decretos 824 y 1096 de 1997 hasta diciembre del mismo año, tal como quedó expresamente probado en el dictamen pericial y de lo cual obra expresa constancia en los documentos de soporte de la Lotería de Bogotá.

Además afirmó que con la experticia técnica aportada al proceso se acreditó que se produjo el perjuicio reclamado en la demanda y también que el contrato se ejecutó por encima de lo acordado.

9. El trámite de la segunda instancia.

El recurso fue admitido por auto de mayo 2 de 2006¹⁵ y, ejecutoriado éste, mediante proveído del 30 de mayo de 2006¹⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

De esta oportunidad procesal hicieron uso las partes del proceso, básicamente, para reiterar los argumentos expuestos en la demanda, la contestación y el recurso de apelación¹⁷.

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

2. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Para la época en la cual se presentó la demanda se encontraba vigente la Ley 80 de 1993, cuyo artículo 2º considera que las empresas industriales y comerciales del Estado tienen el carácter de entidades estatales y, a su vez, el artículo 75¹⁸ prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias originadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico y, por tanto, al haberse adoptado un criterio orgánico en la ley, serán considerados contratos estatales todos aquellos que celebren las entidades que gocen de esa misma naturaleza. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala:

¹⁵ Folio 242 y 243 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 245 del cuaderno principal

¹⁷ Folios 246 a 254 del cuaderno principal.

¹⁸ Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.*

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”**¹⁹*
(Negrilla fuera del texto).

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, como lo era para la época de celebración del contrato la LOTERÍA DE BOGOTÁ, por contera habrá de concluirse que los contratos que esta entidad celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable²⁰.

De otra parte se señala que esta Corporación es competente en segunda instancia, en tanto la pretensión mayor ascendió a la suma de seiscientos veintiocho millones, suma que para la fecha de presentación de la demanda, esto es el 2 de febrero de 1999, resulta superior a la entonces legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias: \$18'850.000 (Decreto 597 de 1988).

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.

²⁰ Afirmación que encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato, según este artículo, *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...).*

2. La acción impetrada.

La parte actora solicitó que se declare la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales la Lotería de Bogotá declaró el siniestro de incumplimiento y liquidó unilateralmente el contrato 06 de 1996.

Como se observa, los actos administrativos cuestionados fueron proferidos por la entidad pública demandada en desarrollo de su actividad contractual y con posterioridad a la celebración del mencionado contrato, razón por la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en su texto modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para la fecha en la cual se presentó la demanda - 2 de febrero de 1999 -, la acción procedente para adelantar el juicio de legalidad era la de controversias contractuales, aspecto procesal que para esa época se encontraba plenamente decantado²¹.

²¹ De manera previa a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 - específicamente del artículo 32 que modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo - la jurisprudencia de esta Sección admitió, en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y en atención a la disparidad de criterios que en torno a la acción pertinente existían, que los actos administrativos contractuales fueran demandados en acción de nulidad y restablecimiento del derecho; no obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de la citada norma, la discusión quedó zanjada, por cuanto con ésta se restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato pero por razón o con ocasión de la actividad contractual, por una parte y, por la otra, las decisiones administrativas unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros se estableció que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente los litigios a los cuales pueda dar lugar el cuestionamiento de la validez o la legalidad de las correspondientes determinaciones administrativas serán las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado, sin perjuicio de precisar que si el cuestionamiento de tales actos administrativos previos a la celebración del respectivo contrato estatal se promoviere ante el juez del contrato con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad del vínculo negocial y con posterioridad al perfeccionamiento del mismo la procedente sólo será la acción contractual; en lo que atañe a los segundos, esto es, los actos administrativos posteriores a la celebración del contrato, se precisó que su impugnación solamente podrá llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual, así lo ha reiterado la jurisprudencia y esta última es la normativa vigente en la materia. (Al respecto ver, entre otras, sentencia proferida el 18 de marzo de 2010, dentro del proceso radicado bajo el número interno 14390 y sentencia proferida el 27 de enero de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 16104).

Revisado el texto del libelo introductorio, se observa que la parte actora manifestó que presentaba “*demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*”, con el objeto de obtener la nulidad de los citados actos administrativos, sin embargo, una vez revisado detalladamente el referido documento a la luz del imperativo constitucional consagrado en el artículo 228 superior, en virtud del cual en las actuaciones jurisdiccionales deberá hacerse prevalecer el derecho sustancial, encuentra la Sala que, a pesar de lo dicho en la demanda, debe entenderse que la acción ejercida fue la contractual, pues, además de que se cumplieron todos los presupuestos necesarios para ello, no se configura en este caso una ineptitud sustantiva de la demanda que impida resolver de mérito sus pretensiones, tal y como a continuación pasa a explicarse:

En la actualidad es criterio claro, pacífico, reiterado y soportado en la ley el supuesto ineludible según el cual, para que una pretensión pueda ser resuelta a través de la acción contractual, ésta debe tener por origen un contrato. Tal supuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 del Estado General de la Contratación de la Administración Pública, cobija a “*Los actos administrativos que se produzcan **con motivo u ocasión de la actividad contractual***”, los cuales, de conformidad con la norma, “*sólo serán susceptibles de recurso de reposición y **del ejercicio de la acción contractual**...*”, acción que se encuentra regulada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y por medio de la cual las partes de un contrato estatal pueden solicitar que “*se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas*”.

En este caso, se observa sin ninguna dificultad que la parte demandante circunscribió tanto sus pretensiones anulatorias como resarcitorias a las actuaciones adelantadas por la entidad demandada con motivo y ocasión de su actividad contractual, concretamente en lo concerniente a la ejecución y

desarrollo del contrato 06 de 1996, tal y como de manera diáfana puede extraerse a partir de los supuestos fácticos, de los fundamentos de violación expuestos en el libelo introductorio y de las pruebas con sustento en las cuales la parte actora pretende sacar adelante sus pedimentos, vale decir, de la demanda íntegramente considerada.

En efecto, como quedó descrito en el acápite de antecedentes de la presente providencia, los supuestos fácticos en los que se apoyó la parte demandante para incoar la acción se encaminaron a relatar todo lo acontecido a partir de la celebración del referido contrato. Igualmente, los fundamentos de violación se orientaron a señalar unas presuntas irregularidades en las que habría incurrido la entidad demandada al proferir las resoluciones demandadas.

De manera coherente con lo anterior, las pruebas que se aportaron y se solicitaron estuvieron dirigidas a demostrar, de una parte, la existencia del contrato, como presupuesto necesario e ineludible para que las pretensiones de la demanda pudieran resolverse a través de la acción contractual y, de otra, las presuntas irregularidades en las que habría incurrido la entidad accionada al expedir los actos administrativos contractuales demandados, así como aquellas concernientes a sus pretensiones resarcitorias.

En ese mismo sentido, encuentra también la Sala que la parte demandante cumplió con la carga procesal que le imponía el numeral 4 de artículo 137 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - en relación con la obligación de indicar las normas vulneradas y el fundamento de su violación, requisito que, como ya en otras oportunidades lo ha dicho la Subsección, no es predicable en forma exclusiva de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues el presupuesto se debe acreditar siempre que se *“trate de la impugnación de un acto administrativo”*, aun cuando sea éste de carácter contractual²².

²² Ver sentencia del 10 de mayo de 2012, proferida por la Subsección dentro del proceso radicado bajo el número interno 18117; sentencia del 7 de noviembre de 2012, proferida por la Subsección dentro del proceso radicado bajo el número interno 25915, sentencias proferidas el 27 de febrero de 2013 por la Subsección dentro de los procesos radicados bajo los número internos 20812 y 22946.

El anterior fue el marco jurídico del litigio en el que se soportó la parte actora para solicitar por vía judicial el reconocimiento de sus reclamaciones, marco éste que fue aceptado sin reproche alguno por la entidad demandada quien, por el contrario, además de referirse exactamente a las mismas circunstancias fácticas aducidas por la demandante, aportó al proceso medios probatorios concordantes con éstas.

Adicionalmente, se observa que la demanda se interpuso dentro del término legal dispuesto para las acciones contractuales, tal y como en el acápite correspondiente la Sala se permitirá explicar.

Así las cosas, resulta razonable concluir que, como hasta ahora ha ocurrido y no ha sido cuestionado, el juicio se desarrolló sobre la base de una acción contractual, tanto así que el Tribunal Administrativo al admitir la demanda señaló que ésta se había interpuesto en ejercicio de dicha acción.

De otra parte, en cuanto a la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción se refiere, cabe destacar que, según lo expuesto en repetidas oportunidades por esta Corporación, tal defecto no tiene la connotación de ser meramente formal sino eminentemente sustancial, en tanto que es un aspecto que tiene relación directa con la *causa petendi* y el objeto de la acción escogida²³ y, por ende, afecta tanto la competencia del juez, como el debido proceso de la contraparte, de tal manera que cuando éste se configura impide que se profiera un pronunciamiento de mérito en el respectivo proceso.

En ese sentido, resulta oportuno señalar que el carácter sustantivo de la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción se explica

²³ Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Sección Tercera de la Corporación: providencia proferida el 22 de mayo de 2003, dentro del proceso radicado bajo el número interno 23532; providencia proferida el 28 de abril de 2010, dentro del proceso radicado bajo el número interno 18530; providencia proferida el 23 de junio de 2010, dentro del proceso radicado bajo el número interno 18319; providencia proferida el 12 de febrero de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 22244 y providencia proferida el 28 de marzo de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 21606.

porque cada una de las acciones que fueron contempladas en el Decreto 01 de 1984 tienen una causa y un objeto propios que delimitan el marco del litigio que a través suyo podrá tramitarse y resolverse, es decir, el asunto alrededor del cual ha de versar la controversia jurídica - la causa que le da origen -, así como las declaraciones que según el objeto de la acción de la que se trate podrán válidamente realizarse, aspectos éstos que demarcan la competencia del juez y garantizan a la vez el derecho de defensa de la contraparte, pues le aseguran un mínimo de certeza jurídica en cuanto a los términos en los que ha de desarrollarse y fallarse el proceso²⁴.

Ahora bien, a pesar de que en aplicación de un criterio meramente formal pudiera llegar a considerarse que la demanda presentada fuera inepta por indebida escogencia de la acción, en tanto que la parte actora indicó que ejercía la “*demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*” con el objeto de que se declarara la nulidad de unos actos contractuales, lo cierto es que, en este caso, entender que la acción ejercida fue la contractual no afecta sustancialmente el litigio, en tanto que la demanda, como ya se vio, se encuadró dentro de los supuestos procesales propios de la acción contractual y, además, por cuanto tal entendimiento no altera en forma alguna la *causa petendi* en la que se sustentó la parte actora al iniciar el proceso, así como tampoco el objeto que con ella se persiguió, por las razones que pasan a exponerse:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - la causa que origina la **acción de**

²⁴ Así, por solo citar un ejemplo, el Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - establece que mediante el ejercicio de la acción de reparación directa, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño (objeto de la acción) cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa (*causa petendi*) (art. 86) y que mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica (*causa petendi*), podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo, se le restablezca en su derecho y se le repare el daño; también se tendrá esta acción para que se modifique una obligación fiscal o de otra clase, o se produzca la devolución de lo pagado indebidamente (objeto) (art. 85), de tal manera que no le está dado a las partes adelantar un juicio de legalidad de un acto administrativo a través de la acción de reparación directa, ni al juez declarar probada una pretensión anulatoria en desarrollo de ésta.

nulidad y restablecimiento es un acto administrativo que el demandante considera ilegal; persigue (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado.

En cuanto a los actos contractuales se refiere, es decir “*los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación*”²⁵, debe tenerse en cuenta que, no obstante su especial condición, éstos son también actos administrativos, razón por la cual, al igual que el resto, están amparados por la presunción de legalidad, de ahí que cuando el origen del daño se atribuye a su supuesta falta de validez sea necesario, para la procedencia y prosperidad de las pretensiones de restablecimiento y/o indemnizatorias consecuenciales, que dicha presunción se desvirtúe, sin embargo, de conformidad con la ley²⁶ y a diferencia de lo que ocurre con los demás actos administrativos, en estos casos la anulación del acto deberá intentarse a través de la acción contractual y no de la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese contexto y, expresamente se advierte, **sin desconocer la previsión legal contenida en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993**, es evidente que a pesar de que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual dirigida en contra de actos administrativos de esta misma naturaleza son diferentes, tanto en una como en otra su origen o causa se determina en razón de la presunta existencia de una causal que, a juicio de la parte demandante, torna el acto administrativo correspondiente en ilegal, circunstancia que de manera coherente impone que en ambos casos el objeto que se persiga sea la declaratoria de nulidad del acto y,

²⁵Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Exp. 16211. Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ Artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 -.

consecuencialmente, el restablecimiento del derecho y/o la indemnización de perjuicios a que haya lugar²⁷.

Sobre este particular, reitera la Sala que a pesar de que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la contractual dirigida en contra de actos administrativos comparten la misma causa y objeto, dicha circunstancia en forma alguna implica que pueda ser indiscriminado el ejercicio de la acción que en uno u otro caso deba adelantarse, pues, por disposición expresa del legislador, a diferencia del resto de los actos administrativos, los expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual deben demandarse a través de la acción contractual, no obstante lo cual, es obligación del juez, en cada caso concreto, dar un sentido útil a la demanda, evitar sentencias inhibitorias y, en lo posible, adecuar al trámite que corresponda la demanda que pueda ser defectuosa.

En consecuencia, estima la Sala que a pesar de que la parte actora señaló que presentaba “*demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*” con el fin de obtener la nulidad de unos actos administrativos contractuales, no es posible afirmar que ésta hubiere sido sustantivamente inepta por indebida escogencia de la acción, toda vez que, además de haberse cumplido a cabalidad con todos los presupuestos propios de la acción correspondiente, la *causa petendi* y el objeto de la misma, tal y como fueron presentados, no se modifican en forma alguna y resultan ser absolutamente compatibles con la acción de controversias contractuales.

Cabe destacar que el razonamiento que se deja expuesto no altera la competencia del juez ni vulnera el debido proceso, por cuanto el marco del

²⁷ Al respecto, debe tenerse en cuenta que, como lo ha dicho la Corporación al referirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que resulta plenamente aplicable a la acción contractual dirigida en contra de actos que comparten esta misma naturaleza, la necesidad de declarar la nulidad de un acto administrativo para efectos de restablecer un derecho o indemnizar un daño causado con él, proviene de una regla práctica: “*si el daño es generado por un acto administrativo ilegal, para que el restablecimiento del derecho y la reparación sean posibles será necesario, de modo previo, dejarlo sin efectos y ello, dada la presunción de legalidad que lo cobija, sólo será posible con la declaración judicial de anulación del mismo*” (Consejo de Estado, sentencia proferida dentro del proceso radicado bajo el número interno 31789).

litigio que se fijó desde el inicio del proceso sigue siendo el mismo y las pretensiones de la demanda, en la forma en que fueron formuladas, pueden ser declaradas a través de la acción de controversias contractuales, de tal manera que con el entendimiento que la Sala estima debe dársele a la demanda en este caso concreto se hace gala del imperativo constitucional previsto en el artículo 228 constitucional, pues entender lo contrario daría lugar, en forma absolutamente injustificada y con sustento en un aspecto que en el presente caso se ha mostrado meramente formal, a denegar justicia a pesar de que se cuenta con todos los elementos necesarios para emitir un pronunciamiento de fondo.

Así las cosas, dado que la demanda se dirigió en contra de actos administrativos que fueron proferidos con posterioridad a la celebración del contrato y se trata, en consecuencia, de actos contractuales propiamente dichos, no puede menos que concluirse que la acción procedente para demandarlos era la de controversias contractuales y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, como la denominó la parte demandante, pese a lo cual, debido a las circunstancias que vienen de exponerse, tal manifestación en este caso particular no constituye óbice para que haya de entenderse que la acción promovida fue la contractual y es dentro de dicho marco - que no en el de cierto modo más restringido que supone la de nulidad y restablecimiento del derecho - que habrán de estudiarse las pretensiones planteadas con en el presente litigio.

3. Pruebas aportadas al proceso.

En este proceso se aportaron y se practicaron las pruebas que se mencionan a continuación, todas ellas decretadas como tales por el Tribunal Administrativo a quo.

3.1. Prueba documental.

- Contrato de Concesión número 006 de 1996, suscrito el 23 de enero de 1996 y del cual se destacan las siguientes cláusulas²⁸:

“PRIMERA: OBJETO.- El objeto del presente contrato lo constituye la CONCESIÓN que la LOTERÍA DE BOGOTÁ –ENTIDAD CONCEDENTE- otorga a cambio de una regalía por su explotación a la FIRMA INVERSIONES CENTENARIO LIMITADA, CONCESIONARIO, para que por su cuenta y riesgo ejecute directamente el juego de las Apuestas Permanentes en Santa Fe de Bogotá Distrito Capital y en el Departamento de Cundinamarca, bajo el control, dirección y supervisión de la Entidad CONCEDENTE, con utilización de los formularios oficiales suministrados por la CONCEDENTE, con sujeción a las normas vigentes sobre la materia. La CONCEDENTE determinará los derechos que cause el suministro de los formularios al CONCESIONARIO, en función del costo de su elaboración e independientemente del valor de la regalía correspondiente. Este valor no se podrá trasladar al apostador.

(...).

“SEGUNDA: VALOR.- El presente contrato tiene un valor fiscal estimado en la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$645'000.000). M/cte, constituido por el valor de la regalía. No incluye los derechos que cause el suministro de los formularios fijados en función del costo de su elaboración, de acuerdo con la cantidad que se compromete a adquirir el CONCESIONARIO, durante el término de la presente concesión en los años 1.996 y 1.997. El costo de elaboración de los talonarios será el que se determine en el contrato o contratos que para el efecto celebre la entidad concedente.

“TERCERA: CANTIDAD DE TALONARIOS A ADQUIRIR.- EL CONCESIONARIO se obliga a adquirir un mínimo de DOSCIENTOS MIL (200.000) talonarios para 1.996 y para 1.997 DOSCIENTOS TREINTA MIL (230.000) Talonarios, los cuales comprará a la CONCEDENTE así: el 50% durante los diez (10) primeros días calendario de cada mes y el 50% restante dentro de los 20 días calendario siguientes, en cantidad (VER PROGRAMA DE COMPRAS) talonarios. En caso de retardo en la compra de los talonarios por parte del CONCESIONARIO, éste pagará a la Entidad CONCEDENTE, a título de mora el 0.3% diario sobre el valor de los talonarios no adquiridos, la cual se liquida automáticamente y pagará en el momento de la compra por parte del CONCESIONARIO de los talonarios correspondientes. PARÁGRAFO.- El CONCESIONARIO

²⁸ Folios 2 al 13 del cuaderno 2.

deberá adquirir dentro de cada mes, mínimo el 80% de la cantidad de talonarios fijada para el mismo. El porcentaje restante, deberá ser adquirido al cierre del trimestre respectivo. Las compras que excedan los mínimos mensuales no serán acumuladas para el mes siguiente.

CUARTA: VALOR MÁXIMO APOSTABLE.- Para los efectos del presente contrato el valor máximo apostable permitido por formulario será la suma de QUINIENTOS PESOS (\$500.00) M/CTE., salvo disposición legal que lo modifique. QUINTA: VALOR DE LA REGALÍA.- EL CONCESIONARIO pagará a la CONCEDENTE a título de regalía un valor de TREINTA PESOS (\$30.00) M/CTE por cada formulario, equivalente al 6% del valor máximo apostable fijado por la ENTIDAD CONCEDENTE, para un total de UN MIL QUINIENTOS PESOS (\$1.500.00) M/CTE. por talonario, el cual se compone de cincuenta (50) formularios. (...).

SEXTA: DERECHO DE SUMINISTRO.- El derecho de suministro de los talonarios correrá a cargo total y exclusivo del CONCESIONARIO y en ningún caso dicho costo será trasladado a los apostadores. El costo de elaboración de los talonarios, será el que se determine en el contrato o contratos que para el efecto celebre la Entidad CONCEDENTE.

SÉPTIMA: FORMA DE PAGO.- El valor que el CONCESIONARIO pagará a la Entidad CONCEDENTE por cada talonario de 50 formularios, será la suma de la regalía por talonario más el derecho de suministro, que el CONCESIONARIO pagará a la Entidad CONCEDENTE en forma conjunta. PARÁGRAFO.- El pago de los talonarios se hará mediante consignación en la Corporación o Entidad bancaria que para el efecto fije la CONCEDENTE.

OCTAVA: DURACIÓN DEL CONTRATO.- La duración del presente contrato será del veintitrés (23) de enero de 1.996 al treinta y uno (31) de diciembre de 1.997.

NOVENA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.- Son obligaciones del CONCESIONARIO: 1).- Cumplir con las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes sobre la explotación del juego de Apuestas Permanentes; 2).- Adquirir el 50% de los talonarios durante los diez (10) primeros días calendario de cada mes y el 50% restante dentro de los 20 días calendario siguientes, en un mínimo mensual de talonarios según el programa de compras que hace parte integral del contrato, en concordancia con el parágrafo de la cláusula Tercera. 3).- Obtener la Licencia para la explotación del juego de Apuestas Permanentes que expide la Entidad CONCEDENTE, para todas las Agencias, oficinas, puntos de colocación, módulos y/o casetas. 4).- Llevar en todas y cada una de las agencias el libro de control de ventas diarias. (...).

(...).

DUODÉCIMA: GARANTÍAS.- Una vez suscrito el contrato el CONCESIONARIO deberá constituir a favor de la LOTERÍA DE BOGOTÁ la garantía de que trata el numeral diecinueve (19) del artículo veinticinco (25) de la Ley 80 de 1.993, la cual respaldará el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo del CONCESIONARIO frente a la CONCEDENTE, por razón de la celebración, ejecución y liquidación del presente contrato, la cual se mantendrá vigente durante la ejecución y liquidación (vigencia del contrato y tres (3) meses más) del contrato y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. En todo caso la garantía deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO en los términos de la respectiva garantía. Dicha garantía deberá ser expedida por un banco o una compañía de seguros legalmente facultadas para hacerlo y debidamente autorizados para funcionar en Colombia y deberá amparar los siguientes riesgos: a) De cumplimiento: Su valor será igual al diez por ciento (10%) del valor del contrato en el año 1996, con prórroga automática para 1997 y su vigencia será durante el término de vigencia del contrato y tres (3) meses más. (...).

(...).

DÉCIMO TERCERA: PENAL PECUNIARIA.- En caso de incumplimiento por parte del CONCESIONARIO del presente contrato o en el caso de la declaratoria de caducidad del contrato, la LOTERÍA DE BOGOTÁ cobrará como indemnización una suma equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor del contrato, a título de pena sin menoscabo del cobro de lo debido y de los perjuicios que pudiesen ocasionarse como consecuencia del incumplimiento. La LOTERÍA DE BOGOTÁ podrá descontar y tomar directamente el valor de cualquier suma que al CONCESIONARIO se le adeude en razón del contrato o en su defecto haciendo efectiva en lo pertinente la GARANTÍA ÚNICA y si esto no fuere posible lo cobrará por vía de la JURISDICCIÓN COACTIVA conforme a la ley.

DÉCIMO CUARTA: MULTAS.- Por incumplimiento parcial de las obligaciones estipuladas en el contrato por parte del CONCESIONARIO y como acto independiente de la cláusula penal pecuniaria, si a ello hubiera lugar, la Entidad CONCEDENTE podrá imponer multas sucesivas equivalentes al dos por ciento (2%) del valor del mismo, mediante Resolución Motivada, cuyo tope no podrá exceder del seis por ciento (6%) del valor total del contrato.

(...).

VIGÉSIMA PRIMERA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.- El presente contrato será liquidado dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de su finalización o de la expedición del Acto Administrativo que ordene la terminación. Será condición para liquidar el contrato la constitución o prórroga por parte del CONCESIONARIO de la garantía de salarios y prestaciones sociales estipulada en este contrato.

Como anexo al contrato se estableció la obligación de cumplir con el siguiente consumo mensual de talonarios²⁹:

MES	AÑO 1996	AÑO 1997
ENERO	8.000	19.700
FEBRERO	16.500	20.000
MARZO	16.500	20.000
ABRIL	17.000	20.500
MAYO	17.000	20.500
JUNIO	17.500	21.100
JULIO	17.500	21.100
AGOSTO	17.500	21.500
SEPTIEMBRE	17.500	21.500
OCTUBRE	18.000	22.000
NOVIEMBRE	18.000	22.100
DICIEMBRE	19.000	0
TOTAL	200.000	230.000

- Resolución número 000134 de marzo 27 de 1998, “*Por la cual se procede a declarar el siniestro por incumplimiento por parte del CONTRATISTA del Contrato Directo de Concesión 06/96*”, de la cual se destacan los siguientes considerandos³⁰:

“(…).

²⁹ Folio 14 del cuaderno 2.

³⁰ Folios 15 a 18 del cuaderno 2.

Que mediante los Decretos 824 y 1096 de 1997, el valor de la regalía fue incrementado, generando una modificación en el valor del contrato.

Que para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales el concesionario constituyó PÓLIZA ÚNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES, No. 9560326 con la COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Que de conformidad con lo pactado en la cláusula TERCERA del contrato 06/96, el concesionario se obligó a adquirir durante su vigencia, un mínimo de 200.000 talonarios para el año 1996 y 230.000 para 1997, los cuales debía comprar en cantidades mínimas mensuales, según el plan de compras elaborado para tal fin.

Que por el retardo en la compra de talonarios, la entidad concedente cobró al concesionario a título de mora el doble del interés bancario corriente, según certificación de la Superintendencia Bancaria, liquidado proporcionalmente por cada día de mora, sobre el valor de los talonarios no adquiridos, atendiendo a lo pactado en la cláusula Tercera del contrato 06/96. Los cobros respectivos fueron efectuados mediante cuentas de cobro, remitidas al Concesionario con sus soportes.

Que desde el mes de marzo de 1996 el contratista empezó a incurrir en mora en la adquisición de talonarios, comportamiento que mantuvo durante la ejecución del contrato.

Que mediante oficio con registro 3003903 del 12 de julio de 1996, se requirió al concesionario para que se ciñera al cumplimiento del programa de compras establecido en la cláusula tercera del contrato de concesión.

Que pese al incumplimiento del concesionario INVERSIONES CENTENARIO LTDA., no hubo lugar a la declaratoria de caducidad del contrato toda vez que no se produjo su total paralización, como lo determina la ley 80/93.

Que el balance general de la ejecución del contrato es como a continuación se relaciona:

(...).

Que efectuada la liquidación provisional mediante acta, copia de la cual se remitió al concesionario, arrojó las siguientes sumas a favor de la concedente:

(...).

TOTAL A PAGAR POR EL CONCESIONARIO \$ 58.674.112.71.

(...).

Que la mala elaboración del formulario en el que se realiza la apuesta ocasiona la imposición de la multa consagrada en el artículo 66 del Decreto 33 de 1984, en concordancia con el artículo 48 de la misma disposición. Las resoluciones expedidas con ocasión de esta infracción son notificadas personalmente o por edicto al Representante Legal del concesionario. Adicionalmente, a éste se remite relación que contiene dicha información.

Que la multa por incumplimiento contractual impuesta a INVERSIONES CENTENARIO LTDA. con la resolución 0544 de septiembre 16 de 1996, corresponde a la aplicación de la cláusula DÉCIMA CUARTA del contrato de concesión 06 de 1996.

Que la COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A., a solicitud de INVERSIONES CENTENARIO LTDA., otorgó la PÓLIZA ÚNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 9560326 que ampara el cumplimiento del contrato de concesión 06 de 1996, la cual consagra que se entiende causado el siniestro con el Acto Administrativo ejecutoriado que declare la realización del siniestro que ampara la póliza, por causas imputables al contratista.

Que de conformidad con las condiciones generales de la póliza, su vigencia no podrá ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato.

Que de conformidad con las condiciones generales de la póliza, su vigencia no podrá ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato.

Que los motivos expuestos anteriormente demuestran la constitución del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afectaron de manera grave y directa la ejecución del contrato de concesión 06/96, configurándose de esta manera el hecho constitutivo de la declaración del siniestro”.

El siguiente es el contenido de la parte resolutive de esta Resolución:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la realización del siniestro de incumplimiento del contrato de concesión 06 de 1996, hecho constituido

desde el mes de marzo de 1996, fecha en la cual el concesionario empezó a presentar atraso en la compra de talonarios.

ARTÍCULO SEGUNDO: De conformidad con el punto anterior dada la terminación del contrato 06 de 1996, por vencimiento de su plazo, se ordena su liquidación definitiva en el estado que se encuentra.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar la presente Resolución a INVERSIONES CENTENARIO LTDA., así como a SEGUROS DEL ESTADO S.A. para todos los efectos legales pertinentes. Envíese a la Cámara de Comercio copia del Acto Administrativo para lo de su competencia.

(...)”.

- *Recurso de reposición interpuesto por la sociedad actora, en contra de lo decidido en la Resolución 000134 del 27 de marzo de 1.998³¹.*
- *Resolución número 000153 del 24 de abril de 1998, por la cual se liquidó unilateralmente el contrato 006 de 1996, de cuya parte resolutive se destaca³²:*

(...).

Que atendiendo los trámites exigidos por la Ley 80 de 1993 para la liquidación de los contratos, con oficio fechado el 2 de marzo de 1998 se envió al representante legal de la Concesionaria INVERSIONES CENTENARIO LTDA., el proyecto de Acta de liquidación con el objeto de que efectuara los ajustes a que hubiere lugar.

Que a la fecha las partes no han llegado a ningún acuerdo en relación con los puntos consignados en el proyecto de Acta de liquidación que se entregó en su debida oportunidad al Representante Legal del Concesionario.

Que mediante Resolución No. 00134 del 27 de Marzo de 1998, se declaró el siniestro por incumplimiento por parte del CONTRATISTA del contrato directo de concesión 06/96, hecho constituido desde el mes de marzo de 1996, fecha en la cual el concesionario empezó a presentar atraso en la compra de talonarios.

³¹ Folios 19 al 23 del cuaderno 2.

³² Folios 24 al 29 del cuaderno 2.

Que en el mismo Acto administrativo se ordenó practicar liquidación definitiva del contrato 06/96, en el estado que se encuentra declarando la terminación por vencimiento del plazo.

Que el artículo 61 del ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, establece que si las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la liquidación, ésta será practicada directa y unilateralmente por la entidad contratante.

(...).

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

1.- EJECUCIÓN DEL CONTRATO:

El contrato No. 006 de 1996 de Concesión para la Explotación del Juego de Apuestas Permanentes en Santa Fe de Bogotá D.C. y el Departamento de Cundinamarca, suscrito con INVERSIONES CENTENARIO LTDA., no fue ejecutado según las cláusulas pactadas en el mismo.

La cantidad de talonarios adquiridos durante el término de vigencia del contrato fue de 430.000.

2.- ESTADO FINANCIERO:

(...).

3.- ASPECTO LEGAL:

Que la presente resolución presta mérito ejecutivo para hacer efectiva la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO DOCE PESOS CON 71/100 (\$58.674.112,71 M/cte. en contra del concesionario.

En esta Resolución se consignó lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: *Declarar liquidado directamente el contrato No. 006 de 1996, de concesión para la Explotación del Juego de Apuestas Permanentes en Santa Fe de Bogotá D.C. y el Departamento de Cundinamarca, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Ordenar al concesionario INVERSIONES CENTENARIO LTDA., consignar en la Tesorería de la Entidad dentro de*

los dos (2) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente Acto Administrativo, la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO DOCE PESOS CON 66/100 (\$58.674.112.71 M/cte), por los conceptos atrás mencionados.

(...).

- Recurso de reposición interpuesto por la sociedad demandante, en contra de lo decidido en la Resolución 0153 de abril 24 de 1998³³.
- Resolución 000683 de octubre 22 de 1998, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000134 de marzo 27 de 1998, confirmándola en todas sus partes³⁴.
- Resolución 000714 de noviembre 20 de 1998, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000153 de abril 24 de 1998, confirmándola en todas sus partes, excepto en el saldo final de la liquidación, que ascendió a la suma de \$44'432.826,86³⁵.

3.2. Prueba pericial.

- Dictamen Pericial rendido por los contadores María Inés Afanador Rivera y Omar Vargas Cubides, el 17 de febrero del 2004, en el que determinaron los perjuicios y daños ocasionados a la sociedad demandante con el sobrecosto de los talonarios para el juego de apuestas permanentes, desde el 21 de marzo de 1997 hasta el 31 de diciembre del mismo año³⁶.
- Aclaración del dictamen pericial, solicitada por la parte actora, presentada al Tribunal Administrativo el 25 de mayo de 2004³⁷.

³³ Folios 30 al 33 del cuaderno 2.

³⁴ Folios 34 al 70 del cuaderno 2.

³⁵ Folios 71 al 112 del cuaderno 2.

³⁶ Folios 1 a 132 del cuaderno 4.

³⁷ Folios 133 a 134 del cuaderno 4.

- Ampliación del dictamen pericial, solicitada por el Tribunal Administrativo a quo y efectuada el 7 de febrero de 2005³⁸.

4. El asunto sometido a examen.

4.1. La formulación de las pretensiones.

La sociedad actora demandó la nulidad de la Resolución número 00134 del 27 de marzo de 1998, contentiva de la declaratoria del siniestro de incumplimiento; respecto de la Resolución 00683 del mismo año, en la que se resolvió el recurso de reposición interpuesto, solicitó declarar la inexistencia.

Asimismo, pretendió la nulidad de la Resolución 153 de 1998, por la cual la entidad liquidó unilateralmente el contrato 06 de 1996, pero respecto de la Resolución 00714 del 20 de noviembre de 1998, en la que resolvió el recurso interpuesto, pidió la declaratoria de inexistencia.

Resulta determinante en esta oportunidad poner de presente el contenido del inciso tercero del artículo 138 del CCA, en el cual se expresa que *“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”*.

En estos términos, surge el denominado acto administrativo complejo, constituido por dos o más voluntades que conforman una misma decisión, uno de cuyos ejemplos -no el único- es la decisión que se integra por los actos que se expiden con ocasión de la vía gubernativa. Por esta razón es que la norma acabada de citar dispone que cuando una decisión se integra por varios actos administrativos se deben demandar todos, so pena de que la demanda resulte inepta.

³⁸ Folios 135 a 187 del cuaderno 4.

Encuentra la Sala que si bien respecto de unas resoluciones la parte demandante solicitó la nulidad y en relación con las confirmatorias -en respuesta a los recursos presentados- pretendió su inexistencia, la actora demandó tanto los primeros actos administrativos como los segundos y pretendió sacarlos del ordenamiento jurídico, lo cual se puede afirmar a la luz de los argumentos expuestos y de las normas que habrían sido vulneradas.

A partir de las consideraciones expuestas en el párrafo precedente y a la luz del imperativo constitucional consagrado en el artículo 228 superior, en virtud del cual en las actuaciones jurisdiccionales deberá hacerse prevalecer el derecho sustancial, en esta oportunidad, la Sala acomete el estudio de las resoluciones demandadas, sin dejar de advertir que, evidentemente, se trató de una falta de técnica en la elaboración de la demanda.

4.2. Lo pretendido en la demanda.

Según ha sido mencionado, a través de la presente demanda se solicitó la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la entidad declaró el siniestro de incumplimiento y liquidó unilateralmente el contrato 006 de 1996.

Observa la Sala que en el acápite correspondiente a las normas violadas y al concepto de la violación, en los cuales se expusieron las razones por las cuales la actora consideró que tales actos administrativos no se ajustaban al ordenamiento jurídico, se encuentra lo siguiente:

1) Respecto del acto administrativo por medio del cual se declaró el siniestro de incumplimiento, contenido en las Resoluciones 000134 de 1998 y 00683 del mismo año, en esencia expuso: i) que el acto se encontraba viciado de incompetencia por el factor temporal, dado que la entidad declaró el siniestro por fuera de la vigencia de la garantía única de cumplimiento; ii) que el acto se encontraba falsamente motivado, en virtud de que la actora había cumplido con la totalidad del contrato para la fecha en la cual se declaró el siniestro.

2) Respecto del acto administrativo por el cual la entidad liquidó unilateralmente el contrato, contenido en las Resoluciones 153 de 1998 y 00714 del mismo año, expresó: i) que se desconoció el contenido del artículo 60 de la Ley 80, en virtud de que se liquidó sin haber intentado un acuerdo respecto de la liquidación bilateral; ii) se expidió sin que se hubiere ejecutoriado la Resolución por la cual se declaró el siniestro de incumplimiento.

3) Expuso que la entidad al hacer exigible el valor de la regalía previsto en los Decretos 824 y 1096 de 1997 incumplió el contrato en tanto desconoció que estas normas expedidas con posterioridad a la suscripción del contrato no le eran aplicables, en virtud de lo dispuesto por la Ley 153 de 1887, lo que implicó una modificación unilateral del contrato y un desconocimiento de la nulidad parcial decretada por el Consejo de Estado.

4) También afirmó que la entidad con su actuación alteró el equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato y desconoció las previsiones contenidas en el artículo 5 numeral 1 de la Ley 80 de 1993.

Advierte la Sala que si bien la actora expuso argumentos con los cuales pretendió acreditar tanto el incumplimiento del contrato, como la ruptura de la ecuación económico financiera del mismo, entre las pretensiones de la demanda no fueron incluidas las correspondientes declaratorias, de incumplimiento y de ruptura del equilibrio del mismo, por lo cual la Sala no emitirá pronunciamiento alguno al respecto y sí lo hará en relación con las pretensiones anulatorias, las cuales serán analizadas a la luz de los argumentos expuestos por la demandante.

4.2.1. La liquidación unilateral del contrato.

Sea lo primero precisar que la liquidación de los contratos corresponde al balance final o corte definitivo de cuentas de la relación contractual, cuyo

propósito fundamental es el de determinar quién le debe a quién, cuánto y por qué.

Al respecto la Sala, en oportunidades anteriores, ha explicado la noción de la liquidación de los contratos en los siguientes términos:

“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado queda después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento”³⁹.

Como es bien sabido, la liquidación de los contratos de la Administración puede revestir alguna de las siguientes modalidades: bilateral, unilateral o judicial.

En cuanto a la liquidación unilateral, como su nombre lo indica, no corresponde a una actuación negocial o conjunta de las partes del contrato sino a una decisión que adopta la entidad estatal contratante de manera unilateral, esto es, sin necesidad de contar con la voluntad o con el consentimiento del respectivo contratista particular, modalidad a la cual habrá lugar en los eventos y con las exigencias establecidas para esos casos por la ley; esta modalidad de liquidación ha sido concebida y regulada como subsidiaria de la liquidación bilateral o conjunta.

El carácter subsidiario que le corresponde a la liquidación unilateral, respecto de la bilateral o conjunta, lo evidencia la norma legal que la consagra en cuanto supedita su procedencia a una cualquiera de las siguientes hipótesis fácticas: i) que el contratista particular no se presente a la liquidación, con lo cual imposibilita la realización de una liquidación bilateral o conjunta, o, ii) que las partes no lleguen a acuerdo sobre el contenido de la liquidación,

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 10 de 1997. Expediente No. 10.608. Este pronunciamiento fue recogido y reiterado por la misma Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la Sentencia de marzo 9 de 1998, expediente No. 11.101.

cuestión que igualmente impide la adopción conjunta del respectivo corte de cuentas.

Así pues, sólo si se configura una de las circunstancias enunciadas, la Entidad Estatal quedará facultada para practicar la liquidación correspondiente de manera directa y unilateral, caso en el cual procederá a adoptarla mediante la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, el cual será pasible del recurso de reposición en vía gubernativa.

Encuentra la Sala que en la Resolución 153 de abril 24 de 1998, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato 006 de 1996, se hizo alusión al envío de un proyecto de acta de liquidación, a través de oficio de mayo 2 de 1998.

Si bien al proceso no se allegó el mencionado oficio de mayo 2, como tampoco el proyecto de acta bilateral, a través del cual la entidad dice haber convocado a la contratista para suscribir la liquidación de común acuerdo, se encuentra que este oficio forma parte de los considerandos de la Resolución número 153 de abril 24 de 1998 y su recibo no fue controvertido por la actora y, además, la misma contratista afirmó en la demanda que no compartió el contenido de la liquidación bilateral y que, por no estar de acuerdo, aportó pruebas para desvirtuarlo, lo que le permite a la Sala inferir que en efecto se intentó por parte de la entidad llevarla a cabo, toda vez que la actora la conocía. En el escrito contentivo de la demanda se afirmó:

“Ahora bien pretende la contratante liquidar el contrato dentro del término de que trata el artículo 60 de la Ley 80/93, es decir, con fecha 24 de abril de 1.998, pero olvida que este lapso se concede para PROCEDER A LA LIQUIDACIÓN CONCERTADA, es decir, antes de proceder a la LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO. Lo procedente era pues notificar a INVERSIONES CENTENARIO respecto de que el día 24 de abril de 1.998, se llevaría a cabo la diligencia de LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, comunicando a la concesionaria previamente que dicho trámite se efectuaría en vista de que no fue posible un mutuo acuerdo acerca de dicho acto, pero esto no ocurrió, INVERSIONES CENTENARIO LTDA. fue sorprendida con el ACTA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL, cuando aún se esperaba que la LOTERÍA anunciara el fracaso de la conciliación concertada.”

*Consideramos que con ello se transgredió el derecho de defensa cuando unilateralmente la LOTERÍA DE BOGOTÁ, incorpora unos valores al proceso liquidatorio, que aun cuando presuntamente fuera procedente su cobro, **las sumas no estaban conciliadas y por ello se aportaron pruebas a la entidad concedente con el objeto de probar contablemente que algunos de dichos valores no tenían el soporte contable correspondiente**" (Negrillas añadidas).*

Concluye la Sala, por fuerza de todo lo anterior, que no le asiste razón a la demandante respecto de la pretendida nulidad de las resoluciones acusadas, en tanto, según se expresó, no es cierto que la entidad no hubiera intentado efectuar esta liquidación de común acuerdo.

Adicionalmente, expresó la demandante que la entidad carecía de competencia para liquidar unilateralmente el contrato, en virtud de que el acto administrativo por medio del cual se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento todavía no se encontraba en firme.

Encuentra la Sala que no le asiste tampoco razón a la demandante en este punto, dado que, según se verá en el siguiente acápite, la declaratoria del siniestro tiene como propósito hacer efectiva la garantía de cumplimiento y se dirige a la compañía de seguros y la falta de firmeza de este acto no impide a la entidad estatal liquidar el contrato, una vez se agotan los requisitos a los cuales alude el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

4.2.2. La declaratoria del siniestro.

Sostuvo la demandante que el acto administrativo contenido de la declaratoria del siniestro de incumplimiento se encontraba viciado de nulidad, en primer lugar, por haberse declarado de manera extemporánea y, en segundo lugar, porque no se había presentado incumplimiento, toda vez que el objeto se había agotado. Se ocupará entonces la Sala del examen de tales cargos.

Desde tiempo atrás la Sala ha considerado que la Administración Pública cuenta con una facultad especial consagrada en la ley –artículo 68

numerales 4 y 5 del C.C.A.⁴⁰, para declarar la ocurrencia del riesgo amparado, en virtud de las garantías que se hayan otorgado en su favor⁴¹.

También se pronunció la Sala en los siguientes términos respecto de esta facultad, con ocasión de la expedición del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, a través del cual el legislador atribuyó al juez de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer de los procesos de ejecución derivados de los contratos estatales:

"De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala⁴², se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos, a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que sí quedó derogado fue el hecho de que dichos actos presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la Ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

'En segundo lugar, y partiendo de la vigencia del numeral 4 citado, éste regula y se refiere expresamente a las relaciones de naturaleza contractual, cuando los contratistas constituyen pólizas a favor del Estado, las cuales, junto con el acto administrativo de liquidación, la declaratoria de caducidad o la terminación, prestan mérito ejecutivo. Ahora bien, el numeral 5 establece que cualquiera otra garantía presta

⁴⁰ Artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. "Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos: (...)

"4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de las entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad o la terminación según el caso.

"5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación."

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 14 de 2005, expediente 13.599. CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴² Cita original de la sentencia de 14 de abril de 2005, Exp. 13599 "Se refiere la Sala a la sentencia de 24 de agosto de 2000 ya citada, con ponencia del Consejero Jesús María Carrillo."

mérito ejecutivo a favor del Estado, junto con el acto administrativo que declara la correspondiente obligación.

*'Para la Sala estas dos normas se deben integrar, para comprender su alcance y significado plenos, integración de la cual resulta que cualquier póliza contractual, constituida a favor del Estado, presta mérito ejecutivo -aunque no por jurisdicción coactiva-, pues no es lógico -ni es el sentido de la norma- fraccionar el mérito ejecutivo de las garantías contractuales a favor del Estado, cuando es claro que el numeral 4 citado incluye todos los amparos que puede contener una póliza; y el numeral 5 incluye cualquier otro tipo de garantía a favor del Estado, de donde se deduce que el propósito mismo de la norma es **el de otorgar una prerrogativa a las entidades estatales para que puedan declarar ellas mismas el siniestro, y hacerlo exigible en forma efectiva.***

'Incluso una interpretación exegética de las normas citadas permite llegar a esta conclusión, pues bien dice el numeral 5 que todas las garantías constituidas a favor del Estado -sin exclusión- prestan mérito ejecutivo; y el numeral 4 se refiere específicamente a las contractuales, normas estas que no se excluyen entre sí, sino que se complementan en su interpretación.

'Con mayor razón un análisis finalístico de los numerales 4 y 5 citados ratifica esta posición, pues del haz de amparos que contienen las garantías a favor del Estado, resultaría que sólo en algunos casos -caducidad, terminación y liquidación- pudiese declararse el siniestro, lo que iría en contra de la filosofía de estos preceptos y del privilegio que ellos mismos pretenden otorgar a la administración pública.

'De hecho, el Consejo de Estado ha dicho, respecto a la posibilidad de hacer efectivas las pólizas de cumplimiento, por medio de actos administrativos dictados por la administración, que indiscutiblemente esto es viable, teniendo en cuenta que:

'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 (...).' (Subrayas fuera de texto.) Sentencia de 24 de agosto de 2000, exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo."*⁴³

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 14 de 2005, expediente 13.599. CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Ahora bien, en consonancia con lo expresado por la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación, respecto del alcance del mencionado artículo 68 del C.C.A., para esta Sala, de esta norma jurídica no se desprende facultad alguna para que las entidades expidan actos administrativos que declaren obligaciones derivadas de las garantías, por cuanto la norma alude a los documentos que conformarían un título ejecutivo, a efectos de hacerlo efectivo a través de jurisdicción coactiva, uno de los cuales se encuentra integrado por *“Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación”*. Sobre el alcance de esta norma jurídica, en reciente providencia, se pronunció la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación:

“En ese orden, es posible concluir que i) el artículo 68 en mención, prevé las distintas eventualidades para la conformación del título ejecutivo en el marco de la jurisdicción coactiva; ii) no comporta una norma de orden sustancial sino procesal; iii) no atribuye poderes excepcionales a la administración en el ámbito de los contratos estatales. Lo anterior si se considera que en sentencia C-666 de 2000⁴⁴, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma bajo el entendido que la autorización legal para ejercer el poder coactivo se refiere al cobro o recaudación proveniente de funciones netamente administrativas, por lo que resultaría equivocado suponer que la atribución de la administración para la declaratoria de incumplimiento en el marco de un contrato, proviene de la norma en mención”⁴⁵.

Cabría entender entonces que la presencia del acto administrativo como parte del título ejecutivo supone que la entidad cuente con competencia para expedir actos a través de los cuales surjan obligaciones derivadas de las garantías de cumplimiento en favor de entidades estatales, por lo cual el fundamento jurídico para su expedición debe encontrarse por fuera del mencionado artículo 68. A continuación se ocupará del correspondiente examen.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia de 8 de junio de 2000, expediente C-666, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de junio 11 de 2015, expediente 32438, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

De acuerdo con una de las providencias acabadas de citar⁴⁶, la Administración Pública, una vez que declara el incumplimiento configura el siniestro y por medio de acto administrativo ordena hacer efectiva la garantía, es decir, que, en ese caso, la constitutiva del siniestro era la declaratoria de incumplimiento.

Según lo anterior, el acto administrativo por medio del cual la entidad ordena hacer efectiva la garantía no es constitutivo del siniestro y tiene un carácter meramente declarativo, es decir, declara el siniestro que ya ha ocurrido.

Para que el acto administrativo a través del cual se declara la ocurrencia de un siniestro sea constitutivo del mismo se requiere que el legislador le otorgue tal carácter, para que de él surjan obligaciones derivadas de las garantías de cumplimiento en favor de entidades estatales, como es el caso del acto administrativo por medio del cual la entidad declara la caducidad del contrato, tanto en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983⁴⁷, como de la Ley 80 de 1993⁴⁸.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 24 de 2000, expediente 11318, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁴⁷ En vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 las disposiciones relativas a la ocurrencia del siniestro derivado de pólizas expedidas para garantizar el cumplimiento de contratos con Entidades Oficiales se encontraban contenidas en la Cláusula 6ª de la Resolución 08660 del 21 de marzo de 1981, expedida por la Contraloría General de la República y modificada por la Cláusula Segunda de la circular DSyC-037 de 1983, emitida por la Superintendencia Bancaria, según las cuales se entendía causado el siniestro:

“1º. Cuando quede debidamente ejecutoriada la Resolución Administrativa que declare la realización del riesgo que ampara esta garantía, por causas imputables al contratista, cuando tal resolución haya sido notificada, conforme a las disposiciones legales vigentes.

2º. En el caso de incumplimiento del contrato cuando quede debidamente ejecutoriada la Resolución Administrativa que declare la caducidad del contrato o su incumplimiento, por causas imputables al contratista, siempre y cuando dicha resolución haya sido notificada, conforme al artículo 64 del Decreto 222 de 1983.

3º. En los casos de multas y cláusula penal cuando quede debidamente ejecutoriada la Resolución Administrativa motivada que imponga al contratista las multas o la cláusula penal estipuladas en el contrato, siempre y cuando dicha resolución haya sido notificada, conforme a las disposiciones legales vigentes”.

⁴⁸ Dispone el inciso final del artículo 18 de la Ley 80 de 1993:

“Artículo 18.- DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. (...)

“La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

A los actos declarativos y constitutivos del siniestro se ha referido la doctrina autorizada, en los siguientes términos:

“En los términos del artículo 1072 del código de Comercio:

“Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”.

“Por definición, el riesgo en esta clase de seguro lo constituye el hecho del incumplimiento de los ofrecimientos en la etapa precontractual o del “incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como el cumplimiento tardío o defectuoso, imputables al contratista garantizado.”⁴⁹ Este último es un hecho que, aun cuando en ocasiones puede ser complejo establecer su ocurrencia en una fecha cierta y determinada, en todo caso constituye la realización del riesgo asegurado en este seguro.

“No es así, sin embargo, bajo el régimen actual de garantías de los contratos estatales. Para estos las normas prevén una extraña combinación de disposiciones en las cuales el siniestro, en algunos casos, es el acto administrativo que expida la entidad contratante declarando su ocurrencia y cuantía de los perjuicios, y en otros eventos ese mismo acto administrativo es tan sólo equivalente a la reclamación.

“Dispone así el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008:

‘Artículo 14º. Efectividad de las garantías. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

*‘14.1. En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. **Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.** (resaltado fuera del texto)*

*‘14.2. En caso de aplicación de multas una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. **Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.** (resaltado fuera del texto)*

⁴⁹ Es la enunciación del amparo de cumplimiento en el Decreto 4828 de 2008, artículo 4. Numeral 4.2.3 para las garantías de contratos estatales

*'14.3. En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. **Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.** (resaltado fuera del texto)*

"De esta manera, cuando se declare la caducidad administrativa del contrato garantizado o en caso de aplicación de multas, el acto administrativo, más exactamente su notificación⁵⁰, será el que constituya el siniestro. Siendo ello así, deberá ser expedido y comunicado al asegurador dentro del curso de vigencia de la póliza para que comprometa su responsabilidad.

"En los demás casos de incumplimiento en que el acto administrativo equivale a la reclamación (14.2), habrá que entender que este será solo declarativo del siniestro que previamente ha ocurrido y en tal caso bastará que el hecho del incumplimiento se haya presentado bajo la vigencia de la póliza, pero el acto administrativo podrá ser expedido con posterioridad.

"La disparidad en el tratamiento legal respecto de la configuración del siniestro agrega una innecesaria confusión al tema en relación con los términos de prescripción de las acciones para hacer efectiva la póliza contra el asegurador.

(...).

"Valga observar, por último, que la jurisprudencia del Consejo de Estado, bajo la anterior reglamentación de los seguros de garantía de contratos estatales (decreto 679 de 1994), asignó distintos efectos al acto administrativo que declaraba el siniestro. En algunos casos se refirió a que en la contratación estatal, tanto la ocurrencia del siniestro como su declaratoria debían darse mediante acto administrativo y en ningún caso se configuraba con la sola realización del hecho. En otros casos, se aceptó que el acto administrativo era tan sólo la prueba del acaecimiento del riesgo y en algunos otros se dijo que el acto administrativo era el requisito formal para hacer exigible el derecho del asegurado aunque este surgía una vez ocurrido el riesgo⁵¹.

"Con la nueva disposición, será necesario distinguir que en los casos de caducidad del contrato y de aplicación de multas, el siniestro sólo se configura con el acto administrativo, en tanto que en los demás casos de incumplimiento su ocurrencia corresponderá al hecho de su

⁵⁰ El artículo 7º de la ley 1150 de 2007 establece que "...El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare"

⁵¹ Providencias de la Sección Tercera de 4 de marzo de 2008 EXP.31120, 27 de julio de 2005 EXP.23505, entre otras.

*acaecimiento y el acto administrativo que así lo declare sólo será la manera de reclamarlo al asegurador*⁵².

De acuerdo tanto con la jurisprudencia mencionada como con la doctrina acabada de citar se pueden distinguir dos tipos de actos:

i) Actos constitutivos de siniestro, en desarrollo de facultades otorgadas por el legislador;

ii) Actos declarativos del siniestro, los cuales suponen que el siniestro surgió de otro acto administrativo, por ejemplo, del que declaró un incumplimiento o impuso una multa, lo cual exige que la entidad cuente con competencia para ello. Estos actos no tendrían el alcance del ejercicio de una prerrogativa de poder público, para lo cual se requiere de habilitación legal, toda vez que no serían constitutivos de siniestro y son el equivalente a la reclamación.

Los incumplimientos que se presenten y que no puedan ser objeto de declaratoria a través de actos administrativos, por la incompetencia para ello, y que evidencien la ocurrencia del siniestro, deben ser objeto de reclamación ante los aseguradores.

En relación con este tema, resulta necesario distinguir la norma aplicable al contrato, de lo cual dependerá el carácter del acto administrativo, bien sea constitutivo o declarativo del siniestro, así:

⁵² MEJÍA MARTÍNEZ Carmenza, “*Vicisitudes del Seguro de Cumplimiento*” en *Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo, T.II*, Editoriales Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad Javeriana, Diké e Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, p. 1073-1074, Bogotá, 2011.

i) En vigencia de la Ley 80 de 1993 y del decreto reglamentario 679 de 1994, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007.

En vigencia de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 679 de 1994, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, únicamente el acto administrativo por medio del cual se declara la caducidad del contrato es constitutivo del siniestro, según lo dispuesto por el artículo 18 de esta ley.

En casos diferentes a la declaratoria de caducidad cabría entender que el acto administrativo por el cual se declarara el siniestro tendría un carácter meramente declarativo del riesgo ocurrido, es decir, en términos del artículo 1072 del Código de Comercio, del siniestro, y constituiría la forma de reclamarle al asegurador, lo cual supone que previamente se encuentren en firme los actos administrativos a través de los cuales se hubieren efectuado las correspondientes declaratorias.

Ahora bien, es de anotar que en vigencia de la Ley 80 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales carecían de competencia para declarar el incumplimiento e imponer multas a sus contratistas, según ha sido expuesto de manera reiterada por la jurisprudencia de la Sala⁵³, que sirvieran de soporte a la declaratoria del siniestro⁵⁴, lo cual implica que, con la excepción de la declaratoria de caducidad, las entidades estatales no se encuentran facultadas para expedir el acto administrativo a través del cual se declara la ocurrencia del siniestro y que para reclamarle a la aseguradora deben seguir el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción del asegurador. Sobre el tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación conceptuó:

⁵³ En relación con las multas, esta postura se adoptó por la Sección Tercera mediante Sentencia de octubre 20 de 2005, expediente 14579; respecto de la declaratoria de incumplimiento ver, entre otras: sentencia de febrero 10 de 2005, expediente 25765 de la Sección Tercera de esta Corporación y sentencia de 29 de enero de 2014, de esta Subsección.

⁵⁴ En aquellos casos en los cuales la declaratoria del siniestro se soporta en actos administrativos –que declaran el incumplimiento o que imponen multas–, y que posteriormente son anulados por esta jurisdicción, la consecuencia inmediata es la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declara la ocurrencia del siniestro.

b) La operatividad de las cláusulas penales en los contratos estatales que carecen de la cláusula de caducidad.

De acuerdo con lo expuesto, en los contratos en los que está prohibida la inclusión de las potestades excepcionales, o que siendo facultativa su estipulación no se hallen en el contrato, la administración carece de estas atribuciones, y por lo mismo los efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular se rigen por el derecho privado. Dicho en otra forma, al no existir los privilegios propios de las cláusulas excepcionales al derecho privado, la administración debe actuar como cualquier particular en una relación contractual, pues, aunque el contrato se denomina estatal, las reglas del incumplimiento son las mismas del derecho de los particulares. Esta situación es similar a la que se vivía bajo el régimen del decreto ley 222 de 1983 con los contratos de derecho privado de la administración, o de aquellos contratos celebrados por entidades públicas que no están sometidos a la ley 80 de 1993.

En caso de haberse pactado cláusulas penales bajo cualquiera de las modalidades antes explicadas en los contratos que carecen de las potestades excepcionales, su exigibilidad se hará conforme con las normas del derecho privado expuestas anteriormente, según lo ordena el artículo 13 de la ley 80 de 1993, esto es, requerirá a su contratista, y si incumple deberá acudir a la jurisdicción administrativa,¹⁷ en cuyo caso tiene la opción propia del derecho privado: bien sea que ejecuta para el cumplimiento de la obligación principal mas la indemnización moratoria de perjuicios o las cláusulas penales que sea posible acumular con la primera, o, bien sea que sólo ejecuta por la indemnización de perjuicios, que puede ser la cláusula penal compensatoria, según se expuso. Cuando no existan las potestades excepcionales enumeradas en el artículo 14 del Estatuto General de Contratación de la Administración, la administración no puede expedir actos administrativos para terminar el contrato, o declarar el incumplimiento total o parcial del mismo.

Las anteriores afirmaciones chocan con la práctica contractual, pues en el clausulado de las garantías, las aseguradoras exigen la expedición de un acto administrativo en el que conste el incumplimiento como requisito para el pago del valor del siniestro, sin tener en cuenta que en el contrato garantizado no se incluyen las cláusulas excepcionales. El problema radica en dilucidar cuál es el efecto de una cláusula así establecida por el asegurador y su cliente, el contratista del estado.

Para la Sala es claro que esta estipulación contractual carece de la fuerza necesaria para atribuirle una competencia o potestad administrativa a una entidad pública, no sólo porque la administración no es parte del contrato de seguro de cumplimiento, sino porque sólo la ley y los reglamentos que la desarrollen pueden asignar funciones públicas. Además sería inútil para la administración expedir unos actos administrativos para el cobro de las garantías que posteriormente serían anulados por la jurisdicción contencioso administrativa por falta de competencia. Entonces, la única solución posible es la de aplicar en éste tema en su integridad las reglas del código de comercio, según las cuales

es necesario presentar una reclamación ante las compañías de seguros, quienes deberán proceder a pagar el siniestro o a objetarlo en forma motivada, recordando además que la póliza presta mérito ejecutivo por sí sola en los casos del artículo 1053 del código de comercio⁵⁵ (Negrillas añadidas).

ii) Después de la vigencia de la Ley 1150 de 2007, el Decreto 4828 de 2008 y normas posteriores.

Dispuso el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 que *“el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare”*.

A su vez el artículo 14 del Decreto Reglamentario 4828 de 2008 contempló tres eventos, así: a) en el artículo 14.1 reiteró que la declaratoria de caducidad era constitutiva del siniestro de incumplimiento; b) en el artículo 14.2 se consagró que el acto administrativo a través del cual se impusiere una multa sería constitutiva del siniestro de incumplimiento, y c) en el artículo 14.3 señaló que en los demás eventos, diferentes a los anteriores, el acto administrativo sería constitutivo de la reclamación en las garantías otorgadas.

Posteriormente, el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013 dispuso lo siguiente:

“Artículo 128. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

⁵⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de mayo 25 de 2006, Radicado 1748, M.P. Enrique José Arboleda.

3. *Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros”.*

Este último Decreto fue derogado por el Decreto 1082 de mayo 26 de 2015, cuyo artículo 2.2.1.2.3.1.19 tiene un contenido idéntico al del artículo 128 del Decreto 1510 de 2013.

Si bien los decretos reglamentarios acabados de citar dispusieron que el acto administrativo por el cual se impone una multa es constitutivo de siniestro, vale la pena anotar que el artículo 7º de la Ley 1150 únicamente hizo referencia a la declaratoria del siniestro y no al hecho de que otros eventos diferentes a la declaratoria de caducidad fueran constitutivos de éste.

Asimismo se destaca que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007⁵⁶ facultó a las entidades estatales para imponer multas y declarar el incumplimiento mediante acto administrativo y, a su vez, la Ley 1474 de 2011 en su artículo 85⁵⁷ ratificó esta facultad e hizo referencia al procedimiento para hacerlo,

⁵⁶ **Artículo 17.** *Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. *La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.*

⁵⁷ **Ley 1474 de 2015. Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.** *Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...).*

pero estas normas tampoco dispusieron que tales actos fueran constitutivos de siniestro.

En este caso, de acuerdo con la Ley 1150 y los correspondientes decretos reglamentarios, se tiene:

- i) El acto administrativo por el cual se declara el siniestro y se impone una multa es constitutivo del siniestro.
- ii) El acto administrativo por el cual se declara el incumplimiento es equivalente a la reclamación ante la entidad aseguradora, es decir, es declarativo de la ocurrencia del riesgo.

Ha de señalarse que también en vigencia de las normas citadas en este acápite, en todos aquellos eventos en los cuales el acto administrativo no sea constitutivo del siniestro, al igual que se expresó respecto de la Ley 80 de 1993, antes de que rigiera la Ley 1150 de 2007, los hechos de incumplimiento deben haber ocurrido antes de la expedición del acto administrativo que declarara su ocurrencia y bajo el amparo de la respectiva garantía.

4.2.3. La oportunidad para declarar la ocurrencia del siniestro.

En relación con la época dentro de la cual la Administración Pública se encuentra facultada para expedir el acto administrativo por medio del cual declara la ocurrencia del siniestro, se citará *in extensum* la sentencia proferida por esta Sección el 22 de abril de 2009⁵⁸:

“Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 2009. Expediente 14.667. C.P. Miryam Guerrero de Escobar.

produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081⁵⁹ del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

“El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.⁶⁰,”

“De otra parte ha señalado la doctrina que los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria corren simultáneamente, es decir, que dentro del plazo de los cinco años puede operar el término de los dos años, lo cual no significa que el interesado pueda acogerse indistintamente, a su conveniencia, a una u otra de las prescripciones anotadas⁶¹ toda vez que aquella que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo⁶².”

“A su vez, el Consejo de Estado, en sentencia de 6 de octubre de 2005, reiteró el criterio que de tiempo atrás había sostenido en relación con el término del cual disponía la Administración para declarar el siniestro acaecido en un contrato estatal, amparado por un contrato de seguro. En el siguiente sentido se pronunció⁶³:

⁵⁹ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: «**Artículo 1081.-** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos (2) años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco (5) años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.»

⁶⁰ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667Al: “respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000, Exp. 5360, M.P. Nicolás Bechara Simancas.”

⁶¹ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro. Revista Fasecolda, No. 9. “

⁶² Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “OSSA, Efrén, Teoría del contrato de Seguro, Segunda Edición. Editorial Temis, 1991. Bogotá, Colombia, pág. 443.”

⁶³ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: “Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840, M.P. Camilo Arciniegas Andrade; sobre el mismo tema pueden consultarse las siguientes sentencias: de la Sección Cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; de la Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796.”

'El acaecimiento del siniestro, o sea, el incumplimiento, debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el Asegurador resulte obligado a la indemnización. Empero, dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades aduaneras deben declarar el incumplimiento. La Sala siguiendo este mismo criterio, se ha pronunciado reiteradamente en los siguientes términos⁶⁴ :

'Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5o. del Código Contencioso Administrativo.

'Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.»⁶⁵

'Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor:"

"De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como término máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la Administración, sino basta con que haya sido declarado por ella dentro de este término; lo contrario significaría limitar la competencia de la Administración para expedir el acto."

⁶⁴ Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: "Cita original del texto, Sentencia de 11 de julio de 2002 (C.P. Dr. Gabriel Mendoza Martelo) Exp: 11001-03-24-000-1999-0376-01 (Actor: Avianca S.A.)."

⁶⁵ Cita original del texto transcrito) Sentencia de 31 de octubre de 1994. (C.P: Dr. Guillermo Chaín Lizcano). Exp.5759. (Actor: Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.)

La doctrina especializada se ha referido al tema de la prescripción en los siguientes términos:

“2. Así las cosas, en el seguro de cumplimiento opera, de una parte, la prescripción ordinaria, con todos los aspectos que la caracterizan, particularmente en lo que se refiere a su base subjetiva, lo que supone que el decurso prescriptivo empezará a correr desde el momento en que los interesados tengan –o deban haber tenido- conocimiento del siniestro, que en el caso concreto del seguro de cumplimiento, se ha manifestado, estará dado por la floración del incumplimiento, en términos muy simples y sin eufemismos^{66 [141]}, obviamente en tratándose del deber de prestación a cargo de la entidad aseguradora.

3. Como es natural, también operará la prescripción extraordinaria, en la forma prevista por el artículo 1081 del Código de Comercio, lo que, a su turno, implica que en el seguro en cuestión, ella se consumará respecto de cualquier persona, siempre que no haya habido conocimiento del siniestro –porque, en tal caso, la prescripción llamada a regir sería la ordinaria- y su término de cinco años empezaría a correr desde el momento mismo de ese siniestro, esto es, del daño o la pérdida derivados del incumplimiento, en lo que a la prestación a cargo del asegurador atañe, se reitera⁶⁷.

Sobre este tema y retomando el artículo citado anteriormente, se insiste en la importancia de distinguir si el acto administrativo a través del cual se declara la ocurrencia del riesgo, es, o no, constitutivo del siniestro, toda vez que en el evento de que sí lo sea, el plazo para la prescripción correrá a partir de ese momento y, en el evento de que no lo sea, dado que el acto tiene carácter de reclamación ante el asegurador respecto de un incumplimiento que ya ha ocurrido, este término correrá desde que se tenga conocimiento del incumplimiento y no desde su declaratoria. Al respecto se expresó⁶⁸:

“En los casos en que el acto administrativo es constitutivo del siniestro, el plazo de prescripción empezará a correr desde ese momento. En

⁶⁶ Ibid. En los “[...] seguros de cumplimiento de contratos”, ha expresado el Dr. JORGE EDUARDO VARVÁEZ B. “[como lo que se ampara son hecho imputables al deudor contratista que implican el incumplimiento de obligaciones contenidas en un contrato, debe configurarse la responsabilidad civil contractual y por lo tanto, para que tenga cabida la indemnización de perjuicios como consecuencia de ella, es necesario que se acredite que el incumplimiento es imputable al deudor”. El seguro de cumplimiento, op cit. , pág. 411.

⁶⁷ JARAMILLO Carlos Ignacio, Derecho de los Seguros, Tomo IV, Colección Estudios de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2013, p. 132.

⁶⁸ MEJÍA MARTÍNEZ Carmenza, Op. Cit. Esta tesis es apoyada por el tratadista Carlos Ignacio Jaramillo, según se lee en página 135 del texto acabado de citar.

cambio, si el acto administrativo que declara el incumplimiento se entiende como la reclamación de la entidad estatal de su derecho ante el asegurador, lo cual implica que ya se ha presentado el incumplimiento, vale decir el siniestro, los términos de prescripción habrán empezado a correr desde que se conozca de su realización y no desde que se declare para efectos del reclamo”.

La providencia citada parece sugerir que el conocimiento de los hechos constitutivos de incumplimiento debe ocurrir durante la vigencia del seguro, dado que se afirmó que la declaratoria de siniestro “*deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento*”⁶⁹, respecto de lo cual se reitera que lo que debe ocurrir durante la vigencia de la póliza es el incumplimiento y no el conocimiento del mismo y que de este última dependerá el término de prescripción, bien sea ordinaria o extraordinaria.

Ahora bien, se precisa que en tratándose de contratos estatales puede ocurrir uno de los siguientes eventos:

- i) Si el acto es constitutivo del siniestro, como la prescripción corre a partir de la ejecutoria del acto, el plazo se refiere al tiempo para hacerlo valer ante la aseguradora.
- ii) En el evento de que se puedan expedir actos administrativos que si bien declaran el incumplimiento, no son constitutivos de siniestro y que requieran de un acto administrativo que posteriormente declare su ocurrencia y constituya la reclamación ante la aseguradora, el término de prescripción correrá desde la expedición del acto administrativo por el cual se declaró el incumplimiento.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 2009. Expediente 14.667. C.P. Miryam Guerrero de Escobar.

iii) En los eventos respecto de los cuales la entidad no cuente con la competencia para expedir actos administrativos de incumplimiento y deba formularse a la aseguradora la correspondiente reclamación, la prescripción correrá desde la ocurrencia de los hechos.

4.2.4. El siniestro en el caso concreto.

Sostuvo la actora que el acto expedido se encontraba viciado de incompetencia temporal, dado que había sido expedido por fuera de la vigencia de la póliza.

Al contrato objeto de demanda le aplicaba la Ley 80 de 1993, norma a la luz de la cual se analizarán los actos demandados.

En primer lugar, señala la Sala que a través de las Resoluciones 000134 de marzo 27 de 1998 y 000683 de octubre 2 de 1998 se declaró *“la realización del siniestro de incumplimiento del contrato de concesión 06 de 1996, hecho constituido desde el mes de marzo de 1996, fecha en la cual el concesionario empezó a presentar atraso en la compra de talonarios”*.

Los actos demandados no se encuentran viciados por incompetencia temporal, dado que los alegados hechos constitutivos de incumplimiento – retraso en el suministro de talonarios- sucedieron en vigencia del contrato 006/96 y de la garantía única de cumplimiento con la cual se ampararon las obligaciones surgidas del mismo y la Resolución 134 del 27 de diciembre de 1997 fue expedida dentro de los dos años siguientes al conocimiento de los hechos que habrían constituido el incumplimiento, con los cuales contaba la entidad para efectuar la declaratoria del siniestro.

Realmente la incompetencia de los actos deviene del factor funcional, dado que la entidad para la época de vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, solamente contaba con competencia para declarar la caducidad, único acto constitutivo del siniestro para la época, por lo cual no podía declarar el siniestro de incumplimiento a través

de acto administrativo y debía formular la reclamación ante la compañía aseguradora de conformidad con las reglas del Código de Comercio.

Dado lo antes expuesto, la Sala declarará la nulidad de las Resoluciones demandadas.

4.2.5. La indemnización de perjuicios.

Si bien la actora solicitó indemnización de perjuicios materiales y morales, encuentra la Sala que todos ellos se habrían derivado de un presunto incumplimiento, así como de la ruptura del equilibrio económico del contrato, cuyas declaraciones no fueron pedidas en la demanda, por lo cual se abstiene la Sala de efectuar su examen, además de que, según se expuso, la liquidación del contrato se encuentra en firme.

En relación con la ocurrencia del siniestro, no se encuentra acreditado en el proceso que la compañía aseguradora hubiere efectuado pago alguno a la entidad demandante y tampoco se acreditaron en el proceso perjuicios derivados de esta declaratoria, por lo cual denegará la Sala la indemnización de perjuicios derivados de la expedición de los actos administrativos a través de los cuales se declaró el siniestro.

5. Costas del proceso.

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de las Resoluciones 00134 de marzo 27 de 1998 y 000683 de octubre 2 de 1998, mediante las cuales la entidad declaró el siniestro de incumplimiento del Contrato Directo No. 06 de 1996, celebrado entre la Lotería de Bogotá y la sociedad Inversiones Centenario Ltda.

TERCERO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA**SE el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA