

MULTAS - Incumplimiento del contrato - Procedencia – Régimen

Ahora bien, el pacto de multas en el contrato de compraventa no asigna per se la declaratoria e imposición por parte de la entidad contratante y en contra del contratista, cuando el contrato está regido por la Ley 80 de 1993. La Sección Tercera ha considerado en este sentido que “con la expedición de la Ley 80 de 1993, desapareció la competencia que había sido otorgada por el artículo 71 del Decreto-ley 222 de 1983, a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, mediante la expedición de un acto administrativo, sin necesidad de acudir al juez del contrato.” La Sala considera que en vigencia de la Ley 80 de 1993 era posible pactar cláusulas relacionadas con multas; no obstante, en modo alguno el pacto llevaba a la asignación de facultad a la entidad para hacerlas efectivas directamente, toda vez que era preciso acudir al juez del contrato.

MULTAS - Imposición - Competencia

Cabe recalcar, que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 1150 de 2007, como ocurre en el caso sub-lite, la administración perdió la facultad de declaratoria unilateral y se vio obligada a acudir al juez del contrato, con el fin de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria. Si bien, la postura jurisprudencial atravesó por una transición para llegar a ese entendimiento, el punto central fue la competencia que tenía la administración para obrar unilateralmente frente a su contratista por el incumplimiento contractual. En aquella oportunidad, la Sección hizo especial hincapié en la competencia como un tema de reserva legal. Luego de considerar que el Decreto Ley 222 de 1983 otorgaba competencia a las entidades públicas sometidas a ese régimen para que en sus contratos impusieran unilateralmente las cláusulas penales, advirtió que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la posibilidad de aplicar cláusulas excepcionales al derecho común se sometería en su imposición a criterios más exigentes y recalcó que en ninguna disposición de la Ley 80 se otorgaba facultad a las entidades estatales para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria.



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso número: 25000232600020060139401(**41.436**)
25000232600020060201901(**50758**) Acumulados¹

Demandante: Sociedad Universal Trading S.A. y Liberty Seguros S.A.

Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional

¹ Mediante auto del 26 de octubre de 2018, fue decretada la acumulación del proceso radicado con el número 41436 con el expediente 50758 (fls. 594 a 597, c. ppal., exp. 41436).

Asunto: Contractual

Temas: Competencia para imponer multas en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la vigencia de la Ley 1150 de 2007.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la aseguradora Liberty Seguros S.A., vinculada como litisconsorte necesario, en contra de la sentencia del 10 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 448 a 467, c. ppal. 2ª instancia expediente 41436) y por el demandado Ministerio de Defensa Nacional contra la sentencia del 13 de julio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección C de Descongestión mediante la cual se declaró la nulidad de las Resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero de 2006 y n.º 0710 del 5 de mayo de 2006, proferidas por el Ministerio de Defensa Nacional en ejecución del contrato de compraventa n.º 162/04 RO-MDN-EJC del 28 de diciembre de 2004 (fls. 273 a 284, c. ppal. 2ª instancia expediente 50758).

SÍNTESIS DEL CASO

La contratista DENEL PTY LTD., representada en Colombia por la sociedad Universal Trading S.A. y la aseguradora Liberty Seguros S.A. cuestionan la legalidad de la cláusula décima octava del contrato de compraventa n.º 162/04 RO-MDN-EJC del 28 de diciembre de 2004, suscrito entre el Ministerio de Defensa Nacional y la firma DENEL PTY LTD., por la cual se facultó a la entidad contratante para la imposición de multas al contratista en caso de incumplimiento de sus obligaciones, a su vez atacan la legalidad de las resoluciones n.º 134 del 16 de febrero de 2006 y n.º 0710 del 5 de mayo de 2006, mediante las cuales se impuso multa al contratista por la mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

I. ANTECEDENTES

1. LAS DEMANDAS

1.1. Expediente 41436

El 12 de junio de 2006 (fl. 32 c. ppal.), la sociedad Universal Trading S.A., que a su vez representa a la firma sudafricana DENEL PTY LTD, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Ministerio de Defensa Nacional (fls. 3 a 32, c. ppal.), con fundamento en los siguientes:

1.1.1. Hechos

La situación fáctica planteada en la demanda se resume así (fls. 5 a 9 c. ppal.):

1.1.1.1. El 28 de diciembre de 2004, el Ministerio de Defensa Nacional y DENEL (PTY) LTD., apoderada en Colombia por Universal Trading S.A. suscribieron el contrato n.º 162/04 RO-MDN-EJC, con el objeto de proveer 4.101 unidades de granadas HE CAL 120 MM/LA y 19.629.051 unidades de cartuchos CAL 7.62 MM eslabonados.

1.1.1.2. El cronograma de entregas afrontó cambios con el contrato modificatorio n.º1.

1.1.1.3. Mediante contrato adicional n.º 1 del 15 de julio de 2005, se adicionó el objeto del contrato principal en el sentido de adquirir 2.438.044 cartuchos calibre 7.62 MM eslabonados en condiciones DDU. A su vez, el cronograma de entregas fue modificado nuevamente.

1.1.1.4. La primera entrega de cartuchos objeto del contrato, correspondiente a 5.225.430 con cargo al contrato principal n.º 162/04 RO-MDN-EJC, se efectuó el día 15 de julio de 2005, según consta en acta n.º 1620, quince (15) días antes de la fecha pactada.

1.1.1.5. Mediante contrato modificatorio n.º 2 se establecieron como fechas de entrega para el material restante: el 15 de diciembre de 2005 para el 100% de las granadas HE CAL 120 MM/LA, el 15 de noviembre de 2005 5.214.600 unidades

de cartuchos 7.62 eslabonados y el saldo del objeto contractual el 15 de diciembre de 2005 (11.627.065 7.62 cartuchos eslabonados).

1.1.1.6. En oficios UT 715-05, UT 746-05 y UT 754 de 2005, Universal Trading S.A. solicitó la modificación del contrato n.º 162/04 RO-MDN EJC, debido a que no se respetó el cupo de carga en el barco BLUE MASTER, por circunstancias ajenas al control de DENEL (PTY) LTD y pidió designar una comisión del Ministerio de Defensa Nacional y del Ejército Nacional para viajar a Sudáfrica, a fin de desarrollar la pre inspección y el recibo en fabrica con fines presupuestales, para lo cual manifestó su disposición de constituir una póliza de seguros que cubriera los riesgos del 100% del pago.

1.1.1.7. El 17 de noviembre de 2005, el Ministerio de Defensa le informó al contratista que no era posible atender la solicitud formulada, entre otras razones, porque no se acompañó la documentación que acreditaba el contrato de transporte con *Forward and Shipping*, ni la reserva en el banco original, ni la del segundo buque citado, además no se demostraba la debida diligencia para garantizar el transporte.

1.1.1.8. En comunicación del UT-775-05 de 30 de noviembre de 2005, el contratista refirió que la solicitud de Denel (pty) Ltd no pretendía el cambio de ICONTERM DDU convenido, sino que se efectuara el pago contra documentos de embarque, con todas las garantías para el Ministerio de Defensa, como se había hecho en el pasado.

1.1.1.9. El 14 de diciembre de 2005, se suscribió el modificadorio n.º 3 al contrato de compraventa n.º 162/04-RO-MDN-EJC, con el objeto de modificar parcialmente el anexo n.º 1 en la cláusula cuarta, forma de pago.

1.1.1.10. Mediante acta de entrega n.º 3218 del 20 de diciembre de 2005, fueron recibidos a satisfacción 9.189.021 cartuchos calibre 7.62. En actas n.º 183 y 184 del 21 de enero de 2006 se hizo entrega a satisfacción del material pendiente contratado, de acuerdo con las especificaciones técnicas solicitadas en el objeto

del contrato n.º 162/04 MDN-EJC (4101 unidades de granadas HE CAL 120 mm/La y 2´438.044 unidades de cartuchos eslabonados 7.62).

1.1.1.11. Por medio de resolución n.º 134 del 16 de febrero de 2006, el Ministerio de Defensa Nacional impuso a DENEL (PTY) LTD, multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato de compraventa n.º 162/2004 RO-MDN-EJC “*por la entrega tardía de 9.189.021 cartuchos calibre 7.62 mm y 2.434.145 granadas calibre 120 mm, objeto del contrato*”, por un valor de doscientos noventa y nueve mil doscientos cuarenta y cinco dólares con 90/100. A su vez, hizo efectiva la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales n.º 502180 del 28 de diciembre de 2004, expedida por la Compañía Liberty Seguros S.A.

1.1.1.12. En escrito del 1º de marzo de 2006, radicado con el número UT-093-06, el contratista formuló recurso de reposición contra la Resolución n.º 134 del 16 de febrero de 2006. Por su parte, la Compañía Liberty Seguros S.A. igualmente formuló recurso de reposición contra la resolución aludida.

1.1.1.13. En Resolución n.º 710 del 5 de mayo de 2006, el Ministerio de Defensa confirmó la resolución 134 de 2006.

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora formuló las siguientes pretensiones (fls. 3 a 5, c. ppal):

PRIMERA.- Que se declare nula la parte del literal a) de la cláusula décima octava-sanciones del contrato n.º 162/04-RO-MDN-EJC, en el cual se permite al Ministerio de Defensa Nacional imponer de forma unilateral multas al contratista.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones n.º 0134 del 16 de Febrero de 2006 y n.º 710 del 5 de Mayo de 2006 expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de las cuales se impuso y se ratificó una multa por la mora en el cumplimiento de obligaciones contempladas en el contrato de compraventa número 162/2004 RO-MDN-EJC y se hizo efectiva la garantía única de cumplimiento del mencionado contrato, por valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES CON 90/100 (US\$299.245,90), póliza de seguro de

cumplimiento a favor de Entidades Estatales n.º 502180 del 28 de diciembre de 2004, expedida por la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A.

TERCERA.-Que como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión anterior, se condene a la entidad demandada a restituir la suma que la firma DENEL (PTY) LTD representada en Colombia por la Sociedad Universal Trading S.A. o la compañía aseguradora que expidió la póliza de seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales, haya tenido que pagar para cumplir con la decisión que declaró el incumplimiento e hizo efectiva la garantía de seriedad, además de los intereses correspondientes a la máxima tasa permitida por la Ley.

CUARTA.- Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en las pretensiones anteriores, se ordene a la entidad demandada publicar por dos veces en un periódico de amplia circulación nacional, la sentencia que anule las resoluciones demandadas. Igualmente, que se ordene comunicar la citada providencia a la Cámara de Comercio de Bogotá para lo de su competencia.

QUINTA.- Que se condene a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL al pago de los perjuicios que la expedición de las resoluciones demandadas han ocasionado a mis poderdantes, dichos perjuicios corresponden:

1. El daño moral sufrido por la firma DENEL (PTY) LTD representada por la sociedad UNIVERSAL TRADING S.A., el cual asciende a la suma equivalente a MIL (1.000) gramos oro.

2. El daño moral sufrido por la sociedad UNIVERSAL TRADING S.A., el cual asciende a la suma equivalente a MIL (1.000) gramos oro.

3. El daño material sufrido por la firma DENEL (PTY) LTD representada por la sociedad UNIVERSAL TRADING S.A. como consecuencia del pago de la multa impuesta, así como por los perjuicios que se hayan ocasionado como consecuencia de la disminución que, la imposición de la misma genera en la calificación de la firma en futuras licitaciones o el mayor costo en la celebración de los contratos en caso que deba constituir pólizas en porcentajes mayores a los contratistas que no han sido penalizados.

4. El daño material sufrido por la sociedad UNIVERSAL TRADING S.A. como consecuencia de los valores que deba cancelar por el pago de la multa impuesta, así como por los perjuicios que se hayan ocasionado como consecuencia de la disminución que, por la imposición de la misma genera en la calificación, de la sociedad DENEL (PTY) LTD que representan en Colombia, en futuras licitaciones o el mayor costo en la celebración de los contratos en caso que deba constituir pólizas en porcentajes mayores a los contratistas que no han sido penalizados.

SEXTA.- Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEPTIMA.- Que se decrete la suspensión provisional de las Resoluciones n.º 0134 del 16 de Febrero de 2006 y n.º 710 del 5 de Mayo de 2006 expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de las cuales se impuso y se ratificó una multa por la mora en el cumplimiento de obligaciones contempladas en el contrato de compraventa número 162/2004 RO-MDN-EJC y se hizo efectiva la garantía única de cumplimiento del mencionado contrato,

por valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES CON 90/100 (US\$299.245,90), póliza de seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales n.º 502180 del 28 de diciembre de 2004, expedida por la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A. OCTAVA-. Que se condene en costas al Ministerio de Defensa Nacional en virtud de las resultas del proceso.

1.1.3. Concepto de la violación

La parte demandante invocó la violación de los artículos 1º, 6º, 29, 121, 122 y 228 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 1546 del Código Civil, el artículo 870 del Código de Comercio, los artículos 35, 59 y 84 del Código Contencioso Administrativo, artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el artículo 1º de la Ley 95 de 1890.

Resaltó la falta de competencia material de la entidad para imponer multas de manera unilateral. Para el demandante la facultad exorbitante de la administración para imponer multas de manera unilateral en los contratos estatales desapareció con la expedición de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, tanto la cláusula décima octava del contrato donde se estableció la facultad de imponer multas unilateralmente y las resoluciones demandadas en las que en efecto se impuso multa al contratista no provienen de un mandato legal que lo autorice.

Si bien se pactó en el contrato la facultad del Ministerio de Defensa Nacional de imponer unilateralmente multas al contratista ante el incumplimiento de sus obligaciones, para hacer uso de esta potestad debía acudir al juez del contrato. Por ello, en este caso, el acto administrativo impugnado refleja una clara violación del debido proceso.

El contratista demostró su buena fe en todos los momentos contractuales, inclusive mantuvo informada a la entidad contratante de los hechos que se produjeron en el transporte de carga. Al demostrarse la diligencia del contratista, no es posible endilgar su culpa por la demora en la entrega del objeto contractual.

Para el demandante ocurrieron dos acontecimientos extraños súbitos e inesperados que incidieron en el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, los cuales configuran fuerza mayor y caso fortuito: i) el mal tiempo encontrado en la ruta del buque Blue Master y ii) disturbios industriales en el Puerto de Durban, que igualmente afectaron al buque SILVERFJORD/2607. Hechos totalmente imprevisibles para la empresa Denel (PTY) LTD, así como para todas las demás compañías que durante la misma temporada requirieron los servicios de transporte marítimo por parte de las compañías operarias en Sudáfrica.

Para el actor se encuentran debidamente demostrados los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito que eximen de toda responsabilidad al contratista.

Agregó que la multa fue impuesta el 16 de febrero de 2006, a través de la resolución n.º 0134, con posterioridad al 21 de enero de 2006, fecha en la cual se había dado cumplimiento con la entrega de la totalidad del material objeto del contrato (actas n.º 183 y 184).

Consideró que el Ministerio demandado, al hacer efectiva la póliza de seguro con la cual se amparaba el cumplimiento del contrato, excedió la finalidad del seguro. Para el demandante no tiene sentido hacerlo efectivo cuando para la fecha de su expedición se había satisfecho el objeto contractual.

1.1.4. Adición de la demanda

Mediante escrito la parte actora adicionó el libelo introductorio, en donde incluyó normas violadas por el acto acusado, el concepto de la violación y suprimió la prueba testimonial solicitada inicialmente.

Señaló que el acto acusado vulneró los artículos 121 y 122 de la Carta Política, según los cuales, los funcionarios públicos sólo pueden ejercer las funciones que expresamente les autoriza la ley o el reglamento. En consecuencia, la entidad carece de competencia para pactar la cláusula de multas en el contrato estatal, además que ello implica vulneración de los artículos 1519 del C.C. y 60 del C. P.

P. que son normas de orden público, al abrogarse una competencia sancionatoria, privativa del Estado y no otorgada por la ley a la Administración.

En este orden, estimó que la cláusula décimo octava del contrato debe ser declarada nula absolutamente, por celebrarse contra expresa prohibición contemplada en el numeral segundo del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, consagra expresamente las cláusulas exorbitantes o excepcionales; sin embargo, el Estatuto de Contratación Estatal no contempla la facultad o atribución de la entidad pública contratante para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato para imponer multas al contratista a través de un acto administrativo.

A su vez, agregó que el Ministerio de Defensa Nacional carecía de competencia temporal para imponer la multa, pues ya había expirado el término convenido para cumplir los cronogramas de entrega previstos, incluso la vigencia del contrato feneció antes de la imposición de la multa (fl. 117 a 152 c. ppal. 1).

1.2. Expediente 50758

El 25 de septiembre de 2006 (fl. 49 c. ppal. vto.), la aseguradora Liberty Seguros S.A. en ejercicio de la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Ministerio de Defensa Nacional (fls. 4 a 49, c. ppal.), con fundamento en los siguientes:

1.2.1. Hechos

La aseguradora demandante sustenta sus pretensiones en similares términos a los expuestos por la sociedad Universal Trading (fls. 8 a 18, c. ppal.).

1.2.2. Las pretensiones

Con fundamento en los supuestos fácticos, la parte actora formuló las siguientes pretensiones (fls. 5 a 8, c. ppal):

PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA: Que se declare la nulidad absoluta prevista en el numeral 2º, del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de la Cláusula Décima Octava del contrato No. 162/2004 RO-MDN-EJC, suscrito el 28 de diciembre de 2004, toda vez que las partes no podían arrogarse la facultad de pactar la potestad para que la Nación- Ministerio de Defensa Nacional de manera unilateral impusiera multas al contratista Denel (PTY) Ltd., mediante resolución.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato n.º 162/2004 RO-MDN-EJC, se declare la NULIDAD de las resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero de 2006 y la resolución n.º 0710 del 05 de mayo de 2006, mediante las cuales se resolvió:

Resolución n.º 0134 del 16 de febrero de 2006:

"ARTÍCULO PRIMERO.- Dar aplicación a la multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el Contrato de Compraventa n.º 462/04 RO-MDN-EJC, particularmente por la entrega tardía 9.189.021 cartuchos cal. 7.62 mm y 2.434.145 granadas calibre 120mm, objeto del contrato, en los términos y condiciones previstas en la cláusula DÉCIMA OCTAVA.- SANCIONES del contrato, los cuales fueron expresamente aceptados por el contratista al suscribir acuerdo de voluntades. La liquidación de la multa asciende a un valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON DÓLARES CON 90/100 (sic) (US\$299.245,90).

ARTÍCULO SEGUNDO.- Hacer Efectiva la póliza de seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 502180 del 28 de diciembre de 2004, por la compañía LIBERTY SEGUROS S.A.

ARTÍCULO TERCERO.- Notifíquese personalmente el presente acto administrativo al Representante Legal de DENEL (PTY) LTD, apoderada en Colombia por UNIVERSAL TRADING S.A., así como a la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A., la cual está garantizando las obligaciones derivadas del Contrato de Compraventa No. 162/2004 RO-MDN-EJC en los términos y formas establecidos en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y si ello no fuere posible, se notificará por edicto de conformidad con el artículo 45 ibídem.

(...)"

Resolución n.º 0710 del 05 de mayo de 2006:

"ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar la decisión adoptada por este Despacho mediante Resolución No. 0134 del 16 de febrero de 2006, en el sentido de dar aplicación a la multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el Contrato de Compraventa n.º 162/2004 RO-MDN-EJC, particularmente por la entrega tardía 9.189.021 cartuchos cal. 7.62 mm y 2.434.145 granadas calibre 120mm, objeto del contrato, en los términos y condiciones previstas en la cláusula DÉCIMA OCTAVA.- SANCIONES del

contrato, los cuales fueron expresamente aceptados por el contratista al suscribir acuerdo de voluntades. La liquidación de la multa asciende a un valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON DÓLARES CON 90/100 (sic) (US\$299.245,90).

ARTÍCULO SEGUNDO.- Establecer un término de quince (15) días calendario, contado desde la notificación de la presente resolución, para que el contratista cancele voluntariamente la multa y aporte el correspondiente recibo de consignación. En caso de no registrarse este hecho, se procederá a tomar el valor del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, de lo contrario se hará efectiva la póliza de seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales n.º 502180 del 28 de diciembre de 2004, por la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A

ARTÍCULO TERCERO.- Notifíquese personalmente el presente acto administrativo al Representante Legal de DENEL (PTY) LTD, apoderada en Colombia por UNIVERSAL TRADING S.A., así como a la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A., la cual está garantizando las obligaciones derivadas del Contrato de Compraventa n.º 162/2004 RO-MDN-EJC en los términos y formas establecidos en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y si ello no fuere posible, se notificará por edicto de conformidad con el artículo 45 ibídem.

(...)"

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato n.º 162/2004 RO-MDN-EJC y la declaratoria de nulidad de las resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero de 2006 y la resolución No. 0710 del 05 de mayo de 2006, se declare que Liberty Seguros S.A. no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en dichos actos administrativos.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato n.º 162/2004 RO-MDN-EJC y la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 0134 del 16 de febrero de 2006 y la resolución n.º 0710 del 05 de mayo de 2006, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar Liberty Seguros S.A. en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.

QUINTA: Que se condene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional a pagar a favor de la Liberty Seguros S.A. las expensas y costas del proceso.

SEXTA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En subsidio a las pretensiones principales formuló las siguientes:

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución No. 0134 del 16 de febrero de 2006, mediante la cual se resolvió:

"ARTÍCULO PRIMERO.- Dar aplicación a la multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el Contrato de Compraventa No. 462/04 RO-MDN-EJC, particularmente por la entrega tardía 9.189.021 cartuchos cal. 7.62 mm y 2.434.145 granadas calibre 120mm, objeto del contrato, en los términos y condiciones previstas en la cláusula

DÉCIMA OCTAVA.-SANCIONES del contrato, los cuales fueron expresamente aceptados por el contratista al suscribir acuerdo de voluntades. La liquidación de la multa asciende a un valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON DÓLARES CON 90/100 (sic) (US\$299.245,90).

ARTÍCULO SEGUNDO.- Hacer Efectiva la póliza de seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 502180 del 28 de diciembre de 2004, por la compañía LIBERTY SEGUROS S.A.

ARTÍCULO TERCERO.- Notifíquese personalmente el presente acto administrativo al Representante Legal de DENEL (PTY) LTD, apoderada en Colombia por UNIVERSAL TRADING S.A., así como a la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A., la cual está garantizando las obligaciones derivadas del Contrato de Compraventa No. 162/2004 RO-MDN-EJC en los términos y formas establecidos en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y si ello no fuere posible, se notificará por edicto de conformidad con el artículo 45 ibídem.

(...)"

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la resolución No. 0710 del 05 de mayo de 2006, mediante la cual se resolvió:

"ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar la decisión adoptada por este Despacho mediante Resolución No.0134 del 16 de febrero de 2006, en el sentido de dar aplicación a la multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el Contrato de Compraventa No.162/2004 RO-MDN-EJC, particularmente por la entrega tardía 9.189.021 cartuchos cal. 7.62 mm y 2.434.145 granadas calibre 120mm, objeto del contrato, en los términos y condiciones previstas en la cláusula DÉCIMA OCTAVA.- SANCIONES del contrato, los cuales fueron expresamente aceptados por el contratista al suscribir acuerdo de voluntades. La liquidación de la multa asciende a un valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON DÓLARES CON 90/100 (sic) (US\$299.245,90).

ARTÍCULO SEGUNDO.- Establecer un término de quince (15) días calendario, contado desde la notificación de la presente resolución, para que el contratista cancele voluntariamente la multa y aporte el correspondiente recibo de consignación. En caso de no registrarse este hecho, se procederá a tomar el valor del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, de lo contrario se hará efectiva la póliza de seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 502180 del 28 de diciembre de 2004, por la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A.

ARTÍCULO TERCERO.- Notifíquese personalmente el presente acto administrativo al Representante Legal de DENEL (PTY) LTD, apoderada en Colombia por UNIVERSAL TRADING S.A., así como a la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A., la cual está garantizando las obligaciones derivadas del Contrato de Compraventa No. 162/2004 RO-MDN-EJC en los términos y formas establecidos en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y si ello no fuere posible, se notificará por edicto de conformidad con el artículo 45 ibídem.

(...)"

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 0134 del 16 de febrero de 2006, confirmada por la No.0710 del 5 de mayo de 2006, se declare que la Compañía Liberty Seguros S.A. no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en los citados actos administrativos.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 0134 del 16 de febrero de 2006, confirmada por la No. 0710 del 5 de mayo de 2006, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar LIBERTY SEGUROS S.A. en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.

QUINTA: Que se condene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional a pagar a favor de Liberty Seguros S.A. las expensas y costas del proceso.

SEXTA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.2.3. Concepto de la violación

La parte demandante invocó la violación de los artículos 4, 6, 83, 121 y 122 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo, el artículo 1602 del Código Civil, el artículo 1077 del Código de Comercio, los artículos 4, 14 y 44 numeral 2º de la Ley 80 de 1993, y el artículo 95 de la Ley 95 de 1890, además de las condiciones generales del contrato de seguro contenidas en la cláusula segunda.

En términos similares a los referidos por el demandante en el expediente 41436 sustentó el fundamento de violación. Invocó la falta de competencia en la expedición de los actos administrativos demandados, a su vez la falsa motivación, por cuanto los hechos que motivaron la imposición de la multa desaparecieron.

Agregó que el contratista se encuentra exonerado de responsabilidad alguna que pudiera derivar en la mora en la entrega de las mercancías por cuanto operaron causales eximentes como el caso fortuito y la fuerza mayor.

2. LITISCONSORCIO

2.1. Expediente 41436

Mediante providencia del 7 de septiembre de 2006, el *a quo* dispuso la vinculación de la aseguradora Liberty Seguros S.A. como litisconsorte necesario (fl. 54 a 56 c. ppal.).

En escrito radicado el 26 de febrero de 2007, la Aseguradora Liberty Seguros (fls. 167 a 250, c. ppal.) secundó el contenido de la demanda. Igualmente formuló sus propias pretensiones:

1.1. Pretensiones principales

PRIMERA: Que se declare la nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de la cláusula décima octava del contrato n.º 162/2004 RO-MDN-EJC, suscrito el 28 de diciembre de 2004, toda vez que las partes no podían arrogarse la facultad de pactar la potestad para que la Nación-Ministerio de Defensa Nacional de manera unilateral impusiera multas al contratista Denel (PTY) Ltd., mediante resolución.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato n.º 162/2004 RO-MDN-EJC, se declare la nulidad de las resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero de 2006 y la resolución n.º 0710 del 05 de mayo de 2006, mediante las cuales se resolvió:

Resolución n.º 134 del 16 de febrero de 2006:

ARTÍCULO PRIMERO.- Dar aplicación a la multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato de compraventa n.º 462/04 RO-MDN-EJC, particularmente por la entrega tardía 9.189.021 cartuchos cal. 7.62 mm y 2.434.145 granadas calibre 120 mm, objeto del contrato, en los términos y condiciones previstas en la cláusula décima octava- sanciones del contrato, los cuales fueron expresamente aceptados por el contratista al suscribir acuerdo de voluntades. La liquidación de la multa asciende a un valor de doscientos noventa y nueve mil doscientos cuarenta y cinco dólares con 90/100 (sic) (US\$299.245,90).

ARTÍCULO SEGUNDO.- Hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales n.º 502180 del 28 de diciembre de 2004, por la compañía Liberty Seguros S.A.

ARTÍCULO TERCERO.- Notifíquese personalmente el presente acto administrativo al Representante Legal de DENEL (PTY), apoderada en Colombia por Universal Trading S.A., así como a la compañía Liberty Seguros S.A., la cual está garantizando las obligaciones derivadas del contrato de compraventa n.º 162/2004 RO-MDN-EJC en los términos y formas establecidos en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y si ello no fuere posible, se notificará por edicto de conformidad con el artículo 45 ibídem. (...) “

Resolución n.º 0710 del 05 de mayo de 2006:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar la decisión adoptada por este Despacho mediante Resolución n.º 134 del 16 de febrero de 2006, en el sentido de dar

aplicación a la multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato de compraventa n.º 162/2004 RO-MDN-EJC, particularmente por la entrega tardía de 9.189.021 cartuchos cal. 7.62 mm y 2.434.145 granadas calibre 120 mm, objeto del contrato, en los términos y condiciones previstas en la cláusula décima octava.- sanciones del contrato, los cuales fueron expresamente aceptados por el contratista al suscribir acuerdo de voluntades. La liquidación de la multa asciende a un valor de doscientos noventa y nueve mil doscientos cuarenta y cinco dólares con 90/100 (sic) (US\$299.245,90).

ARTÍCULO SEGUNDO.- Establecer un término de quince (15) días calendario, contado desde la notificación de la presente resolución, para que el contratista cancele voluntariamente la multa y aporte el correspondiente recibo de consignación. En caso de no registrarse este hecho, se procederá a tomar el valor del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, de lo contrario se hará efectiva la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales n.º 502180 del 28 de diciembre de 2004, por la Compañía Liberty Seguros S.A.

ARTÍCULO TERCERO.-Notifíquese personalmente el presente acto administrativo al Representante Legal de DENEL (PTY), apoderada en Colombia por Universal Trading S.A., así como a la compañía Liberty Seguros S.A., la cual está garantizando las obligaciones derivadas del contrato de compraventa n.º 162/2004 RO-MDN-EJC en los términos y formas establecidos en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y si ello no fuere posible, se notificará por edicto de conformidad con el artículo 45 ibídem. (...)"

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato n.º 162/2004 RO-MDN-EJC y la declaratoria de nulidad de las resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero de 2006 y la resolución n.º 0710 del 05 de mayo de 2006, se declare que Liberty Seguros S.A. no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en dichos actos administrativos.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato n.º 162/2004 RO-MDN-EJC y la declaratoria de nulidad de las resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero de 2006 y la resolución n.º 0710 del 5 de mayo de 2006, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar Liberty Seguros S.A. en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.

QUINTA: Que se condene a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional a pagar a favor de Liberty Seguros S.A. las expensas y costas del proceso.

SEXTA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En subsidio a las pretensiones principales formulo las siguientes subsidiarias:

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la resolución n.º 0134 del 16 de febrero de 2006, mediante la cual se resolvió:

(...)

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la resolución n.º 0710 del 5 de mayo de 2006, mediante la cual se resolvió:

(...)

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero de 2006, confirmada por la n.º 0710 del 5 de mayo de 2006, se declare que la compañía Liberty Seguros S.A. no estaba obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en los citados actos administrativos.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero de 2006, confirmada por la n.º 710 del 5 de mayo de 2006, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar LIBERTY SEGUROS S.A. en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.

QUINTA: Que se condene a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional a pagar a favor de Liberty Seguros S.A. las expensas y costas del proceso.

SEXTA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Frente a los hechos hizo suyos los planteados por la parte demandante y a su vez precisó, que con ocasión del contrato n.º 162/04 RO-MDN-EJC se estableció que el contratista debía constituir garantía única de seguro de cumplimiento para amparar, entre otros, el riesgo de cumplimiento por el 20% del valor total del contrato, en el cual se incluía el valor de las multas que se llegaren a imponer y la cláusula penal que se hiciera efectiva.

El contratista suscribió con Liberty Seguros S.A. la póliza n.º 502180, a favor de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional en la cual se contemplaron los amparos de cumplimiento, calidad del bien y pago anticipado.

Con las modificaciones incorporadas en el contrato n.º 162 de 2004, Liberty Seguros S.A. expidió los anexos correspondientes que prolongaron la vigencia de los amparos y aumentaron el valor asegurado.

Con ocasión del contrato modificadorio n.º 3, Liberty Seguros S.A. expidió el anexo n.º 8 a la póliza 502180 mediante el cual se incluyó el pago realizado contra

documentos de embarque sobre los bienes que llegaran al sitio de entrega convenido.

Frente a los cargos de nulidad señaló que existe imposibilidad en cabeza de la administración para hacer uso de las prerrogativas que tenía con anterioridad a la ley 80 de 1993, para imponer multas, por cuanto debía acudir al juez del contrato para que declarara su incumplimiento.

Para el litisconsorte, con la cláusula décima octava pactada en el contrato n.º 162/04 RO-MDN-EJC, la administración se investió de una facultad que no le había sido conferida por la Ley 80 de 1993. Al encontrarse viciada de nulidad la cláusula contractual, carecen de soporte jurídico las decisiones adoptadas en las resoluciones 134 del 16 de febrero de 2006 y su confirmatoria 710 del 5 de mayo de 2006.

Para la fecha de expedición de los actos administrativos mediante los cuales se impuso la sanción, el contratista había cumplido con las entregas del material contratado que fue recibido a satisfacción por el Ministerio de Defensa. En consecuencia la finalidad de la multa para conminar al cumplimiento del objeto contractual se desdibujó.

Para la aseguradora los actos acusados adolecen de falsa motivación, pues el fundamento de imposición de la multa desapareció cuando el contratista hizo entrega del material y éste fue recibido a satisfacción y sin salvedad alguna por parte de la Administración.

Describió la ocurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad del contratista que causaron retrasos en las entregas estipuladas en el contrato, constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor y que en el presente evento exoneran de responsabilidad al contratista:

- 1. El buque inicialmente contratado, Blue Master, no respetó las reservas de carga recibiendo en puertos extranjeros carga adicional lo que conllevó a que no pudieran ser transportados todos los contenedores previstos.*

2. *El buque Blue Master, no zarpó en la fecha prevista debido a factores climáticos adversos que ocasionaron la mora en la llegada al puerto de Santa Marta.*
3. *El buque contratado para llevar los contenedores que no pudieron ser transportados por el Blue Master, tardó en zarpar debido a factores climáticos registrados en el puerto de Durban, lo cual ocasionó mora en la entrega de los bienes.*
4. *Los problemas de orden técnico por los que se encontraba atravesando el puerto de Durban, debido a la falta de funcionamiento del buque Tsitsikama, el cual transporta los pilotos a las embarcaciones.*

2.2. Expediente 50758

Mediante providencia del 16 de noviembre de 2006, el *a quo* dispuso la vinculación al proceso de la sociedad Denel PTY LTD representada en Colombia por Universal Trading S.A. (fl. 52 c. ppal.).

En escrito radicado el 27 de julio de 2007, las sociedades vinculadas acompañaron las pretensiones formuladas por la parte demandante y los fundamentos de hecho y de derecho invocados por la aseguradora (fls. 93 a 131, c. ppal.)

3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Expediente 41436

El Ministerio de Defensa Nacional contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones invocadas por la parte actora (fl. 251 a 269 c. ppal.).

Frente a los hechos relatados por el demandante señaló que el contratista no aportó el documento que acreditara que DENEL (PTY) LTD, tenía separado con la compañía SEBENZA FORWARD AND SHIPPING el cupo de la carga completa para dar cumplimiento al cronograma del contrato n.º 162/04-RO-MDN-EJEC. No se aportó prueba de la reserva que hiciera DENEL (PTY) Ltd., a la compañía Sebenza Forward and shipping, ni la reserva que ésta hiciera en el buque Blue Master, tampoco los documentos probaran la reserva hecha por la Compañía Sebenza Forward and Shipping de los 13 contenedores del espacio provisional al buque VIBORG.

Los documentos apostillados y consularizados dan fe de las afirmaciones hechas por la Compañía Sebenza Forward and Shipping pero no de sus acciones.

Frente a los cargos de violación invocados, la entidad demandada precisó que la cláusula contractual donde se faculta al Ministerio de Defensa para imponer multas se ajusta a derecho. En tanto, el objeto del contrato 162/04 celebrado entre el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional consiste en el suministro de bienes que son objeto de monopolio estatal, le es aplicable lo dispuesto por el numeral segundo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, para habilitar el pacto de cláusulas exorbitantes.

Del argumento del demandante según el cual, las facultades o competencias de la administración pública y de sus funcionarios deben tener soporte en la Constitución o en la Ley y no pueden provenir del acuerdo de voluntades, estimó que es pretender que cualquier decisión o dificultad que se registre en la ejecución contractual debe ser resuelta por la jurisdicción contenciosa.

En relación con la competencia temporal para imponer la multa, refirió que la parte demandante desconoce las condiciones del contrato, por cuanto la multa no asume exclusivamente un carácter conminatorio, sino además cumple una función sancionatoria para cuya declaración no es indispensable que el contrato esté en ejecución, por lo cual no es posible alegar la extemporaneidad en su expedición.

Citó como soporte de su afirmación, pronunciamiento jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Auto de 19 de febrero de 2004, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez) según el cual se afirma que en el desarrollo de la actividad contractual, la administración puede imponer sanciones al contratista cuando este no cumple con sus obligaciones, imposición que puede ocurrir incluso después del vencimiento del plazo contractual.

Recordó que el contrato 162 de 2004, estableció en su cláusula séptima que la duración del mismo sería de tres meses adicionales al plazo de ejecución, es decir, hasta el 15 de marzo de 2006. En consecuencia hasta esa fecha se mantenía intacta la facultad de imponer multas, estipulada contractualmente.

Con sustento en pronunciamientos jurisprudenciales transcritos la entidad demandada consideró que ante la falta de prohibición expresa de la Ley 80 de 1993, el Ministerio de Defensa no actuó por fuera de su competencia al expedir los actos administrativos acusados, pues en la cláusula décima octava del contrato se pactó la imposición de multas al contratista, por el retardo en el cumplimiento o el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato 162 de 2004.

En lo concerniente a la exclusión de responsabilidad invocada por el contratista con soporte en la existencia de hechos constitutivos de caso fortuito y fuerza mayor, la entidad demandada señaló que el contratista no demostró su diligencia frente a la obligación de contar con todos los medios eficaces e idóneos que aseguraran el cumplimiento del contrato. Tampoco aportó los documentos que acreditaran que para el 3 de noviembre de 2005, la producción objeto del contrato 162/04 RO-MDN-EJC se encontraba lista para ser embarcada.

3.2. Expediente 50758

El Ministerio demandado en el escrito de contestación invocó argumentos similares a los expuestos en el expediente 41436. Para el accionado si bien la aseguradora demandante estima que la entidad carece de facultades para imponer unilateralmente multas, presenta argumentos contradictorios al reconocer en el clausulado del contrato de seguro la facultad del Ministerio de Defensa Nacional de imponer multas al afianzado- contratista a través de actos administrativos unilaterales.

La Aseguradora desconoce que la multa pactada no asume exclusivamente un carácter conminatorio. Además cumple una función sancionatoria, donde no es indispensable que el contrato esté en ejecución, en consecuencia no resulta procedente alegar la extemporaneidad en su imposición.

4. LOS ALEGATOS

4.1. Expediente 41436

En esta oportunidad, la parte actora, con fundamento en el material probatorio allegado, reiteró los fundamentos de su demanda (fls. 341 a 365, c. ppal.).

La aseguradora vinculada como litisconsorte alegó de conclusión. Insistió en los argumentos expuestos en el escrito introductorio (fl. 366 a 424 c. ppal.).

La entidad demandada presentó escrito de alegatos donde reiteró sus argumentos de defensa (fl. 324 a 340 c. ppal.).

El representante del Ministerio Público rindió concepto (fl. 425 a 446 c. ppal.). Consideró que al contrato estatal materia de controversia le es aplicable lo establecido en la Ley 80 de 1993.

Para el procurador delegado, *“cuando el Ministerio de Defensa Nacional reconoció la existencia del siniestro, en acto administrativo motivado en el incumplimiento del contratista en la entrega de los bienes contratados e impuso la multa, si tenía competencia para hacerlo, puesto que lo hizo de acuerdo con lo pactado en el contrato estatal, y esa fue la intención de las partes al pactar esa cláusula, la cual es ley para las partes, conforme a lo normado en el artículo 1602 del código civil.”*

A su vez, no es válido pretender bajo la figura de la fuerza mayor o caso fortuito sustraerse del cumplimiento de las obligaciones de tipo formal y sustancial. El procurador delegado estimó que el incumplimiento de la reserva en el barco Blue Master, para el transporte del saldo de material que correspondía entregar al Ministerio de Defensa Nacional, no es un hecho imprevisible o irresistible, por el contrario, es un hecho previsible y de común ocurrencia en los contratos de transporte y DENEL (PTY) LTD debía estar preparada para remediar esa situación.

Concluyó que la parte actora no desvirtuó los motivos que adujo la entidad contratante para declarar el incumplimiento del contrato, y para la imposición de la multa al contratista. Por lo anterior solicitó desestimar las pretensiones de la demanda por infundadas.

4.2. Expediente 50758

La parte actora enfatizó en los supuestos aludidos en la demanda (fls. 202 a 216, c. ppal). Por su parte, la entidad demandada presentó escrito de alegatos en el que recalcó sus argumentos de defensa (fl. 324 a 340 c. ppal.).

II. LA SENTENCIA APELADA

Expediente 41436

Mediante sentencia del 10 de marzo de 2011 (fls.448 a 467, c. ppal 2ª instancia), el *a quo* negó las pretensiones de la demanda.

Anunció el análisis de los cargos de nulidad referidos a la competencia de la entidad estatal para imponer sanciones de manera unilateral. Acto seguido en caso de falta de prosperidad de los primeros, el cargo de falsa motivación para establecer si se configuró la aducida fuerza mayor y caso fortuito en virtud de las causas alegadas por la contratista para justificar la mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En punto de la solicitud de nulidad de la cláusula contractual que facultó al Ministerio de Defensa Nacional a imponer multas de manera unilateral el *a quo* consideró que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes tiene validez en los contratos estatales cualquiera que sea su objeto, porque el contrato vincula a las partes en una relación en la que se aplican los principios que consagra el artículo 1602 y siguientes del Código Civil.

En consecuencia consideró que la autonomía aplica también para el pacto contractual de sanciones pecuniarias, pues el contrato estatal tiene como fin el desarrollo de la prestación de los servicios públicos.

Resaltó que se ha venido construyendo una línea jurisprudencial que acepta el pacto de multas y la posibilidad de ser impuestas unilateralmente por la Administración, en virtud de su potestad sancionadora y de la naturaleza

correctiva que en la actividad contractual sustentan figuras como las multas, la cláusula penal pecuniaria y la caducidad, siempre bajo la observancia del debido proceso.

El tribunal de primera instancia concluyó que *“las partes del contrato estatal tienen la facultad para pactar multas o la Cláusula penal con fundamento en la autonomía de la voluntad, en consideración a la autorización legal de pactar las conductas que pueden originar sanciones”*, en consecuencia, Universal Trading y el Ministerio de Defensa podían pactar el contenido de la cláusula octava del Contrato No. 162/2000 RO-MDN-EJC referente a las sanciones. Por ello negó la primera pretensión dirigida a obtener la nulidad parcial del literal a) de la cláusula décima octava que reguló el tema de las sanciones, en el contrato No. 162/04RO-MDN-EJC.

En lo atinente a la falta de competencia de la entidad estatal para hacer efectiva las sanciones en forma unilateral, el *a quo* precisó que la Ley 80 de 1993 otorgó a las entidades estatales contratantes la dirección y el control sobre el desarrollo del objeto contractual.

En consonancia con lo anterior, señaló:

En virtud de dichos principios, encaminados al cumplimiento de los cometidos estatales, la Sala entiende que la contratante sí tiene competencia para declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones de la contratista e imponer la consecuente multa pactada en el contrato en particular, pues ello se deduce del análisis sistemático de las normas contenidas en la ley 80 de 1993, norma aplicable al contrato bajo estudio, sin que sea necesario aplicar retrospectivamente el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 por medio de la cual se modificaron algunas disposiciones de la Ley 80 de 1993.

Igualmente, esta Sala ha considerado mayoritariamente que la administración tiene la posibilidad de declarar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y hacer exigibles las multas o la cláusula penal pecuniaria, la cual no hace parte de las facultades exorbitantes de la administración, sino que significan el desarrollo de una actividad propia que tiene por finalidad el cumplimiento de los fines estatales como lo establece la Ley 80 de 1993.

Entonces, la Sala considera que así como la administración tiene plenas facultades para pactar sanciones por el incumplimiento del contrato, también es competente para imponer unilateralmente la cláusula penal y las multas así pactadas, sin necesidad de acudir al juez del contrato.

Por lo mismo, no prospera el cargo de nulidad de los actos demandados por falta de competencia.

Una vez establecida la competencia funcional de la administración para pactar e imponer unilateralmente multas previstas en un contrato estatal procedió al estudio de la competencia temporal de la administración para imponerlas, en consideración al argumento expuesto por la contratista y Liberty Seguros S.A. relacionado con la imposibilidad de ejercicio de tal potestad debido al vencimiento de plazo contractual.

Al respecto concluyó:

Conforme a lo anterior, se tiene que si bien el plazo contractual venció el 15 de diciembre de 2005, el amparo de cumplimiento del contrato estaba vigente hasta el 30 de noviembre de 2006, fecha posterior a la expedición, notificación y ejecutoria de las resoluciones por medio de las cuales el Ministerio de Defensa Nacional impuso la multa e hizo efectivo la garantía única de cumplimiento expedida para el efecto por Liberty Seguros S.A.

Así, se tiene que la imposición de la multa por parte del Ministerio de Defensa Nacional por la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de Universal Trading derivadas del Contrato No. 162/200 RO-MNDEJC, especialmente, por la entrega tardía de 9.189.021 cartuchos calibre 7.62 mm y 2.434.145 granadas calibre 120 mm que eran objeto del contrato y que estaba prevista para el 15 de diciembre de 2005, se hizo dentro de la vigencia del amparo de cumplimiento de que trata la póliza No. 502180 de Liberty Seguros S.A.

*Por lo tanto, la Sala encuentra que contrario a lo afirmado por los demandantes, el Ministerio de Defensa Nacional sí estaba facultado para declarar el cumplimiento tardío de la entrega del material de guerra contratado y hacer efectiva la respectiva póliza.
(...)*

En conclusión, no prosperó el cargo de nulidad de las Resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero y 710 del 5 de mayo de 2006 referente a la falta de facultad temporal del Ministerio de Defensa Nacional para expedirlas.

Finalmente el *a quo* se pronunció en torno a la falsa motivación de los actos administrativos impugnados, desde el argumento expuesto por la parte demandante y por Liberty Seguros S.A. donde aducen que el Ministerio de Defensa Nacional no tuvo en cuenta la configuración de la fuerza mayor o caso fortuito como causa de la demora en la entrega del material de guerra faltante contratado, lo cual exime de responsabilidad al contratista en el asunto *sub lite*.

De los elementos de convicción reseñados, el *a quo* encontró que la fecha cierta de entrega del material de guerra faltante correspondía al 15 de diciembre de 2005 y desde el 1º de noviembre del mismo año la contratista impartió las instrucciones necesarias a la empresa transportadora para obtener la entrega a tiempo del objeto contractual. Sin embargo, se presentaron tres circunstancias determinantes en la ejecución contractual dentro del plazo pactado, que en conjunto retrasaron el transporte a tiempo del material de guerra contratado, pero no revisten el carácter de irresistibles e imprevisibles y tampoco imposibilitaron la ejecución a satisfacción del contrato.

Para arribar a esta conclusión el *a quo* apuntó:

Lo anterior porque la contratista tuvo conocimiento de la omisión de la transportadora en la reserva del primer transporte contratado, con más de un mes de anticipación a la fecha del vencimiento del plazo contractual, de modo que le era posible la consecución de otro medio de transporte sin que la reserva en otro buque sea prueba suficiente de la diligencia máxima exigida en su calidad de contratista respecto de las obligaciones contractuales adquiridas.

Por el contrario, la contratista insistió reiteradamente en la modificación de los términos contractuales de entrega en Colombia para que el material fuera recibido por una comisión del Ministerio en Sudáfrica como la única solución viable al tema de la entrega a tiempo del material contratado, y amparado en la reserva en otra compañía transportadora.

Adicionalmente, el retraso inicial permitía prever que la salida del material de guerra en diciembre podía implicar la exposición a otros factores como el mal tiempo, máxime si se tiene en cuenta que el transporte se realizaría a través del mar y que dicha actividad presupone la exposición a factores como el viento y la lluvia que influyen directamente en las condiciones de navegabilidad.

Es del caso reiterar que dentro de las consideraciones del “Adicional n.º1” del 15 de julio de 2005 al contrato n.º 162/200 RO-MND-EJC (fls.20 a 22 C2), se consignó como una de las causales de modificación al cronograma de entrega, el retraso del buque que transportaba el material por razones climáticas, urgentes y repentinas, de modo que no escapaba del conocimiento del contratista la posibilidad de retrasos en el transporte por el clima.

Respecto de la alegada huelga que influyó en el retraso de operaciones en el puerto de Durban, se tiene que dicha circunstancia hace parte de una cadena de acontecimientos que se presentaron conjuntamente con el mal tiempo, derivados del incumplimiento de la reserva inicial en el transporte, la cual no se puede predicar como constitutiva de fuerza mayor, toda vez que aun cuando ésta no se

hubiere presentado, el material de guerra contratado tampoco se entregaría en la fecha pactada.

Así las cosas, la Sala no encuentra procedente declarar la nulidad de las resoluciones controvertidas, en consideración a que no logró demostrarse que están viciadas de falsa motivación, en el sentido de que contienen una interpretación errada de las circunstancias que generaron la demora en la entrega en el material de guerra contratado.

En consecuencia, la Sala acogerá los planteamientos del agente del Ministerio Público formulados en tal sentido y negará las pretensiones de la demanda de la contratista y de la aseguradora.

Expediente 50758

Mediante sentencia del 13 de julio de 2012 (fls. 273 a 284, c. ppal 2ª instancia), la Subsección C de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de las Resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero de 2006 y n.º 0710 del 5 de mayo de 2006, proferidas por el Ministerio de Defensa Nacional en ejecución del contrato de compraventa n.º 162/04 RO-MDN-EJC del 28 de diciembre de 2004, suscrito con la firma DENEL PTY LTD, representada en Colombia por la Sociedad Universal Trading S.A., en virtud de las cuales se impuso multa al contratista y negó las demás pretensiones de la demanda.

Frente a la pretensión de nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato de compraventa n.º 162/04 RO-MDN-EJC del 28 de diciembre de 2004, el *a quo* encontró, a partir del contenido de la referida cláusula, que el Ministerio de Defensa Nacional se arrogó la potestad de imponer multas al contratista de manera unilateral y mediante resolución, sin embargo dicha estipulación no está afectada de nulidad absoluta por alguna causal prevista en el derecho común y tampoco implica la omisión de algún requisito o formalidad prescrita para su validez, ni se suscribió con persona absolutamente incapaz.

A su vez concluyó que tampoco se hallaba presente alguna de las causales de nulidad previstas por el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Consideró por su parte, que dicha estipulación atiende a la protección del interés general, en la medida en que cualquier mora o retardo en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas

por el contratista en la entrega de material de guerra, podría afectar de manera significativa la seguridad nacional y el orden público interno ante la permanente lucha de las fuerzas armadas contra la insurgencia.

El *a quo* resaltó que ante la ausencia de causal de nulidad absoluta que invalide la cláusula décima octava del contrato de compraventa n.º 162/04 RO-MDN-EJC de 2004, lo procedente es negar la pretensión de nulidad de la cláusula contractual y aquellas derivadas de la misma.

Frente a la pretensión de nulidad del acto administrativo que impuso multa al contratista por incumplimiento de las obligaciones contractuales, el tribunal de primera instancia precisó que las Resoluciones n.º 0134 del 16 de febrero de 2006 y n.º 710 del 5 de mayo de 2006, fueron proferidas por el Ministerio de Defensa Nacional antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, lo que significa para el *a quo* que independientemente del retardo o la mora en que hubiera incurrido el contratista en la entrega de los elementos objeto del contrato de compraventa o que estuviera amparado de una causa extraña, dicha entidad no tenía la facultad para imponer unilateralmente multas al contratista y descontar las sumas respectivas de los dineros adeudados a aquél o hacer efectiva la póliza de cumplimiento, porque la Ley 80 de 1993 no atribuyó tales competencias a la entidad estatal contratante.

Para el *a quo* las Resoluciones n.º 134 y 710 de 2006 fueron proferidas por el Ministerio de Defensa Nacional con falta de competencia "*ratione materiae*" La entidad carecía de atribución legal para imponer multas al contratista.

En consecuencia declaró la prosperidad de la causal de nulidad invocada contra los actos administrativos atacados; sin embargo negó el reconocimiento de suma alguna por concepto de los perjuicios derivados a la Aseguradora Liberty Seguros S.A. ante la falta de prueba de haberse hecho efectiva la garantía única de cumplimiento n.º 502180 del 28 de diciembre de 2004 y que la aseguradora demandante hubiere cancelado total o parcialmente la multa impuesta (fl. 273 a 284 c. ppal. segunda instancia).

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. DE LA APELACIÓN

Expediente 41436

1.1. Inconforme con la decisión de primera instancia, la aseguradora Liberty Seguros S.A. interpuso recurso de apelación (fl. 472 a 500, c. ppal 2ª instancia).

Las razones de inconformidad se sintetizan a continuación:

(i) La cláusula décima octava del contrato en cuanto atañe a la consagración de facultades exorbitantes resulta ilícita, configurándose la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por celebrarse contra expresa prohibición contemplada en este caso en los artículos 6, 121 y 122 de la Carta Política. Como consecuencia son nulas las resoluciones 134 de 16 de febrero de 2006 y 710 de 5 de mayo de 2006.

(ii) Se admiten en el contrato las cláusulas sancionatorias de multas, sin embargo esta proscrita la imposición unilateral de multas mediante acto administrativo por parte de la entidad estatal, pues ello conlleva una facultad excepcional para la entidad estatal contratante no permitida por la ley. Para hacer efectiva la sanción correspondiente se debió acudir al juez del contrato.

iii) La Ley 80 de 1993 no consagró la cláusula de multas como cláusula implícita que otorgaba a la administración facultades exorbitantes como lo hacía el anterior régimen de contratación. La administración se arrogó la facultad de imponer multas directamente por resolución cuando no lo autorizaba la ley.

iv) No hay discusión frente al pacto de multas y cláusula penal, la controversia se centra en que so pretexto de la autonomía privada de la voluntad se faculte a la entidad para imponerlas unilateralmente.

v) El fallo apelado confunde el plazo del contrato estatal con la vigencia del contrato de seguro, así como la facultad que tiene la Administración para declarar siniestros frente a la compañía aseguradora, para lo cual tiene un término de dos años desde la fecha de ocurrencia del mismo, sin importar que al momento de la declaración, la vigencia de la póliza hubiere expirado.

vi) Si bien el fallo acepta que existieron factores externos al contratista que impidieron la ejecución oportuna del contrato, no le da el valor que tales acontecimientos tienen, ya que concluye que al revisarse en conjunto los mismos, no son constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, sin efectuar un análisis mayor frente a éstos.

vii) El fallo apelado no se pronunció respecto de la causal de nulidad propuesta por Liberty Seguros S.A. que hace relación con la falsa motivación de los actos administrativos demandados por cuanto al momento de imponerse la multa al contratista los fundamentos de imposición de la misma habían desaparecido (se había entregado la totalidad de las mercancías adquiridas).

1.2. La parte demandante coadyuvó en su totalidad la apelación presentada por el apoderado de Liberty Seguros (fl. 502 c. ppal.).

Expediente 50758

1.1. La parte demandante formuló recurso de apelación (fl. 286 a 292, c. ppal. 2ª instancia).

i) Mostró su desacuerdo frente a la decisión adoptada en el numeral segundo de la parte resolutive del fallo que decidió negar la pretensión de nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato de compraventa n.º 162/04 RO-MDN-EJC.

Para el apelante la cláusula décima octava del contrato de compraventa se encuentra viciada de nulidad absoluta, por cuanto las facultades exorbitantes de la administración dentro de la actividad contractual se confieren por el legislador

de manera expresa. La ley 80 de 1993 no consagró la facultad de imposición de multas como cláusula implícita a favor de la administración.

Existía una imposibilidad en cabeza de la administración para hacer uso de las prerrogativas que tenía con anterioridad a la Ley 80 de 1993, para imponer multas, por cuanto para la época del contrato, debía acudir al juez del mismo para que declarara su incumplimiento y procediera a la imposición de la multa correspondiente.

ii) Las partes podían pactar multas por los eventuales incumplimientos, sin embargo, en caso de configurarse las circunstancias que estructuraran tales incumplimientos debían reclamarse por la vía judicial.

iii) La cláusula décima octava del contrato en cuanto atañe a la consagración de facultades exorbitantes, resulta ilícita, al configurarse la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 199, por celebrarse contra expresa prohibición contemplada en este caso en los artículos 6, 121 y 122 de la Carta Política.

iv) Tampoco puede admitirse el pacto de dicha cláusula bajo la premisa de la protección del interés general. La manifestación del tribunal de primera instancia según la cual, con la mora en la entrega de material de guerra se puede afectar de manera significativa la seguridad nacional y el orden público interno, carece de soporte probatorio alguno, toda vez que ni siquiera se tenía conocimiento si el material contratado iba a ser utilizado de manera inmediata o entraría a formar parte del inventario de los almacenes del Ejército Nacional.

En consecuencia solicitó revocar el numeral segundo del fallo apelado, y en su lugar, declarar la nulidad absoluta de la cláusula décima octava del contrato n.º 162/2004 RO-MDN-EJC.

1.2. El Ministerio de Defensa Nacional impugnó el fallo de primera instancia (fl. 298 a 303 c. ppal.).

i) El Ministerio de Defensa contaba con facultad plena para expedir las Resoluciones 0134 del 16 de febrero de 2006 y 0710 del 5 de mayo de 2006 ante el incumplimiento presentado por el contratista DENEL PTY LTD apoderada en Colombia por Universal Trading S.A.

ii) La Ley 80 de 1993 en modo alguno prohíbe taxativamente la imposición de multas a la administración. A lo largo de la vigencia de la Ley 80 de 1993, la doctrina y la jurisprudencia han interpretado que la administración tiene la facultad para imponer directamente multas no obstante que el Estatuto de Contratación Estatal, no contempló esta competencia toda vez que el artículo 14, considerado la fuente principal de las facultades exorbitantes no hace mención alguna sobre ellas y por el contrario expresamente dispuso cuales eran las cláusulas excepcionales al derecho común.

iii) Respecto a la falsa motivación ante la desaparición de los fundamentos de incumplimiento al momento de la imposición de la multa, con apoyo en la doctrina precisó que la mora del contratista se configura *ipso iure* por la simple inobservancia de las prestaciones a las que se comprometió dentro del plazo estipulado.

Dentro del texto de la cláusula décimo octava del contrato es posible verificar el carácter sancionatorio de la multa, frente a la tardanza en el cumplimiento del contratista o un incumplimiento del mismo.

iv) No existe violación del artículo 1077 del C. Co., advertido por el demandante Liberty Seguros, como quiera que la ocurrencia del siniestro se encuentra plenamente sustentada a lo largo de los actos administrativos impugnados.

2. LOS ALEGATOS

2.1. Expediente 41436

En esta oportunidad, la parte actora (fl. 581 a 584 c. ppal. segunda instancia) y la aseguradora Liberty Seguros (fl. 511 a 580 c. ppal. segunda instancia) reiteraron los

argumentos expuestos en primera instancia, además de los referidos en el recurso de apelación por parte de la litisconsorte.

2.2. Expediente 50758

La parte actora reiteró los argumentos expuestos en primera instancia (fl. 312 a 320 c. ppal.). El Representante del Ministerio Público rindió concepto en el que consideró que para la fecha en que fueron expedidas las Resoluciones 134 y 710 de 2006, la demandada carecía de competencia material para multar de manera unilateral a la contratista, pues no existía norma alguna que se lo permitiera.

De haber existido razones para sancionar al contratista tendría que haber acudido al juez del contrato para que las impusiese, pero de ninguna manera emitir las y ejecutarlas directamente. En consecuencia la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 134 y 710 de 2006 merece ser confirmada.

El Representante del Ministerio Público consideró, contrario a lo estimado por el *a quo*, que la cláusula décima octava del contrato de compraventa si esta viciada de nulidad, por haberse demostrado estar incurso en la causal segunda de nulidad prevista en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. El Estatuto de Contratación Estatal no permitía que se impusieran multas, la administración no podía crear dicha facultad por el solo hecho de pactarlo en un contrato (fls. 322 a 328, c. ppal. 2ª instancia).

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente

1.1.1. En tanto uno de los extremos es una entidad pública, el Ministerio de Defensa Nacional, es esta la jurisdicción a la cual le corresponde asumir el conocimiento del presente asunto.

1.1.2. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer de la controversia, dado que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo le asignaba el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos².

1.1.3. De otro lado, como la controversia se concreta en la discusión sobre la legalidad de un acto administrativo dictado en el marco de un contrato estatal, la acción procedente es la contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, como efectivamente se hizo.

2.2. La legitimación en la causa

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son autores y destinatarios de los actos jurídicos cuestionados; sin embargo, precisa advertir que si bien el *a quo* reconoció tanto en el expediente 41436 como en el 50758, la calidad de litisconsortes necesarios en cabeza de la aseguradora Liberty Seguros S.A. respecto a la demanda propuesta por la sociedad Universidad Trading S.A. y de la sociedad aludida respecto a la demanda formulada por Liberty Seguros S.A., la Subsección ha considerado que en estos casos se trata de un litisconsorcio cuasinecesario, en tanto aseguradora como contratista pueden acudir de manera independiente a demandar el acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, no obstante la sentencia de nulidad extiende sus efectos jurídicos a todos los que resultaren afectados con la imposición de la sanción pecuniaria³.

² Las demandas presentadas en ejercicio de la acción contractual pretenden la nulidad de las resoluciones n°. 134 y 710 de 2006, por las cuales se impuso multa equivalente a la suma de doscientos noventa y nueve mil doscientos cuarenta y cinco dólares con 90/100 (fl. 178 c.2 expediente 41436). Toda vez que los accionantes pretenden como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos referidos, exonerarse del pago de la suma impuesta, a este monto se contrae la pretensión pecuniaria que supera la cuantía requerida para el conocimiento del asunto en segunda instancia por parte de esta Corporación.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto de 12 de mayo de 2017, Exp. 50741, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, que a su vez cita Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Exp. 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

2.3. Oportunidad de la demanda

La parte demandante –tanto en el expediente 41436 como en el 50758- pretende la nulidad de la cláusula décima octava del contrato de compraventa n.º 162/04 RO-MDN-EJC del 28 de diciembre de 2004, y la nulidad de las resoluciones n.º 134 del 16 de febrero de 2006 y n.º 710 del 5 de mayo de 2006 expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se dio aplicación a la multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el aludido contrato.

La Sala encuentra que las demandas presentadas el 12 de junio de 2006 (fl. 32 c. ppal. Expediente 41436) y el 25 de septiembre de 2006 (fl. 49 c. ppal. vto. Expediente 50758) lo fueron dentro del bienio contemplado a partir de la ejecutoria del acto administrativo que impuso la multa por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, de acuerdo con la regla general de caducidad prevista por el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁴, si se tiene en cuenta que la Resolución n.º 134 del 16 de febrero de 2006 cobró ejecutoria con la notificación de la Resolución n.º 710 del 5 de mayo de 2006, mediante la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra aquella, si se tiene en cuenta la constancia expedida por la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, según la cual fue desfijado edicto para agotar la notificación de la Resolución n.º 710 de 2006, el 2 de junio de 2006 (fl. 251 c. de pruebas expediente 50758).

Por su parte, respecto a la pretensión de nulidad de la cláusula contractual, atendiendo la regla prevista en el literal e) del artículo 136 del C.C.A., según la cual la nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes dentro de los dos años siguientes a su perfeccionamiento, la Sala encuentra que el contrato de

⁴ ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. Subrogado por el artículo [44](#) de la Ley 446 de 1998 :

(...)

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

compraventa n.º 162/04-RO-MDN-EJC se perfeccionó el 28 de diciembre de 2004. En consecuencia, las demandas se presentaron dentro de los dos años contemplados para el ejercicio de la acción contractual.

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

El presente asunto plantea revisar si adolece de nulidad la cláusula décima octava del contrato de compraventa n.º 162/04 RO-MDN-EJC del 28 de diciembre de 2004, suscrito entre el Ministerio de Defensa Nacional y la firma DENEL PTY LTD., representada en Colombia por la sociedad Universal Trading S.A. y si están llamados a prosperar los cargos de nulidad formulados en la demanda en contra de las resoluciones n.º 134 del 16 de febrero de 2006 y n.º 0710 del 5 de mayo de 2006, mediante las cuales se impuso multa al contratista por la mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

4. LA CUESTIÓN DE FONDO: IMPOSICIÓN DE MULTAS CONTRACTUALES EN CONTRATOS ESTATALES

4.1. Del régimen jurídico del contrato de compraventa n.º 162/04-RO-MDN-EJC del 28 de diciembre de 2004

Para el 28 de diciembre de 2004, cuando se suscribió el contrato en estudio, se encontraba vigente la Ley 80 de 1993. El contrato de compraventa se sometió al régimen jurídico de ese estatuto, razón por la cual, bajo esa normatividad se analizará el asunto sometido a consideración de la Sala.

4.2. De los hechos probados

Sea lo primero referir que los documentos allegados por las partes lo fueron dentro de la oportunidad pertinente, por lo que pueden ser valorados⁵, de los que se

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero. En esa oportunidad se dijo que las copias simples obrantes en el proceso y que surtieran el principio de contradicción tienen plenos efectos probatorios. Claro está salvo: “[S]i se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad

advierten los siguientes hechos que interesan al proceso:

4.2.1. El 28 de diciembre de 2004, el Ministerio de Defensa Nacional y el representante legal de la sociedad Universal Trading S.A., apoderada en Colombia de Denel PTY LTD., suscribieron el contrato de compraventa n.º 162/04/RO-MDN-EJC, de cuyas cláusulas se destaca (fls. 1A a 9 c. 2 Expediente 50758):

PRIMERA-OBJETO: EL objeto del presente contrato es la entrega y/o suministro de los bienes, según las condiciones señaladas en el Anexo 1 "Datos del Contrato". (...). SEGUNDA. FINALIDADES DEL CONTRATO: El presente contrato está orientado a lograr la efectiva y eficiente prestación del servicio de Defensa y Seguridad Nacional, en consecuencia EL CONTRATISTA se compromete para con el MINISTERIO a entregar los bienes descritos en perfecto estado de funcionamiento, sin uso previo y de las más altas condiciones de calidad y servicio. En el anterior orden, al finalizar el proyecto EL MINISTERIO deberá contar con los bienes requeridos para suplir las necesidades definidas en los estudios previos de conveniencia y oportunidad. En tal sentido, queda claro que todas las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, derivadas del presente contrato, así como de la naturaleza de su objeto y las finalidades por él previstas, son Obligaciones de Resultado. Estas finalidades deberán tenerse en cuenta para la adecuada comprensión e interpretación del presente contrato, especialmente en lo que concierne a sus reglas y condiciones, así como para determinar el alcance de los derechos y obligaciones que el mismo atribuye a las partes. TERCERA.-VALOR: Para efectos legales, fiscales y presupuestales, el valor del contrato asciende a la suma descrita en el ANEXO No. 1 "Datos del Contrato". CUARTA.- FORMA DE PAGO.- EL MINISTERIO pagará al CONTRATISTA el valor de este contrato de conformidad con lo dispuesto en el ANEXO 1 "Datos del Contrato". PARÁGRAFO PRIMERO.- PAGO ANTICIPADO: Una vez perfeccionado el contrato y aprobada la garantía única, el MINISTERIO, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes, entregará al CONTRATISTA en calidad de pago anticipado, la suma establecida en el ANEXO 1 "Datos del Contrato". PARÁGRAFO SEGUNDO.- PAGO CONTRA ENTREGA: El pago contra entrega que se efectúe en el presente contrato se ordenará dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la suscripción del acta de recibo correspondiente a la última entrega, previo cumplimiento de los trámites administrativos a que haya lugar, como lo son la expedición de la obligación y orden de pago del SIIF, siempre y cuando se encuentre aprobado el programa Anual Mensualizado de Caja "PAC".

solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad sustanciam actus). (...) De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso". En el mismo sentido, véase: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de septiembre de 2014, exp. 2007-01081-00(REV), C.P. Alberto Yepes Barreiro.

PARÁGRAFO TERCERO.- los pagos de que trata esta cláusula se efectuarán mediante consignación en la cuenta que se encuentra estipulada en el ANEXO 1 "Datos del Contrato". (...) SEXTA.- PLAZO DE EJECUCIÓN Y LUGAR DE ENTREGA: El plazo para la ejecución y lugar de entrega del contrato es el señalado en el Anexo 1 "Datos del Contrato", el cual se empezará a contar a partir de la aprobación de la garantía única. SEPTIMA.- DURACIÓN: La duración del presente contrato será de tres (3) meses adicionales al plazo de ejecución establecido en el ANEXO 1 "Datos del Contrato". OCTAVA.- DERECHOS DEL CONTRATISTA: En general, son derechos del CONTRATISTA: 1.) Recibir el pago que en su favor establece el presente contrato. 2.) Tener acceso a los elementos físicos necesarios para desarrollar el objeto del contrato y cumplir con sus obligaciones. 3.) Celebrar todos los contratos y operaciones que considere útiles a sus intereses, siempre que se encuentren dentro del ámbito de los derechos y obligaciones que surgen con ocasión del presente contrato y que sean consistentes con su finalidad. 4.) Obtener la colaboración necesaria del MINISTERIO EJERCITO NACIONAL, para el adecuado desarrollo del contrato. NOVENA.- OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA: En general, son obligaciones del CONTRATISTA: 1.) cumplir con los plazos máximos establecidos en el cronograma de entrega, previsto en el ANEXO 1 "Datos del Contrato". 2.) Proveer a su costo, todos los bienes necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funcionalidades requeridas en el presente contrato. 3.) Entregar en condiciones de funcionamiento los bienes objeto del contrato, aptos para la prestación eficiente de acuerdo con su funcionalidad, en las condiciones y plazos establecidos. 4.) Reemplazar los bienes dentro de la oportunidad que establezca el MINISTERIO, cuando estos presenten defectos en sus componentes o funcionamiento, o cuando se evidencie el no cumplimiento de las Especificaciones Técnicas, según lo determinen las necesidades. 5.) Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y trabas. 6.) Obtener con la oportunidad debida, las licencias, autorizaciones y permisos a que hubiere lugar para el cumplimiento de todas las obligaciones que le corresponden en los términos del presente contrato. 7.) Responder en los plazos que el MINISTERIO establezca en cada caso, los requerimientos de aclaración o de información que le formule. 8.) Cumplir cabalmente con sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF), por lo cual el incumplimiento de ésta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se dé cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora. Si durante la ejecución del Contrato o a la fecha de liquidación se encuentra la persistencia en el incumplimiento de las obligaciones frente al sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales por el término de cuatro (4) meses, se declarará la caducidad administrativa del Contrato. 9.) En general, la obligación de cumplir cabalmente con las condiciones y modalidades previstas contractualmente para la ejecución y desarrollo del Contrato, para lo cual EL CONTRATISTA deberá actuar razonablemente en el marco de sus obligaciones contractuales. PARÁGRAFO.- OTRAS OBLIGACIONES: Cuando al CONTRATISTA se le otorguen prórrogas basadas en casos de fuerza mayor o caso fortuito o por hecho exclusivo de un tercero, deberá asumir el diferencial cambiario que realmente se cause entre la fecha inicialmente pactada para la entrega definitiva de los elementos en el contrato principal y la fecha en que efectivamente se entregue el material, evidenciada en el ACTA DE RECIBO A SATISFACCIÓN DE LOS ELEMENTOS. DÉCIMA.- DERECHOS DEL MINISTERIO. 1.) Supervisar el desarrollo y ejecución del

presente contrato, y acceder a los documentos e información que soportan la labor del CONTRATISTA. 2.) Solicitar y recibir información técnica respecto de los bienes y demás elementos que suministre EL CONTRATISTA en desarrollo del objeto del presente contrato. 3.) Rechazar los bienes, elementos y equipos proveídos cuando no cumplan con las Especificaciones Técnicas exigidas. 4.) Tramitar diligentemente las apropiaciones presupuestales que requiera para solventar las prestaciones patrimoniales que hayan surgido a su cargo, como consecuencia de la suscripción del presente contrato. 5.) Asignar al proyecto un Coordinador o Supervisor, a través del cual EL MINISTERIO mantendrá la interlocución permanente y directa con el interlocutor o representante legal de EL CONTRATISTA. DÉCIMA PRIMERA.- OBLIGACIONES DEL MINISTERIO:

1) Recibir a satisfacción los bienes que sean entregados por el CONTRATISTA, cuando estos cumplan con las condiciones establecidas en el presente contrato. 2.) Pagar al CONTRATISTA en la forma pactada y con sujeción a las disponibilidades presupuestales y de PAC previstas para el efecto. 3) Tramitar diligentemente las apropiaciones presupuestales que requiera para solventar las prestaciones patrimoniales que hayan surgido a su cargo como consecuencia de la suscripción del presente contrato. (...)

DÉCIMA TERCERA.- VERIFICACIÓN DE ENTREGA DE MATERIAL: El Comité Técnico designado para la recepción del material, junto con el Supervisor del contrato, verificarán que los bienes entregados correspondan al Anexo 2 "Anexo Técnico del Contrato". Décima Cuarta.- Acta de recibo: Cumplidas y superadas las verificaciones previstas para el recibo de los bienes ofrecidos, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes se suscribirá entre las partes ACTA DE RECIBO, en la cual se manifestará la conformidad con las condiciones en las que se hace la entrega, la fecha en la que se recibe y el valor de los bienes recibidos. Dicha acta será suscrita por un representante autorizado de cada parte contratante, y comprometerá en su contenido tanto al contratista como al Ministerio, siendo solo hasta ese momento cuando se consideran entregados los bienes contemplados en el objeto contractual. (...)

DÉCIMA SÉPTIMA.- GARANTÍA ÚNICA A CARGO DEL CONTRATISTA: Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la suscripción del contrato y la entrega de la copia de la copia firmada del mismo al CONTRATISTA, éste deberá constituir una garantía única a favor del Ministerio, en una compañía de seguros o entidad bancaria legalmente constituida en Colombia, que cubra los siguientes amparos; a) DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: Por el veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, con una vigencia igual a la duración del contrato y seis (6) meses más y, de las prórrogas si las hubiere. b) DE CALIDAD Y SERVICIO POSTVENTA: Por el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, con una vigencia de cinco (5) años contados a partir de la fecha de entrega, evidenciada en el ACTA DE RECIBO. c). PAGO ANTICIPADO: Por el cien por ciento (100%) del valor entregado en calidad de pago anticipado, con una vigencia igual a la duración del contrato y seis (6) meses más y, de las prórrogas si las hubiere.

PARÁGRAFO PRIMERO: En la póliza deberá constar expresamente que se ampara el cumplimiento del contrato, el pago de las multas y de la penal pecuniaria convenidas y que la entidad aseguradora renuncia al beneficio de la excusión. En todo caso EL CONTRATISTA deberá reponer la garantía, cuando el valor de la misma se vea afectado por razón de los siniestros presentados, dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la notificación del acto que deje en firme la sanción correspondiente. PARÁGRAFO SEGUNDO: Si EL CONTRATISTA se negare a constituir la garantía única, así como no otorgarla en los términos, cuantía y duración establecidos en

esta cláusula, el MINISTERIO podrá declarar la caducidad del presente contrato. PARÁGRAFO TERCERO: Las pólizas no expirarán por falta de pago de la prima o revocatoria unilateral. **DÉCIMA OCTAVA.-SANCIONES:**

a). MULTAS.- En caso de mora o incumplimiento parcial de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato por causas imputables al contratista – salvo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito conforme a las definiciones del artículo 1º de la Ley 95 de 1890- el Ministerio podrá imponer al CONTRATISTA multas, cuyo valor se liquidará con base en un cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor dejado de entregar, por cada día de retardo y hasta por quince (15) días calendario. Esta sanción se impondrá conforme a la ley y se reportará a la Cámara de Comercio competente de conformidad con lo previsto en el artículo 22.1.de la Ley 80 de 1993. b) MULTAS POR INCUMPLIMIENTO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y PARAFISCALES.- En caso de mora o incumplimiento de las obligaciones frente al Sistema de seguridad Social y/o Parafiscales (Cajas de compensación familiar, Sena e ICBF), el MINISTERIO podrá imponer al CONTRATISTA multas, cuyo valor se liquidará con base en un cero punto dos por ciento (0.2%) del valor del contrato, por cada día de retardo en la presentación de la Certificación que evidencie el cumplimiento de la presente obligación. Esta sanción se impondrá conforme a la ley y se reportará a la Cámara de Comercio competente de conformidad con lo previsto en el artículo 22.1 de la ley 80 de 1993. c). MULTA POR LA MORA EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS REQUISITOS DE EJECUCIÓN Y LEGALIZACIÓN: Cuando el CONTRATISTA no constituya dentro del término y en la forma prevista en el contrato, o en alguno de sus modificatorios, la póliza de garantía única y/o alguno de los requisitos de legalización, el MINISTERIO podrá imponerle multa, cuyo valor se liquidará con base en un cero punto dos por ciento (0.2%) del valor del contrato, por cada día de retardo y hasta por diez (10) días, al cabo de los cuales el MINISTERIO podrá optar por declarar la caducidad. d) PENAL PECUNIARIA.- En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total de las obligaciones derivadas del presente contrato, EL CONTRATISTA pagará al MINISTERIO, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como pago parcial y definitivo de los perjuicios que cause al MINISTERIO. No obstante, el MINISTERIO se reserva el derecho de cobrar perjuicios adicionales por encima del monto de lo aquí pactado, siempre que los mismos se acrediten. El pago de la cláusula penal pecuniaria estará amparado mediante póliza de seguros en las condiciones establecidas en el presente contrato. PARÁGRAFO.- APLICACIÓN DEL VALOR DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS: Una vez notificada la resolución por medio de la cual se impone alguna de las sanciones antes descritas, el contratista dispondrá de quince (15) días calendario para proceder de manera voluntaria a su pago voluntario y una vez en firme la resolución que imponga multas, podrá ejecutarse la garantía contractual, o tomarse del saldo a favor del contratista si lo hubiere. Si esto último no fuere posible, se cobrará por vía ejecutiva. (...)

(Negrilla fuera del texto original) (fl. 1 A a 6 c. de pruebas expediente 50758).

4.2.2. Las partes estipularon en el anexo 1 (fl. 7 a 9 c. de pruebas expediente 50758), las siguientes condiciones del contrato de compraventa n.º 162/04-RO-MDN-EJC:

CONTRATO DE COMPRAVENTA N.º	N.º 162/04-RO-MDN-EJC			
CONTRATANTE	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL			
UNIDAD EJECUTORA	EJÉRCITO NACIONAL			
REPRESENTANTE LEGAL	JORGE ALBERTO URIBE ECHAVARRIA			
CÉDULA DE CIUDADANÍA N.º	17.032.021 de Bogotá			
DECRETO DE NOMBRAMIENTO N.º	3202 del 10 de noviembre de 2003			
ACTA DE POSESIÓN N.º	433 del 18 de noviembre de 2003			
CONTRATISTA	DENEL PTY apoderada en Colombia por UNIVERSAL TRADING S.A.			
REPRESENTANTE DEL APODERADO DEL CONTRATISTA	JOSÉ MANUEL VERHELST BERROCAL C.C. 17'169.412			
DOMICILIO CONTRACTUAL	Calle 100 N.º 20-76 Oficina 604 de Bogotá D.C. Teléfono: 2361222 Fax. 6230863			
CONSIDERANDOS	Proceso de contratación directa N.º 28/04-RO-MDN-EJC-PONAL Resolución de Adjudicación N.º 1630 del 22 de diciembre de 2004			
CLAÚSULA PRIMERA.- OBJETO	El objeto del presente contrato es la adquisición del siguiente ARMAMENTO:			
	ITEM	ARMAMENTO	VALOR US \$ DDU	CANTIDADES
	4	GRANADAS HE CAL 120 MM/LA	2'208.388,50	4.101 UNIDADES
	7	CARTUCHOS CAL 7.62 ESLABONADOS	6'357.028,30	19.629,051 MILLARES
	LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y LAS CONDICIONES RELACIONADAS CON LOS MANUALES, CATALOGOS, MANTENIMIENTO Y DEMÁS SERVICIOS ASOCIADOS A LA ENTREGA DE LOS BIENES OBJETO DEL PRESENTE CONTRATO SE ENCUENTRAN DEFINIDOS EN EL ANEXO N.º 2 "ANEXO TÉCNICO", DEL PRESENTE CONTRATO. EL CUAL DEBERÁ SUSCRIBIRSE POR LAS PARTES Y AVALARSE POR EL GERENTE DEL PROYECTO CORRESPONDIENTE.			
CLAÚSULA TERCERA.- VALOR	PARA EFECTOS PRESUPUESTALES EL VALOR TOTAL DEL PRESENTE CONTRATO ES LA SUMA DE US \$ 8'565.416,80 en condiciones DDU, más los gastos de nacionalización US \$ 1'713.083,36			
CLAÚSULA CUARTA.- FORMA DE PAGO	El pago del presente Contrato se efectuará así: a) US \$ 2'534.817.58 como pago anticipado, el cual se hará dentro de los 90 días calendario siguientes a la aprobación de la garantía única y una vez se encuentren disponibles los recursos, previo el trámite administrativo a que haya lugar. b) El saldo, ó sea la suma de US \$ 6'030.599. 22 se cancelará contra entrega, dentro de los 90 días calendario siguientes a la suscripción del ACTA DE RECIBO de la última entrega y una vez se encuentren disponibles los recursos, previo el trámite administrativo a que haya lugar. Los pagos se harán a la siguiente cuenta: BANCO: THE CHASE MANHATTAN BANK, NEW YORK TITULAR DE LA CUENTA: DENEL PTY LIMITED ACCOUNT NUMBER 400-702673			

	SWIFT CODE: SWIFT TLD CHASU33 OR FEDWIRE: FED ROUTING NUMBER 021000021 OR CHIPS ABA: 0002 DENEL PTY LIMITED/FNB		
CLÁUSULA QUINTA.- APROPIACIÓN PRESUPUESTAL	El presente contrato está respaldado por los Certificados de Disponibilidad Presupuestal Nos. 1723 del 21 de septiembre de 2004 y 1856 del 13 de octubre de 2004.		
CLÁUSULA SEXTA.- PLAZO DE EJECUCIÓN Y LUGAR DE ENTREGA	El plazo de ejecución del presente contrato será hasta: -Diez (10) meses siguientes a la aprobación de la garantía única. Lugar de entrega: En el depósito habilitado del Batallón de Abastecimientos del Ejército Nacional (Bogotá), cuando el material arribe al país por vía aérea; en la Base Naval ARC, "Bolívar" de Cartagena o la Embarcadería Militar del Ejército en Santa Marta, cuando el material arribe al país por vía marítima. Para la PONAL en el grupo de armamento Policía Nacional, transversal 33 No. 47 A-35 sur, barrio Fátima.		
CRONOGRAMA DE ENTREGA	ITEM	ARMAMENTO	FECHA DE ENTREGA
	4	GRANADAS HE CAL 120 MM/LA	Dentro de los seis (6) meses siguientes a la aprobación de la garantía única
	7	CARTUCHOS 7,62 ESLABONADOS	50% dentro de los seis (6) meses siguientes a la aprobación de la garantía única y 50% dentro de los 10 meses siguientes a la aprobación de la garantía única.
CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- GARANTÍA TÉCNICA	De conformidad con lo especificado en el Anexo 2 "Anexo Técnico".		
CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA.- SUPERVISIÓN	El supervisor del presente contrato es el DIRECTOR DE ARMAMENTO DEL EJÉRCITO NACIONAL.		
CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA.- MONEDA DEL CONTRATO	Dólares de los Estados Unidos de América		

4.2.3. El 30 de junio de 2005, las partes celebraron modificatorio n.º 1 al contrato de compraventa, mediante el cual acordaron modificar el cronograma de entrega así:

Cláusulas: PRIMERA.- MODIFICAR el cronograma de entrega del contrato n.º 162/04 RO-MDN-EJC previsto en Anexo 1, así:

CRONOGRAMA DE ENTREGA	ITEM	DESCRIPCIÓN DEL BIEN	FECHA DE ENTREGA
	4	GRANADAS HE CAL 120 MM/LA	31/OCTUBRE/2005
	7	CARTUCHOS 7.62 ESLABONADO	5'225.430 el 30/JUNIO/2005
			14'403.621 el 31/OCTUBRE/2005

SEGUNDA.- OTRAS OBLIGACIONES: El contratista con la suscripción del presente modificatorio se compromete con el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a asumir el diferencial cambiario que realmente se cause por concepto de desembolso del saldo y los gastos de nacionalización, a partir del 30 de junio de 2005 hasta la fecha de entrega en los términos previstos en el contrato. **TERCERA.- REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN.-** El presente contrato modificatorio se perfecciona con la firma de las partes y para su ejecución es necesario que el contratista, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la firma del mismo, aporte el certificado aclaratorio de la garantía única, en el cual con los mismos amparos e igual vigencia, la compañía aseguradora deje expresa constancia de conocer el contenido del presente contrato modificatorio y amparar los riesgos que de él se derivan. **CUARTA.- REQUISITOS DE LEGALIZACIÓN:** Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la firma del presente contrato modificatorio, el CONTRATISTA se obliga a cancelar los costos asociados a la publicación en el Diario Único de Contratación de la presente modificación. **QUINTA.-** Todas las demás cláusulas y anexos del contrato principal que no han sido modificados con el presente documento continúan vigentes y sin ningún cambio. (fl. 10 a 13 c. de pruebas expediente 50758).

4.2.4. Mediante contrato adicional n.º 1 (sin fecha) las partes dispusieron:

PRIMERA.- Adicionar el objeto del contrato principal, en el sentido de adquirir 2´438.044 cartuchos calibre 7,62 mm eslabonados por un valor de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS (US \$789.584,93) en condiciones DDU. **SEGUNDA.-** Modificar la cláusula tercera, VALOR, del Anexo 1 del contrato principal, determinando: Para efectos presupuestales el valor del presente contrato es la suma de NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS CON SETENTA Y TRES CENTAVOS (US\$ 9´355.001,73) en condiciones DDU, más los gastos de nacionalización de UN MILLÓN OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS (US \$ 1´871.000,35). **TERCERA.-** Determinar como forma de pago para el presente contrato adicional la siguiente: Pago anticipado de US\$ 307.473,00 y contra entrega US\$ 482.111,93 **CUARTA.-** Modificar parcialmente la cláusula sexta, PLAZO DE EJECUCIÓN Y LUGAR DE ENTREGA, del Anexo 1 del contrato principal, determinando que el plazo de ejecución se extenderá hasta el 15 de diciembre de 2005. **QUINTA.-** Establecer como cronograma de entrega para el objeto contractual:

	ÍTEM	DESCRIPCIÓN DEL BIEN	FECHA DE ENTREGA
CRONOGRAMA DE ENTREGA	4	GRANADAS HE CAL 120 MM/LA	31/OCTUBRE/2005
	7	CARTUCHOS 7.62 ESLABONADO	5´225.430 el 30/JULIO/2005
			14´403.621 el 31/OCTUBRE/2005
			2´438.044 el 15/DICIEMBRE/2005

SEXTA.- REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN.- El presente contrato adicional se perfecciona con la firma de las partes y para su ejecución es necesario que el CONTRATISTA, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la firma del mismo, aporte el certificado modificatorio de la garantía única, de conformidad con las modificaciones realizadas por el presente contrato adicional. **SÉPTIMA.- REQUISITOS DE LEGALIZACIÓN:** Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la firma del presente contrato modificatorio, el CONTRATISTA se obliga a cancelar los costos asociados a la publicación en el Diario Único de Contratación de la presente modificación y los correspondientes al impuesto de timbre. **OCTAVA.-** Todas las demás cláusulas y anexos del contrato principal que no han sido modificados en el presente documento, continúan vigentes y sin ningún cambio (fl. 14 a 17 c. de pruebas expediente 50758).

4.2.5 El 31 de octubre de 2005, las partes celebraron contrato modificatorio n.º 2 en el que se establecieron las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- Establecer como cronograma de entrega para el objeto contractual:

	DESCRIPCION DEL BIEN	FECHA DE ENTREGA
CRONOGRAMA DE ENTREGA	GRANADAS HE CAL 120 MM/LA	Diciembre 15 de 2005
	CARTUCHOS 7,62 ESLABONADOS	5'214.600 el 15 de noviembre de 2005.
		Saldo del objeto contractual el 15 de diciembre de 2005

SEGUNDA.- REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN.- El presente contrato modificatorio se perfecciona con la firma de las partes y para su ejecución es necesario que el CONTRATISTA, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la firma del mismo, aporte el certificado modificatorio de la garantía única, en el que conste la ampliación de la vigencia de los amparos. TERCERA.- REQUISITOS DE LEGALIZACION: Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la firma del presente contrato modificatorio, el CONTRATISTA se obliga a cancelar los costos asociados a la publicación en el Diario Único de Contratación de la presente modificación. CUARTA.- Todas las demás cláusulas y anexos del contrato principal que no han sido modificados en el presente documento, continúan vigentes y sin ningún cambio (fl. 18 a 20 c. de pruebas expediente 50758).

4.2.6. El 14 de diciembre de 2005, las partes suscribieron contrato modificatorio n.º 3, en los siguientes términos:

CLÁUSULA PRIMERA: Modificar parcialmente el anexo No. 1 del contrato principal, en el siguiente sentido: "CLÁUSULA CUARTA FORMA DE PAGO: El pago del presente contrato se hará de la siguiente manera: a) Pago anticipado por la suma de US\$2'534.817,58, el cual a la fecha ya se efectuó y b) El saldo, o sea, la suma de US\$6'030.599,22 de (sic) cancelará de la siguiente manera: i) La suma de US\$2'380.515,56 correspondiente a las dos (2) primeras entregas de CARTUCHOS CALIBRE 7,62 mm ESLABONADOS, se cancelará en diciembre de 2005, ii) La suma de US\$2'009.750,00, contra documentos de embarque, de la siguiente manera: US\$1'554.846,22 correspondientes a GRANADAS CALIBRE 120 mm y US\$454.903,78 correspondientes a CARTUCHOS CALIBRE 7,62 mm ESLABONADOS y iii) La suma de US\$1'640.333,66 correspondientes a CARTUCHOS CALIBRE 7,62 mm ESLABONADOS se cancelará contra entrega del material. PARÁGRAFO: El pago contra entrega se hará dentro de los 90 días calendario siguientes a la suscripción del ACTA DE RECIBO, previo el cumplimiento de los trámites administrativos a que haya lugar. Los pagos de que trata la presente cláusula se harán a la cuenta que aparece en el contrato principal". CLÁUSULA SEGUNDA: El CONTRATISTA deberá constituir a favor del MINISTERIO una garantía adicional, bancaria o de seguros, expedida a favor del MINISTERIO DE DEFENSA por una entidad autorizada en Colombia que ampare el CIEN POR CIENTO (100%) del valor del pago que se hará

CONTRA DOCUMENTOS DE EMBARQUE, con una vigencia de por lo menos tres (3) meses más de la fecha en que los bienes lleguen al sitio de entrega convenido bajo el INCOTERM contratado, o sea, DDU. La presente garantía deberá ser exigible con la sola presentación del acto administrativo en firme en el cual se declare el incumplimiento de las condiciones de entrega pactadas en el presente contrato. PARÁGRAFO PRIMERO: Una vez los bienes objeto del contrato principal hagan arribo al sitio de entrega convenido, deberán someterse a las pruebas técnicas que resulten aplicables a ellos para la verificación de su idoneidad técnica y funcionalidad, las cuales, en caso de no ser superadas o de evidenciar que los elementos no cumplen con las especificaciones técnicas contractualmente establecidas, darán lugar a la aplicación de las sanciones y la exigibilidad de las garantías establecidas en el contrato. CLÁUSULA TERCERA: Los documentos exigidos para efectuar el pago contra documentos de embarque son los siguientes: a) Contrato de transporte internacional o documento equivalente suscrito y en firme con flete prepago a cargo del CONTRATISTA que cubra la totalidad del trayecto desde el sitio de embarque y hasta su destino final en el territorio colombiano determinado por el MINISTERIO; b) Lista de empaque; c) Factura comercial; d) Certificado de origen; e) Contrato de seguros de transporte a todo riesgo por el valor total de los bienes transportados, que ampare los bienes en todo momento desde la entrega a la compañía transportadora y hasta su destino final en el territorio colombiano determinado por el MINISTERIO, incluyendo los períodos de almacenamiento o bodegaje que deba sufrir la carga por cualquier causa y el manejo de la misma; f) Garantía de pago, bancaria o de seguros, expedida a favor del MINISTERIO por una entidad autorizada en Colombia para expedir tales garantías, que ampare el riesgo del pago realizado, con una vigencia de por lo menos tres (3) meses más de la fecha en que los bienes lleguen al sitio de entrega convenido bajo el INCOTERM contratado, o sea, DDU y g) Documento de obligación y orden de pago -SIF-". CLÁUSULA CUARTA: Los plazos de entrega de los contratos principal y adicional continúan sin modificación a los pactados en el contrato modificatorio No.2. CLÁUSULA QUINTA: El presente contrato modificatorio quedará perfeccionado con la suscripción por parte de los representantes del MINISTERIO y del CONTRATISTA. CLÁUSULA SEXTA: Para la legalización se requiere de la publicación del presente contrato en el Diario Único de Contratación Pública y para su ejecución se requiere de la aprobación por parte del MINISTERIO de la nueva garantía o modificación de la garantía única, en la cual conste que dicha garantía cubre la totalidad de las estipulaciones objeto del presente contrato modificatorio. CLÁUSULA SEPTIMA: Todas las demás cláusulas y anexos del contrato principal No. 162/04-RO-MDN-EJC, sus modificatorios Nos. 1 y 2 y su adicional, que no han sido modificados con el presente contrato modificatorio, continúan vigentes y sin ningún cambio (fl. 21 a 25 c. de pruebas expediente 50758).

4.2.7. Mediante Resolución n.º 134 del 16 de febrero de 2006, el Ministerio de Defensa Nacional dispuso:

ARTÍCULO PRIMERO.- Dar aplicación a la multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el Contrato de Compraventa n.º 162/2004 RO-MDN-EJC, particularmente por la entrega tardía 9.189.021 cartuchos cal. 7.62 mm y 2.434.145 granadas calibre 120 mm, objeto del contrato, en los términos y condiciones previstas en la cláusula DÉCIMA OCTAVA.- SANCIONES del contrato, los cuales fueron expresamente aceptados por el contratista al suscribir

acuerdo de voluntades. La liquidación de la multa asciende a un valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON (sic) DÓLARES CON 90/100 (US \$299.245,90).

ARTÍCULO SEGUNDO.- Hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales n.º 502180 del 28 de diciembre de 2004, por la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A.

ARTÍCULO TERCERO.- Notifíquese personalmente el presente acto administrativo al representante legal de DENEL (PTY) LTD, apoderada en Colombia por UNIVERSAL TRADING S.A., así como a la Compañía LIBERTY SEGUROS S.A., la cual está garantizando las obligaciones derivadas del Contrato de Compraventa n.º 162/2004 RO-MDN-EJC, en los términos y formas establecidos en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y si ello no fuere posible, se notificará por edicto de conformidad con el artículo 45 ibídem.

ARTÍCULO CUARTO.- La presente resolución rige a partir de la fecha de su notificación y contra la misma procede el recurso de reposición.

ARTÍCULO QUINTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 y una vez ejecutoriado el presente acto administrativo, publíquese la parte resolutive del mismo en los términos y condiciones previstos en la citada ley, publicación que correrá a cargo de la firma contratista sancionada, y comuníquese a las autoridades e instancias pertinentes para su registro y cobro coactivo dentro de los términos legales aplicables. (fl. 191 a 197 c. de pruebas expediente 50758)

4.2.8. En escritos del 1º de marzo de 2006 y del 7 de marzo de 2006, la contratista DENEL (PTY) LTD., apoderada en Colombia por Universal Trading S.A. (fl. 198 a 224 c. de pruebas expediente 50758) y la aseguradora Liberty Seguros S.A. (fl. 225 a 243 c. de pruebas expediente 50758) formularon recurso de reposición contra la Resolución n.º 134.

4.2.9. En Resolución n.º 710 del 5 de mayo de 2006, la entidad contratante se pronunció frente a los recursos de reposición formulados, confirmando la decisión adoptada mediante Resolución n.º 134 del 16 de febrero de 2006 y a su vez, estableció un “*término de quince (15) días calendario, contado desde la notificación de la presente resolución, para que el contratista cancele voluntariamente la multa y aporte el correspondiente recibo de consignación. En caso de no registrarse este hecho, se procederá a tomar el valor del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, de lo contrario se hará efectiva la póliza de seguro de cumplimiento a favor de Entidades Estatales n.º 502180 del 28 de diciembre de 2004, por la Compañía Liberty Seguros S.A.*” (fl. 244 a 250 c. de pruebas expediente 50758).

4.2.10. De acuerdo con la constancia expedida por la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, fue desfijado edicto para agotar la notificación de la

Resolución n.º 710 de 2006, el 2 de junio de 2006 (fl. 251 c. de pruebas expediente 50758).

4.3. DE LA COMPETENCIA DE LA ENTIDAD CONTRATANTE PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE

La Sala encuentra que el fundamento de apelación tanto del litisconsorte Liberty Seguros en el expediente 41436 como de la parte demandante en el expediente 50758 se dirige a recalcar la falta de competencia de la entidad contratante para imponer multas como sanción ante un posible incumplimiento del contratista. Por su parte el Ministerio de Defensa Nacional en su condición de apelante en el expediente 50758 insiste en la plena facultad de la entidad contratante para proferir las Resoluciones 134 de 2006 y 710 de 2006 por las cuales impuso sanción de multa al contratista ante la mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Por tratarse del punto central materia de apelación, corresponde a la Sala abordar la competencia de la entidad estatal contratante para imponer multas al contratista por incumplimiento en la ejecución del contrato.

La Sección Tercera de la Corporación ha considerado que la ausencia de competencia constituye causal de nulidad insaneable que exige pronunciamiento judicial⁶.

Recuerda la Sala que a través de la Resolución n.º 134 de 2006, el Ministerio de Defensa Nacional impuso sanción de multa por la mora en el cumplimiento de las

⁶ Al pronunciarse frente a un asunto similar al que ocupa la atención de la Sala, en providencia del 7 de octubre de 2009, la Sección Tercera consideró: *“Sin embargo, repara la Sala que, teniendo en cuenta que no existía norma legal en vigencia de la Ley 80 de 1993 -original- que facultara al Ministerio de Defensa Nacional para imponer unilateralmente la multa pactada, carecía éste de competencia para tomar dicha decisión, lo cual significa que las resoluciones números 05493 de 19 de mayo de 1995 y 07975 de 1 de agosto de 1995, mediante las cuales se adoptó la medida sancionatoria cuestionada, se encuentran viciadas de ilegalidad, motivo suficiente para anularlas, sin que para ello sea menester; acudir a otro cargo, pues, como se sabe, el vicio de incompetencia es insaneable.”*(Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 7 de octubre de 2009, exp. 17936, C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

obligaciones contempladas en el contrato de compraventa n.º 162/2004 RO-MDN-EJC, particularmente por la entrega tardía de algunos elementos objeto del contrato de compraventa (fl. 191 a 197 c. de pruebas Exp. 50758).

La motivación expuesta en la resolución impugnada señala que se produjeron retardos en la entrega del material objeto del contrato de compraventa n.º 162/2004 RO-MDN-EJC. Por tanto, en aplicación de lo dispuesto en la cláusula décima octava del contrato, la entidad demandada sancionó al contratista con una multa equivalente a la suma de doscientos noventa y nueve mil doscientos cuarenta y cinco dólares con 90/100, monto que sería asumido voluntariamente por el contratista o en caso de negativa del mismo, sería descontado del saldo a favor del contratista o en su defecto de la garantía de cumplimiento contenida en la póliza n.º 502180 expedida por la aseguradora Liberty Seguros S.A.

Corresponde reiterar, que el contrato de compraventa n.º 162/2004 incluyó en su cláusula décima octava las condiciones de imposición de multas al contratista, bajo los parámetros que a continuación se transcriben:

DÉCIMA OCTAVA.-SANCIONES: a). MULTAS.- En caso de mora o incumplimiento parcial de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato por causas imputables al contratista – salvo circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito conforme a las definiciones del artículo 1º de la Ley 95 de 1890- el Ministerio podrá imponer al CONTRATISTA multas, cuyo valor se liquidará con base en un cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor dejado de entregar, por cada día de retardo y hasta por quince (15) días calendario. Esta sanción se impondrá conforme a la ley y se reportará a la Cámara de Comercio competente de conformidad con lo previsto en el artículo 22.1.de la Ley 80 de 1993. b) MULTAS POR INCUMPLIMIENTO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y PARAFISCALES.- En caso de mora o incumplimiento de las obligaciones frente al Sistema de seguridad Social y/o Parafiscales (Cajas de compensación familiar, Sena e ICBF), el MINISTERIO podrá imponer al CONTRATISTA multas, cuyo valor se liquidará con base en un cero punto dos por ciento (0.2%) del valor del contrato, por cada día de retardo en la presentación de la Certificación que evidencie el cumplimiento de la presente obligación. Esta sanción se impondrá conforme a la ley y se reportará a la Cámara de Comercio competente de conformidad con lo previsto en el artículo 22.1 de la ley 80 de 1993. c). MULTA POR LA MORA EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS REQUISITOS DE EJECUCIÓN Y LEGALIZACIÓN: Cuando el CONTRATISTA no constituya dentro del término y en la forma prevista en el contrato, o en alguno de sus modificatorios, la póliza de garantía única y/o alguno de los requisitos de legalización, el MINISTERIO podrá imponerle multa, cuyo valor se liquidará con base en un cero punto dos por ciento (0.2%) del valor del contrato, por cada día de retardo y hasta por diez (10) días, al cabo de los cuales el MINISTERIO podrá optar por declarar la caducidad. d) PENAL PECUNIARIA.- En caso de declaratoria de caducidad o

de incumplimiento total de las obligaciones derivadas del presente contrato, EL CONTRATISTA pagará al MINISTERIO, a título de pena pecuniaria, una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como pago parcial y definitivo de los perjuicios que cause al MINISTERIO. No obstante, el MINISTERIO se reserva el derecho de cobrar perjuicios adicionales por encima del monto de lo aquí pactado, siempre que los mismos se acrediten. El pago de la cláusula penal pecuniaria estará amparado mediante póliza de seguros en las condiciones establecidas en el presente contrato. PARÁGRAFO.- APLICACIÓN DEL VALOR DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS: Una vez notificada la resolución por medio de la cual se impone alguna de las sanciones antes descritas, el contratista, el contratista dispondrá de quince (15) días calendario para proceder de manera voluntaria a su pago voluntario y una vez en firme la resolución que imponga multas, podrá ejecutarse la garantía contractual, o tomarse del saldo a favor del contratista si lo hubiere. Si esto último no fuere posible, se cobrará por vía ejecutiva. (fl. 4 a 5 cuaderno de pruebas expediente 50758).

Ahora bien, el pacto de multas en el contrato de compraventa no asigna *per se* la declaratoria e imposición por parte de la entidad contratante y en contra del contratista, cuando el contrato está regido por la Ley 80 de 1993. La Sección Tercera ha considerado en este sentido que “*con la expedición de la Ley 80 de 1993, desapareció la competencia que había sido otorgada por el artículo 71⁷ del Decreto-ley 222 de 1983, a las entidades estatales para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial de sus obligaciones, mediante la expedición de un acto administrativo, sin necesidad de acudir al juez del contrato.*”⁸

La Sala considera que en vigencia de la Ley 80 de 1993 era posible pactar cláusulas relacionadas con multas; no obstante, en modo alguno el pacto llevaba a la asignación de facultad a la entidad para hacerlas efectivas directamente, toda vez que era preciso acudir al juez del contrato⁹.

⁷ Cita original: *La norma citada disponía lo siguiente:*

“En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 645 de este estatuto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a inclusión de esta cláusula.”

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de veintitrés de septiembre de 2009, exp. 24639, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁹ (i) En un primer momento, esta Corporación, en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, sostuvo que “*esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy*

En el caso concreto, resulta evidente que las partes pactaron en la cláusula décima octava, los supuestos frente a los cuales el contratista se hacía merecedor de multas, ya por mora o por incumplimiento de sus obligaciones, a su vez se facultó a la entidad para que mediante acto administrativo impusiera las sanciones

denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1994, exp. 9.288, M.P. Carlos Betancur Jaramillo).

(ii) En vigencia de la Ley 80 de 1993, con base en las potestades de autotutela, se dijo: “[s]i la contratación estatal en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 se dirige a que se cumplan “los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados”, bien podrá la entidad pública contratante utilizar la cláusula de multas pactada en el contrato para sancionar en forma directa la tardanza o el incumplimiento del contratista” (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 4 de junio de 1998, exp. 13.988, M.P. Ricardo Hoyos Duque. En igual sentido, entre otras: providencia del 20 de junio de 2002, exp. 19.488, del mismo ponente).

(iii) La anterior postura jurisprudencial fue revisada así:

*“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, **pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada.** Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente (se destaca) (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14.579, M.P. German Rodríguez Villamizar. En igual sentido: sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17.009, M.P. Enrique Gil Botero).*

(iv) Por último, ratificando la anterior postura y precisando el alcance de la facultad retrospectiva que otorgó el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, para imponer multas de forma unilateral a la administración, esta Corporación consideró:

“El parágrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, estas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 21.574, M.P. Enrique Gil Botero).

contempladas en la referida cláusula y en caso de que el contratista no acudiera voluntariamente al pago de la sanción pecuniaria podría ejecutarse la garantía contractual o deducirse del saldo a favor del contratista en caso de existir¹⁰.

Cabe recalcar, que con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 1150 de 2007, como ocurre en el caso *sub lite*¹¹, la administración perdió la facultad de declaratoria unilateral y se vio obligada a acudir al juez del contrato, con el fin de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria. Si bien, la postura jurisprudencial atravesó por una transición para llegar a ese entendimiento, el punto central fue la competencia que tenía la administración para obrar unilateralmente frente a su contratista por el incumplimiento contractual. Así lo explicó la Sección en su momento¹²:

Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculden en sentido contrario. (...)

En aquella oportunidad, la Sección hizo especial hincapié en la competencia como un tema de reserva legal. Luego de considerar que el Decreto Ley 222 de 1983 otorgaba competencia a las entidades públicas sometidas a ese régimen para que en sus contratos impusieran unilateralmente las cláusulas penales, advirtió que en vigencia de la Ley 80 de 1993 la posibilidad de aplicar cláusulas excepcionales al

¹⁰ Lo cual se extrae del contenido del párrafo de la cláusula décimo octava del contrato.

¹¹ Es del caso precisar que el contrato en estudio fue suscrito el 28 de diciembre de 2004 (fls. 1 a 9 cuadernos de pruebas expediente 507585) y los actos administrativos a su vez expedidos en el año 2006, en las fechas consignadas.

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14.579, M.P. German Rodríguez Villamizar.

derecho común se sometería en su imposición a criterios más exigentes¹³ y recalcó que en ninguna disposición de la Ley 80 se otorgaba facultad a las entidades estatales para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria.

Por último, la Sección distinguió entre la autonomía de la voluntad de las partes y la competencia unilateral para imponer las cláusulas penales y multas, además de recoger su posición positiva frente a la facultad unilateral de la administración para imponer ese tipo de medidas, así¹⁴:

No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998¹⁵ y del 20 de junio de 2002¹⁶, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.

En consideración a la postura sentada, advierte la Sala que la entidad estatal carecía de competencia para estipular como cláusula contractual aquella que la otorgaba facultad para imponer mediante acto administrativo sanción de multa por la mora o el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, sin perjuicio del pacto de las partes de aplicación de algún tipo de sanción pecuniaria por el incumplimiento contractual y de su imposición a cargo del juez del contrato por solicitud de la parte cumplida.

¹³ Cfr. *Ibíd.* sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14.579, M.P. German Rodríguez Villamizar.

¹⁴ Cfr. *Ibíd.* sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14.579, M.P. German Rodríguez Villamizar.

¹⁵ Cita original: “Exp. 13988”.

¹⁶ Cita original: “Exp. 19488”.

Como corolario del análisis precedente, la cláusula décima octava del contrato de compraventa n.º 162/2004 adolece de nulidad, al otorgar a la entidad demandada la facultad unilateral de imposición de multas mediante acto administrativo cuando la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha de ejecución del contrato no contemplaba esta potestad. Resulta ilegal, en el presente caso, el pacto que atribuye a la entidad la facultad de imponer multas de manera unilateral, a través de acto administrativo, como se extrae del contenido de la referida cláusula contractual.

En consecuencia, resultan nulas las Resoluciones n.º 134 y 710 de 2006, que impusieron al contratista sanción de multa por la mora en el cumplimiento de su obligación de entrega del material contratado.

La Sala ha de precisar, que ante la prosperidad del cargo de falta de competencia, la misma se releva de resolver los demás cargos de nulidad propuestos por la parte demandante.

4.4. Frente al reconocimiento de los perjuicios reclamados y las demás pretensiones formuladas por la parte demandante

Ahora, la consecuencia de la prosperidad de nulidad de las resoluciones aludidas es la exoneración al contratista en el pago de la multa impuesta. No se encuentra acreditado que el contratista hubiera cancelado suma alguna por este concepto, razón por la cual no hay lugar a ordenar su devolución, no obstante, de haberse producido este pago, la entidad deberá reintegrarla debidamente actualizada desde la fecha del pago por parte del contratista hasta su devolución a cargo del Ministerio demandado.

Por su parte, la Sala resalta que la demandante dentro del expediente 41436 formuló como pretensiones la publicación de la sentencia que anule las resoluciones demandadas en un periódico de amplia circulación nacional y a su vez la comunicación de la providencia a la Cámara de Comercio de Bogotá para lo de su competencia. De otro lado, reclamó el reconocimiento de indemnización por los perjuicios morales y materiales causados con la expedición de las resoluciones demandadas, así como los perjuicios que generó esta sanción

pecuniaria en la disminución de la calificación de la sociedad Denel (Pty) Ltd, en futuras licitaciones o el mayor costo en la celebración de los contratos en caso en que deba constituir pólizas en porcentajes mayores a los contratistas que no han sido penalizados.

Respecto a la **publicación de la sentencia** en medios de amplia circulación y su comunicación a la respectiva Cámara de Comercio, la Sala advierte que la publicidad de los fallos se agota con las ritualidades previstas en el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo. A su vez, la parte actora no acreditó que la multa haya tenido la difusión que pretende sea contrarrestada y, de otro lado, los perjuicios que a su juicio ello le generó.

Con todo, se enviará copia de la presente sentencia con destino a la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo, en caso de que las resoluciones cuya nulidad se declara hubieren sido reportadas en el registro único de proponentes¹⁷.

Frente a la solicitud de reconocimiento de indemnización por perjuicios morales causados tanto a la sociedad Denel PTY como a la sociedad Universal Trading S.A. conviene precisar que la Sección Tercera ha admitido la posibilidad de reconocimiento de indemnización por perjuicio moral causado por la pérdida patrimonial en materia contractual, sin embargo exige su demostración.

Es así como corresponde a la parte afectada demostrar la *“materialización del daño moral, es decir la afectación mental, emocional o psicológica que sufrió real y efectivamente por la pérdida imputable a la actividad del Estado, con base en hechos fehacientes debidamente demostrados por cualquier medio de prueba idóneo o con conceptos profesionales acerca del deterioro de la salud mental, pues se advierte que no hay lugar a presumir el daño moral por el hecho del revés económico de la empresa contratista o por las consecuencias materiales adversas que la pérdida patrimonial implica.”*¹⁸

¹⁷ Cr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de julio de 2012, Exp. 24306, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de abril de 2015, exp. 37607, M.P. Hernán Andrade Rincón (e).

En esta oportunidad la parte demandante no demostró la afectación de las entidades de derecho privado a consecuencia de la expedición del acto administrativo demandado, razón por la cual la Sala negará el reconocimiento pecuniario por este concepto.

En relación con el reconocimiento de perjuicios materiales causados a consecuencia de las resoluciones demandadas y la disminución de la calificación de la sociedad Denel (Pty) Ltd, en futuras licitaciones o el mayor costo en la celebración de los contratos en los que debiera constituir pólizas en porcentajes mayores a los normalmente establecidos, en razón de la sanción pecuniaria impuesta, debe resaltar la Sala que no obra elemento de convicción del cual se pueda desprender la existencia del perjuicio reclamado.

Si bien, en el expediente 41436 se aportó dictamen pericial (cuaderno n.º 5) con el propósito de determinar los perjuicios causados a la parte demandante con la expedición de las resoluciones demandadas, las conclusiones del aludido concepto indican que a la fecha en que el mismo se rindió la multa no se había cancelado, por lo cual emprendió un análisis con base en distintas hipótesis para su pago, a través del cruce de cuentas al momento de la liquidación del contrato o haciendo efectiva la póliza de seguro en el amparo de cumplimiento.

Para la Sala, el dictamen pericial aportado no cimenta sus conclusiones en un perjuicio cierto e indemnizable, sino en uno eventual que no puede ser reconocido en esta oportunidad. En consecuencia, la Sala negará la indemnización por perjuicios materiales toda vez que no se acredita su causación en los términos señalados por la parte actora, con motivo de la expedición del acto administrativo demandado.

Finalmente conviene precisar, que la sociedad demandante formuló como pretensión la suspensión provisional de las Resoluciones n.º 0134 del 16 de Febrero de 2006 y n.º 710 del 5 de Mayo de 2006. Al respecto debe indicarse que tal solicitud fue objeto de pronunciamiento en primera instancia, mediante

providencia del 7 de septiembre de 2006, en la cual se negó la medida cautelar solicitada (fl. 54 a 56 c5), en consecuencia no resulta procedente en esta instancia emitir pronunciamiento al respecto.

De conformidad con el análisis precedente, se revocarán las sentencias materia de apelación para en su lugar declarar la nulidad de la cláusula décimo octava del contrato de compraventa n.º 162/2004 y de las Resoluciones n.º 134 y 710 de 2006.

4.5. No habrá lugar a condena en costas, por cuanto no se dan los supuestos de que trata el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 10 de marzo de 2011 proferida por la Subsección A, Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del expediente 41436 y **MODIFICAR** la sentencia del 13 de julio de 2012 proferida por la Subsección C, Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del expediente 50758.

SEGUNDO: En su lugar, **DECLARAR** la nulidad de la cláusula décimo octava del contrato de compraventa n.º 162/04/RO-MDN-EJC celebrado entre el Ministerio de Defensa Nacional y Denel PTY LTD, representada en Colombia por la sociedad Universal Trading S.A., en los términos expuestos en esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad de las resoluciones n.ºs 134 del 16 de febrero de 2006 y 710 del 5 de mayo de 2006, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa Nacional impuso una multa al contratista y negó un recurso de reposición

en el marco del contrato de compraventa n.º 162/04/RO-MDN-EJC del 28 de diciembre de 2004, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, la sociedad Denel PTY LTD representada en Colombia por Universal Trading S.A. no está obligada a pagar la multa anulada y en caso de que la hubiere cancelado, el Ministerio de Defensa Nacional deberá reintegrarla actualizada. Todo lo anterior en los términos de la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SÉPTIMO: ENVIAR copia de la presente providencia a la Cámara de Comercio de Bogotá para lo de su cargo.

OCTAVO: SIN COSTAS, toda vez que en la presente instancia no aparecen probadas.

NOVENO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada (E)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Sala

