

RESOLUCION No. 0001458 DE 2009

(13 jul. 2009)

“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 689 de 2009 “Por medio de la cual se declara el incumplimiento de un contrato, su caducidad, se da por terminado y ordena su liquidación unilateral y la aplicación de multas y sanciones”

EL DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LA GUAJIRA, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por la Ley 80 de 1993, en concordancia con la Ley 1150 de 2007 y Decreto 2474 de 2008, y

CONSIDERANDO:

Que la Corporación Autónoma Regional de La Guajira, mediante Resolución No. 689 de fecha primero (1) de abril de 2009 declaró el incumplimiento del contrato número 0226 de 2006 suscrito entre CORPOGUAJIRA y La Federación Nacional de Municipios FEDEMUNICOL, cuyo objeto es la elaboración del aprestamiento, diagnóstico, prospectiva, formulación de la Cuenca Hidrográfica del Río Tapias y estrategias de seguimiento y evaluación de POMCA de conformidad con lo establecido en el Decreto 1729 de 2002 sobre cuencas hidrográficas y como consecuencia, la caducidad, la terminación y liquidación unilateral del contrato, así como hacer efectiva la cláusula décima tercera del Contrato, aplicando al contratista una sanción pecuniaria equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, ordenando hacer efectiva la garantía única aportada por el contratista para la legalización del contrato.

Que, habiendo cursado las citaciones para notificar en forma personal al contratista y a la compañía aseguradora, dicha notificación se produjo el 29 de abril y el 8 de mayo respectivamente.

Que la Compañía Suramericana de Seguros S.A., dentro del término legal, a través de apoderado interpone RECURSO DE REPOSICION motivo por el cual se debe proceder a desatar el recurso.

Que es competencia de éste Despacho resolver el recurso así interpuesto.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Solicita el apoderado de la Compañía de Seguros se revoque la resolución, sustentando el recurso interpuesto en los siguientes argumentos:

1.- Improcedencia del uso de las cláusulas exorbitantes en los contratos de carácter interadministrativos con fundamento en lo establecido por el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

2.- Ausencia de requerimientos a la Compañía Suramericana de Seguros S.A.. Considera el apoderado de la parte impugnante que la entidad obró de mala fé al guardar silencio

frente a la Aseguradora como tercero interviniente en el proceso contractual, habiendo podido evitar un mayor riesgo en la persona del afianzado, esto es, omitió poner en conocimiento las presuntas circunstancias de incumplimiento del contratista.

3.- Inexistencia de medios probatorios que demuestren un grave incumplimiento al contratista.

4.- Inexistencia de la realización del riesgo asegurable: Siendo el siniestro del riesgo asegurable por parte de la Compañía Suramericana de Seguros S.A., es decir, el incumplimiento del contrato, y por consiguiente su terminación unilateral, estima el recurrente que no han nacido a la vida jurídica las obligaciones que se derivan del contrato de seguro, por lo tanto, no hay lugar a hacer efectivas las pólizas tomadas por el contratista, por cuanto el supuesto de hecho – incumplimiento no está plenamente demostrado, ni los eventuales perjuicios irrogados a la administración pública.

Para desatar el recurso interpuesto la entidad se apoyará en los siguientes

HECHOS:

1.- La Corporación Autónoma Regional de La Guajira, adelantó el proceso de convocatoria pública No. 047 de 2006, el cual fue adjudicado a la Federación Nacional de Municipios de la República de Colombia FEDEMUNICOL, mediante Resolución No. 0003711 del 22 de diciembre de 2006.

2.- Como consecuencia, el 29 de diciembre de 2006, se suscribió con dicha entidad el contrato de Consultoría No. 0226 cuyo objeto es la "ELABORACIÓN DEL APRESTAMIENTO, DIAGNOSTICO, PROSPECTIVA, FORMULACION DE LA CUENCA HIDROGRAFICA DEL RIO TAPIAS Y ESTRATEGIAS DE SEGUIMIENTO Y EVALUACION DE POMCA DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL DECRETO 1729 DE 2002 SOBRE CUENCAS HIDROGRAFICAS, por un valor de \$431.300.000.00, con un plazo de ejecución inicial de nueve (9) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

3.- El contrato fue debidamente legalizado, aportando el contratista la garantía única de cumplimiento número 1073000214201 de la Compañía Aseguradora AGRICOLA DE SEGUROS S.A., expedida el 2 de enero de 2007, habiendo suscrito acta de inicio el 4 de mayo de 2007.

4.- Que de acuerdo con los documentos que reposan en el expediente, el 14 de octubre de 2007, se suscribió acta de suspensión por un período de tres (3) meses, que el 14 de enero se suscribió acta de reinicio, requiriendo al contratista la actualización de garantías lo que efectivamente hizo aportando el contratista la garantía de cumplimiento No. 4059916-0, ampliando la vigencia del amparo de cumplimiento y calidad hasta el cuatro de septiembre de 2008.

5.- El tres (3) de mayo de 2008 se suscribió contrato adicional ampliando el plazo de ejecución a dieciséis meses contados a partir del acta de inicio, requiriendo al contratista nuevamente la ampliación de las garantías, ampliando el amparo de cumplimiento hasta el 4 de abril de 2009.

6.- De acuerdo con el plazo pactado, la entrega de los productos objeto de la contratación se venció el 4 de diciembre de 2008.

7.- El interventor presenta informe el 31 de marzo de 2009 respecto de la ejecución del contrato, teniendo como fundamento la programación y el plan de inversiones ajustado con el plan operativo presentado el 29 de junio de 2007 y estado actual del proyecto en el que se concluye que, cumplido el plazo de ejecución se presenta un porcentaje de avance en la etapa de aprestamiento del 95% y en la etapa del diagnóstico del 56.79% estando pendiente la aprobación de los documentos presentados los cuales requieren ajustes por parte del contratista. Las etapas de prospectiva, formulación y estrategia de seguimiento y evaluación de la cuenca a 31 de diciembre de 2008 presentan un avance del 10%. Realizada la evaluación económica correspondiente a los porcentajes antes señalados, se concluye que la ejecución del contrato corresponde al 53.20% del valor consignado en la cláusula 4 del mismo por un valor de **DOSCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$229.446.787.00)**

8.- El interventor aclara que en repetidas ocasiones, con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del contrato, se invitó al contratista a entregar los productos faltantes para ser objeto de evaluación y sirvieran de base para la liquidación del contrato sin que se hubiere logrado el objetivo.

9.- Lo que llevó a la Corporación Autónoma Regional de la Guajira – CORPOGUAJIRA – a declarar la caducidad a través del acto que se impugna.

PARA RESOLVER SE ANALIZA:

La Caducidad administrativa es la potestad más importante que establece el estatuto de contratación de que gozan las entidades estatales para dar por terminado de manera anticipada un contrato por razones atribuibles en un todo al contratista cuya finalidad no es la terminación del contrato sino obtener efectivamente su ejecución habida cuenta de que lo que se encuentra en juego es el interés público.

La legalidad de la caducidad está supeditada a la ocurrencia de los presupuestos que a continuación se enumeran, la falta de alguno de ellos afecta la validez de la determinación, así:

1.- Incumplimiento del contratista

2.- Inexistencia de un incumplimiento determinante por parte de la entidad: El incumplimiento del contratista no debe estar vinculado ni tener relación o por causa conductas, acciones u omisiones de la entidad estatal contratante ya que si ésta es responsable en alguna manera de tal incumplimiento, no podrá beneficiarse de la caducidad.

3.- Afectación grave del contrato: El incumplimiento del contratista no puede ser de cualquier obligación sino de una que afecte de manera directa y grave la ejecución del contrato.

4.- Amenaza de parálisis: Puede ser que el incumplimiento grave que afecta la ejecución no amenace parálisis porque si bien se encuentra limitada y recortada la ejecución por el comportamiento del contratista, las circunstancias de la ejecución apuntan a afirmar

que mal que bien saldrá el contratista delante, quizás logrando una mejoría con la aplicación de un buen llamado de atención.

5.- No puede aparecer de súbito: Las especiales condiciones que caracterizan los incumplimientos que apoyan la medida no dan margen a pensar que aparecen de súbito o que se incuban en un período corto de tiempo, a espaldas y con pleno desconocimiento de la entidad o de la interventoría.

Dicha situación reclama una actitud activa y exigente por parte de la entidad, bien sea efectuando requerimientos o imponiendo multas, y el agotamiento de un proceso que garantice el debido proceso y el derecho de defensa, tal como lo ha considerado en recientes fallos del Consejo de Estado.

La caducidad debe ser declarada previa verificación de la existencia de los anteriores presupuestos y existiendo claridad acerca de la conveniencia de dicha medida, a través de acto administrativo debidamente motivado, esto es, que debe existir la puntualización de los presupuestos que la soportan, toda vez que la caducidad recae sobre el contrato y no sobre el contratista, así éste último se ve afectado con las consecuencias que ella trae.

En el caso que nos ocupa, por tratarse de entidades públicas la declaración de caducidad del contrato genera todas las consecuencias legales con excepción de la inhabilidad de los cinco años para contratar puesto que esta limitación a la capacidad (en este caso a la competencia) viene dada por un acto administrativo que aplica una consecuencia legal, pero que, en todo caso, no puede limitar las situaciones jurídicas fijadas por una ley orgánica.

Bajo la óptica doctrinal anteriormente expuesta se habrán de analizar los argumentos que en ejercicio del derecho de contradicción y defensa exponen los impugnantes:

1.- En lo que respecta a Improcedencia del uso de las cláusulas exorbitantes en los contratos de carácter interadministrativos con fundamento en lo establecido por el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se ha de analizar:

El artículo 14 (num. 2) de la Ley 80 de 1993 dispone que serán de inclusión obligatoria las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación unilaterales, así como la de caducidad administrativa en los contratos que tengan por objeto el monopolio de una actividad estatal, la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras públicas y la explotación de concesión de bienes del Estado. A su vez, la misma norma permite incluirlas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

No obstante lo anterior, el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 señala expresamente que se deberá “prescindir” de la inclusión de las cláusulas excepcionales en diversas clases de contratos estatales, entre otros, en los “interadministrativos”.

Al respecto, la jurisprudencia administrativa ha sido muy clara en señalar que la expresión “prescindir” que trae la norma implica la prohibición absoluta de inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos, de tal manera que en aquellos negocios de esta clase en que sean incluidas, ellas deben entenderse como ineficaces de pleno derecho.

Nótese que la norma no hace distinción alguna entre tipos de negocios interadministrativos, por lo cual, podría pensarse, *prima facie*, que las cláusulas excepcionales son inaplicables en toda clase de relaciones jurídico-bilaterales de derecho público interadministrativas.

No obstante lo anterior, el objeto del contrato así como la intención común o dispar que motivó su celebración pueden llevar a una matización de la lectura de tal norma en el sentido de que sólo se excluyen las cláusulas excepcionales en los convenios interadministrativos y no en los denominados contratos interadministrativos puesto que, como lo señala Berçaitz, en los contratos administrativos la subordinación no se produce entre personas sino entre el fin que motiva a cada persona a celebrar el contrato, de tal manera que si son dispares, el fin del lucro se encuentra subordinado al interés general que se piensa satisfacer con la celebración del contrato.

Lo anterior tiene sentido en la medida en que, la exclusión de las cláusulas excepcionales en los contratos y convenios interadministrativos obedece precisamente al hecho de que las partes, y con ello sus intereses, se encuentran en pie de igualdad, de tal manera que si se verifica la existencia de desigualdad entre los fines e intereses inmediatos de las dos administraciones públicas, es evidente que no deberá prescindirse de las cláusulas excepcionales, sino permitir su aplicación a la administración que encarna más directamente el interés general, en el caso que nos ocupa, la protección del medio ambiente a cargo de la Corporación Autónoma Regional.

El contrato bajo estudio es fruto de un proceso de convocatoria pública, en el que la Federación Nacional de Municipios de Colombia participó como cualquier otro particular, habiendo resultado apto y hábil para la adjudicación del contrato de consultoría, siendo la Federación una persona jurídica sin ánimo de lucro, de naturaleza asociativa y de carácter gremial, regida por las reglas del derecho privado, que desde el momento en que conoció de la convocatoria aceptó con su participación la inclusión de las cláusulas excepcionales en el contrato a suscribir.

Lo anterior nos permite concluir que, no prospera la impugnación por el aspecto analizado, toda vez que podía la entidad corporativa pública utilizar la figura de la caducidad.

2.- Ausencia de requerimientos a la Compañía Suramericana de Seguros S.A.:

Tal y como se analizó anteriormente, la declaración de caducidad no obedece a situaciones del todo coyunturales, sino que, tratándose de contratos de tracto sucesivo, la interventoría fácilmente puede advertir, antes de que se produzca el cumplimiento del plazo que el contratista no va a poder cumplir, situación que a la vez debe ser oportunamente advertida a la entidad estatal para que ésta adopte las medidas pertinentes tendientes a evitar a toda costa la declaratoria de caducidad de un contrato.

Efectivamente, en el caso que nos ocupa, según se desprende de la lectura del expediente la Compañía de Seguros no fue convocada a las reuniones de seguimiento a la ejecución del objeto del contrato, ni se le comunicó oportunamente la situación de incumplimiento en la que se encontraba el contratista advirtiéndole que podía verse avocada a declarar la caducidad, quien como tercero interviniente podía colaborar igualmente en requerir al contratista o proponer fórmulas que permitieran la ejecución normal del objeto contractual.

No obstante lo anterior, la falta de comunicación con la Compañía Aseguradora no puede entenderse como una actuación de mala fe de la entidad, por el contrario, la entidad siempre confió de buena fe que el contratista habría de cumplir con el objeto contractual, dentro del plazo contractual, sólo hasta cuando recibió el informe de la interventoría es que se pudo establecer el grado de cumplimiento, lo que llevó a la entidad a declarar la caducidad y a hacer efectivas las garantías que amparan el cumplimiento del contrato.

Motivo por el cual tampoco por esta situación se procederá a revocar la medida adoptada por la entidad.

3.- Inexistencia de medios probatorios que demuestren un grave incumplimiento al contratista.

Como claramente se expone en el acto administrativo que se impugna, la decisión de la entidad tiene fundamento en el informe que presenta la interventoría, en el que da cuenta de que al cumplirse el plazo contractual, la ejecución del objeto es tan sólo del 53,20%, documento que hace parte integral del acto administrativo y que estuvo a disposición de las partes en el término conferido para interponer el recurso, para efectos de que fuera objeto de controversia.

No obstante lo anterior, tal y como se expresó anteriormente, el informe del interventor que hace parte integral del presente acto administrativo, señala claramente los aspectos y obligaciones dejadas de cumplir por el contratista y que trae como consecuencia un grave incumplimiento de su parte, sobre todo, por el fin estatal perseguido, el que se reitera, estuvo a disposición de las partes dentro del término de ejecutoria del acto administrativo que se impugna para efectos de que fuera debidamente controvertido, sin que se hubiere realizado observación alguna frente al mismo.

4.- Inexistencia de la realización del riesgo asegurable: Siendo el siniestro del riesgo asegurable por parte de la Compañía Suramericana de Seguros S.A., es decir, el incumplimiento del contrato, y por consiguiente su terminación unilateral, estima el recurrente que no han nacido a la vida jurídica las obligaciones que se derivan del contrato de seguro

No es cierto que no haya nacido a la vida jurídica las obligaciones que se derivan del contrato de seguro, toda vez que la administración declaró en el acto administrativo el incumplimiento del contrato luego de vencido el término en él establecido sin que se hubieren satisfecho las obligaciones asumidas, es decir, declaró el siniestro para efectos de hacer exigible la garantía, lo que nos lleva a concluir que por éste aspecto no será revocado el acto administrativo impugnado.

Ahora bien, tan sólo queda estudiar un aspecto y es el que tiene que ver con el plazo para el ejercicio de la Caducidad.

A éste respecto cabe recordar que durante mucho tiempo el Consejo de Estado se mantuvo incólume en cuanto a negar la posibilidad de la caducidad del contrato después del vencimiento del plazo fijado para su ejecución.

Posteriormente, dicha posición fue revisada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en fallo de 13 de septiembre de 1999, reconoció que el plazo pactado al ser normalmente suspensivo, no genera la extinción de las obligaciones sino que hace imposible su exigibilidad antes de su ocurrencia, acudiendo al análisis de las causas de extinción de las obligaciones de que trata el artículo 1625 del Código Civil que no contempla el plazo suspensivo.

Tal examen los llevó a concluir que en muchos contratos, solamente con el vencimiento del término dispuesto para el cumplimiento de la obligación, se puede conocer el real cumplimiento o no del contrato.

No obstante lo anterior, el Honorable Consejo de Estado – Sección Tercera – en sentencia 1369-01 (17.031), de mayo 14 del año en curso, vuelve a modificar su jurisprudencia al concluir que: "la Administración sólo puede declarar la terminación unilateral de un contrato, mientras esté vigente el plazo estipulado para su ejecución, y no cuando éste haya expirado, o cuando haya terminado por el incumplimiento de su objeto"

(...)

"La Sala concluye que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre vigente, y no durante la etapa de liquidación", precisó.

La corporación subrayó la importancia de respetar, en todo contrato estatal, el plazo de ejecución fijado para el cumplimiento de una obligación y, a su vez, el plazo de liquidación -posterior al de ejecución- y cuyo objeto es efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto.

Para el Consejo de Estado, "quizá la razón más importante para señalar la improcedencia de la caducidad durante la etapa de liquidación, consiste en que cuando el plazo de ejecución ha expirado, ya no es necesario desplazar, excluir o sustituir al contratista para proseguir con el objeto contractual y los fines frustrados con el incumplimiento del contratista".

En estas condiciones, la Corporación Autónoma Regional de la Guajira de oficio, habrá de revocar parcialmente la resolución recurrida en cuanto se refiere a la declaratoria de caducidad y terminación unilateral del contrato de consultoría No. 0226 de 2006 suscrito con La Federación Nacional de Municipios FEDEMUNICOL y la orden de liquidación unilateral del mismo, toda vez que, siempre debe agotarse el procedimiento, luego de su terminación, de la liquidación por mutuo acuerdo del mismo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Revocar parcialmente la Resolución No. 689 de fecha primero (1) de abril de 2009 declaró el incumplimiento del contrato número 0226 de 2006 suscrito entre CORPOGUAJIRA y La Federación Nacional de Municipios FEDEMUNICOL, cuyo objeto es la elaboración del aprestamiento, diagnóstico, prospectiva, formulación

de la Cuenca Hidrográfica del Río Tapias y estrategias de seguimiento y evaluación de POMCA de conformidad con lo establecido en el Decreto 1729 de 2002 sobre cuencas hidrográficas y como consecuencia, la caducidad, la terminación y liquidación unilateral del contrato, así como hacer efectiva la cláusula décima tercera del Contrato, aplicando al contratista una sanción pecuniaria equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, ordenando hacer efectiva la garantía única aportada por el contratista para la legalización del contrato.

ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, revocar el artículo segundo, tercero y octavo de la Resolución Objeto de Impugnación por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTICULO TERCERO: Las demás decisiones administrativas adoptadas en el acto administrativo recurrido se mantienen, como es la declaratoria de incumplimiento del contrato, las sanciones pecuniarias y la declaratoria del siniestro de cumplimiento como riesgo objeto de garantía.

ARTICULO CUARTO: Ordénese como consecuencia, la citación al contratista, interventor y a la compañía aseguradora para efectos de proceder a la liquidación por mutuo del contrato y en el evento en que ello no sea posible, se proceda a adoptar la liquidación unilateral del mismo, dentro del plazo establecido por la ley.

ARTICULO QUINTO: Reconocer personería al apoderado de la Compañía Suramericana de Seguros S.A, en los términos en los que le fueron conferidos.

ARTICULO SEXTO: El presente acto administrativo rige a partir de su expedición y debe ser objeto de notificación personal, haciendo saber a los interesados que contra él no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

ARCESIO JOSE ROMERO PEREZ
Director General CORPOGUAJIRA

