



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación: 25000232600020011377-02 (33555)
Expediente: 2002 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A. -COMPAÑÍA DE SEGUROS-
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL -
CAJANAL-
Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: Naturaleza jurídica del Convenio Interadministrativo 093 de 1997 / Competencia para la tasación unilateral de perjuicios en contratos interadministrativos / Competencia para liquidar unilateralmente contratos interadministrativos.

SINTESIS DEL CASO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por La Previsora S.A. - Compañía de Seguros-, en adelante LA PREVISORA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de septiembre de 2006, en relación con el proceso con radicado No. 2002-1541.

Lo anterior, como se ampliará más adelante, en cumplimiento de lo dispuesto en Auto de esta Sala del 17 de agosto de 2017, en el que se decidió declarar la nulidad de todo lo actuado por configurarse la causal de falta de jurisdicción en los procesos acumulados con los radicados 2000-2748 y 2001-1377 y continuar con el proceso 2002-1541.

Todos los procesos acumulados tuvieron como causa común los actos administrativos sancionatorios y de liquidación unilateral expedidos por

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

-CAJANAL- Caja Nacional de Previsión Social, en adelante CAJANAL, con ocasión de la ejecución del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, celebrado entre CAJANAL y COINCO, posteriormente cedido a CODETER y garantizado por LA PREVISORA con la garantía de cumplimiento 10025470.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 25 de julio del año 2002, LA PREVISORA presentó, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales (Fls. 3 - 48 C2), en contra de CAJANAL, en la cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Que son nulas las resoluciones expedidas por CAJANAL Nro. 003626 del 03 de septiembre de 1999, notificada por edicto el día 28 de septiembre de 1999 y por medio de la cual se impuso una multa a CODETER (hoy en liquidación), así como la Resolución Nro. 002379 del 21 de junio de 2000 notificada por edicto del 10 de agosto del mismo año, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera de las resoluciones ya citadas, confirmándola parcialmente, pero determinando que el valor que debía cancelar CODETER no correspondía a una multa, sino a unos perjuicios causados.

Que son nulas las resoluciones expedidas por CAJANAL Nro. 004119 del 28 de octubre de 1999, notificada por edicto el día 26 de noviembre de 1999 y por medio de la cual se impuso una multa a CODETER, así como la Resolución Nro. 002422 del 28 de junio de 2000 notificada por edicto del 10 de agosto de 2000, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera de las resoluciones ya citadas, confirmándola parcialmente, pero determinando que el valor que debía cancelar CODETER no correspondía a una multa, sino a unos perjuicios causados.

Que son nulas las resoluciones expedidas por CAJANAL Nro. 004520 del 23 de noviembre de 2000, mediante la cual se liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo Nro. 093 de 1997 celebrado entre CAJANAL y CODETER, así como también la Resolución Nro 000618 del 14 de febrero del año 2001 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución antes citada.

Que así mismo son nulos todos los actos administrativos que con posterioridad a la presente demanda y en el transcurso de este proceso se dicten por CAJANAL y que tengan origen directo o indirecto en las resoluciones indicadas en los numerales anteriores, nulidad ocasionada por el decaimiento del acto administrativo.

Que como consecuencia de las anteriores nulidades CAJANAL es responsable y deberá responder a LA PREVISORA S.A. por el restablecimiento del derecho, los perjuicios de todo orden tanto lucro cesante como daño emergente, restituir los dineros que como consecuencia de las citadas resoluciones LA PREVISORA S.A. hubiese tenido que cancelar a CAJANAL y, en fin, reconocer y pagar todos

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

los daños que se le hubiesen ocasionado y que se originen directa o indirectamente en las resoluciones enumeradas en los numerales anteriores.

Que en el evento que LA PREVISORA S.A., al momento de dictarse sentencia, hubiese cancelado suma alguna a CAJANAL como consecuencia de la póliza expedida por la primera para amparar, como garantía única, los riesgos contemplados en el Acuerdo Interadministrativo Nro. 093 de 1997 suscrito entre CAJANAL y CODETER, se ordene la restitución de dichos dineros, ya sea con los intereses comerciales causados desde el desembolso de dicho dinero hasta la devolución realizada por CAJANAL o con la indexación de dichos dineros más el interés legal, también calculados desde la fecha de los desembolsos realizados por la PREVISORA hasta que CAJANAL restituya dichos dineros.

Que se condene a CAJANAL a pagar a la PREVISORA S.A. las agencias en derecho y las costas que se ocasionen como consecuencia del presente proceso.

Que todo lo anteriormente expresado deberá cumplirse dentro de los términos establecidos por los artículos 176 y 177 del C.C.A..

2. Fundamentos de Hecho

En síntesis, como fundamento fáctico de sus pretensiones, LA PREVISORA manifestó en la demanda que:

CAJANAL declaró el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo 093 de 1997 por parte de CODETER y, como consecuencia de tal declaración, le impuso unas multas.

CAJANAL liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo 093 de 1997, por fuera del término pactado contractualmente para la liquidación bilateral.

CAJANAL presentó a LA PREVISORA una reclamación por valor de \$11.426.669.548.10, originada en los incumplimientos de CODETER en la ejecución del convenio 093 de 1997.

LA PREVISORA manifestó no tener obligación de pagar la reclamación de CAJANAL, toda vez que en las exclusiones de la Póliza Única de Cumplimiento 10025470 expedida por ella, expresamente se previó el pago de multas.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

2. Acumulación de procesos

Para entender mejor el desarrollo del proceso, es pertinente precisar que las Resoluciones 004119 del 28 de octubre de 1999 y 002422 del 28 de junio de 2000, mediante las cuales CAJANAL declaró el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo No. 093 de 1997, impuso una multa a CODETER y resolvió el recurso de reposición contra la primera, revocó la multa y la convirtió en tasación de perjuicios a cargo de CODETER, fueron demandadas por esta el 6 de diciembre de 2000, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El proceso se adelantó en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, bajo el radicado 002748, en el que LA PREVISORA fue vinculada como litisconsorte necesario de CODETER.

El 13 de junio de 2001, CODETER, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, demandó las Resoluciones 004520 del 23 de noviembre de 2000 y 000618 del 14 de febrero de 2001 con las cuales CAJANAL liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo 093 de 1997. Ese proceso se adelantó en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, bajo el radicado bajo el radicado 01377. En este también LA PREVISORA fue vinculada como litisconsorte necesario de CODETER.

El 25 de julio de 2002, LA PREVISORA, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, demandó la nulidad de las resoluciones 003626 del 3 de septiembre de 1999, por medio de la cual CAJANAL impuso una multa a CODETER por el incumplimiento parcial del convenio interadministrativo 093 de 1997 y 002379 del 21 de junio de 2000, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, revocando la multa y tasando unos perjuicios a cargo de CODETER; 004119 del 28 de octubre de 1999 y 002422 del 28 de junio de 2000 que resolvió el recurso de reposición contra la anterior decisión, revocando la multa y tasando unos perjuicios a cargo de CODETER por el incumplimiento del convenio que resolvió el recurso interpuesto contra la anterior y de las resoluciones 004520 del 23 de noviembre de 2000 y 000618 del 14 de febrero de 2001, mediante las cuales CAJANAL liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo 093 de 1997. Ese proceso se tramitó en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, bajo el radicado 01541.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

En auto del 25 de junio de 2003 (Fls. 84 - 85. C1), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió acumular los procesos 01377 y 01541 al proceso 002748, por ser ese el más antiguo, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del C.P.C.. El *a quo* profirió sentencia el 27 de septiembre de 2006, contra la cual tanto LA PREVISORA (Fls. 156 - 159. C11) como CODETER (Fls. 171 - 183. C11), presentaron recurso de apelación.

2.1. Declaratoria oficiosa de nulidad procesal

El 18 de julio de 2016, encontrándose el proceso para fallo en el Consejo de Estado, el Despacho encargado del mismo declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y de competencia para conocer el asunto, en los términos del artículo 145 del C. de P.C.

Esa decisión se fundamentó en el auto de unificación de jurisprudencia que dictó la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 18 de abril de 2013, radicado 17.859, en la que se definió la competencia que le asistía a la Justicia Arbitral para conocer de las controversias derivadas de los actos administrativos contractuales expedidos por las entidades estatales, en ejercicio de facultades diferentes a los poderes excepcionales previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y en la rectificación jurisprudencial que en esa misma decisión se tomó respecto de la denominada "renuncia tácita" del pacto arbitral.

Aclaró, que en el Convenio Interadministrativo 093 de 1997, celebrado entre CODETER y CAJANAL se pactó una cláusula compromisoria, por virtud de la cual las partes expresamente acordaron que las discrepancias surgidas con ocasión del mismo debían ser resueltas por un tribunal de arbitramento.

Precisó la providencia que la imposibilidad legal para proferir un fallo válido de fondo, en el caso concreto, no devenía solo del cambio de jurisprudencia, sino de la aplicación de las normas legales, imperativas y de orden público, que regulaban la materia, a cuya observancia no podía sustraerse el juez.

En consecuencia, se ordenó remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

2.2. Recurso de Súplica

En escrito del 28 de julio de 2016 (Fls. 293 - 294 C11), LA PREVISORA interpuso recurso de súplica contra la providencia del 18 de julio de 2016, con fundamento en los siguientes argumentos:

La providencia no consideró que la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección C, ya había anulado 2 de los 6 actos administrativos que expidió CAJANAL contra CODETER en desarrollo del mismo Convenio Interadministrativo 093 de 1997, celebrado entre las mismas partes, con la misma cláusula compromisoria y lo hizo el 6 de junio de 2015, es decir, después de los cambios de jurisprudencia.

En el contrato de seguro no se pactó una cláusula compromisoria que obligara a LA PREVISORA a demandar ante la justicia arbitral la legalidad de los actos administrativos unilaterales que liquidaron en sede administrativa los supuestos perjuicios causados por CODETER y que pretendió hacer efectivos con cargo al contrato de seguro, consignado en la póliza de cumplimiento expedida por LA PREVISORA.

La decisión de anular lo actuado y abstenerse de dictar sentencia se erige para LA PREVISORA en una denegación de justicia y violación del debido proceso.

En consecuencia, solicitó que se revocara la decisión y se procediera a dictar sentencia, en los términos del artículo 305 del C. de P.C.

2.3. Providencia que resolvió el recurso de súplica

En Auto del 17 de agosto de 2017 (Fls. 297 - 305. C10), la Sección Tercera de esta Corporación, resolvió el recurso de súplica interpuesto por LA PREVISORA, con fundamento en los argumentos que, en síntesis, se expresan a continuación:

A los procesos iniciados por CODETER, en virtud del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, les resulta aplicable la cláusula compromisoria pactada, la cual, por encontrarse vigente, debía surtir sus efectos frente a las partes que suscribieron el convenio. Las controversias que se plantearon en los referidos procesos surgieron

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

del ejercicio de facultades distintas a las previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por lo que podían ser conocidas y decididas por árbitros.

Los efectos de la cláusula compromisoria pactada en el Convenio Interadministrativo 093 de 1997 no son extensivos al proceso en el que LA PREVISORA demandó a CAJANAL. El contrato de seguro en virtud del cual LA PREVISORA garantizó el cumplimiento de las obligaciones del Convenio Interadministrativo fue suscrito en vigencia de normas que posteriormente fueron compiladas en el Decreto 1818 de 1998, normativa que no buscaba extender los efectos de la cláusula compromisoria más allá de las partes del contrato.

En casos como el analizado, en el que existe una garantía constituida en vigencia de las normas que compiló el Decreto 1818 de 1998 y en el que la cláusula compromisoria fue pactada únicamente por las partes, no resulta procedente extender los efectos de dicha cláusula a las controversias surgidas entre la aseguradora y su entidad contratante.

Los procesos iniciados por CODETER deben ser conocidos por la justicia arbitral, mientras que aquel en el que funge como demandante LA PREVISORA, el juez natural es la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

En consecuencia, ordenó continuar con el trámite del recurso de apelación interpuesto por LA PREVISORA S.A. contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en relación con el proceso con radicado 2002-1541, en el que aquella es demandante. Para los demás procesos, es decir, lo radicados con los números 2000-2748 y 2001-1377, en los que CODETER fue la demandante, confirmó la nulidad de todo lo actuado por configurarse la causal de falta de jurisdicción y ordenó remitir los expedientes al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá.

3. Fundamentos de derecho

Manifiesta el actor que con la expedición de las resoluciones demandadas, se violaron y desconocieron, entre otros, los siguientes artículos:

De la Constitución Política de Colombia: 2, 6, 83, 90 y 121.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

De la Ley 80 de 1993: 13, 14, 23, 24, 28, 40, 60 y 61.

Del Código Contencioso Administrativo: 87, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998.

Del Código Civil: 1602 y 1603.

Del Código de Comercio: 864, 1079, 1081, 1083 y siguientes.

4. Concepto de violación

Manifestó LA PREVISORA que los actos administrativos mediante los cuales se impusieron las multas y se liquidó unilateralmente el convenio 093 de 1997 son nulos por falta de competencia de la demandada para proferirlos. Además, por desconocer normas del derecho positivo, haber sido falsamente motivados y haber incurrido en desviación de poder.

Adujo que el acuerdo suscrito entre CAJANAL y COINCO era un típico contrato de compraventa, que por tener como partes a dos entidades, tenía la naturaleza de un Convenio Interadministrativo, en el que ninguna de las partes gozaba de prerrogativa, privilegio o estipulación excepcional, es decir, se encontraban en igualdad de condiciones.

Por esa misma razón, expresamente en la cláusula 13 del convenio se acordó que su liquidación debía realizarse de mutuo acuerdo, es decir, no se previó que alguna de ellas pudiera hacerlo de forma unilateral.

En los contratos de compraventa no son de obligatoria inclusión las estipulaciones excepcionales o cláusulas exorbitantes, ni estas se entienden incluidas o pueden ser acordadas.

Cada una de las resoluciones proferidas por CAJANAL, controvertidas en la demanda, correspondían al ejercicio de facultades excepcionales, en la medida en que imponían multas a CODETER, las cuales, de manera antijurídica, fueron convertidas, posteriormente, en determinación de perjuicios y sirvieron para liquidar unilateralmente el contrato.

En relación con la imposición de multas, contrario a lo que ocurría en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 guardó silencio en relación con la

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

posibilidad para las entidades públicas de pactarlas e imponerlas y, en consecuencia, estas carecen de competencia para tales efectos. El juez del contrato es el único competente para fijarlas e imponerlas.

En el caso concreto, la ilegalidad de los actos administrativos que impusieron las multas es aún más evidente, en la medida que se trató de un acuerdo interadministrativo, en el que estaba expresamente prohibida la incorporación de cláusulas exorbitantes. De hecho, la facultad a favor de CAJANAL para imponer multas, solo se pactó en la Adición Nro. 5 al convenio, del 29 de julio de 1999.

Manifestó que los supuestos incumplimientos en los que se motivó la multa impuesta mediante la Resolución Nro. 003626 del 3 de septiembre de 1999, se presentaron en relación con las adendas 3 y 4, pero en la póliza Nro. 10025470, entre las exclusiones del riesgo cubierto se previó la imposición de multas impuestas al contratista; por tanto, las referidas sanciones estaban a cargo de este, exclusivamente.

El actor llamó la atención sobre el cambio de naturaleza jurídica de la obligación impuesta en las resoluciones censuradas, al pasar de tratarlas como multas a afirmar que constituían indemnización de perjuicios, con el fin de cobrar esos valores directamente a la aseguradora, con lo cual incurrió en falsa motivación y desviación de poder.

En resumen, manifestó que las Resoluciones 004520 de 2000 y 000618 de 2001 que la confirmó, con las que CAJANAL liquidó de manera unilateral el Convenio Interadministrativo 093 de 1997, violaron la Constitución en sus artículos 6 y 121, porque la entidad no tenía competencia para hacerlo y, además, se desconoció lo pactado en la cláusula 13 del convenio, en la que expresamente se pactó que este debía ser liquidado de común acuerdo entre las partes, sin que se autorizara a CAJANAL a hacerlo unilateralmente, en el evento en que las partes no se pusieran de acuerdo. Insistió en que el único competente para liquidar el convenio unilateralmente era el juez de lo contencioso administrativo.

Añadió que CAJANAL tampoco tenía competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del Convenio Interadministrativo, toda vez que esa potestad era también una prerrogativa excepcional y que la situación hubiera sido distinta si en

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

el convenio se hubiera pactado una cláusula penal pecuniaria, de las llamadas por la doctrina como impropia, es decir, que no se hubiera pactado como multa, sino como determinación anticipada de perjuicios, pero tal pacto no existió y no puede ahora la administración abrogarse una competencia que no le correspondía.

La falta de competencia de CAJANAL también se configuró por violación y desconocimiento del convenio, en lo que tiene que ver con los mecanismos que fueron previstos en él para la solución de conflictos. El procedimiento que debieron seguir las partes era el previsto en la cláusula 14, esto es, CAJANAL debió acudir al Ministerio Público para efectos de la conciliación prejudicial y, en el evento de que la misma resultare fallida, instaurar un tribunal de arbitramento y no proceder, como lo hizo, a expedir las resoluciones demandadas, haciendo uso de unas prerrogativas que no tenía.

En relación con el eventual incumplimiento de CODETER en la entrega de los equipos, como se desprende de los documentos impugnados, tanto en la época en que se profirieron las resoluciones de multa como de liquidación unilateral, se habían dejado de entregar algunos equipos debido a que las instalaciones en las que se debería realizar el montaje de los mismos, Clínica Santa Rosa de Bogotá, Clínica de Tunja en Boyacá y Centro Médico Medellín en Antioquia, no habían sido terminadas, y tampoco se pudo realizar la capacitación y entrega de los manuales, toda vez que no existía el personal disponible en cada una de las instalaciones para el efecto.

Lo manifestado en las resoluciones cuestionadas evidenció la culpa por parte de CAJANAL o una responsabilidad compartida por parte de esa entidad.

Finalmente, en las resoluciones que liquidaron unilateralmente el Convenio Interadministrativo, materia de demanda, se incluyeron perjuicios por incumplimiento, e intereses moratorios liquidados unilateralmente por parte de CAJANAL, sin tener facultad para ello.

5. Actuaciones procesales

5.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por auto del 18 de septiembre de 2002 (Fl. 51 C2), inadmitió la demanda y ordenó aportar al proceso:

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

(i) Original o copia auténtica de constancia expedida por CAJANAL, que certificara la fecha de ejecutoria de todas las resoluciones que fueron demandadas, para efectos de establecer el término de caducidad de la acción sobre cada una de ellas, y

(ii) Realizar una estimación razonada de la cuantía, cuya suma en pesos fuera el resultado de una liquidación que tuviera en cuenta los perjuicios ocasionados por las resoluciones proferidas, actualizadas a la fecha de presentación de la demanda.

5.2. En escrito del 27 de septiembre de 2002 (Fl. 52. C2), el apoderado de la demandante dio contestación al auto del 18 de septiembre de 2002, en él:

Precisó que para la fecha de presentación de la demanda, LA PREVISORA no había realizado ningún desembolso; sin embargo, CAJANAL, en oficio 1935 del 17 de octubre de 2001, le presentó reclamación por más de \$11.426.669.548.10, de conformidad con las Resoluciones 004520 del 23 de noviembre de 2000, por medio de la cual liquidó unilateralmente el contrato y 00618 del 14 de febrero de 2001, que la confirmó.

Informó que la Contraloría General de la República, en uso de las facultades conferidas por la Ley 610 de 2000, para efectos de determinar la responsabilidad fiscal respecto del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, embargó las cuentas de LA PREVISORA, quien se vio obligada a adquirir una póliza de seguros que cubriera el desembargo de sus cuentas por valor de \$60.905.800. Considerando esa situación y apoyándose en el artículo 132 numeral 8 del CCA, tasó los perjuicios en el valor de la póliza.

Así mismo, aportó los siguientes documentos:

- Original del oficio 00008140 del 4 de abril de 2002, por medio del cual LA PREVISORA solicitó a CAJANAL copia auténtica de todos los actos demandados con la respectiva certificación de notificación (Fls. 56 - 57 C2).

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

- Original del oficio SG655 del 18 de abril de 2002, por medio del cual el Secretario General de CAJANAL certificó las fechas de notificación de cada uno de los actos demandados (Fls. 58 - 59 C2).

- Fotocopia del oficio GG1935 del 17 de octubre de 2001, cuyo original reposa en el expediente, toda vez que fue aportado en la demanda, con el que CAJANAL hizo presentación formal de la reclamación (Fl. 60 C2).

- Original de la cuenta de cobro suscrita por el Gerente General de CAJANAL, dirigida a LA PREVISORA, por la suma de \$11.426.669.548.10 (FL. 61 C2).

- Fotocopia autenticada de la póliza de seguro judicial, expedida por la Compañía Mundial de Seguros, para garantizar el pago del crédito, en razón al proceso de cobro coactivo iniciado por la Contraloría General de la República (Fls. 62 - 63 C2).

- Fotocopia autenticada de la solicitud de pago, la orden de pago y el recibo de cheque por la suma de \$60.905.800, para cancelar la póliza de seguro expedida por la Compañía Mundial de Seguros (Fls. 64 - 66 C2).

5.3. En auto del 30 de abril de 2002, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda, ordenó notificar la misma a la parte demandada y al Ministerio Público y cancelar los gastos de notificación; reconoció personería al apoderado de la demandante y ordenó la fijación en lista del proceso por el término de 10 días, para los efectos previstos en el artículo 207 del C.C.A. (Fl. 68 C2).

5.4. La demanda fue notificada a CAJANAL el 5 de diciembre de 2002 (Fl. 70 C2).

6. Contestación de la demanda

El 13 de enero de 2003, CAJANAL dio contestación a la demanda (Fls. 71 - 78 C2). Se opuso a todas las solicitudes de declaraciones y condenas; respecto a los hechos en los que se sustentó la demanda aceptó unos, rechazó otros. Como razones de su defensa expresó, en síntesis, los siguientes argumentos:

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

En cuanto al cargo relacionado con la falta de competencia de CAJANAL para expedir los actos demandados, se remitió al texto del convenio y resaltó que, en su cláusula primera, se conformó un Comité de Seguimiento Interinstitucional, conformado por personas de ambas entidades (CAJANAL – CODETER), quienes de común acuerdo ejercerían la monitoría, resolverían las dificultades surgidas con su ejecución, interpretarían sus cláusulas y condiciones, establecerían el cronograma de entregas de los equipos y, en general, realizarían los acuerdos necesarios para obtener los resultados esperados con la ejecución del convenio; de cada una de las sesiones del Comité se levantó la respectiva acta.

En las actas del Comité, en especial las 038 y 044, quedó en evidencia que CAJANAL le había manifestado a CODETER de manera reiterada los hechos que configuraban su incumplimiento y los perjuicios causados por tal situación. El contratista, por tanto, estuvo siempre enterado y tuvo la oportunidad de intervenir de manera previa a la imposición de la sanción, es decir, pudo ejercer su defensa y realizar correctivos para cesar el incumplimiento; sin embargo, no lo hizo.

En el convenio se pactó la posibilidad de aplicar multas. Específicamente, en la Adición 05, suscrita el 28 de julio de 1999, tanto en su parte general, como en la cláusula 4, se convino la posibilidad para CAJANAL de imponer sanciones de orden pecuniario, las cuales quedaban amparadas en la póliza de cumplimiento. En su escrito, citó doctrina y jurisprudencia en materia de multas para soportar la competencia de CAJANAL para imponerlas directamente.

Agregó que las multas y perjuicios se cobraron en aplicación de una cláusula contractual de derecho común, no en la aplicación de una cláusula excepcional. Manifestó que CAJANAL adelantó todas las gestiones tendientes a la liquidación bilateral, pero como las partes no se pusieron de acuerdo procedió a liquidarlo unilateralmente. Hizo énfasis en que la entidad no podía quedarse supeditada al querer del particular y dejar sin liquidar el contrato o tener que acudir al juez para tal efecto.

7. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia en el proceso acumulado, el 27 de septiembre de 2006, en la que denegó las pretensiones de la demanda. Apoyó su decisión, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

Consideró que era competente para decidir sobre las pretensiones de la demanda. Con la presentación de la demanda y su contestación, sin manifestar excepción de cláusula compromisoria, las partes renunciaron a someter el litigio a un tribunal de arbitramento, es decir, prescindieron de la utilización de dicha cláusula.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, dado que el contratista no se presentó a la liquidación o las partes no llegaron a un acuerdo sobre el contenido de la misma, esta podía ser realizada directa y unilateralmente por la entidad contratante y adoptada por acto administrativo motivado, susceptible del recurso de reposición.

La liquidación unilateral efectuada por CAJANAL fue consecuencia del incumplimiento por parte de CODETER. En el acto de liquidación unilateral CAJANAL aplicó sanciones de multa por el incumplimiento parcial y por los perjuicios que el contratista le ocasionó a la Administración por el incumplimiento definitivo de las obligaciones, atribuciones pactadas por las partes al momento de la suscripción del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, es decir, ambas partes conocían la existencia de dichas facultades.

La potestad de la administración para proceder a la liquidación unilateral del convenio tuvo su fuente en la ley que facultaba a la entidad contratante a declarar el incumplimiento del contrato cuando se presentaran causas legales y contractuales imputables al contratista que afectaran la ejecución del objeto contractual, siendo, en consecuencia, su efecto natural, la terminación y la liquidación del mismo.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, ante la falta de acuerdo entre las partes sobre la liquidación del contrato, corresponde a la entidad efectuarla unilateralmente y, si esta no lo hace, puede acudir al juez, a fin de que resuelva las diferencias entre las partes. Por tanto, la competencia material de la administración para liquidar el contrato unilateralmente, antes de la Ley 446 de 1998, como ocurre en el presente caso, surgía al declararse fallida la etapa de liquidación bilateral por falta de acuerdo, sin que esto signifique que la entidad contratante hubiera hecho uso de facultades o poderes exorbitantes no otorgados a ella.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

En el caso concreto, el plazo acordado por las partes para la liquidación del convenio terminó el 28 de septiembre de 2000 y se liquidó unilateralmente el 23 de noviembre de 2000, por consiguiente la liquidación unilateral se profirió con competencia temporal.

En la declaratoria de incumplimiento y la liquidación unilateral del convenio 093 de 1997, la administración actuó en su carácter de contratante y no dentro de la órbita de facultades o cláusulas excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. En la cláusula 13 del convenio las partes previeron la liquidación del contrato; luego, no es consecuente señalar, como se hizo en la demanda, que dicha facultad obedeció al ejercicio de un poder excepcional de la administración. Consideró que no estaba acreditado que en el procedimiento para la expedición de los actos acusados se hubiera incurrido en violación al debido proceso y ausencia de facultad legal para su expedición; por el contrario, en su concepto, se demostró que CAJANAL actuó conforme a lo pactado, es decir, cumplió con la premisa legal contenida en el artículo 1602 del C.C. que prescribe *"Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y, no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*.

En consecuencia, cada una de las decisiones adoptadas por la entidad contratante se realizaron bajo la autonomía de la voluntad de las partes, pactada en el convenio y con observancia de las normas legales, en especial lo dispuesto en los artículos 59 y 61 del Estatuto de Contratación, que preveían el contenido de los actos sancionatorios y la liquidación unilateral, respectivamente.

Consideró, finalmente, que las resoluciones a través de las cuales se predicó el incumplimiento a cargo del contratista estaban cobijadas con la presunción de legalidad, imponiendo al demandante la carga de probar su ilegalidad, lo cual no se demostró; por el contrario, la demandada, CAJANAL, acreditó el incumplimiento de CODETER de las obligaciones contenidas en el Convenio Interadministrativo suscrito por las partes y la procedencia de la liquidación unilateral del mismo, toda vez que, contrario a lo afirmado en la demanda, el contrato no fue liquidado de común acuerdo por las partes, pese a los intentos hechos por ella.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

8. Recurso de apelación

CODETER (Fls. 156 - 159 C11), así como LA PREVISORA (Fls. 171 - 183 C.11), interpusieron recurso de apelación. Solicitaron que la sentencia impugnada fuera revocada.

8.1. CODETER

En su escrito del 16 de marzo de 2007 (Fls. 155 y 171 - 183 C10), reiteró lo expresado en la demanda correspondiente al proceso con radicado 2000 – 2748.

En síntesis manifestó:

En un Convenio Interadministrativo no existen poderes exorbitantes; por tanto, CAJANAL no podía multar a CODETER ni dictar una resolución de liquidación unilateral.

Solicitó revocar la sentencia del 27 de septiembre de 2006 y, en su lugar, declarar la nulidad de las Resoluciones de CAJANAL 004119 del 28 de octubre de 1999 y 2422 del 28 de junio de 2000.

8.2. LA PREVISORA

En su escrito del 11 de octubre de 2006 (Fls. 156 - 163 C10), expresó, en síntesis, los siguientes argumentos:

Respecto a la renuncia tácita a someter el litigio a un tribunal de arbitramento, indicó que lo discutido en el proceso hacía relación a la legalidad de unos actos administrativos, lo cual, a juicio de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, no era asunto susceptible de transacción y, por lo mismo, no podía ser de conocimiento de la justicia arbitral.

La sentencia de primera instancia no consideró en detalle los motivos de defensa e ilegalidad expuestos por ella a la hora de coadyuvar, intervenir y alegar de conclusión.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

Reiteró que en el Convenio Interadministrativo 093 de 1997 suscrito entre CODETER y CAJANAL no se estipuló ninguna cláusula de carácter conminativo o sancionatorio. En consecuencia, CAJANAL obró de manera ilegal al imponer multas no previstas en el convenio.

Señaló que, en efecto, a pesar de que la ley no le otorgara competencia para imponer multas que no estuvieran pactadas contractualmente, CAJANAL expidió las Resoluciones 003626 del 3 de septiembre de 1999 y 004119 del 28 de octubre de 1999 por las cuales declaró el incumplimiento parcial de CODETER, y le impuso dos multas cada una por el equivalente al 10% del valor parcial del convenio que no se había ejecutado, esto es \$850.441.572.42 y \$712.372.325.50 respectivamente.

Aclaró que lo controvertido en este caso no era la imposibilidad legal y jurídica para que una entidad estatal pudiera imponer las multas pactadas mediante actos administrativos unilaterales excepcionales, asunto que fue definido por el Consejo de Estado en sentencia del 20 de octubre de 2005, sino que lo debatido era mucho más grave, era la imposición de multas que no estaban pactadas.

CAJANAL expidió las Resoluciones 002379 del 21 de junio de 2000 y 002422 del 28 de junio de 2000, por las cuales se resolvieron los recursos de reposición contra las Resoluciones 003626 y 004119, recursos que habían sido oportunamente interpuestos por CODETER y LA PREVISORA; en ambos casos, en lugar de revocar las medidas ilegalmente adoptadas, CAJANAL convirtió las multas en tasaciones unilaterales de perjuicios, con modificación de los valores de las sanciones, así: \$731.409.665.77 para la resolución 003626 de 1999 y \$685.529.598.56 para la resolución 004119 de 1999.

De conformidad con el artículo 6 de la Constitución Política, las entidades estatales no están facultadas para expedir actos de liquidación unilateral de perjuicios.

La liquidación del contrato, bilateral o unilateral, no podía derivar consecuencias que afectaran los intereses o la situación jurídica de LA PREVISORA, toda vez que no participó de esa actuación; de lo contrario, habría manifiesta violación al

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

principio constitucional del debido proceso y al derecho de defensa, además de desconocimiento al mandato consagrado en el artículo 14 del C.C.A.

9. Actuación en segunda instancia

Con auto del 13 de abril de 2007 (Fl. 185. C10), la Sección Tercera de esta Corporación, admitió los recursos de apelación interpuestos por CODETER y por LA PREVISORA y ordenó la notificación personal al Ministerio Público y por estado a las demás partes del proceso.

En auto del 18 de mayo de 2007 (Fl. 187. C. 10), se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales. Respecto al Ministerio Público, ordenó estarse a lo dispuesto en el artículo 59 de la ley 446 de 1998.

9.1. Alegatos de conclusión

9.1.1 CODETER

Reiteró los argumentos expresados en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación (Fl. 188. C11).

9.1.2. LA PREVISORA

En escrito del 26 de junio de 2007 (Fls. 189 – 192. C10), reiteró los argumentos que expresó en el recurso de apelación. Se resaltan, en síntesis, algunos aspectos:

En el acto de liquidación unilateral no se derivaron obligaciones de pago a cargo de LA PREVISORA, dado que no se ordenó que pagara a CAJANAL ninguna suma de dinero resultante de esa liquidación, pero los otros dos actos demandados sí pretendieron derivar obligaciones de pago a cargo de LA PREVISORA, consistentes en multas que impuso unilateralmente CAJANAL, sin estar pactadas en el convenio.

En el proceso de liquidación del Convenio Interadministrativo, tanto en sus etapas bilateral como unilateral, no intervino LA PREVISORA, quien, por tanto, no conoció de su desarrollo, situación que violó sus derechos de defensa y debido proceso.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

El plazo para liquidar el contrato se prorrogó, estando vencido el plazo de ejecución del contrato, a través de actos administrativos que no conoció LA PREVISORA. Las prórrogas del plazo de liquidación del contrato fueron conocidas por LA PREVISORA solo en virtud de la relación que hizo CAJANAL en el acto de liquidación unilateral.

Reiteró que de la liquidación del contrato, fuese esta bilateral o unilateral no podían derivarse consecuencias que afectaran sus intereses o situación jurídica, toda vez que no participó en esa actuación, lo que representaría violación al debido proceso y a su derecho de defensa, además del desconocimiento del mandato consagrado en el artículo 14 del C.C.A.

En el convenio celebrado entre CODETER y CAJANAL no se estipuló ninguna cláusula de carácter conminativo ni sancionatorio, como multas o cláusula penal pecuniaria. En consecuencia, fue ilegal la imposición de multas con ocasión del referido convenio.

9.1.3. CAJANAL

En escrito del 28 de junio de 2007 (Fls. 193 - 194. C 10), manifestó que las resoluciones demandadas no estaban afectadas por vicio alguno que llevara a declarar su nulidad; las mismas, tanto en sus actos preparatorios como definitivos fueron ajustadas a la ley y garantizaron los derechos fundamentales del contratista y su aseguradora, principalmente el del debido proceso.

La terminación del contrato es una consecuencia lógica del incumplimiento de CODETER y, por ende, su liquidación, la cual, sino es posible hacerla de común acuerdo, la ley autoriza que se realice de manera unilateral.

El incumplimiento de CODETER trajo como consecuencia que se impusieran las respectivas sanciones y el cobro de los daños que le fueron causados a CAJANAL.

Los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, que regían el convenio 093 de 1997, disponían que si estos debían liquidarse bilateralmente por las partes y esta no se hacía en el término estipulado o las partes no llegaban a acuerdo alguno, la

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

liquidación sería realizada "directa y unilateralmente" por la entidad. En consecuencia, la actuación realizada por CAJANAL estaba autorizada por la ley. En su consideración, quedaron demostrados los hechos que llevaron a la terminación unilateral del convenio, la consecuente aplicación de las multas y el cobro de los daños causados; por tal razón, insistió en que los respectivos actos se encontraban ajustados a derecho.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia del Consejo de Estado.

1.1 Presupuestos procesales.

1.1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente.

El litigio que resuelve la Sala tuvo su origen en el Convenio Interadministrativo 093 de 1997. Por tanto, conforme a lo previsto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993¹, el juez competente para conocer las controversias derivadas de él, es el de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por otra parte, si bien LA PREVISORA, para la fecha de presentación de la demanda, no había realizado ningún desembolso por la ocurrencia del siniestro declarado por CAJANAL, sí precisó en su escrito de respuesta² al auto del 18 de septiembre de 2002, con el que el *a quo* inadmitió la demanda, que CAJANAL para esa fecha le había presentado reclamación por valor de \$11.426.669.548.10; además, indicó que se vio obligada a adquirir una póliza de seguro para el desembargo de sus cuentas, por valor de \$60.905.800.00.

Así las cosas, el valor de las pretensiones de contenido económico superó el equivalente a 500 S.M.L.M.V. de la fecha de presentación de la demanda, que fue el 25 de julio de 2002³, exigido por la Ley 446 de 1998 para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

¹ 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."

² Escrito del 27 de septiembre de 2002. (Fls. 52 - 55 C2).

³ Para el año 2002 el SMMLV estaba en la suma de \$309.000.

1.1.2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

Las pretensiones de la demanda se encaminaron a obtener la declaración de nulidad de las siguientes resoluciones expedidas por CAJANAL, en su calidad de entidad contratante en el Convenio Interadministrativo 093 de 1997, para el cual LA PREVISORA, como entidad aseguradora, expidió la póliza de cumplimiento 10025470:

- Resolución 003626 del 3 de septiembre de 1999: Impuso una multa a CODETER por el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo 093 de 1997 .
- Resolución 002379 del 21 de junio de 2000: Resolvió el recurso de reposición interpuesto por CODETER contra la Resolución 003626 del 3 de septiembre de 1999. Modificó la naturaleza del valor a cancelar, de una multa a pago de perjuicios ocasionados por incumplimiento contractual.
- Resolución 004119 del 28 de octubre de 1999: Impuso una multa a CODETER por el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo 093 de 1997.
- Resolución 002422 del 28 de junio de 2000: Resolvió el recurso de reposición de CODETER contra la Resolución 004119 del 28 de octubre de 1999. Modificó la naturaleza del valor a cancelar, de una multa a pago de perjuicios ocasionados por incumplimiento contractual.
- Resolución 004520 del 23 de noviembre de 2000: Liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo 093 de 1997.
- Resolución 000618 del 14 de febrero de 2001: Resolvió el recurso de reposición interpuesto por CODETER, contra la Resolución 4520 del 23 de noviembre de 2000.

Asuntos, todos ellos, susceptibles de ser resueltos a través de la acción de controversias contractuales, consagrada, para el momento de presentación de la

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

demanda, en el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, como se planteó en ella.

Por su parte, el literal d) del numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, estableció el término de caducidad de la acción contractual, así:

ARTÍCULO 136. Caducidad de las acciones.

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:
(...)*

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar.

Para determinar la oportunidad de la acción, es necesario tener en cuenta que CAJANAL liquidó unilateralmente el convenio 093 de 1997 mediante la Resolución 004520 del 23 de noviembre de 2000 (Fls. 29 - 34. C5), confirmada por la Resolución 000618 del 14 de febrero de 2001 (Fls. 11 - 16. C5), notificada al representante legal de LA PREVISORA el 19 de febrero de 2001 (Fl. 16. C5). Tanto en la Resolución 004520 como en la 000618 que la confirmó, se incluyeron, por parte de CAJANAL, los perjuicios causados por CODETER a causa de su incumplimiento, establecidos en las Resoluciones 003226, 004119, 002379 y 002422 y, en ambas se ordenó notificar a LA PREVISORA.

La demanda fue presentada el 25 de julio de 2002 (Fls. 3 a 48. C2), es decir, antes del vencimiento de 2 años, contados a partir de la notificación de la Resolución 000618 del 14 de febrero de 2001, con la que CAJANAL liquidó de manera unilateral y definitiva el Convenio Interadministrativo 093 de 1997; por tanto, ha de concluir la Sala que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido para el efecto.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

1.1.3 Legitimación en la causa

LA PREVISORA cuenta con legitimación en la causa por activa, por haber expedido la póliza Nro. 10025470 para amparar el cumplimiento de las obligaciones del contratista, derivadas del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, suscrito entre la demandada CAJANAL y CODETER, en cuya ejecución se expidieron los actos administrativos cuestionados.

La Sala considera pertinente precisar que, si bien LA PREVISORA no celebró el Convenio Interadministrativo 093 de 1997, sí está legitimada en la causa para demandar a CAJANAL, toda vez que, como se indicará, los actos expedidos por esta la afectaban directamente, por ser la garante de las obligaciones surgidas del convenio.

En la Resolución 004119 del 28 de octubre de 1999, *"Por el cual se declara un incumplimiento parcial del Convenio No. 093 de 1997, suscrito entre CAJANAL EPS y La Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda 'CODETER' y se impone una multa"*, se dispuso:

ARTÍCULO QUINTO: Notificar personalmente al representante legal de la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. haciéndole saber que en contra de la misma procede el recurso de apelación ante el Director Nacional de la Caja Nacional de Previsión, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 numeral 1°, inciso 3° de la ley 80 de 1993.

En la Resolución 002422 del 28 de junio de 2000, *"Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 004119 de 1999"*, se dispuso:

ARTÍCULO CUARTO: En caso que el contratista no reconozca el valor de los perjuicios causados a CAJANAL, se hará efectiva la póliza de cumplimiento número 10025470, expedida por la compañía de seguros LA PREVISORA S.A.

En la Resolución 004520 del 23 de noviembre de 2000, *"Por la cual se liquida unilateralmente el Convenio No. 093/97 CAJANAL - CODETER LTDA"* se dispuso:

ARTÍCULO CUARTO: Notificar el contenido de la presente Resolución tanto al representante legal de la Cooperativa de Desarrollo Territorial CODETER LTDA, como al representante legal de LA PREVISORA S.A. Compañía de Seguros.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

En la Resolución 000618 del 14 de febrero de 2001, *Por la cual se resuelven unos recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 004520 de 2000*, se dispuso:

ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese el contenido de esta providencia a los mencionados apoderados, haciéndoles saber que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cabe destacar que, CAJANAL radicó ante LA PREVISORA con la comunicación GG 1935 del 11 de octubre de 2001, una cuenta de cobro por valor de \$11.426.669.548.10, con fundamento en las resoluciones declarativas de incumplimiento y, en particular, en la Resolución 004520 de 2000, con la que se liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo 093 de 1997.

Resulta claro el interés de LA PREVISORA respecto a los actos referidos, de donde surge su legitimación para demandarlos.

La Sala al resolver un asunto similar expresó⁴:

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

Por su parte, CAJANAL está legitimada en la causa por pasiva, por ser la entidad pública que expidió los actos administrativos atacados.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver la competencia de CAJANAL para proferir los actos acusados, en tanto declararon el incumplimiento del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, ordenaron hacer efectivas las multas y la liquidación unilateral de perjuicios, así como la liquidación unilateral del convenio.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33476, C.P. Enrique Gil Botero.

3. Hechos probados

Conforme con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tendrán por probados los siguientes hechos, relevantes para resolver el caso concreto:

Entre la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- y la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda -COINCO-, se suscribió el Convenio Interadministrativo de compraventa⁵ 093 del 06 de agosto de 1997⁶, del cual se destacan las siguientes cláusulas:

CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO. El objeto del presente Convenio Interadministrativo es la venta que "COINCO LTDA" hace a CAJANAL - EPS y la compra que ésta hace a aquel de los siguientes bienes, de acuerdo con las características básicas que se indican a continuación, para equipar y dotar la CLINICA SANTA ROSA en Santafé de Bogotá, CLINICA DE TUNJA en Boyacá y CENTRO MEDICO DE MEDELLÍN en Antioquia: (...)

CLAUSULA TERCERA: VALOR DEL CONVENIO. Para todos los efectos legales y fiscales las partes han fijado el valor del presente convenio en la suma de DIEZ Y NUEVE MIL CUARENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$19.048.000.000) incluido IVA.

CLAUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO. -CAJANAL - EPS pagará a "COINCO LTDA." el valor del presente convenio así: a) Un anticipo del cincuenta por ciento (50%) equivalente a la suma de NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$9.524.000.000), pagaderos dentro de los quince días siguientes a la aprobación de las respectivas garantías por parte de CAJANAL - EPS, para efectos de amortizar el anticipo, CAJANAL EPS descontará de cada cuenta que presente por las entregas parciales efectuadas por "COINCO LTDA" el cincuenta por ciento (50%) de su valor, hasta la cancelación total del anticipo. Lo facturado por COINCO LTDA se pagará por CAJANAL dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de las mismas. Agotado el anticipo se cancelará de conformidad con la certificación que para el efecto expida el Supervisor.

CLAUSULA NOVENA: DURACIÓN. a) PLAZO GENERAL. El convenio estará vigente durante doce (12) meses contados a partir del día siguiente a la fecha de recibo del anticipo por parte de COINCO LTDA. b) PLAZO DE ENTREGA.- COINCO LTDA. se compromete a entregar los bienes objeto de este contrato, descritos en la cláusula segunda conforme al cronograma acordado en el cronograma convenido con el Comité Interinstitucional.

CLÁUSULA DECIMO TERCERA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.- A la

⁵ Es acertado considerar que el contrato suscrito fue de compraventa. Esto por cuanto tuvo por objeto la adquisición de equipos para "equipar y dotar" sus clínicas; es decir, su objeto fue la adquisición de los equipos necesarios para la prestación de sus servicios. En términos del artículo 1849. CONCEPTO DE COMPRAVENTA. La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

⁶ El Convenio Interadministrativo 093 de 1997 fue cedido por COINCO a CODETER, por medio del acuerdo de cesión suscrito entre representantes de ambas partes y aceptado por CAJANAL, el 23 de octubre de 1997 (Fls.19 - 20. C8).

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

terminación del convenio, las partes suscribirán un acta de liquidación del mismo, en la que se determinarán las obligaciones a cargo de cada una, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones en firme a que haya lugar. El plazo para liquidar el contrato será de seis (6) meses contados a partir de su terminación.

El Convenio Interadministrativo 093 de 1997, fue modificado así:

Adición Nro. 1: Fue suscrita el 27 de julio de 1998. Modificó la cláusula primera del contrato para incluir en ella la definición y funciones del Comité de Seguimiento Interinstitucional, del jefe de proyecto y de la supervisión.

Aclaró que las decisiones del Comité de Seguimiento Interinstitucional, en relación con la cantidad o condiciones de los bienes descritos en los anexos 1, 2 y 3 del convenio principal, prevalecerían sobre las condiciones del convenio.

El valor definitivo del convenio se determinaría por la suma total de los pedidos hasta alcanzar el valor total previsto en él.

El valor de cada pedido se sujetaría a los precios del mercado y a la tasa de cambio vigente al día de su firma y/o fecha del acta suscrita por el Comité de Seguimiento Interinstitucional.

Previó que a partir de su suscripción los cronogramas de ejecución del convenio serían estudiados y acordados única y exclusivamente por el Comité de Seguimiento Interinstitucional y sus conceptos serían de obligatorio cumplimiento para las partes.

Las actas del Comité de Seguimiento Interinstitucional, debidamente suscritas serían de obligatorio cumplimiento para las partes.

Adición Nro. 2: Fue suscrita el 28 de octubre de 1998. Prorrogó el plazo de ejecución del convenio, hasta el 30 de marzo de 1998.

Incluyó una nueva obligación para el contratista, la de instalar los equipos y elementos de dotación con complejidad técnica, indicados por el Comité de Seguimiento Interinstitucional.

Precisó que las capacitaciones del personal técnico, previstas en el numeral 9° de la cláusula sexta, se iniciarán conforme al cronograma aprobado por el Comité Interinstitucional.

CODETER se obligó a transportar e instalar en Tunja y Medellín los elementos asignados a esos lugares, de conformidad con las instrucciones del jefe del proyecto del convenio.

Adición Nro. 3: Fue suscrita el 29 de diciembre de 1998. Prorrogó el convenio hasta el 30 de marzo de 1999.

Se convino que los valores que faltaba por cubrir, se reconocerían como pago anticipado, una vez aprobada la ampliación de la garantía única que cubriera el 100% de dicho valor.

Adición Nro. 4: Fue suscrita el 30 de marzo de 1999. Prorrogó el convenio hasta el 31 de julio de 1999.

Ordenó la ampliación de la Garantía Única por el término de cuatro (4) meses más.

Adición Nro. 5: Fue suscrita el 29 de julio de 1999. Prorrogó el convenio hasta el 31 de octubre de 1999.

Ordenó la ampliación de la Garantía Única por el término de tres (3) meses más.

El contratista se comprometió a presentar un cronograma de entregas, para los 45 días siguientes a la firma de la adición.

Los 45 días restantes de plazo, serían empleados para ajustes y cambios de las mercancías objeto de observación o rechazo por parte del supervisor del convenio. Al vencimiento de ese término, se daría inicio a la liquidación del convenio de acuerdo con lo pactado.

Se estableció la posibilidad de que CAJANAL impusiera multas sucesivas a CODETER, del 1% diario por cada ítem que no entregara en la fecha acordada en el cronograma de entregas; sin perjuicio de que CAJANAL hiciera efectiva la

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

cláusula penal por incumplimiento parcial del convenio.

LA PREVISORA expidió la póliza de cumplimiento 10025470, que tenía por objeto respaldar las obligaciones que surgieran a cargo de CODETER y a favor de CAJANAL, por razón de la celebración, ejecución y liquidación del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, con sujeción a los términos del respectivo convenio.

CAJANAL, mediante Resolución 003626 del 8 de septiembre de 1999 (Fls.31 - 36 C8), declaró el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, por parte de CODETER y, como consecuencia de tal declaración, le impuso una multa equivalente al 10% del valor del convenio que no se había ejecutado y ordenó informar el siniestro a LA PREVISORA, en los siguientes términos:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo N° 093 de 1997, por parte de la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda "CODETER", por incumplimiento por parte del CONTRATISTA de las obligaciones contenidas en la [cláusula] sexta numerales 4ª y 5ª del convenio y ante la falta de legalización de la Adición N° 05 de 1999 al no haber cumplido de conformidad con lo pactado en la cláusula sexta al omitir modificar la Póliza Única de garantía en el sentido de prorrogarla por el término de la adición de ejecución del convenio, y también de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se ordena aplicar una multa representada en una sanción pecuniaria por valor al diez por ciento (10%) del valor parcial del convenio que no se ha ejecutado y que equivale a la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS M/CTE, (\$850.441.572.42) cuantía que le será reclamada a la Compañía de Seguros de la Póliza Única de Cumplimiento N°10025470 expedida por LA PREVISORA S.A. la cual tiene vigencia para avalar el cumplimiento hasta el 12 de diciembre de 1999, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

ARTÍCULO TERCERO: El pago de la multa que se impone se efectuará dentro del mes siguiente al momento de ejecutoria de la presente resolución, informando del siniestro a la Compañía de Seguros LA PREVISORA SA., en su calidad de asegurador de los riesgos amparados mediante la póliza única de seguro de cumplimiento N° N° (Sic) 10025470, para que proceda a efectuar el respectivo pago.

ARTÍCULO CUARTO.- Notificar personalmente del contenido de esta providencia al doctor JOSÉ NOÉ ROMERO GÓMEZ, en calidad de representante legal de la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda "CODETER", o quien haga sus veces; haciéndole saber que contra el presente acto administrativo procede el recurso de reposición ante la Dirección General de la entidad, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación de conformidad con lo establecido en el artículo 14 numeral 1°,

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

inciso 3° de la ley 80 de 1993.

ARTÍCULO QUINTO: Notificar personalmente al representante legal de la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A., haciéndole saber que en contra de la misma procede el recurso de reposición ante el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 numeral 1°, inciso 3° de la ley 80 de 1993.

ARTÍCULO SEXTO: Después de ejecutoriada la presente providencia, la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda "CODETER" debe publicar la parte resolutive de la misma por dos (2) veces en medio de comunicación escrita con amplia circulación nacional y en el Diario Oficial, y se comunicará también a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado y a la Procuraduría General de la Nación, esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la ley 80 de 1993.

ARTÍCULO SEPTIMO: En el caso de que la Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial Ltda "CODETER" no efectúe las publicaciones ordenadas en el artículo precedente, CAJANAL EPS las hará y repetirá contra la mencionada Cooperativa, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 31 de la ley 80 de 1993.

ARTÍCULO OCTAVO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

CODETER y LA PREVISORA, en escritos separados, interpusieron recurso de reposición contra la Resolución 003626; la primera fundamentó su recurso en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y en que las demoras que se presentaron obedecieron a causas imputables a CAJANAL y a terceros. LA PREVISORA, por su parte, solicitó la revocatoria de la Resolución 003626 en lo relativo a su obligación de pagar la multa con causa u origen en la póliza de seguro que expidió, fundamentada en que en las exclusiones de la misma se acordaron expresamente las multas impuestas al contratista y, en consecuencia, no estaban amparados esos eventos.

CAJANAL, mediante Resolución 002379 del 21 de junio de 2000 (Fls. 41 - 55. C8), resolvió el recurso de reposición interpuesto. Confirmó el incumplimiento por parte de la contratista y aceptó la argumentación de LA PREVISORA en cuanto a que la póliza de seguro no amparaba la imposición de multas; cambió la naturaleza del monto del dinero cobrado, que pasó de ser una multa a un cálculo parcial de perjuicios. Por tratarse del incumplimiento del contratista de las obligaciones contractuales, determinó que LA PREVISORA debía responder por los perjuicios causados a CAJANAL.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

CAJANAL en la Resolución Nro. 004119 del 28 de octubre de 1999 (Fls. 59 - 63 C8), impuso una nueva multa a CODETER por el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, por valor de \$712.372.325.50. Soportó su decisión en el incumplimiento por parte del contratista y en su facultad para imponer cláusulas exorbitantes.

CODETER y LA PREVISORA interpusieron recurso de reposición contra la Resolución Nro. 004119. CODETER manifestó que había cumplido a cabalidad el contrato e indicó que el eventual incumplimiento se debió a causas imputables a CAJANAL; argumentó, así mismo, que el acto era ilegal por cuanto CAJANAL estaba haciendo uso de cláusulas excepcionales, las cuales no podían aplicarse por tratarse de un convenio interadministrativo. LA PREVISORA reiteró los argumentos que esbozó frente a la Resolución 003626, en el sentido de que no podía ser obligada al pago de la referida multa, toda vez que en la póliza de seguro se excluyó expresamente el amparo a las multas impuestas por CAJANAL.

Con la Resolución 002422 del 28 de junio de 2000 (Fls. 67 - 78. C8), CAJANAL negó las pretensiones de CODETER, pero aceptó los argumentos de LA PREVISORA, en el sentido de que las multas estaban excluidas de la póliza de cumplimiento 10025470; tasó los perjuicios en \$685.529.598.56, y cambió el concepto de la suma que debía reconocer CODETER, de una multa a determinación parcial de perjuicios. En síntesis, confirmó el artículo primero de la Resolución 002379 en cuanto al incumplimiento parcial de CODETER; revocó los artículos tercero y cuarto y ordenó el pago de la suma de dinero señalada, pero no como pago de una multa, sino en razón de los perjuicios causados por el incumplimiento de CODETER.

CAJANAL con la Resolución Nro. 004520 del 23 de noviembre de 2000 (Fls. 82 - 86 C8), liquidó unilateralmente el Convenio Interadministrativo 093 de 1997.

En la Resolución 000618 del 24 de febrero de 2000 (Fls. 89 - 94 C8), la misma entidad resolvió el recurso de reposición contra la Resolución Nro. 004520, negó los argumentos esgrimidos en los diferentes recursos y confirmó en todas sus partes la resolución impugnada.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

Con oficio G.G 1935 del 11 de octubre de 2001, CAJANAL presentó a LA PREVISORA una cuenta de cobro por valor de \$11.426.669.548.10 (Fls. 95 - 96).

Con oficio 030392 del 23 de noviembre de 2001, LA PREVISORA dio respuesta al oficio de CAJANAL G.G 1935 (Fls. 97 - 106. C8), en el cual le manifestó sus actos eran nulos por falta de competencia, por haber sido expedidos por fuera de las facultades otorgadas por la legislación y el convenio, añadió que la entidad debió acudir al juez del contrato para que decidiera acerca del incumplimiento alegado; reiteró la prohibición de pactar y aplicar cláusulas exorbitantes en convenios interadministrativos, sostuvo que para la fecha de presentación de ese escrito, de acuerdo con la cláusula primera de la Adición 5 al Convenio Interadministrativo 093 de 1997, habían transcurrido más de 2 años, sin que CAJANAL hubiera sometido las diferencias entre las partes a conciliación prejudicial ante un agente del Ministerio Público, ni acudido al juez del contrato para que declarara el incumplimiento del contratista y fijara los perjuicios que le hubieren sido ocasionados. En consideración de lo argumentado, invocó a su favor el artículo 1081 del C. de. Co⁷., para objetar el requerimiento de pago y la petición indemnizatoria.

Con oficio GG 0275 del 11 de abril de 2002, CAJANAL dio respuesta al oficio de LA PREVISORA 030392. Indicó que la obligación de indemnización de LA PREVISORA se hizo exigible una vez las resoluciones que declararon los incumplimientos quedaron ejecutoriadas, lo que ocurrió el 10 de agosto de 2000, fecha en la que se desfijaron los edictos por medio de los cuales se notificaron las Resoluciones 02379 del 21 de junio de 2000 y 02422 del 28 de junio de 2000.

Con oficio 00014612 del 14 de junio de 2002, LA PREVISORA se pronunció frente a esta última respuesta. Insistió en que CAJANAL no tenía competencia para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato; manifestó además que, conforme con lo indicado por CAJANAL, las Resoluciones 02379 y 02422 no afectaron la póliza de cumplimiento 10025470, toda vez que en la cláusula cuarta de la parte resolutive de ambas resoluciones se estableció: "En caso de que el

⁷ "CÓDIGO DE COMERCIO. ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 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 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 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".

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

contratista no reconozca el valor de los perjuicios causados a CAJANAL, se hará efectiva la póliza de cumplimiento 10025470 expedida por la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A.”.

En el acta 038 del Comité de Seguimiento Interinstitucional para la ejecución del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, del 16 de septiembre de 1999, con asistencia del representante legal de CODETER, quedaron consignados, entre otros, los siguientes asuntos y compromisos: CODETER se comprometió a agilizar el proceso de importación de equipos; se acordó realizar un nuevo comité interdisciplinario técnico para evaluar las entregas y recibo de equipos; CAJANAL se comprometió a hacer entrega de las áreas o sitios pendientes para la instalación de los equipos el día 22 de septiembre de 1999; entre los días 23 y 24 de septiembre de 1999 CODETER debía tener instalados los equipos; el proyecto de lavandería y gases medicinales quedó pendiente de entregar, debido a que las obras civiles no se habían terminado, por tanto se acordó que serían los últimos proyectos a entregar por CODETER.

De acuerdo con el acta 039 del Comité de Seguimiento Interinstitucional para la ejecución del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, del 21 de septiembre de 1999, con asistencia de una representante de CODETER, quedó consignada la falta de entrega de algunos productos así como de catálogos y manuales.

En el acta 040 del Comité de Seguimiento Interinstitucional para la ejecución del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, del 19 de octubre de 1999, con asistencia de representantes de CODETER, quedaron consignados varios asuntos y compromisos, entre ellos, los siguientes: CAJANAL presentó un informe acerca de los equipos entregados por CODETER por valor de \$11.620.925.145.70; se consignaron incumplimientos en la entrega de equipos por parte de CODETER, tales como el carro de transporte de droga; electrobisturí; electrocauterio; camas de control eléctrico; estanterías metálicas; instrumental odontológico; lámparas cielíticas; lámpara auxiliar rodable. En cuanto al proyecto de lavandería, quedó consignado en el acta que el hecho de no estar listas las obras civiles no implicaba que los equipos no se pudieran entregar. El Comité fijó fecha para el recibo de los equipos instalados y no instalados, el día 21 de octubre de 1999; CAJANAL dejó constancia de que si al finalizar el plazo de la Adición 5 no se habían realizado y legalizado las entregas se aplicarían sanciones por incumplimiento.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

En el acta 041 del Comité de Seguimiento Interinstitucional para la ejecución del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, del 20 de octubre de 1999, sin asistencia de CODETER, se dejó constancia de que esta incumplió los compromisos adquiridos en el acta 040, en cuanto a la entrega del fibrobroncoscopio y la lámpara auxiliar rodable para cirugía con batería y tampoco entregó la relación discriminada de los equipos y muebles, a que se había comprometido.

En el acta 042 del Comité de Seguimiento Interinstitucional para la ejecución del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, del 22 de octubre de 1999, con asistencia de CODETER, se hizo una relación de los equipos entregados y de los pendientes por entregar, a los que se fijó como fecha definitiva de entrega el 31 de octubre de 1999.

En el acta 043 del Comité de Seguimiento Interinstitucional para la ejecución del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, del 23 de octubre de 1999, con asistencia de representante de CODETER, CAJANAL manifestó que los compromisos adquiridos por CODETER en el acta 042 no se cumplieron; representantes de CODETER manifestaron que se habían presentado incumplimientos mutuos durante la ejecución del convenio, CAJANAL manifestó no estar de acuerdo con esa afirmación.

En el acta 044 del Comité de Seguimiento Interinstitucional para la ejecución del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, del 03 de noviembre de 1999, sin asistencia de representantes de CODETER, CAJANAL dejó las siguientes constancias: Que del valor del convenio, es decir, de los \$19.048.000.000, al 2 de noviembre de 1999 se habían ejecutado \$11.929.458.298.66, quedando un valor pendiente por recibir de \$7.118.541.701.34, que correspondía al 62.63% de ejecución, quedando por ejecutar el 37.37% del convenio.

En informe de CODETER del 13 de junio de 2003 (Fls. 167 - 179. C8), se consignó, entre otras cosas, que al 3 de septiembre de 1999 esa entidad había entregado equipos por valor de \$15.024.815.875.00; el saldo por ejecutar correspondía a la suma de \$4.018.184.125.00, pero que se desconocían los motivos por los cuales no se había realizado la totalidad de las entregas.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

4. El caso concreto

Corresponde a la Sala resolver si los actos administrativos atacados por LA PREVISORA son nulos, por falta de competencia de CAJANAL para proferirlos; infringieron normas de derecho positivo o desconocieron el debido proceso.

4.1. Naturaleza jurídica del convenio 093 de 1997

El negocio jurídico celebrado entre CAJANAL y COINCO, posteriormente cedido a CODETER, fue denominado por las partes como "Convenio Interadministrativo", sin embargo, en él se fijaron prestaciones patrimoniales, con lo cual el negocio jurídico asumió idénticos efectos a cualquier otro contrato⁸ celebrado entre entidades estatales⁹, en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993¹⁰; caracterizado por su conmutatividad¹¹, en el que una de las partes, CODETER, se obligó en favor de CAJANAL a entregar unos equipos médicos, a cambio de un precio previamente establecido entre ellas.

⁸ El artículo 32 de la ley 80 de 1993, establece que "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". Tanto CAJANAL como CODETER, por su naturaleza jurídica, se encuentran comprendidos dentro de la definición de entidades estatales que trae el artículo 2 de la ley 80 de 1993. CAJANAL era un establecimiento público del orden nacional creado mediante la Ley 6ª de 1945, transformado por la ley 490 de 1998 en Empresa Industrial y Comercial del Estado; por su parte CODETER era una cooperativa conformada por entidades territoriales.

⁹ Ley 80 de 1993. Artículo 2º.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

(...)

Parágrafo.- Para los solos efectos de esta Ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.

¹⁰ Ley 80 de 1993. Artículo 32. De los Contratos Estatales. 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

¹¹ Artículo 1498 del Código Civil: ARTICULO 1498. CONTRATO CONMUTATIVO Y ALEATORIO. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

Como características propias de los contratos interadministrativos, la Sección Tercera de esta Corporación indicó¹²:

- (i) *Constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal, dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compraventa, arrendamiento, mandato, etc.. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales.*

Características que se evidencian, todas ellas, en el “Convenio Interadministrativo 093 de 1997”. En consecuencia, el negocio jurídico celebrado entre CAJANAL y CODETER es un auténtico contrato interadministrativo.

Por su parte, los convenios interadministrativos comparten estructura y elementos constitutivos comunes, sin embargo, su principal característica reside en el interés común o mutuo de las partes por satisfacer necesidades de interés general, a partir de la coordinación en el ejercicio de sus respectivas competencias¹³.

En consecuencia, el Convenio Interadministrativo 093 de 1997, fue en realidad un contrato interadministrativo, en el que las partes no compartían intereses comunes y las prestaciones patrimoniales jugaban un papel preponderante. En efecto, CAJANAL buscaba con la ejecución del contrato disponer sus recursos económicos para la obtención de equipos para satisfacer las necesidades médicas de sus usuarios; CODETER, por su parte, tenía “una meta de colocación productiva de su capacidad, de sus productos o de su actividad”¹⁴.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, radicado 17860. CP: Mauricio Fajardo Gómez.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de junio de 2019, radicado 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP). CP: Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁴ Dromi, José Roberto. La Licitación Pública. Buenos Aires (Arg): Editorial Astrea, 1989, Ps 30 - 31

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

4.2. Tasación Unilateral de Perjuicios.

La Ley 80 de 1993 fue el régimen jurídico que gobernó el Contrato Interadministrativo 093 de 1997. Al respecto, cabe precisar que, si bien las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, podían pactar el cobro de sanciones consistentes en multas y cláusulas penales, conforme a lo previsto en los Códigos Civil y de Comercio, ninguna de ellas tenía la facultad para imponerlas, exigir su pago o descontarlas directamente, por cuanto la referida ley no otorgó esa facultad. De modo que CAJANAL no podía, bajo el marco de la Ley 80 de 1993¹⁵, que como se dijo era el vigente al momento de la celebración del Contrato Interadministrativo 093 de 1997, sancionar directamente al contratista incumplido; debía acudir al juez del contrato para tales efectos.

Bajo ese entendido, debe la Sala precisar, respecto de las Resoluciones 004119 del 28 de octubre de 1999 que impuso una multa a CODETER por el incumplimiento parcial del Convenio Interadministrativo 093 de 1997, modificada en Vía Gubernativa por la Resolución 002422 del 28 de junio de 2000 que resolvió el recurso de reposición contra la primera y que modificó la naturaleza del valor a cancelar, de una multa a pago de perjuicios ocasionados por incumplimiento contractual, que fueron proferidas con ausencia de facultades legales.

En efecto, para la fecha de expedición de la Resolución 002422, CAJANAL no tenía competencia para tasar unilateralmente los perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual de CODETER, toda vez que dichas facultades fueron otorgadas a las entidades públicas a partir del Decreto 4828 de 2008 y, posteriormente con la Ley 1474 de 2011, reglamentada en particular, para estos eventos, por el Decreto 734 de 2012.

En consecuencia, las Resoluciones 004119 y 002422, con las que CAJANAL sancionó a CODETER, primero con la imposición de una multa y luego con la tasación unilateral de perjuicios, serán anuladas por haber sido proferidas por quien

¹⁵ La Ley 80 de 1993 era la norma vigente al momento de la celebración del convenio, por tanto, en atención a lo dispuesto por el artículo 38 de la ley 153 de 1887 fue el marco jurídico que lo rigió. Sin embargo, cabe precisar que a partir de lo dispuesto en el artículo 17 de la 1150 de 2007, las entidades estatales fueron facultadas para imponer las multas que hayan sido pactadas y para declarar el incumplimiento contractual y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; facultades que conforme a lo dispuesto por el párrafo transitorio del referido artículo, fueron extendidas a las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en contratos celebrados con anterioridad a la expedición de la ley.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

no tenía competencia para ello y, en caso de que las mismas hayan sido cubiertas por el demandante, se ordenará al demandado, a título de restablecimiento del derecho, que el dinero pagado sea reintegrado debidamente actualizado con el IPC, aplicando las fórmulas utilizadas por esta Corporación.

Lo anterior, sin perder de vista que en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, solo la declaratoria de caducidad del contrato era constitutiva del siniestro de incumplimiento. En vigencia de la Ley 80 de 1993, marco legal del Contrato Interadministrativo 093 de 1997, el cobro de la garantía única del contrato solo resultaba posible en los términos de su artículo 18, es decir, bajo la declaratoria de caducidad, en caso contrario, le correspondía al juez del contrato pronunciarse respecto a su procedencia y respectivo cobro.

Finalmente, precisa la Sala que iguales argumentos a los expresados en los párrafos anteriores, aplicarían a las Resoluciones 003626 del 3 de septiembre de 1999, que impuso una multa a CODETER y a la 002379 del 21 de junio de 2000, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera; sin embargo, durante el curso del presente proceso, la Sección Tercera de esta Corporación, declaró su nulidad, por lo que, en relación con esas resoluciones, operó el fenómeno de la cosa juzgada material, toda vez que la jurisdicción competente se pronunció sobre ellas en una sentencia de fondo debidamente ejecutoriada, circunstancia que imposibilita una nueva revisión de las mismas y por tanto un nuevo pronunciamiento.

4.3. Liquidación unilateral del contrato.

En consideración de la Sala, CAJANAL estaba facultada para liquidar unilateralmente el Convenio Interadministrativo 093 de 1997, por encontrarse esa facultad expresamente prevista en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993¹⁶, vigente para la época de suscripción del mismo. Por otra parte, la liquidación efectuada por CAJANAL no puede ser considerada como una potestad excepcional, toda vez que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 consagró expresamente y en forma taxativa, como cláusulas excepcionales al derecho común, la terminación, la

¹⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 61. De la Liquidación Unilateral: Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdos sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

interpretación y la modificación unilaterales; el sometimiento a las leyes nacionales y la caducidad¹⁷, no así la liquidación unilateral.

No resulta acertada la apreciación del actor, al considerar que "CAJANAL no tenía la competencia ni la facultad para proceder a liquidar unilateralmente el convenio, y por ello dichas resoluciones adolecen de legalidad y deben ser decretadas (sic) su nulidad por parte del Contencioso Administrativo", toda vez que, como quedó dicho, si estaba facultada por el ordenamiento jurídico aplicable al contrato y se cumplió el requisito previsto para el efecto, como era que el contratista no se presentara a la liquidación o que las partes no llegaran a un acuerdo sobre la misma.

No obstante lo anterior, considerando que en la Resolución 004520 del 23 de noviembre de 2000, "Por la cual se liquida unilateralmente el convenio 093 de 1997 CAJANAL - CODETER LTDA", se consignó un ítem, dentro de los valores a favor de CAJANAL, correspondiente a los perjuicios por incumplimientos de CODETER, establecidos en las Resoluciones 003626, 004119, 002379 y 002422 confirmada por la Resolución 000618 del 14 de febrero de 2001, que resolvió los recursos interpuestos contra la primera, ambas resoluciones serán declaradas parcialmente nulas, en relación con ese particular ítem.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 18 de abril de 2013, radicación número: 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859), actor: Julio Cesar Garcia Jiménez, demandado Departamento de Casanare, referencia: acción contractual – Sentencia de Unificación / Cláusula Compromisoria.

"En este punto, resulta importante agregar que la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009, se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000 mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los **actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993**, es decir los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros, "en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia." (La negrilla no es del texto).

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

4.4. Restablecimiento del Derecho

La demandante pidió, a título de restablecimiento del derecho, que se condenara a la entidad a reembolsarle lo pagado por concepto de las multas que le fueron impuestas a CODETER y, como consecuencia de la efectividad de la póliza de cumplimiento Nro. 10025470, así como la indemnización de los demás perjuicios que le fueran ocasionados con las decisiones demandadas.

La Sala, considerando que no se probaron otros perjuicios, ordenará en la parte resolutive de la sentencia, que en caso de que LA PREVISORA haya efectuado el pago de multas o liquidación unilateral de perjuicios, conforme con lo dispuesto en las Resoluciones 004119 del 28 de octubre de 1999 y 002422 del 28 de junio de 2000; así como los valores relacionados con perjuicios por incumplimiento o intereses moratorios consignados en las Resoluciones 004520 del 23 de noviembre de 2000 y 000618 del 14 de febrero de 2001, CAJANAL deberá reembolsarle dichas cantidades, debidamente indexadas, más los intereses legales desde la fecha en que los hubiera efectuado.

En igual sentido, en la parte resolutive de la sentencia se ordenará a CAJANAL o a quien haga sus veces, el reembolso de la suma de dinero, debidamente actualizada aplicando las fórmulas utilizadas por esta Corporación, que LA PREVISORA canceló a la Compañía Mundial de Seguros por la expedición de la póliza de seguro judicial P-A0037599 por valor de \$60.905.800.

Finalmente, debe la Sala precisar que, con respecto a la pretensión de LA PREVISORA relacionada con la declaración de nulidad de todos los actos administrativos expedidos por CAJANAL con posterioridad a la presentación de la demanda y que tuvieran origen directo o indirecto en las resoluciones demandadas, no se pronunciará, toda vez que, conforme con el artículo 138 del C.C.A., la individualización de los actos es una carga que corresponde a la parte demandante, de suerte que solo procede el análisis de legalidad de los que,

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

efectivamente hayan surgido a la vida jurídica y que, por tanto, hayan producido efectos o tengan el potencial para producirlos.

5. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se condenará en este sentido.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de septiembre de 2006 y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE la cosa juzgada en relación con las pretensiones anulatorias de las Resoluciones expedidas por CAJANAL 003626 del 3 de septiembre de 1999 y 002379 del 21 de junio de 2000.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones expedidas por CAJANAL 004119 del 28 de octubre de 1999 y 002422 del 28 de junio de 2000.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad parcial de las Resoluciones 004520 del 23 de noviembre de 2000 y la 000618 del 14 de febrero de 2001, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el convenio 093 de 1997, en cuanto incluyeron los valores de las multas impuestas en las Resoluciones 003626 del 3 de septiembre de 1999; 002379 del 21 de junio de 2000; 004119 del 28 de octubre de 2000 y 002422 del 28 de junio de 2000.

Radicación: 25000232600020010137702 (33555)
Expediente: 2202 - 1541
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION -CAJANAL-
Referencia: Contractual

CUARTO: ORDÉNASE a CAJANAL o a quien haga sus veces, a título de restablecimiento del derecho, el reembolso a favor de LA PREVISORA de las cantidades que, en virtud de los actos administrativos declarados nulos o parcialmente nulos con la presente providencia, aquella hubiera cancelado a la Compañía Mundial de Seguros por la expedición de la póliza de seguro judicial P-A0037599, a CAJANAL o a cualquier otra persona de naturaleza pública o privada, debidamente actualizada con el IPC, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia..

QUINTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

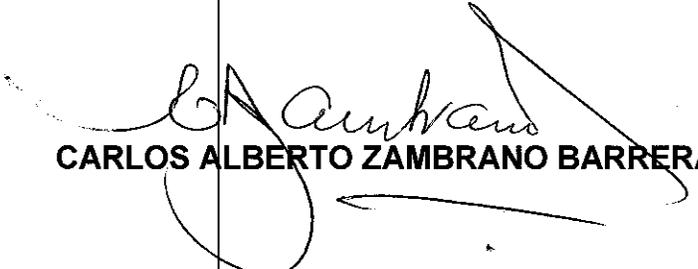
SIN COSTAS por no aparecer causadas.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

legis

The logo for 'legis' features the word in a lowercase, sans-serif font. Below the text is a stylized graphic element consisting of a horizontal bar that curves downwards at both ends, resembling an open book or a decorative flourish.