



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Arauca, Arauca, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Proceso : 50001-2331-000-2005-30477-00
Medio de control : Controversias Contractuales
Demandante : COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy
SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
Demandado : DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE
litisconsorte : ADMINISTRACION COOPERATIVA DE
PROYECTOS TECNICOS GENERALES
“PROTEGER A.C.”

Decide la Sala la demanda incoada por la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. contra el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE, en ejercicio del medio de control de Controversias Contractuales. Lo anterior, en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA19-11448 de fecha 19 de noviembre de 2019 y PCSJA20-11596 de fecha 14 de julio de 2020, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que remitió a este Tribunal procesos del sistema escritural que se encontraran para sentencia en el Tribunal Administrativo del Meta.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones y condenas¹

La parte demandante las solicitó de la siguiente manera:

“PRIMERO.- Que se declare el incumplimiento del contrato N° 027 de 2004 celebrado entre el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y la sociedad ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TÉCNICOS GERENCIALES “PROTEGER A.C.”, por causas imputables al DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE quien no cumplió con los requisitos para la elaboración de los planos y estudios correspondientes a la construcción del puente sobre el río unilla en el Municipio de Calamar en el Departamento del Guaviare.

SEGUNDO.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare que la **COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A.**, no está obligada a pagar suma alguna de dinero con cargo a la póliza No. 6501000111501 que expidió para garantizar el contrato de Obra Pública No. 027 de 2004, celebrado entre el **DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y LA ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GERENCIALES “PROTEGER A.C.”**

¹ Folio 2 del expediente.

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

TERCERO.- Que el **DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE** sea condenado a pagar las costas del presente proceso.

CUARTO.- Que el demandado sea condenado conforme al artículo 177 y 178 del C.C.A."

1.2. Hechos o fundamento del medio de control²

Como fundamentos de hecho de las pretensiones, se tienen:

- El DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE profirió la invitación pública No. 004 de diciembre de 2003, para la construcción del puente sobre el río Unilla en el Municipio de Calamar en dicho Departamento.

- El DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE por medio de la Resolución No. 1435 del 16 de diciembre de 2003, ordenó la apertura de la invitación pública No. 004.

- El DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE a través de la Resolución No 146 del 19 de febrero de 2004 adjudicó a la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GERENCIALES "PROTEGER A.C.", el contrato resultante de la invitación pública No. 004 de 2003.

- El DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GERENCIALES "PROTEGER A.C.", celebraron el día 19 de febrero de 2004 contrato de obra pública No. 027, para la construcción del puente sobre el río Unilla en el Municipio de Calamar en dicho Departamento.

- En razón del contrato, la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GERENCIALES "PROTEGER A.C." adquirió con la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A., póliza de cumplimiento No. 6501000111501 del 25 de febrero de 2004, para garantizar los amparos de anticipo, cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales y de estabilidad de la obra.

- El día 5 de mayo de 2004, se profirió acta de iniciación de la obra para la construcción del puente sobre el río Unilla en el Municipio de Calamar en el Departamento del Guaviare.

- El día 10 de junio de 2004 se elaboró acta de suspensión de obra No. 01 por desbordamiento del río Unilla, el cierre de la vía San José del Guaviare y el deterioro de la vía de Calamar; la cual fue reiniciada el día 14 de enero de 2005.

- El DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE expidió la Resolución Administrativa No. 0205 de fecha 4 de Marzo de 2005, mediante la cual declaró la caducidad del contrato de obra No. 027 de 2004; ordenó hacer exigible la garantía única de cumplimiento No. 6501000111501, otorgada por la COMPAÑÍA AGRICOLA

² Folios 3 a 5 del expediente.

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

DE SEGUROS S.A.; e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria prevista en el contrato.

- Contra la anterior decisión, la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GERENCIALES "PROTEGER A.C." interpuso recurso de reposición. Por su parte, la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A., solicitó la revocatoria directa.

- El DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE a través de la Resolución Administrativa No. 205 del 4 de marzo de 2005, revocó en todas sus partes el acto administrativo objeto de reproche. A su vez, en dicha decisión se ordenó convocar a un comité de obra para determinar el estado de ejecución de la misma y tomar las medidas necesarias con su continuación.

- El día 20 de mayo de 2005 se elaboró acta de suspensión de obra No. 02 por el término de 3 meses debido a la ola invernal que azotaba al país en ese momento, estableciéndose como fecha de reinicio el 21 de agosto de 2005.

1.3. Fundamento de derecho y normas violadas

Se citan como normas violadas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículo 83.

Ley 80 de 1993: artículos 23, 25 numeral 12, 26 numeral 3.

Decreto 1753 de 1994.

Código Civil: artículo 1603.

Decreto 2170 de 2002: artículos 7 y 8.

Código de Comercio: artículo 1058.

Como sustento de lo anterior señaló la parte demandante que el Departamento del Guaviare tanto en la etapa precontractual y contractual que dieron origen al contrato de obra No. 027 de 2004 celebrado con la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GERENCIALES "PROTEGER A.C.", cometió serias irregularidades en relación el incremento del riesgo por la entrega tardía del documento sobre el estudio del suelo; la falta de manejo ambiental; la inexistencia de topografía sobre el sitio en donde se iba a llevar a cabo el objeto contractual; la violación de las obligaciones derivadas del manejo del anticipo; y la afectación del contrato de seguros.

En vista de ello, el Departamento del Guaviare bajo ninguna circunstancia podía ordenar hacer exigible la garantía única de cumplimiento No. 6501000111501 expedida por la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A., póliza que amparaba las obligaciones del contrato de obra pública No. 027 celebrado entre dicho ente territorial y la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GERENCIALES "PROTEGER A.C.", ya que el incumplimiento del objeto contractual se estaba generando por dicho ente Departamental.

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

1.4. Contestación de la demanda

1.4.1. Administradora Cooperativa de Proyectos Técnicos Gerenciales "PROTEGER A.C."

Contestó la demanda a través de Curador Ad-Litem oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando que en el presente asunto no le existían razones de defensa como quiera que en caso de accederse a lo pretendido a través del medio de control de Controversias Contractuales, todo aquello resuelto solo sería para favorecer a la Administradora Cooperativa de Proyectos Técnicos Gerenciales "PROTEGER A.C."

1.4.2. Departamento del Guaviare

Contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumentando como razones de su defensa que en lo que respecta a un presunto incremento del riesgo en la construcción del puente y que ello fue desconocido por el asegurador, lo cierto es que esa situación no es imputable al ente territorial como quiera que quien tiene la responsabilidad de informar sobre ello es el tomador de la póliza que en este caso en particular fue la Administradora Cooperativa de Proyectos Técnicos Gerenciales "PROTEGER A.C."

Por su parte, en cuanto a que el Departamento del Guaviare incumplió el contrato por no haber entregado dentro de los términos el estudio de suelo, debe decirse que aun cuando pudo existir demora en ello, lo cierto es que en razón a ello las partes de la relación contractual convinieron suscribir varias prorrogas para extender el plazo para la entrega de la obra.

Ahora bien, si el contratista de alguna manera incumplió con las obligaciones previstas en el contrato de obra, el ente contratante estaba facultado para declarar su incumplimiento y en consecuencia, hacer efectiva la cláusula penal, que conllevaba a afectar de igual manera la póliza de cumplimiento expedida por la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A., al verse afectado el patrimonio público.

Propuso la excepción de cosa juzgada.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Meta³, Corporación que la admitió⁴. La entidad demandada dentro de la oportunidad legal la contestó⁵. Se abrió a pruebas el proceso⁶ y posteriormente, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público, para la presentación de los alegatos de conclusión⁷.

³ Folio 1 del expediente.

⁴ Folios 139 a 140 del expediente.

⁵ Folios 158 a 164 del expediente.

⁶ Folios 204 a 206 del expediente.

⁷ Folio 222 del expediente.

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

Tanto la parte demandante como la entidad demandada presentaron sus alegatos de conclusión, reafirmando lo expuesto en la demanda y en la contestación de la misma.

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

El Tribunal Administrativo del Meta profirió el día 10 de diciembre de 2008 sentencia a través de la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda por inepta demanda⁸, decisión contra la cual la parte demandante interpuso recurso de apelación⁹.

Encontrándose el proceso para decidir el recurso impetrado, el Honorable Consejo de Estado advirtió la configuración de la causal de nulidad contemplada en el numeral 9° del artículo 140 del C.P.C., como lo fue la falta de notificación de quien debió ser citado como litisconsorte necesario, esto es, la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C.", por ello, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda¹⁰.

El Tribunal Administrativo del Meta dio cumplimiento a la orden impartida por el superior y procedió a la admisión de la demanda¹¹. Las entidades demandadas dentro de la oportunidad legal la contestaron¹². Se abrió a pruebas el proceso¹³ y posteriormente, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público, para la presentación de los alegatos de conclusión¹⁴.

Tanto la parte demandante como las entidades demandadas presentaron sus alegatos de conclusión, reafirmando lo expuesto en la demanda y en la contestación de las mismas.

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

No advirtiéndose ninguna causal que invalide lo actuado, procede a dictarse sentencia.

3.1. Competencia

El Artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, se refiere al tema de transición y vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "CPACA", de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

⁸ Folios 232 a 240 del expediente.

⁹ Folios 276 a 278 del expediente.

¹⁰ Folios 351 a 367 del expediente.

¹¹ Folio 385 del expediente.

¹² Folios 446 a 447; 449 a 455 del expediente.

¹³ Folio 502 del expediente.

¹⁴ Folio 518 del expediente.

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior. (Subrayado de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la demanda fue presentada el día 24 de octubre de 2005, es claro que se deberá regir por las normas anteriores a la Ley 1437 de 2011, es decir, el Decreto – Ley 01 de 1984.

3.2. Cuestión previa

Sea lo primero referirse a la excepción de Cosa Juzgada propuesta por el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE, ya que la prosperidad de la misma relevaría a la Sala del estudio de fondo del presente asunto.

3.2.1. Excepción de Cosa Juzgada

Dicha entidad demandada manifestó lo siguiente:

“Revisado el escrito de demanda, se observa que la pretensión de la misma es que se declare el incumplimiento del contrato No. 027 de 2004, por parte del Departamento del Guaviare, y que como consecuencia de lo anterior se declare que la compañía Agrícola de Seguros, no está obligada a pagar suma alguna de dinero con cargo a la póliza No 6501000111501 que expidió para garantizar el contrato de obra pública No. 027 de 2004.

Con posterioridad al inicio de la presente demanda fueron proferidos los actos administrativos No 0006 de 2006 y 154 de 2006, por medio de los cuales se declaró el incumplimiento del convenio interadministrativo No. 027 de 2004.

Los anteriores actos administrativos, fueron demandados en nulidad y restablecimiento del derecho, ante esta misma corporación, correspondiéndole el No. 50001-23-31-000-2006-00639-00, de la Compañía Agrícola de Seguros contra el Departamento del Guaviare, esto es con identidad de partes del proceso bajo estudio, y las pretensiones de la demanda fueron: se declare la nulidad de las resoluciones No. 0006 de 2006 y 154 de 2006, por medio de los cuales se declare como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que la aseguradora demandada no está obligada a cumplir con las mencionadas resoluciones y que en caso de haberse hecho efectivas, el Departamento del Guaviare, debe devolverle las cantidades de dinero recaudadas.

Dentro del proceso 50001-23-31-000-2006-00639-00, de la Compañía Agrícola de Seguros contra el Departamento del Guaviare, fue proferida sentencia de primera el 17 de agosto de 2016, por el Tribunal Administrativo de Caldas, en la cual resolvió declarar la nulidad de las resoluciones y condenar a Departamento que el (sic) caso que la Compañía Agrícola de Seguros haya debido pagar suma alguna por concepto de cláusula penal pecuniaria, deberá reembolsar la suma cancelada y sentencia de segunda instancia por el consejo de Estado, en la cual resolvió modificar la sentencia, declarar la nulidad de las resoluciones y condenar

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

al Departamento del Guaviare a reembolsar los dineros que la accionante haya o hubiere tenido que cancelar con ocasión de lo ordenado en las resoluciones impugnada.

Revisado lo anterior, es evidente que nos encontramos frente a la institución de cosa juzgada, contenida en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo (...)."

3.2.2. Fundamentos normativos y jurisprudenciales de la excepción de Cosa Juzgada

Los principales fundamentos normativos de la figura jurídica cosa juzgada se encuentran en los artículos 175 del Código Contencioso Administrativo¹⁵, vigente para la época en la cual se presentó la demanda y 332 del Código de Procedimiento Civil¹⁶, los cuales exigen, para que se configure, la presencia concurrente de tres elementos: 1. Que los procesos versen sobre el mismo objeto; 2. Que tengan la misma causa y 3. Que exista identidad jurídica de partes.

Sobre este tema se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional¹⁷ en los siguientes términos:

"Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

¹⁵ El Artículo 175 del Código Contencioso Administrativo dispone:

"Cosa juzgada. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo interdepartamental, comisaral, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios."

¹⁶ El Artículo 332 del Código de Procedimiento Civil establece:

"Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro y al secuestro en los demás casos.

La sentencia dictada en procesos seguidos por acción popular produce cosa juzgada erga omnes.

Los efectos de la cosa juzgada en procesos en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, se regularán por lo dispuesto en el Código Civil y leyes complementarias.

En los procesos en que se emplaze a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión."

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-774 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido. En ese mismo sentido. Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.
- **Identidad de causa petendi** (*eadem causa petendi*), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.
- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada."

Por su parte, en relación con ello, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha manifestado¹⁸:

"La identidad jurídica de partes, implica que los efectos de una sentencia sólo se extiendan a quienes actuaron dentro del proceso. En consecuencia, si dentro de un proceso dejó de señalarse a determinada persona como parte, no se configura la cosa juzgada, teniendo ésta la posibilidad de iniciar un nuevo proceso. Esto desde el punto de vista del procedimiento civil, pues la sentencia, por regla general, tiene efectos inter partes.

"La identidad jurídica de objeto involucra realizar un análisis que conduzca a concluir que la nueva demanda impetrada ante la jurisdicción contiene las mismas pretensiones o declaraciones^{19[7]}. Por consiguiente, para identificar si existe identidad de objeto se deben estudiar los hechos, las pretensiones y la sentencia anterior para confrontarlas con los hechos y pretensiones planteadas en el nuevo proceso a fin de poder determinar si existe identidad de objeto.^{20[8]} En otras palabras, la identidad de objeto exige que la petición en ambos procesos sea la misma.

"Frente a la identidad de causa jurídica o causa petendi juzgada, se concreta en los motivos o razones que deben aparecer puntualizados a lo largo de la demanda y que surgen de los diferentes hechos consagrados, por cuanto del análisis de éstos, es como verdaderamente se puede saber si los fundamentos jurídicos de las pretensiones son idénticos".

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 11.405, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹ "[7] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de mayo de 1952. Gaceta Judicial, t. LXXII, pág. 86." Citada por: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 11.405, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ "[8] LOPEZ BLANCO Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I, Bogotá. Dupré, 2005. Pág. 644." Citado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 11.405, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

3.2.3. Material probatorio

Dentro del plenario se encuentran allegadas las siguientes pruebas documentales:

- Copia del contrato de obra No. 027 del 19 de febrero de 2004 celebrado entre el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C.", cuyo objeto era la construcción del Puente sobre el Río Unilla en el Municipio de Calamar en dicho Departamento (folios 92 a 98 del expediente).

- Copia de la póliza de cumplimiento No. 6501000111501 expedida por la Compañía Agrícola de Seguros S.A., en donde aparece como tomador la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C." y como asegurado y beneficiario de la misma el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE. En ella fueron asegurados los amparos de anticipo, cumplimiento, estabilidad y salarios y prestaciones sociales (folio 190 del expediente).

- Copia de la Resolución No. 0006 del 5 de enero de 2006 "POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO AL CONTRATO No. 027 de 2004", proferida por el Departamento del Guaviare. En dicho acto administrativo se resolvió:

"ARTICULO PRIMERO: Declarar que LA ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C.", en su calidad de contratista, incumplió el contrato de obra pública No. 027 de fecha 19 de febrero de 2004, por lo expuesto en los considerando anteriores.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente al Representante Legal de la Administración Cooperativa de Proyectos Técnicos Gerenciales "PROTEGER A.C.", y a la Aseguradora Agrícola de Seguros el presente acto administrativo, advirtiéndosele que contra el mismo procede el recurso de reposición (...).

ARTICULO TERCERO: Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento impóngase a favor del Departamento del Guaviare la cláusula penal pecuniaria en cuantía de SESENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUATRO PESOS M/CTE (\$61.344.804,00), la que deberá ser cancelada por el contratista o su garante en la Tesorería del Departamento, presentando copia del soporte del pago en la secretaria Jurídica del Departamento, dentro de los DIEZ (10) días siguientes a la ejecutoria de este acto. En caso de incumplimiento a lo aquí dispuesto, procédase a hacer exigible coactivamente la póliza única de garantía.

ARTICULO CUARTO: Como consecuencia del incumplimiento, ordenar que las Secretarías Departamentales de Hacienda y Obras Públicas liquiden el contrato de obra pública No. 027 de fecha 19 de febrero de 2004 en el estado en que se encuentre y como resultado de ello, en caso de ser necesario, hágase exigible la póliza de buen manejo e inversión del anticipo. Para tal efecto se libran los oficios respectivos a la Compañía Aseguradora Agrícola de Seguros, quien expidió la póliza No. 6501000111501. (...)." (Folios 177 a 180 del expediente)

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

- Copia de la Resolución No. 0154 del 15 de febrero de 2006 "Por medio del cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 0006 del 05 de enero de 2006", proferida por el Departamento del Guaviare. En el mismo se resolvió:

"PRIMERO: No REPONER la Resolución No. 0006 de 2004 204 de fecha 04 de marzo de 2005 (sic), que decreta el incumplimiento al contrato de Obra Pública No. 027 de 2004, por las consideraciones y razones expuestas en el mencionado acto administrativo.

SEGUNDO: Ordénese la liquidación del contrato en forma bilateral, para lo cual infórmese a las partes que dicha actuación se realizara el tercer día hábil siguiente, contados a partir de la última notificación personal a las 9:00 A.M. en las instalaciones de la Secretaría de Obras públicas del Departamento como lugar de encuentro, en caso de no ser posible la liquidación bilateral se procederá a la liquidación unilateral de conformidad con lo dispuesto con el artículo 61 de la Ley 80 de 1993.

TERCERO: Notifíquese personalmente al representante legal de la Administración Cooperativa de Proyectos Técnicos Gerenciales PROTEGER A.C. y a la Compañía Aseguradora Agrícola de Seguros, manifestándoles que contra el presente Acto Administrativo no procede ningún recurso. (...)." (Folios 181 a 189 del expediente)

- Copia de la sentencia de primera instancia del 17 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Caldas, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento con radicación No. 50001-23-31-000-2006-00639-00, impetrado por la Compañía Agrícola de Seguros S.A., contra el Departamento del Guaviare, dentro de la cual se decidió:

"(...) **SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD** de la Resolución No. 0006 del 5 de enero de 2006 por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato No. 024 (sic) de 2004, y la resolución No. 154 del 15 de febrero de 2006, que la cual la confirmó, expedidas por el señor Gobernador del Departamento del Guaviare.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** se **CONDENE** al Departamento del Guaviare que en caso que la compañía Agrícola de Seguros S.A. en calidad de garante haya debido pagar suma alguna por concepto de la cláusula penal pecuniaria en el contrato No. 027 de 2004, deberá reembolsar la suma cancelada a dicha compañía o a quien en la actualidad represente sus derechos, suma que deberá actualizar conforme a la fórmula indicada en la parte motiva. (...)."

Lo anterior atendiendo las siguientes consideraciones:

"(...) El cargo principal de la demanda radica en que a juicio de la parte actora, el gobernador del Guaviare carecía de competencia legal para declarar el incumplimiento del contrato pues para el efecto debió acudir a la jurisdicción, en tanto el departamento alega que a la luz de los artículos 14, 32 y 40 inciso 2°, de la Ley 80 de 1993 tenía dicha potestad.

(...) En efecto, la ley 80 previó de manera taxativa las potestades excepcionales de las cuales podían hacer uso las entidades estatales en aras de la dirección del

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

contrato, a saber, las de terminación, interpretación y modificación unilateral, reversión y caducidad, ninguna de las cuales –salvo la caducidad- tiene como presupuesto para su declaración, el incumplimiento del contratista.

Reforzando lo discernido, valga anotar que fue la ley 1150 de 2007 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos", la que si introdujo de manera expresa la potestad excepcional de las entidades estatales para declarar el incumplimiento del contrato en aras de imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. (...).

(...) SOLUCION AL CASO CONCRETO:

Dentro del marco legal y jurisprudencial reseñado, afirma la Sala que el señor Gobernador del departamento del Guaviare carecía de competencia legal para expedir la Resolución No. 0006 del 5 de enero de 2006 por medio de la cual declaró el incumplimiento del contrato No. 024 (sic) de 2004, y la resolución No. 154 del 15 de febrero de 2006, por medio de la cual la confirmó, lo que impone declarar la nulidad de las mismas.

A título de restablecimiento del derecho se dispondrá que en caso que la compañía Agrícola de Seguros SA en calidad de garante haya debido pagar suma alguna por concepto de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato No. 027 de 2004, el departamento del Guaviare deberá reembolsar la suma cancelada a dicha compañía o a quien en la actualidad represente sus derechos, suma que deberá actualizar (...)." (Folios 456 a 468 del expediente)

- Copia de la sentencia de segunda instancia del 27 de noviembre de 2017 proferida por el Consejo de Estado, a través de la cual modificó la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas así:

"(...) PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, la cual quedará así:

1. DECLARAR la nulidad Resoluciones Nos. 0006 del 5 de enero de 2006 y la No. 0154 del 15 de febrero de 2006, por medio de las cuales se estableció que en caso de que la suma por concepto de la cláusula penal pecuniaria convenida no fuera cancelada dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación se requeriría a la Compañía Aseguradora Agrícola de Seguros S.A., para que la cancelara con cargo al amparo de buen manejo e inversión del anticipo contenido en la Póliza No. 6501000111501 expedida.

2. CONDENAR al demandado Departamento del Guaviare a reembolsar los dineros que la sociedad accionante haya cancelado o hubiese tenido que cancelar con ocasión de lo ordenado en las Resoluciones impugnadas." (Folios 469 a 494 del expediente)

3.2.4. Caso concreto

Teniendo en cuenta todo lo antes expuesto, se tiene que efectivamente la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A., impetró demanda en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE, pretendiendo la declaratoria de nulidad de los actos administrativos expedidos por dicho ente territorial a través de los cuales declaró el incumplimiento contractual por parte de la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

A.C." –*contratista*- y en consecuencia, ordenó la imposición a su favor de la cláusula penal pecuniaria en cuantía de \$61.344.804.

El fundamento que tuvo la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. para la interposición de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, fue precisamente que los mencionados actos administrativos dispusieron en su parte resolutive que el incumplimiento del contratista en relación con el pago de la cláusula penal, conllevaría a que se hiciera exigible coactivamente la póliza de cumplimiento No. 6501000111501, afectando dentro de la misma, los amparos de buen manejo e inversión del anticipo.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo declaró la nulidad de los actos administrativos demandados al considerar que específicamente en relación con la imposición de la cláusula penal pecuniaria el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE carecía de competencia legal, de conformidad con la normatividad vigente para ese momento –*Ley 80 de 1993*–.

Así las cosas, debe mencionarse que si bien la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A., atacó la nulidad de Resoluciones Nos. 0006 del 5 de enero de 2006 y la No. 0154 del 15 de febrero de 2006, a fin de que no se hiciera exigible la póliza de cumplimiento que se expidió para garantizar el contrato de Obra Pública No. 027 de 2004, celebrado entre el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y LA ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GERENCIALES "PROTEGER A.C.", lo cierto es que ese caso en particular, el ente territorial solo pretendió afectar los amparos de buen manejo e inversión del anticipo.

Bajo esa premisa es claro, que existían dentro de la póliza de cumplimiento No. 6501000111501 otros amparos que no se vieron afectados en la expedición de los actos administrativos demandados atacados a través de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho –*cumplimiento, estabilidad y salarios y prestaciones sociales*–. Es por ello, que entre ese proceso y el que hoy es materia de estudio, no se encuentran probados la totalidad de los elementos exigidos para determinar se está en presencia de Cosa Juzgada, es decir, a pesar de existir identidad jurídica de partes no tenían la misma causa ni versaban sobre todo el mismo objeto.

En vista de ello, y al no demostrarse probada la existencia de Cosa Juzgada se proseguirá con el estudio del asunto.

3.3. Problema jurídico

La controversia consiste en dilucidar si en el presente asunto hay lugar a declarar el incumplimiento del contrato No. 027 de 2004 celebrado entre el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y la sociedad ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TÉCNICOS GERENCIALES "PROTEGER A.C.", por causas imputables al ente territorial, que se abstuvo de cumplir con algunas obligaciones prevista dentro de la relación contractual.

En caso afirmativo, podría el ente territorial pretender hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 6501000111501 que fue expedida por la COMPAÑÍA

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., para garantizar el contrato de obra pública No. 027 de 2004.

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero que deberá determinarse es si la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., entidad que expidió la póliza de seguros que amparó las obligaciones del contrato No. 027 de 2004 celebrado entre el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y la sociedad ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TÉCNICOS GERENCIALES "PROTEGER A.C.", se encontraba legitimada materialmente para pretender de conformidad con lo previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo la declaratoria de incumplimiento del mismo.

3.3.1. Legitimación en la causa

Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquella, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado²¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa²². En cuanto a la primera, se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356.

²² Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

hayan sido demandadas²³. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado el órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo así:

"(...) La excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

*La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.*

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado"²⁴.

Por ello es que un sujeto pueda estar legitimado en la causa, de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante (falta de legitimación por activa) carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado (falta de legitimación por pasiva) no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores²⁵.

Ello ha sido reiterado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 25 de marzo de 2010 así²⁶:

"(...) En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

²⁵ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que "... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

²⁶ Sección Segunda. Expediente con radicación No. 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), C.P.: Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

*de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.** En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, **pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra (...)**" (Negrilla de la Sala)*

Dicho todo lo anterior, se tiene que en el presente asunto, la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. Hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., demandó en ejercicio del medio de control de controversias contractuales pretendiendo en primer lugar, la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra pública No. 027 del 2004 celebrado entre el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TÉCNICOS GERENCIALES "PROTEGER A.C.", por causa imputables al ente contratante que impidieron cumplir con el objeto contractual. Como consecuencia de ello, se dispusiera que la entidad demandante no estaba obligada a pagar suma alguna con cargo a la póliza de cumplimiento No. 6501000111501, expedida por esa aseguradora.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, expresa que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, cabe precisar que uno de los sujetos intervinientes dentro del contrato estatal siempre lo será la administración pública, pero, sus actos jurídicos serán generadores de obligaciones siempre que exista consentimiento o un acuerdo de voluntades con el contratista, elemento que en todo caso representa el querer de las partes y el alcance de las deberes sin perder de vista el cumplimiento de los fines estatales.

Ahora bien, en términos generales, el contrato de obra tiene como finalidad la ejecución precisamente de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común.

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo preceptúa:

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

"ARTÍCULO 87. Modificado por el art. 17, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 32, Ley 446 de 1998. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil." (Subrayado de la Sala)

En ese sentido se tiene, que el contrato de obra No. 027 del 19 de febrero de 2004, fue suscrito por el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE – *entidad contratante*- y la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C." –*contratista*-. Es decir, que bajo lo previsto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo solo alguna de esas dos partes, estaría legitimada para pretender entre otras cosas, se declarara el incumplimiento contractual y se condenara al responsable a indemnizar los perjuicios.

La COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. Hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en este caso fue la aseguradora encargada de expedir la póliza de cumplimiento No. 6501000111501, en donde figuró como tomador la ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C.", y como asegurado y beneficiario de la misma el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE, a efectos de garantizar las obligaciones previstas dentro del contrato de obra No. 027 del 19 de febrero de 2004, con los siguientes amparos: anticipo, cumplimiento, estabilidad y salarios y prestaciones sociales.

Dicho ello, la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. Hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., no estaba legitimada para pretender a través de la acción de la referencia, la declaratoria de incumplimiento de un contrato estatal del cual ella no hacía parte ni como entidad contratante ni como contratista y que en principio no le estaba generando una afectación a sus intereses.

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

Situación diferente se presentaría en aquellos casos en donde la aseguradora aun no siendo parte del contrato estatal, se viere afectada de manera directa por la expedición de un acto contractual que dispusiera algún pago a su cargo, ahí entonces, sí estaría legitimada en la causa por activa para controvertir la legalidad de la decisión que perjudique sus intereses, ya que la participación de la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. solo se da a raíz del contrato accesorio de seguros.

Ello precisamente ocurrió dentro de la acción contractual en donde la COMPAÑÍA AGRÍCOLA DE SEGUROS S.A., demandó la nulidad de los actos administrativos emitidos por el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE, a través de los cuales la entidad contratante alegando hacer uso de las facultades exorbitantes previstas en la Ley, declaró el incumplimiento del contrato No. 027 de 2004 y dispuso hacer efectiva la póliza constituida para garantizar el cumplimiento del mismo, con decisión a su favor en las dos instancias.

En esos casos, el Honorable Consejo de Estado ha señalado²⁷:

"De tiempo atrás la Sala tiene determinado que las aseguradoras, si bien no son parte del contrato estatal que suscita la declaratoria de caducidad, tienen legitimación en la causa por activa, esto es, tienen vocación para demandar el acto, dada la afectación directa que de un derecho amparado en una norma puede provenir del acto contractual que dispone algún pago con cargo al asegurador. Por lo mismo, en el sub examine la aseguradora está habilitada para controvertir la legalidad de los actos administrativos que acusa, en la medida en que de éstos deriva la obligación de indemnizar el incumplimiento decretado por la entidad accionada.

En efecto, la jurisprudencia ha señalado que el acto que declara la ocurrencia del siniestro tiene como destinatario principal y directo a la aseguradora que otorgó la garantía y por ello tanto ésta como el contratista tienen interés en impugnar el acto respectivo: "La primera, para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma asegurada, en los términos del art 1096 del c de co."

La declaratoria del siniestro, también ha dicho la Sala, reviste la naturaleza de acto contractual, en tanto busca la exigibilidad de las obligaciones que derivan del contrato accesorio de seguros, en relación del contrato estatal principal, respecto del cual ampara las obligaciones que de éste dimanar, a términos del artículo 1499 del Código Civil, que establece que el contrato es accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

Siendo la acción relativa a controversias contractuales, la única idónea para enjuiciar los actos que se producen con ocasión de la actividad contractual, en los términos que establecía el artículo 87 del C.C.A., en la época de presentación de esta demanda y que de manera perentoria y excluyente reiteró el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

²⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera-Subsección "B". sentencia del 23 de febrero de 2012. C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO-,

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

Por otra parte, si bien el asegurador no es parte del contrato estatal asegurado, y la acción relativa a controversias contractuales ha estado reservada a las partes del contrato estatal, con excepción de aquella que busca su nulidad absoluta en relación con la cual la legitimación por activa se ha extendido al Ministerio Público y al tercero con interés directo, ya la jurisprudencia de esta Corporación, en garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y en aplicación al principio de igualdad, ha admitido la legitimación del asegurador para ejercer la acción relativa a controversias contractuales con el propósito de cuestionar la legalidad de aquellos actos que producidos con ocasión de la relación negocial, les causan afectación. (Subrayado de la Sala)

En mérito de todo lo expuesto, a la Sala no le queda sino declarar probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, y en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la demanda.

4. Otros aspectos

4.1. Costas. La Sala se abstendrá de condenar en costas²⁸, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que hiciera merecedora a esa sanción, tales como temeridad, irracionalidad absoluta a su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

4.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo – Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO.- DECLARESE probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **NIEGUENSE** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO.- ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

²⁸, Sentencia del Consejo de Estado del 1 de junio de 2017- Sección Segunda. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Demandante: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona.

Radicación: 50001-2331-000-2005-30477-00

Demandante: COMPAÑÍA AGRICOLA DE SEGUROS S.A. hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

Litisconsorte: ADMINISTRACION COOPERATIVA DE PROYECTOS TECNICOS GENERALES "PROTEGER A.C."

CUARTO.- ORDENESE que por Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta, se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver al demandante el saldo respectivo.

QUINTO.- ORDENESE que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información. (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

SEXTO.- ORDENESE que en firme en el Tribunal Administrativo del Meta esta decisión, se archive el expediente, previos sus registros.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el anterior proveído fue aprobado por la Sala en sesión de la fecha



LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado



YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada