



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C, catorce (14) de octubre de dos mil quince (2015)

Referencia:	Expediente N.º 31621
Radicación:	250002326000200400088 01
Actor:	Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza
Demandado:	Departamento de Cundinamarca y/o
Naturaleza:	Acción de controversias contractuales

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 2 de marzo de 2005, por medio de la cual negó las súplicas de la demanda, la cual será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Compañía Aseguradora Confianza S.A., garante de un contrato de obra pública celebrado por Coinco Ltda. con un particular en 1997 –en desarrollo de un contrato interadministrativo celebrado entre el departamento de Cundinamarca y Coinco Ltda-, demandó al departamento de Cundinamarca para que se lo condene a pagar intereses moratorios por el pago tardío de las actas de obra ejecutada por la demandante, como consecuencia de un acuerdo conciliatorio cuya aprobación judicial no consta en el proceso, como tampoco la prueba de la mora que se le imputa a la entidad demandada respecto de los pagos que allí se acordaron por las partes.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. El 19 de diciembre de 2003, a través de apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del C.C.A, la sociedad Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “Confianza”, presentó demanda en contra del departamento de Cundinamarca, cuyas pretensiones fueron (f. 2 a 13, c. 1):

PRIMERA: Que se declare que el departamento de Cundinamarca incumplió el acuerdo prejudicial No. 005-2000 del 28 de enero de 2000, aprobado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para la terminación del contrato de obra pública No. 277 de 1997, toda vez que los pagos realizados por el departamento a partir de la presentación de cada acta de entrega parcial de obra, se realizaron por fuera de los términos establecidos en el acuerdo 005-2000, incurriendo en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, para con Confianza S.A.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior se declare que el departamento de Cundinamarca debe reconocer a Confianza S.A. los intereses moratorios legales a que tiene derecho, desde que estos se hicieron exigibles, hasta la fecha del pago, en la cuantía de ciento treinta millones ciento sesenta y tres mil sesenta y cuatro pesos moneda corriente (\$130.163.064) o en lo que se estime probada dentro del proceso.

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, se condene al departamento de Cundinamarca a pagarle a Confianza S.A. el valor total de las sumas de dinero adeudadas por este concepto, actualizadas a la fecha de la sentencia con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

(...)

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Que se declare que es parcialmente nula el acta de liquidación final de obra SOP-V-005-2000, de fecha 16 de abril de 2002, como quiera que en ella no se tuvo en cuenta la totalidad de los saldos existentes a favor de Confianza S.A.

TERCERA (sic): Que como consecuencia de lo anterior, se adicione el acta de liquidación final a que se refiere la pretensión anterior, de manera que en ella se incluya el monto de los intereses moratorios causados a favor de Confianza con ocasión del retardo en el pago de las actas parciales de obra.

CUARTA: Que se condene al departamento de Cundinamarca a efectuar el pago de dichos intereses moratorios, reajustando su valor conforme al IPC, a la fecha en que tenga lugar el pago efectivo de tal condena, en la cuantía de ciento treinta millones ciento sesenta y tres mil sesenta y cuatro pesos moneda corriente (\$130.163.064) o en lo que se estime probada dentro del proceso (...).

2. Como fundamento de sus pretensiones, el demandante dio cuenta de la existencia del convenio interadministrativo n.º 227 de 1997 celebrado entre la gobernación del departamento de Cundinamarca y la Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. “Coinco Ltda.”, cuyo objeto fue la rehabilitación y pavimentación de la vía Girardot-Cambao-sectores Girardot-Nariño, Nariño-Guataquí, Beltrán, Cambao (departamento de Cundinamarca), el cual fue garantizado mediante la póliza n.º 92114 expedida por la Compañía de Seguros Tequendama S.A., hoy La Previsora Compañía de Seguros, siendo asegurado el departamento de Cundinamarca y el afianzado “Coinco Ltda.”, la cual incluía los amparos de cumplimiento y prestaciones sociales.

2.1. Con base en lo anterior, Coinco Ltda. suscribió con la sociedad Ingeniería y Construcción Ltda. “Inconstruc Ltda.” el contrato de obra civil n.º 512 de 1997 para ejecutar la rehabilitación y pavimentación de la referida vía por valor de \$ 10 449 712 733,00, con un plazo de ejecución de 11 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, el cual fue garantizado con la póliza n.º GU-02-0644364, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. “Confianza”, para amparar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

2.2. Mediante resolución n.º 02235 de 1998, la gobernación de Cundinamarca dio por terminado unilateralmente el convenio 227 de 1997 por considerar que en su celebración se omitió el procedimiento de selección objetiva consagrado en la

Ley 80 de 1993, con lo cual se configuró la causal de nulidad contractual consagrada en el numeral 2 del artículo 44 de la misma ley, momento para el cual Coinco Ltda. había ejecutado ya un 41,94% de la obra, equivalente a \$ 4 589 518 398,70.

2.3. Mediante resolución n.º 054 del 7 de septiembre de 1998, Coinco Ltda. declaró la caducidad del contrato 512 de 1997.

2.4. El 23 de septiembre de 1998, Confianza S.A. manifestó su decisión de asumir directamente la terminación de la obra, de acuerdo con la facultad consagrada en el artículo 1110 del Código de Comercio.

2.5. El 28 de enero de 2000, el departamento de Cundinamarca y Confianza S.A., suscribieron un acuerdo conciliatorio prejudicial, aprobado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para la terminación del contrato de obra pública n.º 512 de 1997, donde se formalizaron los términos en los cuales la aseguradora en calidad de garante, asumiría la ejecución de la obra hasta su terminación. En la cláusula décima primera de dicho acuerdo, se determinó que el departamento le pagaría a Confianza S.A. el precio del mismo, mediante cuotas mensuales acompañadas de las actas de obra, debidamente visadas por la interventoría, con las cantidades de obra ejecutadas a la fecha de corte, dentro de los 15 días siguientes a su presentación.

2.6. La ejecución del contrato se vio afectada por diversas causas ajenas a Confianza S.A. –incursiones guerrilleras, retención de maquinaria y vehículos por grupos armados, amenazas a los trabajadores, etc.-, lo cual llevó a la suspensión de las obras y a la afectación de las condiciones económicas y financieras originales para la compañía aseguradora, no obstante lo cual las obras fueron entregadas a satisfacción del departamento de Cundinamarca.

2.7. El 16 de abril de 2002, el departamento de Cundinamarca y Confianza S.A. liquidaron las obras objeto de la conciliación prejudicial, de acuerdo con el acta n.º 10 de recibo final y en dicha liquidación se dejó constancia expresa de la existencia de pretensiones pendientes por resolver, en relación con el cobro de los intereses moratorios generados a favor de Confianza, por el incumplimiento del departamento en la ejecución de sus obligaciones.

2.8. La demandante efectuó un cuadro en el que registró los días de mora que se presentaron en el pago de las diferentes actas presentadas, con la fecha en que se debió realizar el pago y aquella en la efectivamente se produjo.

2.9. La actora insistió ante el departamento de Cundinamarca para que le fueran reconocidos los intereses de mora correspondientes, sin que a la fecha de la demanda la entidad hubiera cumplido con esta obligación.

II. Actuación procesal

3. En la **contestación de la demanda**, el departamento de Cundinamarca (f. 28, c. 1):

3.1. Se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que las partes suscribieron un acta de liquidación bilateral quedando a paz y salvo por todo concepto, en la que la compañía aseguradora, en calidad de contratista, dejó una anotación en el sentido de que en la fecha de la liquidación, presentó un derecho de petición que se encuentra en trámite de resolver, lo cual no puede ser entendido como una reclamación respecto de una prestación relacionada con el contrato liquidado y existiendo ese acto bilateral que finiquitó la relación negocial, no puede posteriormente la aseguradora elevar reclamación alguna por reconocimiento de unos perjuicios económicos.

3.2. Propuso la excepción de inepta demanda, “(...) *por haberse accionado a través de una acción ordinaria que presupone la existencia de un hecho u operación administrativa, al paso que la situación planteada en el libelo demandatorio es la de un acto administrativo que produjo eventuales perjuicios. La acción para el caso es la de un ejecutivo contractual contra el acuerdo prejudicial No. 005 del 28 de enero del 2000, aprobada por el Tribunal Administrativo, acta que presta mérito ejecutivo por ser una obligación clara, expresa y actualmente exigible*”.

4. El 2 de marzo de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió **sentencia** negando las súplicas de la demanda, por cuanto el *a-quo* consideró que si bien está probado que la aseguradora Confianza S.A. presentó una salvedad en la liquidación bilateral que suscribieron las partes, contenida en el derecho de petición que presentó ese mismo día ante la entidad reclamándole el pago de intereses moratorios por la tardanza en los pagos de las actas de obra, en el plenario no constan las cuentas de cobro presentadas por cada acta de obra ni las constancias de los pagos realizados por cada una de ellas, “*pruebas que eran necesarias para determinar la mora en el pago, pues la única forma de establecer que la entidad demandada se demoró en reconocer y pagar las actas de avance de obra, es aportando los originales o copias auténticas de las cuentas de cobro, con su constancia de recibido en la pagaduría de la Gobernación, y las copias auténticas de los recibos de pago o de los cheques recibidos en pago por dichas actas de avance de obra*” (f. 52 a 59, c. ppl).

5. Inconforme con lo decidido, la parte actora interpuso **recurso de apelación**¹, en el cual pidió la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que en su lugar se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, para lo cual reiteró los hechos expuestos en la misma y sostuvo que el departamento de

¹ El recurso fue interpuesto el 4 de abril de 2005.

Cundinamarca le debía los intereses moratorios reclamados, los cuales fueron objeto del derecho de petición que presentó ante la entidad antes de liquidar el contrato y del cual se dejó constancia en el acta de liquidación. Que con ese derecho de petición radicado en la gobernación de Cundinamarca, se le entregó una relación de las actas de obra, la fecha de presentación de las mismas y la fecha de pago efectuada por la entidad territorial, pero ésta evadió y desvió el tema del pago de los intereses aduciendo que las reclamaciones económicas debían solucionarse por otro tipo de acciones y que en el acta de liquidación no se habían dejado las salvedades al respecto, pero no probó el cumplimiento de sus obligaciones. Así mismo, consideró que el Tribunal *a-quo* no tuvo en cuenta las pruebas obrantes en el proceso *“tales como el derecho de petición en el que se anexaron y presentaron a la demandada las pruebas de su no pago oportuno”* y que conducen a acceder a sus pretensiones (f. 61 y 69, c. ppl.).

6. Mediante auto del 9 de diciembre de 2013, se aceptó el impedimento del consejero Ramiro Pazos Guerrero, con fundamento en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 150 del C.P.C., dado que conoció de este proceso en su condición de magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 90 y 92, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

7. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -

modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el *sub examine*, la cuantía exigida en 2003 –época de presentación de la demanda- para que un asunto fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 36 950 000 y en el presente caso, la cuantía de las pretensiones asciende a \$ 130 163 064,00 (f. 2, c. 1).

II. Hechos probados

8. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis²:

8.1. El 15 de octubre de 1997, la sociedad Seguros Tequendama S.A., expidió la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales n.º 92114 en la que figura como tomador la Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. y como asegurado o beneficiario, la gobernación del departamento de Cundinamarca. El objeto de la póliza fue *“garantizar el cumplimiento del convenio interadministrativo de obra pública n.º SV-227 del 2 de octubre de 1997, el buen manejo y correcta inversión del anticipo y el pago de salarios y prestaciones sociales al personal al (sic) emplear en la ejecución de la rehabilitación y pavimentación de la vía Girardot-Cambao, sectores Girardot-Nariño, Nariño-Guataquí, Guataquí-Beltrán, Beltrán-Cambao (R.C.), según cláusula primera del contrato en mención”* (f. 1, c. 2).

² De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas.

8.2. El 15 de octubre de 1997, la Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. –Coinco Ltda.³- celebró el contrato de obra civil n.º 512 con la sociedad Ingeniería y Construcción Ltda. –Inconstruc Ltda.- cuyo objeto fue “...la rehabilitación y pavimentación de la vía Girardot-Cambao sectores Girardot-Nariño, Nariño-Guataquí, Guataquí-Beltrán, Beltrán-Cambao (Departamento de Cundinamarca)” por valor de \$ 10 449 712 733,00 y con un plazo de duración de 11 meses, contados a partir del recibo del anticipo y la firma del acta de iniciación de la obra (f. 7, c. 2).

8.3. El 21 de octubre de 1997, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - Confianza S.A.- expidió la póliza n.º 0644364, contentiva de la “garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales”, en la que obró como tomador la sociedad Ingeniería y Construcción Ltda. –Inconstruc Ltda.- y como asegurado, la Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. –Coinco Ltda.-. El objeto de la póliza fue garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas en virtud del contrato 512 de 1997, el monto asegurado fue de \$ 7 314 798 913,10 y tuvo vigencia del 21 de octubre de 1997 al 21 de noviembre de 2001 (f. 12, c. 2).

³ La naturaleza jurídica de esta entidad, es la de una “(...) cooperativa conformada por entidades estatales que a su vez tiene el carácter de entidad estatal, de conformidad con lo preceptuado por el parágrafo del artículo 2 de la Ley 80 expedida en el año de 1.993; en efecto, la contratista Cooperativa Interregional de Colombia Ltda., COINCO LTDA., es una cooperativa conformada por los Departamentos del Meta, Casanare, Amazonas, Putumayo, Arauca, Vaupés, San Andrés y Providencia y, Vichada, cuyo objeto, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, es el siguiente (folio 38 cuaderno principal): // “EN DESARROLLO DEL ACUERDO COOPERATIVO COINCO LIMITADA TIENE COMO OBJETIVO GENERAL, PRESTAR SERVICIOS A SUS ASOCIADOS Y AL PÚBLICO EN GENERAL PARA LOGRAR EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LOS MISMOS EN CUYO PROPOSITO PODRÁ ASESORAR, ADMINISTRAR, GESTIONAR, EJECUTAR PLANES, PROGRAMAS, PROYECTOS Y ACCIONES DE ÁREAS QUE LO REQUIERAN, VELANDO PRINCIPALMENTE POR EL PROGRESO INTEGRAL DE SUS ASOCIADOS, DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y DE LAS ZONAS DE FRONTERAS.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, expediente 16106, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

8.4. El gerente de la Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. –Coinco Ltda.- expidió la resolución n.º 054 del 7 de septiembre de 1998, por medio de la cual declaró la caducidad del contrato de obra civil 512 de 1997, acto contra el cual las sociedades Inconstruc Ltda y Confianza S.A. interpusieron sendos recursos de reposición⁴. En las consideraciones de la decisión administrativa, se registró i) la celebración del contrato de obra, ii) la multa que le fue impuesta al contratista por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, iii) que el 24 de octubre de 1997 el contratista recibió un anticipo de \$ 5 224 856 366,50 equivalente al 50% del valor del contrato, iv) que el plazo del mismo era de 11 meses y vencía el 26 de septiembre de 1998, v) que el contratista conocía todas las condiciones de ejecución de las obras, vi) que hizo presencia tardía en las mismas y vii) que no había cumplido con el programa de trabajo e inversión vigente, a tal punto que a tan solo 20 días de finalizar el plazo contractual, el contratista sólo había ejecutado el 34% de la obra contratada, incumpliendo con sus obligaciones contractuales, sin que hubiera presentado una justificación valedera de la inversión del anticipo entregado. Como consecuencia de la declaratoria de caducidad, impuso el pago de la cláusula penal pactada en el contrato y dispuso su cobro con cargo a los saldos a favor del contratista o a la póliza GU-01-02-0644364 que garantizaba el cumplimiento del contrato, expedida por la Compañía de Seguros Confianza S.A., a quien se ordenó notificar personalmente la decisión (f. 13, 21 y 39, c. 2).

⁴ Dentro de las motivaciones del recurso de reposición interpuesto por Confianza S.A., manifestó: “24. Que mediante oficio 008523 de fecha 23 de septiembre de 1998, el señor presidente de CONFIANZA S.A. expresó al Señor Gerente General de COINCO LTDA., en su calidad de garante de INCONSTRUC LTDA., el deseo de asumir la obra hasta su culminación, teniendo como único objetivo, cumplir el objeto del Contrato y coadyuvar con COINCO LTDA. y la Gobernación de Cundinamarca, en la satisfacción de la necesidad sentida de la comunidad del sector donde se está desarrollando la obra. (Copia de la citada comunicación fue remitida al Señor Gobernador de Cundinamarca). // 25. Mediante oficio No. 010167 de fecha septiembre 30 de 1998, COINCO LTDA. envía respuesta a CONFIANZA S.A., respuesta en la cual se ratifica la intención de encontrar una solución conciliada utilizando los mecanismos que contempla la Ley ante el probable siniestro de incumplimiento, expresando que para ello debemos comunicarnos con los funcionarios asesores que han venido atendiendo el tema. No obstante lo expuesto, CONFIANZA S.A. mantiene su posición de obtener una solución conciliada y actuando dentro de los parámetros de la Ley expresa por este medio la opción de asumir la continuación de la obra, hasta su culminación (...)” f. 25 y 35, c. 2.

8.5. Mediante resolución n.º 126 del 21 de diciembre de 1998, en la cual se dio respuesta a los argumentos de los recurrentes⁵, Coinco Ltda. revocó el anterior acto administrativo (f. 40, c. 2).

8.6. El 28 de enero de 2000, según se registra en acta de esa fecha⁶, se llevó a cabo audiencia de conciliación prejudicial n.º 005-2000 en la Procuraduría Tercera Judicial Administrativa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁷, en la que aparecen como solicitantes Coinco Ltda., Confianza S.A., La Previsora S.A. y el departamento de Cundinamarca y participó también el representante legal de Inconstruc Ltda. (f. 47, c. 2).

⁵ En las consideraciones, se registró que “en desarrollo del Convenio interadministrativo No. 227 de 1997, entre la Gobernación de Cundinamarca y la Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda “Coinco Limitada”, se suscribió el Contrato de obra civil No. 512 de 1997 con la Sociedad Ingeniería y Construcción Ltda INCONSTRUC LTDA, para ejecutar a precios fijos y plazos fijos la Rehabilitación y pavimentación de la vía Girardot-Cambao, sectores Girardot-Nariño, Nariño-Guataquí, Guataquí-Beltrán, Beltrán-Cambao, con un plazo inicial de once (11) meses y con un valor de \$ 10.449.712.733,00”. Y a continuación se manifestó que contra el acto de caducidad interpusieron recurso el contratista y la aseguradora, dando cuenta de los argumentos expuestos en los mismos. Al responder los aducidos por Confianza S.A., específicamente el referido al “uso de mecanismos de solución de controversias”, expresó: “Los establece como obligatorios, dentro del propósito de agilidad y eficiencia. Contrastando con lo gravoso e inconveniente de acudir a las instancias judiciales. Reitera la voluntad de CONFIANZA de asumir la terminación del contrato con el ánimo de evitar el siniestro. // La legislación actual Ley 80 de 1993 y Ley 446 de 1998, consagran la conciliación y otros mecanismos alternativos para la solución de las controversias. Además, contractualmente se estipuló (Cláusula Vigésima Segunda), como mecanismo válido para la resolución de los conflictos la conciliación extrajudicial y de no ser posible aquella, trámite arbitral ante el centro de conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Lo que aparece claro es que siendo este mecanismo supletorio de las instancias judiciales, no quiere ello decir que se inhiba la discrecionalidad de la Administración en la imposición de medidas coercitivas o conminatorias” (f. 43, c. 2).

⁶ Este documento fue aportado en copia simple e incompleta, pues falta la página 3 de la referida acta.

⁷ En el plenario no obra copia de la providencia judicial de aprobación de este acuerdo conciliatorio, a pesar de que el procurador judicial advirtió a las partes intervinientes i) que la actuación administrativa sería remitida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que decidiera sobre la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio logrado y ii) que la decisión aprobatoria de la conciliación, una vez ejecutoriada haría tránsito a cosa juzgada y por lo tanto vincularía a los interesados en la conciliación lograda.

8.6.1. En dicha audiencia fue aportado el acuerdo conciliatorio llevado por los solicitantes, denominado *“Acuerdo conciliatorio para solucionar el conflicto determinado por la falta de debida amortización del anticipo en el convenio interadministrativo No. 277 de 1997 celebrado entre el departamento de Cundinamarca y la Administración Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. “Coinco Ltda.”, así como en el contrato de obra pública No. 512 de 1997, suscrito entre esta última e Inconstruc Ltda. con el mismo objeto”*, respecto del cual el procurador judicial anotó que fue leído y aprobado por los apoderados judiciales de los conciliantes COINCO LTDA., CONFIANZA S.A., LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y el departamento de Cundinamarca.

8.6.2. En el referido acuerdo, se registró que Confianza S.A., en su calidad de garante de la sociedad Inconstruc Ltda., había manifestado a Coinco Ltda. su interés de asumir la ejecución de la obra hasta su terminación, con base en los artículos 18 y 60 de la Ley 80 de 1993 y que La Previsora S.A. Compañía de Seguros así como su afianzada Coinco Ltda., al igual que el departamento de Cundinamarca, tenían especial interés en que se ejecutara y terminara la obra.

8.6.3. Por lo tanto se estipuló, en la cláusula segunda del acuerdo, que Confianza S.A. asumía ante el departamento de Cundinamarca la ejecución de las obras hasta su terminación, de acuerdo con los resultados de la liquidación de los contratos de obra civil n.º 277 y 512 de 1997 y el programa de inversión elaborado para el efecto, compuesto por el cronograma de ejecución y el inventario de cantidades faltantes de obra que obraban como anexos 1 y 2, siendo el plazo de ejecución el de 6 meses desde la suscripción del acta de iniciación, una vez la conciliación fuera judicialmente aprobada.

8.6.4. Se convino que Confianza S.A., al asumir la ejecución de la obra en su calidad de garante, debía cumplir bajo su exclusiva responsabilidad con el objeto del convenio a través de una firma constructora, *“por lo cual considera que la*

sociedad Ingeniería y Construcción Ltda., 'Inconstruc Ltda', cumple con los requisitos técnicos operativos y administrativos necesarios para desarrollar el objeto de este", y La Previsora se comprometió a expedir la garantía de cumplimiento respectiva, incluyendo como afianzada a Confianza S.A. y como asegurado al departamento de Cundinamarca; el valor del acuerdo suscrito por los intervinientes fue el correspondiente al que arrojó la liquidación del contrato 512 de 1997 como obra faltante por ejecutar: \$ 6 176 777 698,06 y en la cláusula décima primera, se pactó la forma de pago:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: FORMA DE PAGO: EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA pagará a CONFIANZA S.A., el precio del presente ACUERDO, mediante cuotas mensuales acompañadas de las Actas de obra, debidamente visadas por la interventoría, con las cantidades de obra ejecutadas a la fecha de corte, dentro de los quince (15) días siguientes a su presentación, descontando de cada una de ellas el anticipo dejado de amortizar por INCONSTRUC LTDA., en el contrato No. 512 de 1997, en la proporción indicada en el programa de inversión y flujo de fondos que forma parte integral del presente CONVENIO.

8.6.5. En la cláusula décima del convenio, se estableció que *"La ejecución, desarrollo y cumplimiento del presente convenio, queda sujeto a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 (En especial lo estipulado en los artículos 13, 14, 15, 16, 17 y 18), y sus normas concordantes y complementarias. Para todos los efectos legales se entenderá como entidad contratante el Departamento de Cundinamarca y como contratista a la sociedad Confianza S.A."*

8.6.6. En el acta de la audiencia de conciliación, el procurador judicial dejó constancia de las personas que asistieron a la misma, además de los respectivos apoderados: el gerente de Inconstruc Ltda., la representante legal de La Previsora S.A., dos representantes de Confianza S.A. y una asesora del gobernador de Cundinamarca; así mismo, les advirtió que la actuación se remitiría al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que decidiera sobre la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio logrado, que la decisión

aprobatoria de la conciliación, una vez ejecutoriada haría tránsito a cosa juzgada y por lo tanto vincularía a los interesados en la conciliación lograda, y que el documento incorporado a la presente acta, constaba de dos anexos: el n.º 1, correspondiente al programa de inversiones del contrato de obra carretera Girardot-Cambao, sectores: Girardot-Guataquí-Cambao, departamento de Cundinamarca y anexo n.º 2: resumen de cantidades de obra por ejecutar, contrato SV-277-97 (sic) Girardot-Cambao.

8.7. El 16 de abril de 2002, se suscribió el acta n.º 11 *“de liquidación de obra contrato conciliación prejudicial SOP-V-005-2000”* por parte del secretario de obras públicas del departamento de Cundinamarca y el representante legal de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –Confianza S.A., *“actuando como garante del Contrato No. 277-97 (sic) suscrito entre la Cooperativa Interregional de Colombia Ltda. “COINCO LTDA” e Ingeniería y Construcciones Ltda. “INCONSTRUC LTDA.”*, quien al pie de su firma en el documento, agregó: *“El representante legal de la compañía aseguradora, deja constancia que presentó en la fecha un derecho de petición que se encuentra en trámite de resolver”* (f. 60 a 64, c. 2).

8.8. La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. –Confianza S.A., el 15 de abril de 2002, elevó un derecho de petición ante el gobernador de Cundinamarca en el sentido de que se incluyeran en el acta de liquidación y le fueran cancelados los intereses moratorios por el pago tardío de las actas, para lo cual anexó un cuadro en el que hizo los cálculos de los intereses y que arrojó un valor de \$ 260 949 218,81 por dicho concepto (f. 65, c. 2).

8.9. Mediante oficio del 24 de mayo de 2002, el secretario de obras públicas del departamento dio respuesta a la anterior petición, manifestándole a Confianza S.A. que en el acuerdo conciliatorio también se acordó como prerequisite del pago la aprobación de las actas mensuales de obra por parte de la interventoría

y que de acuerdo con la verificación en los libros radicadores de la dirección de contratación, las fechas no coinciden con las relacionadas en la petición. Y en relación con el cálculo de los intereses cobrados, recordó que las partes no pactaron intereses moratorios, por lo que resultaba aplicable el inciso 2º del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 pero que de todos modos, la reclamación económica se tramitaría ante el comité de conciliación y transacción de la entidad (f. 68, c. 2).

8.10. El 27 de mayo de 2002, Confianza S.A. envió oficio a la entidad demandada en la que le manifestó que las actas fueron recibidas por el interventor y como prueba del recibo, dice que le remite fotocopias de los documentos donde se verifica la fecha de recepción⁸ (f. 70, c. 2).

8.11. Las partes siguieron cruzando comunicaciones en las cuales, la demandante insistió en el pago de los intereses moratorios debidos y la entidad los denegó, por considerar, finalmente, que existía una liquidación de común acuerdo respecto de la cual la aseguradora no hizo *“una reclamación respecto de una prestación relacionada con el contrato, por cuanto solo se hace mención de una petición que se encuentra en trámite de resolver, la cual, después del análisis respectivo, la administración considera que no es posible ningún reconocimiento (...). Por lo anterior y teniendo en cuenta que la relación contractual se finiquitó con la suscripción de la liquidación, esta Secretaría considera que no hay lugar al pago de sumas que no fueron objeto de acuerdo en la liquidación, ni de las que tampoco se dejó salvedad en el texto de la misma”* (f. 78, c. 2).

III. El problema jurídico

⁸ Los documentos anunciados en este oficio, no reposan en el expediente.

9. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer si resulta procedente la pretensión de la parte actora, en cuanto reclama el pago de intereses moratorios por parte del departamento de Cundinamarca por el pago tardío de las cuentas de cobro correspondientes a las actas de obra ejecutada por aquella, para lo cual se deberá establecer en primer lugar la naturaleza de la relación sustancial que existió entre las partes.

IV. Análisis de la Sala

10. De acuerdo con lo establecido en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el contratista debe prestar una garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia. El Decreto 679 de 1994 reglamentó esta norma y reiteró que la garantía única debía cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, incluyendo únicamente como riesgos amparados, aquellos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato.

11. Es así que la administración, cuando advierta la existencia del incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, del cual se deriven perjuicios para ella, deberá proceder a hacer efectivas las garantías que aquel constituyó a su favor. El artículo 18 de la Ley 80 de 1993, dispone que la declaratoria de caducidad del contrato, la cual se efectúa a través de un acto administrativo debidamente motivado, *“será constitutiva del siniestro de incumplimiento”*.

12. No obstante, la referida norma también establece que la entidad puede decidir abstenerse de declarar la caducidad y adoptar las medidas de control e

intervención necesarias para garantizar la ejecución del objeto contratado, razón por la cual puede suceder que, advertido el incumplimiento del contratista, que daría lugar a dicha decisión y por lo tanto, a la efectividad de la garantía de cumplimiento, las partes y la aseguradora que haya expedido la póliza de seguro que la contenga, acuerden, con miras a evitar la caducidad del contrato, que el contratista lo ceda a la garante para que ésta culmine su ejecución, caso en el cual, ella pasará a tomar el lugar de la parte contratista en esa relación contractual⁹.

13. Al respecto, el artículo 887 del Código de Comercio, establece que en los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, quien en adelante ocupará la posición jurídica que tenía el que cede, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido salvo en los celebrados *intuitu personae*, y siempre que por la ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución. El artículo 888 *ibídem*, por su parte, dispone que si el contrato es escrito, la sustitución debe hacerse de la misma manera. Por lo demás, la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que emanan del contrato cedido; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes -art. 895 del mismo código-. Es claro entonces, que la cesión de un contrato, presupone su existencia y debe llevarse a cabo con las mismas formalidades de su celebración.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2011, expediente 15476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

14. Está acreditado en el plenario que la actora, Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A., expidió la póliza de seguro n.º 0644364 –ver párrafo 8.3- contentiva de la garantía única de cumplimiento de un contrato de obra suscrito por una entidad estatal –Coinco Ltda-, lo que significa que la demandante asumió el riesgo derivado del incumplimiento de dicho negocio jurídico por parte del contratista –Inconstruc Ltda.- y por lo tanto, la obligación de pagar la indemnización pactada en la referida póliza, en caso de que se presentara el siniestro y se hiciera, por lo tanto, efectivo el riesgo amparado.

15. Lo anterior sucedió, cuando Coinco Ltda. expidió la resolución 054 de 1998 declarando la caducidad del contrato, constitutiva del siniestro de incumplimiento –ver párrafo 8.4- y ordenando el cobro de la cláusula penal pactada, a cargo de la garantía de cumplimiento contenida en la mencionada póliza de seguro. Es así como surgió la obligación de la aseguradora de proceder al pago de la indemnización de perjuicios a favor de la entidad beneficiaria y su legitimación para discutir e impugnar el acto administrativo en cuestión, como de hecho lo hizo, al interponer el recurso de reposición en su contra.

16. Ahora bien, cuando se produce el siniestro de incumplimiento del contrato como en el presente caso, por haber sido decretada su caducidad, la entidad puede escoger entre reclamar la indemnización de perjuicios de parte del asegurador, o acordar que éste asuma la ejecución del objeto contractual que quedó pendiente, es decir que retome la obra para continuarla y terminarla, toda vez que el artículo 1110 del C. de Co. así lo permite en relación con los seguros de daños¹⁰ y el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, establece específicamente que *“La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto*

¹⁰ “Art. 1110.- La indemnización será pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador”.

contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar”.

17. Como es bien sabido, la declaratoria de caducidad de un contrato implica su terminación unilateral y anticipada por parte de la entidad contratante, frente al incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, en la forma dispuesta por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993¹¹. Es decir que una vez queda en firme el acto administrativo por medio del cual se declara dicha caducidad, el contrato se extingue.

18. En consecuencia, si la entidad accede a que la aseguradora, en vez de pagar la indemnización correspondiente, asuma la ejecución del contrato incumplido, dado que el mismo ya terminó y por lo tanto no se puede producir su cesión por parte del contratista, deberán aquellas celebrar un nuevo negocio jurídico que las vincule y que contemple las obligaciones a cargo de cada una de las partes, con miras a lograr la culminación del objeto contractual que quedó pendiente de ejecución.

19. En el presente caso, se observa que la declaratoria de caducidad, que se produjo el 7 de septiembre de 1998 –es decir cuando faltaban 19 días para la culminación de su plazo-, fue revocada por la administración el 21 de diciembre del mismo año –párrafos 8.4 y 8.5- y el contrato, en consecuencia, finalizó por el vencimiento del término de ejecución inicialmente pactado.

¹¹ “ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre (...)”.

20. No obstante lo anterior, cuando ya estaba terminado el contrato de obra, y aproximadamente un año después de su finalización, se llevó a cabo una diligencia de conciliación extrajudicial en la que participaron los apoderados de la entidad contratante, del contratista y de la aseguradora, quienes acordaron que esta última asumiera la terminación de las obras objeto del contrato incumplido por el contratista.

21. Al respecto, la Sala reitera que dicho acuerdo, no puede calificarse como una cesión contractual del contrato de obra incumplido, puesto que éste ya había finalizado. Y tampoco corresponde a un nuevo contrato que hayan celebrado las entidades estatales -el departamento de Cundinamarca y Coinco Ltda.- con la sociedad aseguradora Confianza S.A., como se lee en el acta de acuerdo de conciliación, toda vez que no fue suscrito por los representantes legales del departamento, de Coinco Ltda. y de Confianza S.A., ni consta que estas entidades hayan delegado la competencia u otorgado poder, respectivamente, para comprometerlas mediante un negocio jurídico como el que quedó plasmado en la respectiva acta, sin que se pueda perder de vista el hecho de que se trató de un acuerdo conciliatorio, llevado a cabo ante la Procuraduría General de la Nación.

La conciliación

22. La Constitución Política en su artículo 116¹² se refirió a las autoridades a cuyo cargo se halla el ejercicio de la función de administrar justicia, contemplando la posibilidad de acudir a formas alternativas de solución de conflictos, entre los que se halla el de la conciliación, mecanismo de

¹² El inciso 3º de la norma constitucional establece que *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*.

autocomposición¹³ mediante el cual las partes inmersas en un conflicto, llegan a un acuerdo para solucionarlo, con la mediación de un tercero imparcial, que puede proponer fórmulas de arreglo, aunque carece de capacidad decisoria.

23. En 1991, fue expedida la Ley 23 de 1991, por medio de la cual se crearon mecanismos para descongestionar los despachos judiciales y entre ellos, se consagró la conciliación en varias materias, como la contencioso administrativa, respecto de la cual se dispuso en su artículo 59 que podrían conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

24. Posteriormente, la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, consagró entre los principios de la administración de justicia el de la alternatividad -artículo 8-, consistente en que *“La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados (...)”*.

25. La Ley 446 de 1998¹⁴, que también fue expedida con la finalidad de lograr la descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, definió la conciliación -artículo 64- como *“un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más*

¹³ *“En la autocomposición las partes pueden abordar la solución del conflicto, ya sea comunicándose e intercambiando propuestas directamente -y en este caso estamos ante una negociación-, o bien con la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita y promueve el diálogo y la negociación entre ellas -y en ese evento nos encontramos ante la mediación, en cualquiera de sus modalidades-. Si bien el término conciliación se emplea en varias legislaciones como sinónimo de mediación, en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad”*. Corte Constitucional, sentencia C-1195 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁴ Vigente para la época de los hechos.

personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”. Es decir que se trata de un mecanismo de autocomposición, que se traduce en un negocio jurídico por medio del cual las partes voluntariamente, en ejercicio del principio de la autonomía de la libertad, terminan judicial o extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, siempre que el mismo verse sobre asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley –art. 65, Ley 446- y que hace tránsito a cosa juzgada –art. 66 y 72 *ibídem*, que modificó el artículo 65 de la Ley 23 de 1991-.

26. Específicamente en relación con la conciliación contencioso administrativa, la Ley 446 dispuso que las personas jurídicas de derecho público podían conciliar total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA, es decir las de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y contractual, estableciendo que en los procesos ejecutivos a los que se refiere el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 la conciliación procederá, siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito y que no puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario –art. 70, que modificó el artículo 59 de la Ley 23 de 1991-.

27. En todo caso, para que la conciliación haga tránsito a cosa juzgada y preste mérito ejecutivo, se requiere de su aprobación judicial, tal y como lo dispone el artículo 72 de la ley¹⁵ y lo desarrolla su artículo 73:

¹⁵ “El acta de acuerdo conciliatorio y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada (...)”.

ARTICULO 73. COMPETENCIA. <Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 60.> La Ley 23 de 1991¹⁶ tendrá un artículo nuevo, así:

"Artículo 65A. El auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio corresponde a la Sala, Sección o Subsección de que forme parte el Magistrado que actúe como sustanciador; contra dicho auto procede recurso de apelación en los asuntos de doble instancia y de reposición en los de única.

El Ministerio Público podrá interponer el recurso de apelación para ante el Tribunal, contra el auto que profiera el Juez Administrativo aprobando o improbando una conciliación. Las partes podrán apelar, sólo si el auto imprueba el acuerdo.

La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.

PARAGRAFO. Lograda la conciliación prejudicial, el acta que la contenga será suscrita por las partes y por el agente del Ministerio Público y se remitirá, a más tardar, al día siguiente, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable.

28. El Decreto 2511 de 1998, reglamentó la conciliación extrajudicial contencioso administrativa y en su artículo 9º estableció cómo se debía llevar a cabo la audiencia de conciliación, en los siguientes términos:

Artículo 9º. Del desarrollo de la audiencia de conciliación. Presentes los interesados el día y hora señalados para la celebración de la audiencia de

¹⁶ "En la exposición de motivos al proyecto de ley 127/90 Cámara "por la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales" (ley 23 de 1991) el gobierno señaló: "5. Conciliación en el campo contencioso-administrativo... La conciliación se realizará bajo la responsabilidad del Fiscal de la Corporación, y bajo el control posterior de la Sala del Tribunal o del Consejo que corresponda, para garantizar a plenitud los derechos del Estado". (SENADO DE LA REPÚBLICA, Historia de las Leyes, Legislatura 1991-1992 Tomo III, Pág. 88 y 89, subrayas no originales). Tan importante consideró el control de legalidad posterior que luego en la ponencia para primer debate al citado proyecto el Representante a la Cámara Héctor Elí Rojas indicó: "... El pliego de modificaciones incluye los mecanismos de control jurisdiccional sobre la conciliación prejudicial para, en todo caso, tener la seguridad de que los intereses del Estado no resulten lesionados o traicionados en dicho trámite" (Historia de las Leyes...Op. Cit. P. 97) (...)" Correa Palacio, Ruth Stella, "Acceso a la justicia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo", en XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, 1ª ed., 2010, p. 468.

conciliación, ésta se llevará a cabo bajo la dirección del Agente del Ministerio Público o Conciliador designado para dicho fin, en la siguiente forma:

- 1. El Agente del Ministerio Público o Conciliador dirigirá libremente el trámite de la conciliación guiado por los principios de imparcialidad, equidad, justicia y legalidad.*
- 2. El Agente del Ministerio Público o Conciliador concederá el uso de la palabra a cada una de las partes por el término que considere necesario, para la debida exposición de los hechos alegados y sus pretensiones.*
- 3. Los interesados justificarán sus posiciones con los medios de prueba que se acompañaron a la solicitud de conciliación o que se presenten en la audiencia.*
- 4. Si los interesados no plantean fórmulas de arreglo, el Agente del Ministerio Público o Conciliador podrá proponer las que considere procedentes para la solución de la controversia, las cuales pueden ser acogidas o no por las partes.*
- 5. Si hubiere acuerdo se elaborará un acta que contenga, entre otras, la identificación de quienes intervinieron en la audiencia, los hechos, el objeto de la conciliación, así como las propuestas presentadas por el Ministerio Público o Conciliador y el contenido, extensión y modalidades del acuerdo logrado manifestando en forma clara, expresa y determinada las obligaciones a cargo de cada una de las partes. El acta será firmada por quienes intervinieron y por el Agente del Ministerio Público o Conciliador.*
- 6. Si el acuerdo es parcial, se dejará constancia de ello precisando los puntos que fueron materia de arreglo y de aquellos que no lo fueron, advirtiendo a los interesados su derecho de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para demandar lo que no fue objeto de acuerdo.*
- 7. Antes que los interesados suscriban el acta de conciliación, el Agente del Ministerio Público o el Conciliador les advertirá que el acta una vez suscrita se remitirá al Juez o corporación del conocimiento para su aprobación definitiva, cuando a ello hubiere lugar.*

Si el Agente del Ministerio Público o el Conciliador no está de acuerdo con lo conciliado por los interesados, por considerarlo inconveniente o lesivo para el patrimonio público o porque no existen las pruebas en que se fundamente, así lo observará durante la audiencia y dejará constancia de ello en el acta.

- 8. Si no fuere posible acuerdo alguno, el Agente del Ministerio Público o Conciliador firmará el acta en la que se manifieste la imposibilidad de acuerdo y devolverá a los interesados la documentación aportada.*

29. En el presente caso, observa la Sala que sólo consta en el proceso la copia simple del acta de la audiencia de conciliación prejudicial n.º 005-2000 que se

llevó a cabo el 28 de enero de 2000 en la Procuraduría Tercera Judicial Administrativa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que fue presentado el documento de conciliación elaborado por los apoderados de Coinco Ltda., Confianza S.A., La Previsora S.A. y el departamento de Cundinamarca, según el cual la aseguradora Confianza S.A., garante de la firma Inconstruc Ltda., se comprometió a terminar las obras que habían sido contratadas con esta firma –ver párrafo 8.6-, a cambio del pago de la indemnización de perjuicios a la que habría lugar, en virtud de la garantía de cumplimiento contenida en la póliza de seguro expedida por dicha sociedad. Este acuerdo era perfectamente posible, si se tiene en cuenta lo manifestado por la jurisprudencia en relación con el contenido de las conciliaciones, como acuerdos de voluntad generadores de obligaciones, orientados a zanjar una controversia o prevenir un futuro litigio, que se logran con la mediación de un tercero imparcial:

En este punto resulta preciso aludir al sustrato eminentemente contractual que inspira la figura de la conciliación, en cuanto ambas instituciones –el contrato y la conciliación- comportan como elemento esencial el acuerdo de voluntades o consentimiento con el objeto de crear, regular o extinguir obligaciones, vinculante para las partes, razón por la cual es posible sostener, sin temor a equivocarse, que respecto de una y otra figura jurídica deben predicarse iguales presupuestos para su existencia, validez y eficacia, con la diferencia, ya señalada, de que en la conciliación se requiere de la intervención de un tercero calificado, amén de la aprobación judicial igualmente exigida por la ley para aquellos eventos en los cuales interviene como parte una entidad de naturaleza estatal o pública.¹⁷

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, auto del 28 de abril de 2014, expediente 41834, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Esta equiparación entre el contrato y la conciliación fue aclarada posteriormente por la misma Sala, en el sentido de que la finalidad de una y otro son diferentes, aunque pueden tener puntos en común, por ser los dos diversas clases de convenciones: “La finalidad de la conciliación consiste en sustituir el proceso judicial para que, mediante el acuerdo de voluntad de los interesados, se dirima un conflicto existente entre dos o más ciudadanos. De ahí que, si bien, la solución conlleva a la producción de efectos jurídicos, éstos existen en razón a la necesidad de resolver un conflicto generado por una situación de hecho o de derecho previa al ejercicio de la conciliación por medio del acuerdo de la voluntad privada de los intervinientes. // Por el contrario, el contrato en general, está definido por el Código Civil como sinónimo de convención, así: // “Artículo 1495. Definición de contrato o convención. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.” // Sin embargo, la definición del Código Civil no es precisa, pues equipara los conceptos de contrato y convención, cuando en realidad la convención es el género y el contrato es la especie, en tanto la convención es un acuerdo de

30. Sin embargo, la Sala advierte que no figura en parte alguna del proceso el auto judicial aprobatorio de la anterior conciliación, lo que impide tenerla como legalmente efectuada, puesto que no basta con que se haya llevado a cabo en presencia del procurador judicial, quien carece de la competencia para impartirla. Es decir que carece de la fuerza de cosa juzgada que la aprobación del juez o tribunal correspondiente les imprime a esta clase de actos, pues “(...) *la conciliación contencioso administrativa, como fuente reguladora de conflictos, mediante la composición de éstos a través de una solución directa acordada por las partes, supone la legalidad de este negocio jurídico, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigente*¹⁸ y, por ello mismo, exige *previa homologación judicial*”¹⁹.

voluntades que busca crear, modificar o extinguir efectos jurídicos, mientras que el contrato es el acuerdo que busca exclusivamente crearlos. De modo que, la relación que existe entre la primera y el segundo es de género y especie, por consiguiente, el contrato es el acto jurídico encaminado a la creación de obligaciones. // En este entendimiento, la conciliación también es un acuerdo jurídico que cabe dentro de la naturaleza de la convención, pero no se puede circunscribirse o identificarse con el contrato, pues la misma puede concluir en la creación de efectos jurídicos –y en este sentido se asimilaría a este último- o en la extinción de los mismos, por lo tanto adquiriría la denominación de pacto. En consecuencia, la conciliación se debe entender como una convención cuya finalidad es la autocomposición de uno o varios litigios actuales o futuros, con la intervención de un tercero que se denomina conciliador, cuyo objetivo es proponer fórmulas de arreglo entre las partes. // En este sentido, la finalidad de los contratos en general es crear obligaciones de dar, hacer o no hacer, las cuales son exigibles a las partes del mismo en virtud a la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades. // Así, si bien, tanto la conciliación como el contrato tienen en común la necesidad de la autonomía de la voluntad y el acuerdo de las voluntades para que se produzcan efectos jurídicos, respecto a su finalidad se hace evidente la primera diferencia, pues el contrato busca generar obligaciones recíprocas en cabeza de los contratantes mientras que la conciliación busca dirimir conflictos preexistentes o futuros entre las partes, prescindiendo de la necesidad de acudir a un tercero que imponga su voluntad sobre la de los interesados”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, auto del 24 de noviembre de 2014, expediente 37747, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁸ [163] “CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Exp. 8331, Auto de 7 de febrero de 2002, en el mismo sentido Exp. 20801, Auto de diciembre 12 de 2001”.

¹⁹ Correa Palacio Ruth Stella, ob. cit., p. 470.

31. La jurisprudencia de la Corporación también se ha manifestado sobre la obligatoriedad de la aprobación judicial de la conciliación, manifestando que *“La validez y eficacia de ese negocio jurídico en asuntos administrativos, está condicionada a la homologación por parte del juez quien debe ejercer un control previo de la conciliación con miras a verificar que se hayan presentado las pruebas que justifiquen la misma, que no sea violatoria de la ley o que no resulte lesiva para el patrimonio público (...). Reitera la Sala que en la medida en que la ley establece como requisito de validez y eficacia de la conciliación en asuntos administrativos la previa aprobación u homologación por parte del juez, hasta tanto no se produzca esa aprobación la conciliación no produce ningún efecto”*²⁰. O dicho en otras palabras, sólo una vez proferida la aprobación, existe conciliación.

32. De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que las prestaciones que afirma la demandante Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A., haber ejecutado a favor de la demandada, por un lado, carecen de soporte contractual, puesto que tal y como ya se explicó, no consta la cesión legal del contrato 512 de 1997 ni la celebración de un nuevo negocio jurídico entre el departamento de Cundinamarca y la sociedad aseguradora. Y por otro lado, tampoco son el producto de una conciliación aprobada judicialmente, que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada.

33. Como consecuencia de lo anterior, no resulta procedente la pretensión primera principal que apunta a que se declare que el departamento de Cundinamarca incumplió el acuerdo prejudicial n.º 005-2000 del 28 de enero de 2000 y las consecuenciales tendientes al pago de intereses moratorios, ya que no consta la debida aprobación judicial del mismo, de la que depende su fuerza obligatoria para las partes y de donde se podría derivar la obligación

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 1º de julio de 1999, expediente 15721, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

indemnizatoria a cargo de la entidad demandada, por el incumplimiento de lo conciliado.

34. De la misma manera, resultan improcedentes las pretensiones subsidiarias, en la medida en que ellas también dependen de la validez del acuerdo conciliatorio del que la parte actora pretende derivar la obligación de la demandada de pagarle ciertas sumas de dinero en determinadas fechas y su derecho al pago de intereses moratorios por el incumplimiento de la referida obligación.

35. Aparte de lo anterior y si en gracia de discusión se admitiera la validez del acuerdo conciliatorio logrado por las partes, observa la Sala que en el plenario no se acreditó el pago tardío que se le imputa a la entidad demandada, puesto que no se aportó prueba de la presentación de las cuentas de cobro por parte de Confianza S.A., acompañadas de las actas de obra debidamente visadas por la interventoría, como reza la cláusula décima primera del acuerdo conciliatorio – párrafo 8.6.4-, las cuales constituyen elemento de juicio indispensable para determinar la fecha a partir de la cual se debía contabilizar el plazo acordado para su pago.

36. En efecto, se observa que la parte demandante allegó al proceso copia de las actas de obra n.º 1, 2, 5, 6 y 7, así como del acta de recibo de obra, que aparecen suscritas, aparentemente, por el interventor y tienen cada una, una fecha manuscrita con una firma ilegible, que es la que alega la actora, como fecha de recibo de cada una de estas actas, respecto de las cuales no obran las respectivas cuentas de cobro que debió presentar (f. 85 a 89).

37. También se advierte que es la misma demandante, quien en una comunicación dirigida al secretario de obras públicas del departamento de

Cundinamarca, enuncia las fechas de los cheques pagados por la entidad, pero no aportó pruebas de su existencia (f. 71, c. 2).

38. Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, en la parte demandante recae la carga de la prueba respecto de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, con base en lo dispuesto por el artículo 177 del C.P.C., conforme al cual, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, por cuanto el incumplimiento de dicha carga, le indica al juez quién debe soportar las consecuencias de que un determinado hecho no se haya acreditado en el proceso. Es decir que no se trata de una obligación que se imponga legalmente a las partes, quienes son libres de decidir qué material probatorio aportan al proceso, pero sí de una actuación que les incumbe con miras a la prosperidad de sus pretensiones y que de no ser cumplida, les puede acarrear consecuencias adversas.

39. En palabras de la doctrina, *“[e]l peso de la prueba no es un deber jurídico que se tenga la obligación de llenar como tal por aquellos a los cuales la ley lo impone, sino que representa sólo la necesidad en que viene a encontrarse en la práctica la parte contendiente de consolidar o justificar una dada relación de hecho que todavía no consta (...). Las reglas sobre el peso de la prueba están fundadas en interés individual; la ley ampara el statu quo y la libertad; el que quiere renunciar al jus pro se introductum puede siempre hacerlo. El que no tiene la obligación de probar sabe que la ley le declara vencedor ante el adversario que teniéndola no la cumple (...)”*²¹. Y sobre esta carga procesal, ha dicho la jurisprudencia:

(...) no debe olvidarse que la carga de la prueba es una regla de nuestro derecho probatorio consagrada en el artículo 177 del C. de P. Civil, de

²¹ Lessona, Carlos, *“Teoría General de la Prueba en Derecho Civil”*, Parte General, 4ª ed., Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A., Madrid, 1957, p. 166.

acuerdo con el cual "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen... "; dicho en otras palabras: para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones.

Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aún tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos²².

40. Se reitera que en el plenario sólo obran las manifestaciones de la propia parte demandante en relación con la existencia de la obligación que le imputa a la entidad demandada, contenidas en reclamaciones presentadas ante el departamento de Cundinamarca, con las cuales acompañó cuadros en los que hizo los cálculos de los intereses de mora y en los que anunció el envío de documentos que comprobaban la entrega oportuna de las cuentas de cobro al interventor, pero que no fueron aportados al proceso –párrafos 8.8 y 8.10-.

41. Y como lo ha manifestado la Sala, *"En un proceso judicial, probar "(...) significa hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos y darle la certeza de su modo preciso de ser"²³, para lo cual se puede acudir a diversos medios de prueba, como los dispuestos por la ley procesal civil: documentos, testimonios, dictámenes periciales, inspecciones judiciales. Ahora bien, para admitir que un hecho ha sido debidamente probado, debe acreditarse en el proceso que obran suficientes elementos de juicio a favor de tal afirmación,*

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, expediente 17300, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²³ Lessona, Carlos, ob. cit., p. 3.

sin que tales elementos puedan estar constituidos exclusivamente por las afirmaciones de la parte interesada en que tales hechos se tengan por ciertos”²⁴.

Conclusión

42. Toda vez que los argumentos del recurso de apelación resultan insuficientes para infirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, la misma será confirmada.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 2 de marzo de 2005.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2015, expediente 28386, C.P. Danilo Rojas Betancourth.



MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO
Conjuez

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado - Impedido

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado