

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / DOBLE INSTANCIA / SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA / CUANTÍA DEL PROCESO / NORMATIVIDAD APLICABLE

En relación con la competencia, el artículo 624 del CGP –que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887– establece que los recursos interpuestos se regirán por la ley vigente al momento de su presentación y la competencia se definirá de acuerdo con las reglas vigentes al momento de formulación de la demanda. Como consecuencia, en el caso concreto la cuantía se establece bajo la vigencia del numeral 2 del artículo 20 del C.P.C. y la competencia –por el factor objetivo– por el artículo 132 del C.C.A. –subrogado por el Decreto ley 597 de 1988–. Teniendo en cuenta lo anterior, para que un proceso de controversias contractuales iniciado en el año 1997 tuviera apelación ante el Consejo de Estado, la cuantía debería ser equivalente o superior a \$13´460.000 y dado que, en el caso concreto, la pretensión mayor individualmente considerada asciende a \$814´482.519,83, la Sala tiene competencia funcional para conocer del mismo

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 - ARTÍCULO 40 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 20 NUMERAL 2 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 132 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 624 / DECRETO LEY 597 DE 1988

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTABILIZACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CONTEO DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

[L]a decisión administrativa que declara el siniestro puede ser considerada de naturaleza contractual o postcontractual, dependiendo del momento en que ocurra y se declare el mismo. En esta medida, el acto termina siendo expedido con ocasión de la actividad contractual de la Administración, porque pertenece a la esfera de ejecución del negocio jurídico y, concretamente, a una o algunas de sus cláusulas, que se mantienen y siguen produciendo efectos aun después de la liquidación del negocio jurídico, como es la de las garantías. (...) la acción interpuesta por las sociedades demandantes es la idónea para cuestionar la legalidad de los actos administrativos que declararon el siniestro y, por tanto, hicieron efectiva la póliza. De otra parte, la caducidad es la sanción que consagra la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda. Además, se trata de un presupuesto procesal que puede ser declarado de oficio, inclusive. (...) Para casos como el analizado, la norma de caducidad aplicable es la contenida en el inciso final del artículo 136 del C.C.A. –subrogado por el Decreto ley 2304 de 1989–,

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 / DECRETO 2304 DE 1989

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 10 de mayo de 2001; Exp. 13347; C.P. Ricardo Hoyos Duque, de 20 de septiembre de 2001; Exp. 14582; C.P. Ricardo Hoyos Duque y del 22 de abril de 2009; Exp. 14667; C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PÓLIZA DE SEGURO / COMPAÑÍA ASEGURADORA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / ACTO ADMINISTRATIVO / MINISTERIO DE TRANSPORTE / INTERÉS LEGÍTIMO / PRESUPUESTOS PROCESALES / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE HECHO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Las sociedades Aseguradora Grancolombiana S.A. y La Previsora S.A. están legitimadas en la causa por activa, porque quedó acreditado que a la póliza única de cumplimiento n. 50022865 se le agregó una cláusula de coaseguro suscrita por los representantes legales de ambas aseguradoras. Además, mediante las Resoluciones n. 0008527 del 5 de diciembre de 1996 y 0001886 del 15 de abril de 1997 se hizo efectiva la garantía y se ordenó su cobro a la Aseguradora Grancolombiana S.A.. Por su parte, el Ministerio de Transporte tiene interés en controvertir –legitimatío ad procesum– las pretensiones de la demanda, por ser la entidad llamada a defender el interés jurídico que se debate en el proceso, en cuanto fue quien expidió los actos administrativos demandados que declararon el siniestro e hicieron efectiva la póliza n. 50022865. La legitimación material será objeto de un análisis posterior en esta providencia, una vez se efectúe la valoración del material probatorio.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NATURALEZA DEL CONTRATO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / BIEN FISCAL / CONTRATO REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL / NORMATIVIDAD APLICABLE / CLÁUSULA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO

El Contrato n. 44 de 1992 tuvo por objeto el arrendamiento de un bien fiscal, esto es, la draga denominada Bocas de Ceniza. Este negocio jurídico se rigió por las disposiciones del Decreto ley 222 de 1983. En vigencia de esa normativa, el contrato de arrendamiento celebrado por una de las entidades públicas sujetas a su ámbito de aplicación resultaba ser un contrato de derecho privado de la administración, por oposición a los de derecho administrativo, en el entendido de que no estaba enlistado en el artículo 16 de dicha normativa. A los contratos de derecho privado de la Administración se les aplicaba, por regla general, las disposiciones del derecho privado, salvo en lo relacionado con lo expresamente regulado por el Decreto ley 222 y la cláusula de caducidad (penúltimo inciso del artículo 16 ibídem).

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 16

NATURALEZA DEL CONTRATO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / BIEN FISCAL / CÁUSULA DE CADUCIDAD / CONTRATO REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL / NORMATIVIDAD APLICABLE / EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO / EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

El contrato de arrendamiento tenía una regulación especial y expresa en el Decreto ley 222 de 1983 (Artículo. 80: “El presente estatuto trata de los siguientes contratos: (...) arrendamiento”; Capítulo 10: Contratos de arrendamiento. Acápíte que establecía la forma de celebración, la duración, el valor, entre otros). Ahora bien, en lo no regulado se acudía a las normas del derecho privado, por tratarse, se insiste, de un contrato de derecho privado de la administración, con independencia de que pudiera incluirse la cláusula de caducidad. En esa

perspectiva, acertó el tribunal en analizar la controversia a la luz de las disposiciones del derecho privado y, concretamente, a partir del contenido normativo del artículo 1609 del Código Civil que regula la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus).

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTÍCULO 80 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1609

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / ENTREGA MATERIAL DEL BIEN / FUNCIONES DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE / INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE DILIGENCIA / MORA ADMINISTRATIVA / TERMINACIÓN DEL CONTRATO / VENCIMIENTO DEL CONTRATO / MINISTERIO DE TRANSPORTE – Debía cumplir su obligación contractual

[D]e los escasos documentos que integran el acervo probatorio quedó demostrado que la sociedad COLDRAGADOS S.A. se allanó a cumplir con su obligación de entregar la draga luego del vencimiento del contrato, esto es, a partir del 1 de enero de 1995. Inclusive, dirigió comunicaciones al Ministerio de Transporte con anterioridad al 31 de diciembre de 1994, con el fin de que se definieran los parámetros para la entrega material de la nave, porque ese era un aspecto que no había quedado regulado por las partes en el Contrato n. 44 de 1992. (...) con los documentos aportados, le correspondía a la parte demandada acreditar su diligencia y cuidado en los términos del artículo 1604 del Código Civil y, por tanto, demostrar que estaba preparada para cumplir con su obligación de recibir la nave. En otros términos, con los documentos aportados por la parte actora quedó demostrada la mora del Ministerio de Transporte en el cumplimiento de su obligación contractual de recibir la nave en la forma y tiempo debidos, una vez terminó el contrato.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1604

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / DEBERES DEL ARRENDATARIO / DEBERES DEL ARRENDADOR / CONCEPTO DE ARMADOR / FUNCIONES DEL ARMADOR / OBLIGACIONES DEL ARMADOR / RESPONSABILIDAD DEL ARMADOR / ARRENDATARIO DE LA NAVE - Cumplir los contratos lícitos que la agencia marítima o el capitán celebren en beneficio de la nave

[E]l artículo 1682 [del código de comercio] establece que el arrendatario de la nave tendrá la calidad de armador y, como tal, los derechos y obligaciones de este. El armador, de conformidad con el artículo 1473 de la misma codificación, es la persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan. Los artículos 1478 y 1479 del Código de Comercio definen los derechos y obligaciones a cargo del armador. Este tiene la potestad de nombrar y remover libremente al capitán de la nave, así como impartirle las instrucciones necesarias para la administración de la misma. Frente a las obligaciones, el armador tiene que pagar las deudas que el capitán contraiga para aprovisionar la nave; responde civilmente por las culpas del capitán o de la tripulación y es el encargado de cumplir los contratos lícitos que la agencia marítima o el capitán celebren en beneficio de la nave.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1682 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1478 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1473 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1479

MORA ADMINISTRATIVA / EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN / TENENCIA DEL BIEN / ENTREGA MATERIAL DEL BIEN / FUNCIONES DEL MINISTERIO

DE TRANSPORTE / DEBERES DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

[E]l Ministerio de Transporte incurrió en mora en la obligación de recibir. Es importante precisar que, para que el acreedor se constituya en mora de la obligación de recibir, es necesario verificar: i) que se encuentre vigente la obligación de recibir la prestación de parte del deudor; ii) que el deudor haya manifestado la intención de cumplir con su obligación de dar o de hacer, en este caso de entregar el bien y iii) que el acreedor se oponga o se abstenga de recibir, sin ningún motivo o razón válida que lo exima de su deber de recibir la prestación. (...) En el proceso no quedó demostrado si la recuperación de la tenencia de la draga por parte del Ministerio se derivó de un acto violento o de la orden dada por el inspector de policía; no obstante, sí está claro es que el Ministerio de Transporte recuperó materialmente la draga, con independencia de lo pactado previamente por las partes.

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / PRESUPUESTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / CONFIGURACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / REQUISITOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / PRINCIPIO DE EQUIDAD / PRINCIPIO DE BUENA FE / ARMADOR / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO SINALAGMÁTICO

[L]e asiste razón a la parte demandante al sostener que, en el caso concreto, se configuró la excepción de contrato no cumplido, en los términos del artículo 1609 del Código Civil (...) La citada disposición es un remedio contractual que permite que las partes no incurran en mora y, por tanto, ellas mismas busquen la solución que permita continuar con la ejecución del contrato o, eventualmente, con su adecuada terminación. (...) la mencionada excepción se fundamenta en los principios de equidad y de buena fe contractual (...) En el sub lite se cumplieron los (...) requisitos, toda vez que: (i) el contrato de arrendamiento de la nave era sinalagmático, puesto que sus prestaciones se reputaron como equivalentes o correlativas; (ii) el incumplimiento de la obligación de recibir de la Administración quedó demostrado, tanto así que el Ministerio no probó que el 1 de enero de 1995 hubiera intentado recibir la nave de manos del Contratista-arrendatario; (iii) el incumplimiento de la Administración fue grave y determinante, puesto que el Contratista permaneció con la condición de armador y, finalmente, las obligaciones de entrega y de recibo se hicieron exigibles a ambas partes el 1 de enero de 1995, por lo que no existía una prestación a cargo del Contratista que hubiera sido necesario ejecutar primero en el tiempo.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1609

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 13 de septiembre de 2001; Exp. 12722; C.P. María Elena Giraldo Gómez y del 11 de noviembre de 2009; Exp. 32666; C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / MINISTERIO DE TRANSPORTE / PROCESO POLICIVO / LANZAMIENTO POR OCUPACIÓN DE HECHO / AFECTACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES / VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Excepción de contrato no cumplido no puede hacer efectiva la garantía la entidad estatal que incumple la obligación de recibir el bien previamente otorgado en arrendamiento

[L]a renuencia del Ministerio en recibir la entrega de la draga Bocas de Ceniza, así como su conducta contradictoria de suscribir un acta sobre el procedimiento de

entrega con el Contratista y, simultáneamente, adelantar un procedimiento policivo de lanzamiento, son indicativos del desconocimiento del postulado de buena fe objetiva que es propia de todo tipo de acuerdo contractual. (...) el Contratista se encontraba amparado por la excepción de contrato no cumplido, en cuanto el Ministerio no se avino a cumplir oportunamente con su obligación como acreedor, esto es, recibir la draga al momento de la finalización de la segunda prórroga del Contrato (...) el Ministerio vulneró el principio-derecho al debido proceso de las aseguradoras, garantía de rango constitucional y fundamental, por lo cual es posible declarar la nulidad de los actos administrativos aun de manera oficiosa.

AFECTACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES / SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / ALCANCE DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / ALCANCE DEL PRINCIPIO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / CONCEPTO DE VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / ALCANCE DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA / CARACTERÍSTICAS DE LA VÍA GUBERNATIVA / DERECHO DE DEFENSA / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN / PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La Corte Constitucional ha sostenido de manera prolífica que el debido proceso lo integran diversos derechos, entre ellos: i) ser oído durante toda la actuación; ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley; iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; vi) a gozar de la presunción de inocencia; vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción; viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas y ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso. (...) el debido proceso no se entiende garantizado por el hecho de haber tenido el interesado la oportunidad de interponer los recursos de la vía gubernativa. (...) Así las cosas, la Sala encuentra que existe otra razón o motivo adicional para confirmar la decisión de primera instancia que declaró la nulidad de las Resoluciones n. 8527 del 5 de diciembre de 1996 y 1886 del 15 de abril de 1997, proferidas por el Ministerio de Transporte.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 9 de abril de 2015; Exp. 28933; C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz y de la Corte Constitucional; T 555 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T 1021 de 2002; M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 08001-23-31-000-1997-12401-01(47252)

Actor: ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S.A. y LA PREVISORA S.A.

Demandado: NACIÓN -MINISTERIO DE TRANSPORTE

Referencia: ACCIÓN CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES- Legitimación de la aseguradora para interponer esa acción cuando se declara el siniestro y se hace efectiva la garantía / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES -excepción de contrato no cumplido no puede hacer efectiva la garantía la entidad estatal que incumple la obligación de recibir el bien previamente otorgado en arrendamiento.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 7 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Mediante Resolución n.º 8527 del 5 de diciembre de 1996, el Ministro de Transporte declaró el incumplimiento de la sociedad contratista COLDRAGADOS en relación con la obligación de restituir la draga Bocas de Ceniza, bien fiscal que esta última había arrendado. Además, a través del acto administrativo se declaró la ocurrencia del siniestro y, como consecuencia, la entidad hizo efectiva la garantía contenida en la póliza n.º 50022865 expedida por la Aseguradora Colombiana y La Previsora.

Aseguradora Grancolombiana S.A. y La Previsora S.A., demandaron los actos administrativos que hicieron efectiva la garantía, por cuanto, en su concepto, el siniestro se declaró cuando ya se había agotado el término de vigencia de la póliza que amparaba el cumplimiento del contrato y, adicionalmente, en el caso concreto había operado la excepción de contrato no cumplido.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Mediante escrito del 12 de junio de 1997 (F. 1 a 41 c. 1.), las sociedades Aseguradora Grancolombiana S.A. y La Previsora S.A., a través de apoderado judicial (F. 42 c. 1), presentaron demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra la Nación -Ministerio de Transporte-, para que se accediera a las siguientes pretensiones:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0008527 del 5 de diciembre de 1996, proferida por el Ministerio de Transporte y mediante la cual se declara el incumplimiento del Contrato No. 44 de 1992 y sus adicionales No. 1 y No. 2, celebrado entre la Empresa de Puertos de Colombia –En liquidación– y cedido al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hoy Ministerio de Transporte, y la firma Compañía Colombiana de Dragados y Obras Hidráulicas S.A. –COLDRAGADOS S.A.– y se ordena hacer efectiva y cobrar la póliza número 50022865, expedida por mi representada para afianzar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de COLDRAGADOS S.A. en virtud del Contrato No. 44 de 1992 y sus adicionales 1 y 2, resolución que se encuentra debidamente ejecutoriada.

2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0001886 del 15 de abril de 1997, proferida por el Ministerio de Transporte y mediante la cual se confirma en todas sus partes la citada Resolución No. 0008527 del 5 de diciembre de 1996 y se da por agotada la vía administrativa.

3. Que se declare la suspensión provisional de la Resolución No. 0008527 del 5 de diciembre de 1996, proferida por el Ministerio de Transporte y mediante la cual se declara el incumplimiento del Contrato No. 44 de 1992 y sus adicionales 1 y 2, celebrado entre la Empresa de Puertos de Colombia –En liquidación– y cedido al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hoy Ministerio de Transporte, y la firma Compañía Colombiana de Dragados y Obras Hidráulicas S.A. –COLDRAGADOS S.A.– y se ordena hacer efectiva y cobrar la póliza número 500228665, expedida por mi representada para afianzar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de COLDRAGADOS S.A. en virtud del Contrato 44 de 1992 y sus adicionales 1 y 2, y de la Resolución No. 0001886 del 15 de abril de 1997, proferida por el Ministerio de Transporte y mediante la cual se confirma en todas sus partes la citada Resolución No. 0008527 del 5 de diciembre de 1996 y se da por agotada la vía administrativa.

4. Que se oficie al Ministerio de Transporte informándole sobre la interposición de esta demanda, tan pronto sea admitida, para efectos de que se suspendan inmediatamente las actuaciones administrativas y de jurisdicción coactiva que se llegaren a adelantar con ocasión de la expedición de las Resoluciones Nos. (...), de conformidad con el numeral 5 del artículo 831 del Estatuto Tributario y el numeral 10 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil.

5. Que se condene al Ministerio de Transporte al pago de las costas y demás gastos en que incurra mi representada en virtud del proceso (F. 1 y 2 c. 1).

Como fundamentos fácticos de la demanda se narraron los siguientes:

El 16 de diciembre de 1992, la Empresa de Puertos de Colombia –COLPUERTOS– y la sociedad Compañía Colombiana de Dragados y Obras Hidráulicas S.A. –COLDRAGADOS S.A.– celebraron el Contrato n.º 44, cuyo objeto consistió, entre otros, en la entrega a título de arrendamiento a la firma contratista de la draga Bocas de Ceniza, y de todos los equipos y sistemas complementarios. El mantenimiento preventivo y correctivo le correspondía a la firma contratista, salvo las reparaciones mayores.

En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 3 de la cláusula décima del contrato, COLDRAGADOS constituyó a favor de la empresa contratante una póliza expedida por la Aseguradora Grancolombiana S.A.

El 23 de diciembre de 1993, conforme a lo dispuesto en el Acta n.º 001 del 16 de diciembre de 1993, el contrato se prorrogó hasta el 31 del mismo mes y año.

El 30 de diciembre de 1993, COLPUERTOS –En liquidación– cedió todos los derechos y obligaciones derivados del Contrato n.º 44 de 1992 al Ministerio de Transporte. La cesión fue aceptada por la sociedad contratista.

El mismo 30 de diciembre de 1993, se suscribió el Contrato Adicional n.º 002, a través del cual el Ministerio de Transporte prorrogó la duración del contrato por un término de 12 meses, contados a partir del 1º de enero de 1994 y adicionó el valor del mismo en un 23%. En la cláusula cuarta del contrato adicional, el Ministerio se obligó a entregar *“la draga Bocas de Ceniza para que sea operada por el Contratista en las labores de dragado a los canales de acceso a los puertos, suprimiendo el concepto de arriendo pactado en el contrato principal, modificando las cláusulas primera, octava y novena, con el propósito de reducir los costos del contrato”*.

En virtud de la prórroga pactada, COLDRAGADOS constituyó a favor del Ministerio la póliza de seguro n.º 50022865, expedida por la Aseguradora Grancolombiana S.A. para garantizar el cumplimiento del objeto contractual por el término de duración del contrato y tres meses más, es decir, que se extendió su vigencia hasta el 1º de marzo de 1995.

A partir del 28 de diciembre de 1994, COLDRAGADOS procuró dar cumplimiento al literal g) de la cláusula primera del Contrato n.º 44 de 1992, esto es, devolver la draga Bocas de Ceniza al Ministerio con el mismo inventario de repuestos y en el mismo estado en que se recibió, salvo su desgaste natural.

El 31 de diciembre de 1994, la sociedad contratista dejó de ejecutar el contrato y, por tanto, su actividad se concentró en acordar la restitución de la draga al Ministerio.

El 5 de mayo de 1995, los representantes del Ministerio de Transporte y del Contratista suscribieron un documento denominado “Acta mediante la cual se

establece el procedimiento de entrega de la draga Bocas de Ceniza". En esa oportunidad, las partes acordaron lo siguiente: i) que la entrega iniciaría el 8 de mayo de 1995; ii) que participaría la Contraloría General de la República y la sociedad Lloyd's Register como clasificadora de la draga; iii) que COLDRAGADOS suministraría el personal idóneo para agilizar el procedimiento de entrega; iv) que el proceso de entrega se llevaría a cabo en cuatro etapas (almacenes, protocolo de verificación de equipos, protocolo de operación de equipos e inspección de la obra viva) y v) que el ingeniero Manuel Antonio Ayuso Horta actuaría como representante legal del Ministerio.

El 7 de junio de 1995, el Ministerio de Transporte inició una querrela policiva de lanzamiento por ocupación de hecho de un bien fiscal –la draga– contra la sociedad COLDRAGADOS.

El 12 de julio de 1995, a pesar de la coexistencia de la querrela, las partes suscribieron una nueva acta de iniciación del proceso de entrega.

El 19 de julio de 1995, el Ministerio recuperó la draga Bocas de Ceniza.

Mediante Resolución n.º 8527 del 5 de diciembre de 1996, el Ministro de Transporte declaró la ocurrencia del siniestro consistente en no haberse restituido la draga a pesar del vencimiento del plazo contractual, por causas imputables al contratista. Como consecuencia, la entidad hizo efectiva la garantía y procedió al cobro de la póliza n.º 50022865 que afianzaba las obligaciones a cargo de COLDRAGADOS S.A.

A través de Resolución n.º 0001886 del 15 de abril de 1997, el Ministerio de Transporte confirmó en todas sus partes la Resolución n.º 8527 del 5 de diciembre de 1996.

Como fundamento jurídico de la demanda, la parte actora adujo, en primer lugar, que el siniestro se declaró el 15 de abril de 1997, cuando ya se había agotado el término de vigencia de la póliza que amparaba el cumplimiento del contrato, en cuanto que la resolución que declaró el incumplimiento cobró fuerza vinculante 25 meses después de la expiración de la póliza.

Agregó que no era admisible extender la vigencia de la póliza n.º 50022865 con base en lo regulado ambiguamente por el artículo 69 del Decreto ley 222 de 1983, pues ello supondría imponer al contratista una carga que no estaba en la obligación jurídica de soportar.

Además, alegó que, con el documento del 5 de mayo de 1995, las partes novaron la obligación inicial y, por tanto, a voces de los artículos 1701 y 1703 del Código Civil, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasaron a la posterior, más aún si la Aseguradora Grancolombiana S.A. jamás renovó la póliza n.º 50022865 ni expidió anexo alguno que ampliara el período asegurado comprendido entre el 1º de enero de 1994 y el 1º de marzo de 1995.

Igualmente, adujo que COLDRAGADOS no incumplió las obligaciones del Contrato n.º 44 de 1992, como tampoco las derivadas del documento de entrega. Indicó que no era posible predicar un incumplimiento, toda vez que ni el Contrato n.º 44 de 1992 ni sus adicionales 1 y 2 previeron la forma o el procedimiento como se haría la entrega de la draga, motivo por el cual se configuró la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), regulada en el artículo 1609 del Código Civil.

Finalmente, sostuvo que los actos demandados violaron los artículos 1092 y 1095 del Código de Comercio y 1568 del Código Civil, comoquiera que se desconoció la cláusula de coaseguro de la póliza n.º 50022865 que establecía que las obligaciones de las compañías aseguradoras no eran solidarias; que, por el contrario, el cubrimiento sobre el riesgo asegurado se distribuía de la siguiente forma: 60% para la Aseguradora Grancolombiana S.A. y el 40% restante, para La Previsora S.A.

Por consiguiente, afirmó que en los actos administrativos censurados se desconoció que a la Aseguradora Grancolombiana S.A. no se le podía cobrar la totalidad del valor asegurado, en virtud del régimen del coaseguro.

2. Trámite en primera instancia

Mediante providencia del 10 de septiembre de 1997, el tribunal de primera instancia admitió la demanda y ordenó su notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público (F. 106 c. 1). Adicionalmente, negó la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados (F. 106 a 110 c. 1).

Mediante un breve memorial de intervención, el Ministerio contestó la demanda para oponerse integralmente a las pretensiones formuladas, para lo cual propuso como única excepción la de falta de legitimación, la cual no justificó. Se limitó, por el contrario, a insistir en el incumplimiento atribuible a la sociedad COLDRAGADO.

Sostuvo que el 26 de abril de 1995, encontrándose lista la tripulación de reemplazo autorizada para hacerse cargo de la draga, el capitán Jaime Martínez de la empresa contratista no permitió el abordaje, de lo que daba cuenta el oficio del 25 del mismo mes y año (F. 111 a 114 c. 1).

Vencido el período probatorio dispuesto en providencia del 11 de junio de 1998 (F. 122 y 123 c. 1), el tribunal de primera instancia, mediante auto del 10 de julio de 2009, corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (F. 165 c. 1).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (F. 167 c. 1).

3. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 7 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo del Atlántico resolvió:

Primero. Declárase no probada la excepción propuesta por el apoderado del Ministerio de Transporte.

Segundo. Declárese la nulidad de las Resoluciones números 0008527 del 5 de diciembre de 1996 y 0001886 del 15 de abril de 1996 (sic), proferidas por el Ministerio de Transporte, mediante las cuales se declaró el incumplimiento del Contrato No. 44 de 1992 y sus adicionales 1 y 2, celebrados entre COLDRAGADOS y la Empresa de Puertos de Colombia (en liquidación), cedido al Ministerio de Obras Públicas, hoy Ministerio de Transporte, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

Tercero. Condiciónase el restablecimiento del derecho en el entendido que, si no se hubiere pagado suma alguna por parte de las Aseguradora Grancolombiana S.A. y La Previsora S.A., no habrá de restablecerse derecho económico alguno y no tendrá la Nación-Ministerio de Transporte que devolver suma económica a los demandantes; contrario sensu, en el evento de que se haya hecho efectiva la póliza y el Ministerio de Transporte haya ejecutado o recibido suma de dinero a título de indemnización de perjuicios por la declaratoria de incumplimiento del Contrato No. 44 de 1992 y sus adicionales 1 y 2, deberá devolver la cantidad que haya recibido a las demandantes debidamente indexadas, en los términos del artículo 178 del C. C.A.

Cuarto. Sin costas en esta instancia (artículo 171 C.C.A.), modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

Quinto. Notifíquese personalmente el presente fallo a la correspondiente Procuraduría Judicial Delegada ante este Tribunal.

Sexto. En firme esta sentencia, archívese el expediente (F. 197 y 198 c. ppal.).

En primer término, el *a quo* manifestó que, para el momento en que ocurrió el siniestro, estaba vigente la póliza que garantizaba el cumplimiento de las obligaciones, puesto que la misma vencía el 1º de marzo de 1995.

Además, sostuvo que la draga debió restituirse una vez finalizado el contrato, de conformidad con la consideración cuarta del Contrato Adicional n.º 2 que estableció que el contratista “*se obligaba a devolver la draga a la terminación del plazo del contrato en el mismo estado en que la recibió de COLPUERTOS*”, lo cual ocurrió el 31 de diciembre de 1994.

Precisó que la orden de hacer efectiva la garantía no necesariamente debía dictarse dentro del término de vigencia de la póliza, sino que podía hacerse con posterioridad, tal como ocurrió en el caso concreto, pues se trataba simplemente de la reclamación del pago como consecuencia de la ocurrencia del riesgo asegurado.

Analizado el acervo probatorio, el tribunal determinó que la sociedad contratista se avino a cumplir con la entrega de la draga, por lo cual el incumplimiento de las obligaciones estaba en cabeza de la Administración; en consecuencia, resultaba aplicable el artículo 1609 del Código Civil. En efecto, indicó: “*se observa que COLDRAGADOS S.A. se allanó a cumplir con la obligación de devolver la draga acorde con los términos establecidos en el contrato; contrario sensu, no se observa misiva alguna mediante la cual el Ministerio de Transporte diera muestras de encontrarse en la disposición de recibirla*”.

Así las cosas, puntualizó que el Ministerio no podía declarar el incumplimiento de la obligación de entrega de la draga, toda vez que se encontraba en una situación de incumplimiento, en los términos del artículo 1609 del Código Civil. Por consiguiente, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados (F. 168 a 198 c. ppal.).

4. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la demandada interpuso de forma oportuna recurso de apelación, que fue concedido por el *a quo* mediante proveído del 12 de diciembre de 2012, una vez fracasado el intento de conciliación regulado por el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010 (F. 309 c. ppal.), y admitido por esta Corporación a través de auto del 26 de junio de 2013 (F. 315 c. ppal.).

Ahora, mediante auto del 26 de julio de 2013, se negó el decreto de los documentos allegados por la entidad demandada con el escrito de apelación, toda vez que no se configuró ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 212 del C.C.A., relativo a la posibilidad de decretar pruebas en segunda instancia (F. 318 y 319 c. ppal.). El documento aportado en segunda instancia consistió en una copia del acta de entrega de la draga Bocas de Ceniza del 31 de diciembre de 1993, es decir, un inventario efectuado por las partes al vencimiento del Acta n. 001 que prorrogó por primera vez el contrato de arrendamiento (F. 218 a 297 c. ppal.).

El fundamento de la impugnación –contenido en un único folio– es el que se resume a continuación (F. 200 c. ppal.):

La entrega de la draga se hizo dentro de la vigencia de la respectiva póliza, lo que denota que el incumplimiento que diera origen a la declaración del siniestro tuvo ocurrencia en plena vigencia del Contrato n.º 044 de 1992, sobre el cual se constituyó la mencionada póliza, situación que no excluía a la compañía Aseguradora Grancolombiana S.A. de su obligación de cubrir el riesgo frente al cual se pronunció el Ministerio de Transporte mediante los actos administrativos demandados, sin importar, se insiste, que hubieran sido proferidos con posterioridad a la vigencia de la póliza, pues el incumplimiento se presentó durante su vigencia.

5. El trámite en segunda instancia

En auto del 30 de agosto de 2013 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto en esta instancia (F. 321 c. ppal.).

En esta etapa, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (F. 321 c. ppal.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

En relación con la competencia, el artículo 624 del CGP –que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887– establece que los recursos interpuestos se regirán por la ley vigente al momento de su presentación y la competencia se definirá de acuerdo con las reglas vigentes al momento de formulación de la demanda.

Como consecuencia, en el caso concreto la cuantía se establece bajo la vigencia del numeral 2 del artículo 20 del C.P.C. y la competencia –por el factor objetivo– por el artículo 132 del C.C.A. –subrogado por el Decreto ley 597 de 1988–.

Teniendo en cuenta lo anterior, para que un proceso de controversias contractuales iniciado en el año 1997 tuviera apelación ante el Consejo de Estado, la cuantía debería ser equivalente o superior a \$13´460.000 y dado que, en el caso concreto, la pretensión mayor individualmente considerada asciende a \$814´482.519,83¹, la Sala tiene competencia funcional para conocer del mismo.

2. Acción idónea y ejercicio oportuno de la misma

La decisión administrativa que declara el siniestro puede ser considerada de naturaleza contractual o postcontractual, dependiendo del momento en que ocurra y se declare el mismo.

En esta medida, el acto termina siendo expedido con ocasión de la actividad contractual de la Administración, porque pertenece a la esfera de ejecución del negocio jurídico y, concretamente, a una o algunas de sus cláusulas, que se mantienen y siguen produciendo efectos aun después de la liquidación del negocio jurídico, como es la de las garantías. Así lo concluyó la Sección en sentencia de 2001, oportunidad en la que se precisó:

A primera vista se advierte que una vez liquidado el contrato, la única responsabilidad que subsiste para el contratista con la administración como dueña de la obra, es la de acudir al saneamiento de los vicios y defectos de construcción de la obra en los términos del art. 2060 del C.C., cuando se trata de la ejecución de un contrato de obra pública, así como amparar la de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones laborales o de los daños causados a terceros por el contratista, riesgos que en la contratación estatal es obligatorio garantizar (Art. 25-19 y 60 ley 80 de 1993). La Administración tiene la potestad de hacer efectiva las garantías correspondientes en el evento que se configure cualquiera de los anteriores riesgos. Ocurrido el siniestro la administración puede declararlo mediante acto administrativo debidamente motivado, que podrán impugnar judicialmente dentro de los dos años siguientes quienes se sientan afectados con la decisión de la administración, esto es, el contratista de la obra y la compañía de seguros. En el presente caso, se trataría de un acto que es necesario expedir como consecuencia de la ejecución de un contrato y el cual tendría igual tratamiento y discusión judicial que los actos dictados durante el desarrollo del contrato².

¹ Por concepto de perjuicios materiales, equivalentes al valor asegurado de la póliza n.º 50022865.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de mayo de 2001, exp. 13.347 M.P. Ricardo Hoyos Duque, reiterada por la sentencia de 20 de septiembre de 2001, exp. 14.582.

En sentencia posterior, la Sección reiteró esa conclusión en los términos que se transcriben a continuación³:

Con apoyo en los razonamientos expuestos y en los lineamientos jurisprudenciales de la Sala, se impone concluir que los actos impugnados, mediante los cuales se declaró el siniestro de mala calidad del servicio de reparación de los equipos y se ordenó hacer efectiva la póliza que garantizaba la calidad y el correcto funcionamiento de los mismos, son actos contractuales dictados con ocasión de la actividad contractual, toda vez que su existencia se justifica y origina en razón de la celebración y ejecución del contrato. // De otra parte, según lo prescrito por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993⁴, norma vigente al momento de incoar la acción contractual, los actos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual son controlables por vía administrativa mediante el recurso de reposición y judicialmente a través del ejercicio de la acción contractual, quiere decir que los actos administrativos expedidos por la Administración, después de la terminación del contrato, como lo es el acto mediante el cual se declara el siniestro en un contrato estatal, serán enjuiciables mediante el ejercicio de la acción contractual.

En ese orden de ideas, la acción interpuesta por las sociedades demandantes es la idónea para cuestionar la legalidad de los actos administrativos que declararon el siniestro y, por tanto, hicieron efectiva la póliza.

De otra parte, la caducidad es la sanción que consagra la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda. Además, se trata de un presupuesto procesal que puede ser declarado de oficio, inclusive.

Para casos como el analizado, la norma de caducidad aplicable es la contenida en el inciso final del artículo 136 del C.C.A. –subrogado por el Decreto ley 2304

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667. Además, en la providencia se puntualizó: “Si se examina la finalidad del acto administrativo impugnado, se observa que con su expedición se pretende hacer efectiva la garantía constituida para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la calidad del servicio prestado y el buen funcionamiento de los equipos, objeto del contrato de mantenimiento celebrado y de esta manera obtener el resarcimiento de los perjuicios causados a la Administración, en protección del patrimonio público, el cual se vio afectado por no contar con los equipos y maquinaria objeto del contrato en perfectas condiciones de funcionamiento, hecho que también incidió negativamente en el cumplimiento de los cometidos estatales buscados con la contratación, que no son otros que el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad. // Con esto se evidencia que el acto administrativo expedido se encuentra directamente vinculado al contrato y su existencia se justifica en la existencia misma del negocio jurídico celebrado, lo cual confirma, sin lugar a duda, que dicho acto es de naturaleza contractual así haya sido expedido después de la terminación del contrato”.

⁴ La norma prescribe lo siguiente: “En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. // Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo. PARÁGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

de 1989⁵, según la cual: “*En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento (...)*”

En el caso concreto, el Ministerio de Transporte, mediante Resolución n.º 0008527 del 5 de diciembre de 1996, declaró el incumplimiento del Contrato n.º 44 de 1992 y sus adicionales 1 y 2. Igualmente, hizo efectiva la póliza n.º 50022865, expedida por la Aseguradora Grancolombiana S.A., por valor de \$814´482.519,83 (F. 74 a 77 c. 1).

Inconforme con la decisión, la Aseguradora Grancolombiana S.A. interpuso recurso de reposición contra el citado acto administrativo (F. 78 a 87 c. 1).

A través de Resolución n.º 0001886 del 15 de abril de 1997, el Ministerio confirmó integralmente la Resolución n.º 0008527 del 5 de diciembre de 1996 (F. 88 a 96 c. 1). El acto administrativo confirmatorio se notificó a la aseguradora el 15 de abril de 1997 (F. 96 c. 1 vto.).

De modo que la acción de controversias contractuales se interpuso en tiempo, el 12 de junio de 1997, porque el plazo de los dos años venció el 16 de abril de 1999.

3. Legitimación en la causa

Las sociedades Aseguradora Grancolombiana S.A. y La Previsora S.A. están legitimadas en la causa por activa, porque quedó acreditado que a la póliza única de cumplimiento n.º 50022865 se le agregó una cláusula de coaseguro suscrita por los representantes legales de ambas aseguradoras (F. 56 c. 1).

Además, mediante las Resoluciones n.º 0008527 del 5 de diciembre de 1996 y 0001886 del 15 de abril de 1997 se hizo efectiva la garantía y se ordenó su cobro a la Aseguradora Grancolombiana S.A. (F. 74 a 77 y 88 a 96 c. 1).

Por su parte, el Ministerio de Transporte tiene interés en controvertir *–legitimatio ad procesum–* las pretensiones de la demanda, por ser la entidad llamada a defender el interés jurídico que se debate en el proceso, en cuanto fue quien

⁵ Es preciso destacar que a la fecha de presentación de la demanda no había sido expedida la Ley 446 de 1998, normativa que modificó, entre otros aspectos, el plazo de los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas (artículo 44).

expidió los actos administrativos demandados que declararon el siniestro e hicieron efectiva la póliza n.º 50022865.

La legitimación material será objeto de un análisis posterior en esta providencia, una vez se efectúe la valoración del material probatorio.

4. Análisis de la Sala

Problema jurídico: consiste en determinar si las Resoluciones n.º 0008527 del 5 de diciembre de 1996 y 0001886 del 15 de abril de 1997 son nulas, tal como lo concluyó el tribunal de primera instancia o si, por el contrario, debieron negarse las súplicas de la demanda, por cuanto, según el apelante, la entrega de la draga se hizo dentro de la vigencia de la respectiva póliza, lo que evidenciaría el incumplimiento y la necesidad de la declaratoria del siniestro, sin importar que los actos administrativos se hubieran proferido con posterioridad a la vigencia de la póliza, pues el incumplimiento –riesgo asegurado– se habría presentado en vigencia de la póliza.

4.1. El 16 de diciembre de 1992, la Empresa de Puertos de Colombia En liquidación-COLPUERTOS En liquidación y la sociedad Compañía Colombiana de Dragados y Obras Hidráulicas S.A.-COLDRAGADOS celebraron el Contrato n.º 44, en virtud del cual aquella se comprometió a entregarle a esta la draga Bocas de Ceniza, a título de arrendamiento. El plazo de duración del contrato se estipuló en 12 meses, contados a partir del acta de inicio. El valor del negocio ascendió a la suma de \$4.056´300.896 (F. 46 a 50 c. 1).

Además, en la cláusula décima del negocio jurídico se acordó que el Contratista constituiría una garantía única de cumplimiento, que tendría vigencia durante toda la duración del contrato y 3 meses más (F. 48 c. 1).

La parte actora allegó al proceso copia del Contrato Adicional n.º 2 suscrito el 30 de diciembre de 1993, entre el Ministerio de Transporte –en calidad de cesionario del Contrato n.º 44 de 1992– y COLDRAGADOS S.A. (F. 52 a 55 c. 1). En este otrosí, las partes acordaron que el contrato principal se prorrogaría por 12 meses que vencerían el 31 de diciembre de 1994. La obligación de devolución de la draga, por parte del Contratista se estipuló en la consideración sexta, en los siguientes términos: *“EL CONTRATISTA se obliga a devolver la draga a la terminación del plazo del contrato en el mismo estado en que la recibió de*

COLPUERTOS, salvo el deterioro normal por el uso que se le dé durante el término del contrato” (F. 52 c. 1).

Asimismo, en la cláusula sexta las partes convinieron que el Contratista adicionaría, de forma proporcional, las pólizas y las garantías otorgadas inicialmente frente al Contrato n.º 44 de 1992 (F. 53 c. 1).

La Aseguradora Grancolombiana S.A. expidió la póliza única de cumplimiento n.º 50022865, cuya vigencia inició el 1º de enero de 1994 y expiró el 1º de marzo de 1995 (F. 56 c. 1).

A la póliza n.º 50022865 se le incorporó una cláusula de coaseguro, según la cual el 60% sería asumido por la sociedad Aseguradora Grancolombiana, mientras que el 40% restante por La Previsora S.A., en los siguientes términos: *“En los siniestros Aseguradora Grancolombiana S.A. pagará únicamente la participación porcentual señalada anteriormente y una vez recibida la participación correspondiente a la otra compañía la entregará al asegurado, sin que en ningún momento se haga responsable por un porcentaje mayor al de su participación”* (F. 57 c. 1).

4.2. Como bien lo concluyó el tribunal de primera instancia, la parte actora demostró que en varias oportunidades remitió comunicaciones al Ministerio de Transporte para dar cumplimiento a la obligación de la restitución material de la draga Bocas de Ceniza.

En efecto, con el escrito de demanda se allegó copia de los siguientes documentos:

i) Comunicación del 28 de diciembre de 1994, suscrita por el gerente de COLDRAGADOS y dirigida al ingeniero interventor, en la que se consignó lo siguiente: *“(…) nos permitimos recordarle que el próximo 31 de diciembre de 1994, vence el contrato suscrito entre el Ministerio de Transporte y Coldragados S.A. // Por lo anterior, nos permitimos muy cordialmente solicitarle su colaboración con el fin de que el Ministerio de Transporte nos defina para dicha fecha las condiciones bajo las cuales quedaría la draga Bocas de Ceniza. // Así mismo, nos permitimos informarle que Coldragados S.A. tiene listo y debidamente preparada la entrega formal de la draga en el momento en que así ustedes lo requieran”* (F. 59 c. 1).

ii) Carta del 8 de febrero de 1995, signada por el apoderado de Coldragados y dirigida al Ministro de Transporte. En este documento, la sociedad Contratista puso de presente lo que se transcribe a continuación:

Teniendo en cuenta nuestra reunión del pasado 6 de febrero del año en curso en sus oficinas, con la presente nos permitimos confirmarle nuestra voluntad para iniciar la entrega a ese Ministerio de la draga Bocas de Ceniza, la cual se encuentra actualmente en el área de “Las Flores”, río Magdalena, Barranquilla, en la que gustosamente prestamos a ustedes toda la colaboración necesaria para que este proceso se lleve a cabo de la mejor manera posible.

Teniendo en cuenta la gran cantidad de equipos especializados y complejos con los cuales está dotada esta embarcación, y que posee una alta cantidad de partes, accesorios, elementos y repuestos, es de suma importancia considerar que para poder realizar la entrega oficial de este equipo sea eficiente y satisfactoria, tanto para el Ministerio como para Coldragados S.A., se deberán tener presentes dos aspectos básicos:

1. Dotación e inventario: (...)

2. La embarcación, su maquinaria y equipos: (...)

En los casos anteriormente mencionados, es necesario notar la importancia e incidencia del personal adecuado y su capacitación; pero el aspecto de mayor relevancia consiste en que la tripulación de esta embarcación es calificada y titulada por la Dirección General Marítima y de acuerdo con las características de la unidad. La DIMAR es la única entidad con autoridad nacional e internacional para definir la idoneidad y categoría de cada tripulante según el cargo que desempeñe a bordo: todo de acuerdo a las normas leyes y reglamentos de la Marina Mercante Colombiana, las cuales se ajustan igualmente a los convenios internacionales sobre titulación y calificación de la gente del mar.

Por todo lo anterior, les solicitamos y recomendamos muy comedidamente que la entidad autorizada por ustedes, designe el personal exigido, autorizado y licenciado por la autoridad marítima competente, en especial el personal de oficiales, suboficiales y técnicos, quienes deberán cumplir con los requisitos establecidos; ello no solamente hará más fácil y ágil la operación de entrega de la draga, sino que al cumplir las labores preliminares de entrega de inventarios y pruebas de operación de maquinaria y equipos, pueda hacerse de forma inmediata el relevo de los diferentes cargos a bordo, tan pronto se formalicen las correspondientes actas de entrega de cada cargo y los equipos bajo su responsabilidad (F. 60 y 61 c. 1).

iii) El 5 de mayo, el Director General de Transporte Marítimo y el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Transporte, junto con el apoderado general de Coldragados S.A., suscriben el documento titulado “Acta para establecer el procedimiento para la entrega de la draga Bocas de Ceniza”. Ese procedimiento estaría integrado por cuatro fases (almacenes, protocolo y verificación de equipos, protocolo de operación e inspección de la obra viva) (F. 62 y 63 c. 1).

iv) El 12 de mayo de 1995, el apoderado general de la sociedad COLDRAGADOS S.A. dirigió una comunicación al Ministro de Transporte para ponerle de presente dificultades en relación con el procedimiento de entrega material de la draga Bocas de Ceniza, así:

(...) Igualmente, se estableció que para agotar el procedimiento de entrega, se requiere de hechos paulatinos desde la primera hasta la última fase, de acuerdo con el acta firmada el 5 de mayo de 1995.

9. En desarrollo del procedimiento de entrega acordado entre las partes, con fecha mayo 9 de 1995, el representante del Ministerio de Transporte en esta diligencia, ingeniero Manuel Ayuzo, comunicó al representante legal de Coldragados S.A. la intención de proceder a la iniciación del proceso a las 14:00 horas del día 9. Dicha comunicación fue puesta en conocimiento del capitán de la draga de forma extemporánea a las 16:30 horas del mencionado día.

10. Con fecha mayo 10 de 1995, el ingeniero Manuel Ayuzo comunicó al representante legal de Coldragados S.A. que el capitán de la draga desautorizó la entrega de la draga, motivo por el cual el programa inicialmente contemplado fue aplazado para fechas posteriores.

11. En consideración a que las afirmaciones del ingeniero Manuel Ayuzo no se ajustan estrictamente a la realidad de lo acontecido, se procedió a poner en conocimiento a la Capitanía del Puerto de Barranquilla las circunstancias que rodearon la visita del ingeniero Manuel Ayuzo a la draga Bocas de Ceniza, entre las cuales rescato las siguientes:

11.1. Al momento de la visita del señor Ayuzo a la nave, el capitán se encontraba en la oficina de Coldragados S.A., en labores relacionadas con los inventarios necesarios para el cumplimiento de la primera fase.

11.2. Por razones de tipo disciplinario y administrativo propios de la draga Bocas de Ceniza, al tener conocimiento de la presencia del ingeniero Ayuzo y de otras personas no identificadas al momento de los acontecimientos el capitán solamente autorizó por radio el embarco del representante del Ministerio de Transporte.

11.3. En cumplimiento de sus funciones como delegado por Coldragados S.A. para la entrega de la draga se trasladó al campamento de Las Flores, en compañía del doctor Alex León Arcos, con el propósito de coordinar el ingeniero Ayuzo todo lo pertinente al caso.

11.4. En presencia de los funcionarios de la Contraloría General de la República, el capitán solicitó comedidamente el ingeniero Ayuzo proceder al abordaje de la draga para la iniciación de la primera fase de la entrega, no habiendo obtenido éxito en su solicitud; por el contrario, el representante legal del Ministerio de Transporte se limitó a la elaboración de un acta sin hacer constar nuestra presencia, no obstante las peticiones hechas sobre el particular.

Acotaciones:

En su condición legal, el capitán como máxima autoridad de la draga Bocas de Ceniza (Código de Comercio artículos 1495 y s.s.) y además como delegado de Coldragados S.A. para el proceso de la entrega de la nave al Ministerio de Transporte, está en la obligación profesional y administrativa de sentar los principios generales que deberán tenerse en consideración durante el desarrollo de la entrega acordada.

1. Conforme a la ley, es responsabilidad del capitán la guarda y administración de la nave, hasta tanto se perfeccione la entrega al Ministerio de Transporte. No obstante, en cumplimiento de lo pactado entre el armador, Coldragados S.A. y el Ministerio de Transporte, se acogerá la coadministración a medida que se vaya entregando la draga.

2. En defensa de los intereses del armador y de los del Ministerio de Transporte y en salvaguarda de la integridad y mantenimiento de la nave en este caso concreto, es obligación del capitán supervigilar que el personal que ingrese a la embarcación corresponda a los intereses de las partes contratantes. Entre otros aspectos, le corresponde verificar la identidad y las labores que han de desarrollar a bordo.

(...) La intención de Coldragados S.A. es la de proceder sin más dilaciones a la entrega física de la draga Bocas de Ceniza a la Nación-Ministerio de Transporte, dejando a salvo la liquidación y pago de los valores adeudados a la primera, conforme al contexto y alcances contractuales del Contrato 44/92 (F. 68 a 71 c. 1).

v) El 15 de junio de 1995, el gerente general de COLDRAGADOS S.A. remitió una nueva comunicación al Ministerio de Transporte. En este documento la Contratista insistió en su disposición de entregar la draga Bocas de Ceniza:

Queremos dirigimos nuevamente a usted, reiterar (sic) el deseo expresado en múltiples ocasiones a otros funcionarios del Ministerio, de entregar la draga Bocas de Ceniza al Ministerio de Transporte.

Como debe usted estar enterado, a raíz del contrato que nosotros tenemos con ese Ministerio, la draga ha permanecido a nuestro cuidado, administración y operación no solo por los años 1993 y 1994 sino también por todo el tiempo comprendido hasta la fecha. Tiempo este último que sin estar operando la draga ha permanecido a nuestro cuidado, administración y responsabilidad, mientras el ministerio la licitaba, adjudicaba la licitación y, finalmente, teóricamente recibía la draga.

Conclusión que no ha sido posible lograr pues, infortunadamente, no se ha podido llegar con el Ministerio a un acuerdo sobre el procedimiento para entregar la draga, procedimiento inclusive contenido en actas firmadas por las partes y exigido por la misma Procuraduría.

De la misma manera no ha sido posible liquidar el contrato vigente para el año 1994 y mucho menos obtener del ministerio siquiera del compromiso de pago de los costos fijos de la draga Bocas de Ceniza durante el tiempo que la hemos tenido a nuestro cuidado mientras el Ministerio licitaba y tomaba decisiones sobre la misma.

(...) No obstante, como ya hemos dicho, esto no ha sido posible y, por el contrario, con extrañeza y como puede usted verificar con las copias que hacemos llegar con la presente comunicación, el Ministerio ha optado por iniciar un proceso policivo de restitución de bien fiscal que no solo desconoce nuestro deseo expresado de entregar de la mejor manera la draga, pues con este proceso están casi intentando tomarla a la fuerza; sino que además va en contravía el Ministerio de las disposiciones de la Procuraduría sobre el procedimiento adecuado para la entrega de la draga.

Rogamos a usted que nos ayude a dar la mejor solución a este problema, pues con los diferentes funcionarios que nos hemos reunido y dialogado no ha sido posible y, por el contrario, en este momento nos

sentimos atropellados por la acción de fuerza iniciada por el Ministerio, cuando lejos de nosotros está el pretender iniciar ningún tipo de proceso, al cual habríamos tenido derecho si se observa con detenimiento que durante casi seis (6) meses hemos sostenido de nuestros propios recursos y con gran esfuerzo el desarrollo de una función costosa y de mucha responsabilidad (F. 64 a 67 c. 1).

vi) Finalmente, el 11 de agosto de 1995, el representante legal de COLDRAGADOS S.A. envió una carta al Ministro de Transporte en la que la informó la forma arbitraria como fue ocupada la embarcación por parte del ingeniero Manuel Ayuzo H., delegado de esa entidad pública. En efecto, en esta misiva el Contratista afirmó lo siguiente:

Con relación a los hechos ocurridos el pasado 19 de julio de 1995, cuando en forma violenta y agresiva el señor Manuel Ayuzo H., funcionario del Ministerio de Transporte, abordó la draga Bocas de Ceniza con la colaboración de un vigilante armado y redujo a la impotencia al personal de la tripulación para luego expulsarlos a la fuerza de la nave, en un acto típico de piratería marítima y así apoderarse en forma, por demás, ilegal de la nave; contrariando no solamente las normas, leyes y reglamentos de la marina mercante, sino suspendiendo de forma unilateral un proceso de entrega pactado de la embarcación, como consta en las actas del 5 de mayo y 12 de julio de 1995; así como en la carta de fecha 11 de julio y la certificación del día 12 de julio de 1995.

Muy respetuosamente me permito hacer las siguientes observaciones y comentarios:

(...) Deseamos anotar que hasta el preciso momento en que fue tomada con violencia y con actitud de piratería la draga, el proceso de inventario (I parte), como ustedes lo anotan, se había verificado junto con los representantes del Lloyd's Register of Shipping en un 70%, sin que existiera anomalía o faltante alguno. Por tanto, a partir del mismo momento (julio 19 de 1995; 8:00 a.m.) Coldragados S.A. quedó exenta de toda responsabilidad con relación al inventario dejado de verificar y a las etapas faltantes que debían cumplirse según el acta de 5 de mayo de 1995 y del 12 de julio de 1995.

Igualmente, con los hechos ocurridos el día 19 de julio de 1995 a las 8:00 a.m. toda nuestra responsabilidad cesó el mismo día y a la hora del asalto, por lo que no entendemos la carta del 21 de julio de 1995, firmada por el señor Alberto Lora P., posterior al desalojo y expulsión de nuestra tripulación, en lo referente a la seguridad de la draga.

(...) (F. 72 a 73 c. 1).

4.3. Con la contestación de la demanda, el Ministerio de Transporte solo aportó copia del acta del 7 de julio de 1995, levantada por el Inspector Tercero de Policía de Barranquilla y con la participación de los apoderados de COLDRAGADOS S.A. y del Ministerio de Transporte.

En este documento, el inspector aplazó la diligencia de lanzamiento para resolver primero la petición de nulidad elevada por el apoderado de COLDRAGADOS S.A., toda vez que no se notificó de la diligencia al Personero Distrital.

Además, la diligencia se aplazó debido a la fuerte discusión y el altercado que se generó entre el apoderado del Ministerio de Transporte y el Inspector Tercero de Policía del Distrito de Barranquilla. En efecto, ante la decisión de suspender la diligencia, los intervinientes dejaron las siguientes constancias en el acta:

(...) antes de cerrar la diligencia solicita el uso de la palabra el apoderado del Ministerio de Transporte. Concedida la palabra por el Despacho manifiesta: insólito por decir lo menos ha resultado el transcurso de esta actuación. Sin existir pruebas contundentes, determinantes de un aplazamiento este se permite lo que contraría abiertamente la ley. Este y otros casos dejan entrever prácticas dilatorias, temerarias de actividad del querellante y atendidas por la autoridad. Mi firma enseguida pondré es solo para demostrar mi presencia física en esta diligencia, mas nunca para consentir en las determinaciones sentadas. En este estado de la diligencia toma el uso de la palabra el señor Inspector para efectuar las siguientes precisiones: es insólito por decir lo menos que el honorable apoderado del Ministerio de Transporte señale que ha habido siquiera la más mínima muestra de complacencia del titular de este despacho con temeridad alguna postulada por la parte opositora a este trámite. Por el contrario, y dadas las especiales circunstancias de interés público conocido en cuanto al manejo de este asunto, el mismo se ha avocado con la mayor celeridad que en derecho la ley ha permitido a este funcionario, prueba de ello es que el mismo día en que se presentó esta querrela hubo pronunciamiento de este Despacho ordenando pruebas y dos días calendario después se practicó la inspección ocular que en derecho era menester, seguidamente y sin ninguna dilación, así se insista en lo contrario, ha existido un pronunciamiento inmediato sobre cada una de las solicitudes procesales, por lo anterior, no puede aceptarse de ninguna manera, entre otras cosas porque es atentatorio contra la dignidad del funcionario, afirmar que el mismo cohonesto con dilación o temeridad alguna (...) mal podría este funcionario a dirimir a punto de fondo en este asunto cuando por las razones expuestas se halla imbuido de indebida presión antes referida, lo que lógicamente afecta su raciocinio de fallador y en virtud de esto sería ilusorio signar un pronunciamiento que por las circunstancias referidas no tuviese la claridad jurídica que este asunto exige (...) (F. 101 a 104 c. 1).

4.4. De otro lado, en las consideraciones de la Resolución n.º 8527 del 5 de diciembre de 1996 se incluyeron, entre otras, las siguientes:

(...) Que terminado el plazo contractual, la firma Compañía Colombiana de Dragados y Obras Hidráulicas S.A. "Coldragados S.A." no restituyó al Ministerio de Transporte la draga Bocas de Ceniza.

Que debido a la mora en la restitución de la draga Bocas de Ceniza, el Ministerio de Transporte debió interponer una querrela policiva contra la firma contratista con el fin de recuperar la nave.

Que las autoridades de policía recuperaron para el Ministerio de Transporte la tenencia de la draga Bocas de Ceniza el día 19 de julio de 1995, siete (7) meses después de la fecha en que debía entregarse, en cumplimiento del Contrato 44/92 y sus adicionales 1 y 2, equipo que se encontraba en poder de Coldragados S.A., altamente deteriorada, teniendo que invertir la entidad contratante considerables sumas de dinero en su reparación.

Que la cláusula octava del Contrato 44 de 1992 dá la facultad a Colpuertos (hoy Ministerio de Transporte según la cesión del contrato) de hacer efectiva la suma equivalente al valor garantizado por la póliza de cumplimiento, en el evento de incumplimiento en las obligaciones a cargo de la firma contratista (...) (F. 75 c. 1).

A partir de este momento, la discusión se volvió eminentemente jurídica, puesto que el recurso de reposición se fundamentó en la supuesta declaratoria extemporánea del siniestro, así como en la violación al debido proceso.

La Resolución n.º 8527 de 1996 fue confirmada integralmente por el Ministerio de Transporte, a través de Resolución n.º 0001886 de 1996. En esta oportunidad, la Administración reiteró que el incumplimiento en la obligación de entrega se había presentado en vigencia de la póliza n.º 50022865, motivo por el cual era posible hacer efectiva la garantía.

En relación con la supuesta violación al debido proceso, la entidad contratante afirmó que la Resolución n.º 8527 de 1996 se expidió con fundamento en el informe de interventoría del 4 de junio de 1996, motivo por el cual el Contratista pudo controvertir los informes y pruebas que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento a través del recurso de reposición (F. 95 c. 1).

4.5. El Contrato n.º 44 de 1992 tuvo por objeto el arrendamiento de un bien fiscal, esto es, la draga denominada Bocas de Ceniza. Este negocio jurídico se rigió por las disposiciones del Decreto ley 222 de 1983.

En vigencia de esa normativa, el contrato de arrendamiento celebrado por una de las entidades públicas sujetas a su ámbito de aplicación resultaba ser un contrato de derecho privado de la administración, por oposición a los de derecho administrativo, en el entendido de que no estaba enlistado en el artículo 16 de dicha normativa.

A los contratos de derecho privado de la Administración se les aplicaba, por regla general, las disposiciones del derecho privado, salvo en lo relacionado con lo expresamente regulado por el Decreto ley 222 y la cláusula de caducidad (penúltimo inciso del artículo 16 ibídem)⁶.

El contrato de arrendamiento tenía una regulación especial y expresa en el Decreto ley 222 de 1983 (Artículo. 80: “*El presente estatuto trata de los siguientes contratos: (...) arrendamiento*”; Capítulo 10: Contratos de arrendamiento. Acápíte que establecía la forma de celebración, la duración, el valor, entre otros). Ahora bien, en lo no regulado se acudía a las normas del derecho privado, por tratarse, se insiste, de un contrato de derecho privado de la administración, con independencia de que pudiera incluirse la cláusula de caducidad.

En esa perspectiva, acertó el tribunal en analizar la controversia a la luz de las disposiciones del derecho privado y, concretamente, a partir del contenido normativo del artículo 1609 del Código Civil que regula la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*).

En efecto, de los escasos documentos que integran el acervo probatorio quedó demostrado que la sociedad COLDRAGADOS S.A. se allanó a cumplir con su obligación de entregar la draga luego del vencimiento del contrato, esto es, a partir del 1º de enero de 1995. Inclusive, dirigió comunicaciones al Ministerio de Transporte con anterioridad al 31 de diciembre de 1994, con el fin de que se definieran los parámetros para la entrega material de la nave, porque ese era un aspecto que no había quedado regulado por las partes en el Contrato n.º 44 de 1992.

De modo que, con los documentos aportados, le correspondía a la parte demandada acreditar su diligencia y cuidado en los términos del artículo 1604 del Código Civil y, por tanto, demostrar que estaba preparada para cumplir con su obligación de recibir la nave. En otros términos, con los documentos aportados por la parte actora quedó demostrada la mora del Ministerio de Transporte en el cumplimiento de su obligación contractual de recibir la nave en la forma y tiempo debidos, una vez terminó el contrato.

⁶ “*Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad*”.

Es cierto, como lo adujeron las aseguradoras, que la sociedad COLDRAGADOS en virtud del contrato de arrendamiento ostentaba la condición de “armador” de la nave y, por tanto, la entrega del bien debía seguir un procedimiento que permitiera no solo verificar la condición de la draga y sus inventarios, también el momento en que el contratista-arrendatario dejaba de ostentar la referida calidad y, como consecuencia, dejaban de operar las obligaciones que se desprendían de esa condición.

En efecto, el artículo 1678 del Código de Comercio preceptúa: *“Habrá arrendamiento cuando una de las partes se obliga a entregar a la otra a cambio de un precio, el uso y goce de una nave, por tiempo determinado. // Este contrato se probará por escrito, salvo que se trate de embarcaciones menores”*.

Además, el artículo 1682 ibídem establece que el arrendatario de la nave tendrá la calidad de armador y, como tal, los derechos y obligaciones de este.

El armador, de conformidad con el artículo 1473 de la misma codificación, es la persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan.

Los artículos 1478 y 1479 del Código de Comercio definen los derechos y obligaciones a cargo del armador. Este tiene la potestad de nombrar y remover libremente al capitán de la nave, así como impartirle las instrucciones necesarias para la administración de la misma. Frente a las obligaciones, el armador tiene que pagar las deudas que el capitán contraiga para aprovisionar la nave; responde civilmente por las culpas del capitán o de la tripulación y es el encargado de cumplir los contratos lícitos que la agencia marítima o el capitán celebren en beneficio de la nave.

Así las cosas, les asiste razón a las aseguradoras en cuanto sostienen que se requería un procedimiento específico para la entrega de la nave, tal como lo puso de presente COLDRAGADOS en sus comunicaciones dirigidas al Ministerio de Transporte. Lo anterior, por cuanto era preciso que la draga quedara en manos del Ministerio como su propietario, pero también como su armador, al haber finalizado el contrato de arrendamiento.

En ese orden de ideas, el Ministerio de Transporte incurrió en mora en la obligación de recibir. Es importante precisar que, para que el acreedor se

constituya en mora de la obligación de recibir, es necesario verificar: i) que se encuentre vigente la obligación de recibir la prestación de parte del deudor; ii) que el deudor haya manifestado la intención de cumplir con su obligación de dar o de hacer, en este caso de entregar el bien y iii) que el acreedor se oponga o se abstenga de recibir, sin ningún motivo o razón válida que lo exima de su deber de recibir la prestación.

En el caso concreto, la parte actora desplegó toda la actividad probatoria para demostrar que COLDRAGADOS se allanó a cumplir y que, por el contrario, el Ministerio no respondió oportunamente las comunicaciones dirigidas con anterioridad al vencimiento del plazo contractual y, además, pese a suscribir un acuerdo para el procedimiento de entrega, adelantó una querrela policiva de lanzamiento.

En el proceso no quedó demostrado si la recuperación de la tenencia de la draga por parte del Ministerio se derivó de un acto violento o de la orden dada por el inspector de policía; no obstante, sí está claro es que el Ministerio de Transporte recuperó materialmente la draga, con independencia de lo pactado previamente por las partes en el convenio del 5 mayo de 1995, denominado “*Acta para establecer el procedimiento para la entrega de la draga Bocas de Ceniza*”.

El 28 de diciembre de 1994, COLDRAGADOS dirigió una comunicación al interventor del contrato en la que le recordaba que el contrato estaba próximo a vencerse y, por tanto, reiteraba que estaba preparado para la entrega del bien. Esto permite inferir que la sociedad Contratista estaba dispuesta a cumplir con su obligación de entrega. Esta conclusión se ve reforzada con el documento del 8 de febrero de 1995, mediante el cual la sociedad insistió en su disposición en cumplir con la entrega. Por el contrario, el Ministerio no acreditó que hubiera atendido las comunicaciones del Contratista.

En ese orden de ideas, le asiste razón a la parte demandante al sostener que, en el caso concreto, se configuró la excepción de contrato no cumplido, en los términos del artículo 1609 del Código Civil que preceptúa: “*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*”.

La citada disposición es un remedio contractual que permite que las partes no incurran en mora y, por tanto, ellas mismas busquen la solución que permita

continuar con la ejecución del contrato o, eventualmente, con su adecuada terminación.

La jurisprudencia de esta Sección ha sostenido que la mencionada excepción se fundamenta en los principios de equidad y de buena fe contractual. Además, ha determinado los requisitos para su procedencia, así⁷:

La excepción de contrato no cumplido respecto de los contratos estatales desarrolla los principios de equidad y de buena fe que orientan las relaciones jurídicas que de estos se derivan; también se deduce que su aplicación está condicionada al cumplimiento de los siguientes supuestos:

-Que exista un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas (...);

-Que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las dos partes contratantes, porque a nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, si se tiene en cuenta que esta forma de incumplimiento conduce a un daño futuro meramente hipotético y por ende, no indemnizable.

-Que el incumplimiento de la Administración sea grave, determinante y de gran significación; debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista.

-Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo, puesto que no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento cuando su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo.

En el *sub lite* se cumplieron los anteriores requisitos, toda vez que: (i) el contrato de arrendamiento de la nave era sinalagmático, puesto que sus prestaciones se reputaron como equivalentes o correlativas; (ii) el incumplimiento de la obligación de recibir de la Administración quedó demostrado, tanto así que el Ministerio no probó que el 1º de enero de 1995 hubiera intentado recibir la nave de manos del Contratista-arrendatario; (iii) el incumplimiento de la Administración fue grave y determinante, puesto que el Contratista permaneció con la condición de armador y, finalmente, las obligaciones de entrega y de recibo se hicieron exigibles a ambas partes el 1º de enero de 1995, por lo que no existía una prestación a cargo del Contratista que hubiera sido necesario ejecutar primero en el tiempo.

De modo que la renuencia del Ministerio en recibir la entrega de la draga Bocas de Ceniza, así como su conducta contradictoria de suscribir un acta sobre el procedimiento de entrega con el Contratista y, simultáneamente, adelantar un

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12.722, M.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, consultar: sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 32.666, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

procedimiento policivo de lanzamiento, son indicativos del desconocimiento del postulado de buena fe objetiva que es propia de todo tipo de acuerdo contractual.

Como consecuencia, la Sala comparte la conclusión del tribunal de primera instancia que declaró la nulidad de los actos administrativos acusados, toda vez que resulta incuestionable que el Contratista se encontraba amparado por la excepción de contrato no cumplido, en cuanto el Ministerio no se avino a cumplir oportunamente con su obligación como acreedor, esto es, recibir la draga al momento de la finalización de la segunda prórroga del Contrato n.º 44 de 1992.

4.6. Además, la Sala advierte que el Ministerio vulneró el principio-derecho al debido proceso de las aseguradoras, garantía de rango constitucional y fundamental, por lo cual es posible declarar la nulidad de los actos administrativos aun de manera oficiosa.

En efecto, no es posible sostener, como se incorporó en los actos administrativos demandados, que el momento para controvertir y opugnar los informes de interventoría y de supervisión es con la interposición de los recursos en la vía gubernativa.

En efecto, COLDRAGADOS alegó con el recurso de reposición la supuesta violación al debido proceso; sin embargo, el Ministerio afirmó que la Resolución n.º 8527 de 1996 se expidió con fundamento en el informe de interventoría del 4 de junio de 1996, motivo por el cual el Contratista pudo controvertir los informes y pruebas que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento a través del citado recurso (F. 95 c. 1).

La Sala se aparta del anterior razonamiento, toda vez que el Contratista y las aseguradoras tenían el derecho fundamental a controvertir y cuestionar los informes del interventor, así como la garantía de aportar pruebas y presentar los argumentos que consideraran adecuados, con anterioridad a la expedición de la Resolución n.º 8527 de 1996.

La Corte Constitucional ha sostenido de manera prolífica que el debido proceso lo integran diversos derechos, entre ellos: i) ser oído durante toda la actuación; ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley; iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; vi) a gozar de la presunción de inocencia; vii) al ejercicio del

derecho de defensa y contradicción; viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas y ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso⁸.

Igualmente, esta Sección ha puntualizado que el debido proceso no se entiende garantizado por el hecho de haber tenido el interesado la oportunidad de interponer los recursos de la vía gubernativa⁹:

Ahora, no se puede admitir en este caso -pese a que en el pasado lo toleró la jurisprudencia-, que este derecho se garantizó con la posibilidad que tuvo el actor de discutir la decisión inicial, a través de los recursos de la vía gubernativa, y de la oportunidad nacida a partir de allí de pedir pruebas y controvertirlas. Este estadio del debido proceso lo superó hace varios años la Sección Tercera, y por eso hoy se considera –entre otros, auto de esta Sección de septiembre 24 de 1998, exp. 14.821- que “De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su punto de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública”.

Así las cosas, la Sala encuentra que existe otra razón o motivo adicional para confirmar la decisión de primera instancia que declaró la nulidad de las Resoluciones n.º 8527 del 5 de diciembre de 1996 y 1886 del 15 de abril de 1997, proferidas por el Ministerio de Transporte.

5. Condena en costas

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el artículo 170 del C.C.A.– indica que solo habrá lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado con temeridad o mala fe; dado que ninguna procedió de esa forma no habrá lugar a su imposición.

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

⁸ Sentencia T- 555 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Ver también, sentencia T-1021 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de abril de 2015, exp. 28.933, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 7 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

SEGUNDO. Sin lugar a costas.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO. Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO