



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Radicación:	080012331000200100546	01	acumulado
	080012331003200001903	01	(45969) y
	250002326000200102450	01 (32907)	

Attore: DRAGACOL S.A. – CONFIANZA S.A.

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: FALTA DE CONTESTACIÓN DE LA CORRECCIÓN DE LA DEMANDA – efectos procesales / CARGA DE SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN – no basta con reiterar los mismos supuestos de la causa y la contradicción / EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO – no se reúnen los supuestos en que se fundamenta / DECLARATORIA DE CADUCIDAD EN CONTRATO SUSPENDIDO- procede si la falta de reanudación del objeto contractual se produce por causas imputables al contratista / DEBIDO PROCESO DE LA ASEGURADORA EN EL MARCO DE LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD / debe garantizarse en la etapa de formación del acto impositivo de la sanción que afecta la póliza

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandantes, Confianza S.A. y Dragacol S.A., en los procesos **2000-01903 y 2001-00546 (45969)**, respectivamente, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 14 de junio de 2012, mediante la cual declaró no probadas las excepciones formuladas por el Ministerio de Transporte y negó las pretensiones de la demanda.

De igual forma decidirá el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, Confianza S.A. del proceso **2001-02450 (32907)**, en contra de la sentencia del 29 de marzo de 2006, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se resolvió lo siguiente: (se transcribe de forma literal incluso con posibles errores)

“PRIMERO: Declarase la nulidad parcial del artículo 2 de la Resolución No. 2503 del 10 de abril de 2001, y de la Resolución no. 5711 de 2001. El artículo segundo en comento quedará así:



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

“Artículo 2. Que como consecuencia de la liquidación efectuada en el artículo primero, la Sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. - DRAGACOL, debe al Ministerio de Transporte la suma de NOVECIENTOS SETENTA MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS UN PESOS (\$960'822.901), y/o la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., debe al Ministerio de Transporte la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$849'999.999), suma que deberán cancelar dentro de los 30 días calendario, contados a partir del día siguiente a la fecha de la ejecutoria del presente acto administrativo.

SEGUNDO: *Se niegan las demás pretensiones de la demanda.*

TERCERO: *Sin condena en costas”.*

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno a la nulidad de las resoluciones por las cuales el Ministerio de Transporte declaró la caducidad, declaró la ocurrencia de siniestro de incumplimiento y mal manejo del pago anticipado y liquidó unilateralmente el contrato 010 de 1994, celebrado entre esa entidad y Dragacol S.A., con el objeto de realizar labores de reparación de la draga Bocas de Ceniza.

Se afirma por el contratista y la aseguradora Confianza S.A. que los actos acusados se encuentran viciados de nulidad, porque el ente público no presentó la reprogramación de las reparaciones que se continuaría adelantando en el contrato 010, ni reconoció a Dragacol S.A. los costos de *stand by* generados en el lapso de suspensión; en su lugar, procedió a declarar la caducidad del negocio de manera sorpresiva e injustificada, además, porque en ese momento el contrato estaba suspendido.

Se sostiene que la declaratoria de caducidad no se fundamentó en la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista, sino que, en realidad, se produjo en razón de la presión política y de los medios de comunicación ejercida sobre el Ministerio de Transporte por causa del “*escándalo Dragacol*” que se presentó en esa época.

Con apoyo en lo anterior, entre otras razones, se aduce que los actos enjuiciados se expidieron con desconocimiento de las normas en que debían fundarse, violación al debido proceso, falta de competencia, desviación de poder y falsa motivación.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

2. Proceso radicado No. 2000-01903 (45969)

2.1. La demanda

El 29 de mayo 2000, la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A. promovió demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra la Nación – Ministerio de Transporte, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

- Declarar la nulidad de la Resolución 00787 del 3 de mayo de 1999, por medio de la cual el Ministerio de Transporte declaró la caducidad del contrato 010 de 1998 celebrado entre esa entidad y Dragacol S.A. y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento GU01-0-664408 expedida por Confianza S.A.; y la nulidad de las resoluciones 001533 del 22 de julio de 1999 y 001564 del 23 julio de ese año, por medio de las cuales la entidad resolvió los recursos de reposición interpuestos por el contratista y la aseguradora en contra de la primera decisión mencionada y la confirmó.
- Que se declare que Dragacol S.A. cumplió el contrato 010 de 1998.
- En subsidio de la anterior, que se declarara que la póliza no estaba vigente al momento en que se declaró la caducidad del contrato.
- Que se condene al Ministerio de Transporte a devolver a Confianza S.A. el valor pagado en cumplimiento del acto acusado, de forma indexada y con el respectivo reconocimiento de intereses.

2.2. Hechos

2.2.1. Previo procedimiento de licitación pública, el 16 de enero de 1998, el Ministerio de Transporte y Dragacol S.A. suscribieron el contrato 010 de 1998, cuyo objeto consistió en la prestación de servicios dirigidos a la reparación en dique y a flote de la draga Bocas de Ceniza, incluyendo el suministro de repuestos y movilización, por un valor de \$1.499'999.998, incluido IVA, y un plazo de sesenta días a partir de la suscripción del acta de inicio.

2.2.2. El 19 de enero de 1998, la aseguradora Confianza S.A. expidió la póliza GU01-0-0664408 para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato 0010 de 1998, con cobertura de los siguientes amparos:



Expediente: Acumulados 45969 y 32907
Actor: Dragacol S.A. y otra
Demandado: Nación – Ministerio de Transporte

AMPARO	DESDE	HASTA	VALOR ASEGURADO
Cumplimiento	18 de enero de 1998	30 de agosto de 1998	\$149'999.999
Pago anticipado	19 de enero de 1998	30 de agosto de 1998	\$750'000.000
Salarios y prestaciones	19 de enero de 1998	30 de abril de 2001	\$74'999.999
Calidad	19 de enero de 1998	30 de octubre de 1998	\$299'999.999

2.2.3. El 16 de enero de 1998, el Ministerio de Transporte y Dragacol S.A. suscribieron el contrato 011 de 1998, con el objeto de realizar operaciones de dragado de mantenimiento del canal de acceso al puerto de Barranquilla, con la draga Bocas de Ceniza, la cual quedó ubicada en esa área, tanto para realizarle las reparaciones como para que dragara el canal. El plazo de este contrato fue de cuatro meses, desde el 29 de enero de 1998.

2.2.4. La ejecución del contrato 010 de 1998 se alternaba con el desarrollo del contrato 011 de 1998; de ahí que cuando la draga estaba en condiciones operativas se suspendían las actividades de su reparación para adelantar las labores de dragado y a la inversa, dinámica que se describió como “*dragado – parada para reparación – dragado*”.

2.2.5. Ante las dificultades de ejecutar la reparación de la draga Bocas de Ceniza en cumplimiento del contrato 010 en condiciones intermitentes y debido al deterioro avanzado de esa máquina respecto del momento en que se celebró el contrato, por haberse dispuesto paralelamente su uso en actividades de dragado, el 15 de mayo de 1998 las partes decidieron suspender la ejecución de ese negocio jurídico. De este acuerdo no se dio aviso a la aseguradora.

2.2.6. El 30 de noviembre de 1998, el Ministerio de Transporte efectuó una inspección a la draga Bocas de Ceniza, en medio de la cual Dragacol S.A. insistió en que desde la suspensión del contrato se habían generado gastos de *stand by* superiores a \$12'000.000 diarios, lo cual debía ser tenido en cuenta para reanudar su ejecución, ya que esos gastos superaban el pago anticipado.

2.2.7. El 5 de abril de 1999, las partes se reunieron con el fin de acordar las condiciones financieras del levantamiento de la suspensión del contrato 010 de 1998, no obstante lo cual, a pesar de haber ya concertado previamente los términos en que esa negociación se adelantaría, el Ministerio de Transporte presentó un proyecto de acuerdo muy distinto al convenido *a priori* con Dragacol S.A., que no



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

reconocía los verdaderos costos que generó el *stand by* ni los que demandaba la puesta en marcha de las gestiones de reparación de la draga. Por lo anterior, Dragacol informó al Ministerio que no reanudaría la ejecución contractual hasta tanto se incluyeran en el acuerdo cláusulas relativas a esos reconocimientos económicos.

2.2.8. El 3 de mayo de 1999, el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 00787, por la cual declaró la caducidad del contrato 010 de 1998, decisión que luego de ser recurrida en reposición por la aseguradora y por Dragacol, fue confirmada a través de las Resoluciones 001533 del 22 de julio de 1999 y 001564 del 23 de los mismos mes y año.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación

Señaló el demandante que las resoluciones acusadas vulneraron los artículos 1047 y 1060 del Código de Comercio; 18, 29-19 (sic) de la Ley 80 de 1993; 1602 del Código Civil y 17 del Decreto 679 de 1994; normas que fueron violadas en cuanto erradamente se estimó vigente el contrato de seguro contenido en la póliza para el momento en que se declaró el siniestro, dado que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato se amparó hasta el 30 de agosto de 1998 mientras que la notificación de la declaratoria de caducidad se produjo el 3 de mayo de 1999. Agregó que el Ministerio no exigió la ampliación de la vigencia de la póliza como la ley lo demandaba.

Alegó que los actos acusados adolecían de falsa motivación, puesto que no era cierto que Dragacol S.A. hubiera incurrido en incumplimiento del contrato 010 y que la situación de aparente desatención de sus obligaciones fue inducida por el propio Ministerio de Transporte.

Explicó en este punto que el contratante obró influenciado por la presión de los medios de comunicación sobre el “*escándalo Dragacol*”, en el que se afirmaba que el contratista había convencido al Ministerio de que le debía más 15 mil millones de pesos por labores de dragado y que el ente ministerial, para no “*volver a caer en el juego de Dragacol*”, decidió declarar la caducidad del contrato No. 010 por hechos contrarios a la realidad y desconociendo que fue el Ministerio el que optó porque Dragacol, con la misma draga objeto de reparaciones, realizara labores de dragado simultáneamente, causando un estado de deterioro en su funcionamiento, dando



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

lugar a la suspensión del contrato y negando el reconocimiento de los sobre costos que su parálisis generó para la contratista.

Esgrimió que se transgredió el debido proceso, en tanto el Ministerio de Transporte en momento alguno convocó a Confianza S.A. para informarla sobre el supuesto incumplimiento de su asegurado, no le permitió ejercer su defensa, ni controvertir las pruebas en que sustentó su declaratoria de caducidad.

En cuanto a la vulneración del debido proceso de Dragacol S.A. sostuvo que, si bien las partes venían en tratativas para reanudar la ejecución del contrato 010 de 1998, el 10 de abril de 1999, la contratista manifestó estar dispuesta a recomenzar la reparación de la draga Bocas de Ceniza, siempre que el acuerdo encaminado a ese propósito fuera equitativo económicamente, frente a lo cual recibió como respuesta la caducidad del contrato, sin ser avisada de que la Administración había iniciado el procedimiento sancionatorio tendiente a su declaratoria, en orden a que ejerciera su defensa.

2.4. Por auto del 18 de septiembre de 2001, el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda, ordenó la notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

2.5. Contestación de la demanda

El Ministerio de Transporte contestó la demanda dentro del término legal. En su escrito manifestó que algunos hechos no le constaban y que debían probarse.

Esgrimió que Dragacol recibió el pago anticipado y aceptó el sistema de reparación de la draga por lo que no era aceptable que posteriormente alegara que ese sistema no era conveniente, máxime, cuando al suscribir la prórroga del contrato además de esa aceptación, se aumentó su expectativa de ingreso.

Afirmó que el Ministerio no pactó reconocimiento alguno de *stand by*, por cuanto era una mera inversión a partir de los intereses del contratista que no tenía efectos económicos en el contrato, por no surgir del acuerdo de voluntades. Agregó que los hechos de la demanda eran un reconocimiento de que Dragacol se negó a reanudar la ejecución del contrato, so pretexto de la ausencia de pago de sobre costos que no habían sido contemplados en el acuerdo.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Como razones de la defensa adujo que entre el 18 de febrero y el 15 de mayo de 1998, Dragacol únicamente ejecutó reparaciones por valor de \$24'100.000, correspondiente al 1.6% del valor del contrato, no obstante haber recibido el pago anticipado desembolsado por el Ministerio de Transporte en cuantía de \$749'999.999 desde el 4 de marzo de 1998.

Luego de referirse a lo ocurrido durante el plazo de ejecución contractual, el ministerio indicó que cumplió con las obligaciones a su cargo, en tanto entregó oportunamente el pago anticipado y suministró el nuevo programa de reparaciones y su respectivo cronograma, solicitó la suscripción de documentos para la reanudación de la ejecución del contrato, frente a lo cual Dragacol persistió en observar una conducta dilatoria y evasiva de sus obligaciones, impidiendo la continuación de actividades de reparación y la operación de la draga Bocas de Ceniza.

Agregó que la contratista no cumplió con su obligación de mantener vigente la póliza de cumplimiento expedida por Confianza S.A.

Señaló que al aceptar suscribir los contratos 010 y 011 de 1998, la contratista conocía las implicaciones que traería su ejecución simultánea.

Adicionalmente, presentó las excepciones de *“incumplimiento del contrato por parte de Dragacol”* y *“celebración del contrato adicional 0078 de 1998”*.

3. Proceso radicado No. 2001-00146 (45969)

3.1. La demanda

Este litigio inició con la demanda presentada el 9 de marzo de 2001 y corregida el 12 de agosto de 2002, por la sociedad de Dragados y Construcciones de Colombia Dragacol S.A., en ejercicio de la acción contractual, contra la Nación – Ministerio de Transporte, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

- Declarar la nulidad de las Resoluciones 00787 del 3 de mayo de 1999, por medio de la cual el Ministerio de Transporte declaró la caducidad del contrato 010 de 1998 y 001533 del 22 de julio 1999 por la que, luego de desatar el recurso de reposición interpuesto por el contratista contra la anterior, la confirmó; y la de las Resoluciones 02502 del 10 de abril de 2001, en la que declaró la ocurrencia del siniestro vinculado al amparo de pago y



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

prestaciones sociales, y 02503 de la misma fecha que liquidó unilateralmente el contrato 010 de 1998, estas últimas confirmadas por las Resoluciones 5710 y 5711 del 3 de julio de 2001, respectivamente.

- Declarar que Dragacol cumplió lo pactado en el contrato 010 de 1998.
- Condenar a la Nación – Ministerio de Transporte a pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero:
 - \$5.520'342.322 por concepto de daño emergente, concretado en el *stand by* generado durante el término de suspensión del contrato.
 - \$197'253.068 a título de lucro cesante, materializado en la utilidad dejada de percibir por cuenta de la declaratoria de caducidad del contrato.
 - \$14.085'756.733 por concepto de lucro cesante que dejó de recibir el demandante con ocasión de la inhabilidad que desencadenó la declaratoria de caducidad durante los cinco años siguientes.
 - Indexación y reconocimiento de intereses moratorios sobre las anteriores cantidades.

3.2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora, además de reiterar los fundamentos fácticos expuestos por la garante en el proceso antes referido, narró los siguientes hechos relevantes:

3.2.1. Como consecuencia de la celebración del contrato 011 de 1998, el 27 de marzo de 1998, Dragacol manifestó la necesidad de modificar el programa de reparaciones concernientes al contrato No. 010 de 1998 para desarrollar los trabajos en casco sumergidos, lo cual fue aprobado por el Ministerio de Transporte en oficio del 1 de abril de 1998, en el que, además, se pidió a Dragacol que allegara cotizaciones sobre el valor de las mismas en orden a autorizarlas.

3.2.2. El 17 de marzo de 1998 se suspendió la ejecución del contrato 010 de 1998 hasta el 3 de mayo del mismo año, día en que las partes reanudaron su ejecución.

3.2.3. El 13 de mayo de 1998, Dragacol informó al Ministerio que desde el 8 de mayo anterior la draga Bocas de Ceniza había quedado en condiciones de *stand by*, en espera de recibir instrucciones para operar o para realizar reparaciones.

3.2.4. El 15 de mayo de 1998, las partes suspendieron el contrato 010 de 1998, hasta que se definiera por el Ministerio lo concerniente a las reparaciones y el tiempo



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

para efectuarlas, con lo cual se reconoció que la operación simultánea de las obras de dragado generó nuevas prioridades en cuanto a las reparaciones a realizar y su valor.

3.2.5. La suspensión del contrato, acordada por las partes, derivó para la entidad la obligación de reconocer el *stand by* de la draga Bocas de Ceniza hasta el 31 de agosto de 1999, fecha en que se entregó la draga al Ministerio de Transporte.

3.2.6 Durante el término de suspensión del contrato 010 de 1998 no podía imputarse incumplimiento de las obligaciones a cargo de Dragacol, por lo que la declaratoria de caducidad fue ilegal.

3.2.7. La declaratoria de caducidad desencadenó la imposibilidad de que Dragacol continuara ejecutando el contrato 04 de 1997, celebrado con la empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar Edurbe S.A.

3.2.8. Luego de la declaratoria de caducidad, la entidad expidió la Resolución 02502 del 10 de abril de 2001, por la que declaró la ocurrencia del siniestro vinculado al amparo del pago de salarios y prestaciones sociales, y la Resolución 02503 del 10 de abril de 2001, por la cual liquidó unilateralmente el contrato 0010 de 1998; decisiones que fueron confirmadas mediante Resoluciones 05710 y 05711 del 3 de julio de 2001.

3.3. Normas violadas y concepto de la violación

Como apoyo jurídico de sus pretensiones, la parte demandante señaló:

Excepción de contrato no cumplido

Indicó que el Ministerio incumplió su obligación de entregar a la contratista la draga Bocas de Ceniza y su equipo auxiliar en la ciudad de Barranquilla, no elaboró conjuntamente el inventario de esa máquina con las especificaciones sobre su estado, ni promovió el cumplimiento de los fines estatales al omitir introducir en el contrato modificaciones, a través de acto administrativo, para viabilizar las reparaciones de la draga y procurar la satisfacción del objeto contractual.

Señaló que Dragacol celebró de buena fe el contrato 011 de 1998 para ser ejecutado simultáneamente con el contrato 010, con la expectativa de utilidades que debían ser protegidas y garantizadas por el Estado.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Adujo que lo anterior generó un enriquecimiento sin causa producido por la tenencia de la draga Bocas de Ceniza desde mayo de 1998 hasta el 31 de agosto de 1999, puesto que debió soportar los gastos de su conservación y realizar reparaciones que no fueron pagadas.

Desviación de poder

Advirtió que el Ministerio de Transporte no agotó las potestades excepcionales previstas por el ordenamiento para cumplir el objeto contractual, como introducir modificaciones para satisfacer el cometido estatal, ni para conservar el equilibrio financiero del contrato que se había impactado por el no reconocimiento del *stand by*. Adujo que, para la fecha en que se declaró la caducidad, el contrato estaba suspendido por acuerdo de las partes, cuestión que solo podía ser modificada por el convenio de los contratantes.

Falsa motivación

Sostuvo que el ente público situó a la contratista en una posición de aparente incumplimiento únicamente para justificar la declaratoria de caducidad y poder mostrar diligencia y severidad con Dragacol, sociedad con la que, en otro contrato, había conciliado unos pagos adeudados que fueron censurados y reprendidos por sectores políticos y por los medios de comunicación.

Añadió que no se dieron los supuestos normativos para la declaratoria de caducidad, toda vez que el contrato estaba suspendido y, por tal razón, Dragacol no estaba en situación de incumplimiento. Alegó que tampoco podía considerarse que Dragacol hubiera afectado su ejecución o hubiera conducido a su parálisis, pues se encontraba paralizado por culpa del ministerio, por no haber realizado estudios y evaluaciones necesarias para su reanudación.

Consideró que no era cierto que Dragacol incurriera en incumplimiento de pagos y prestaciones sociales, ya que su personal estuvo disponible durante el término de suspensión del contrato.

Violación del debido proceso

Afirmó que, aun cuando durante un tiempo las partes estuvieron en reuniones tendientes a reanudar las actividades de reparación de la draga Bocas de Ceniza y de haber manifestado Dragacol su disposición en reiniciar su ejecución, el Ministerio



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

la sorprendió con la declaratoria de caducidad del acuerdo, sin que previamente le hubiera avisado su intención de dar comienzo a un procedimiento sancionatorio con ese propósito, en orden a que pudiera ejercer su defensa.

Falta de competencia temporal

Esgrimió que para la fecha en que fue proferida la decisión contentiva de la caducidad, el contrato estaba vigente y por tanto no podía ser invalidado sino por el consentimiento de las partes.

3.4. Actuación procesal

3.4.1. Por auto del 12 de septiembre de 2001, el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda, ordenó la notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

3.5. Contestación de la demanda

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término legal. Se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos jurídicos.

Como razones de la defensa, reiteró los argumentos expuestos al contestar la demanda formulada por Confianza S.A.

Formuló las excepciones de *“incumplimiento del contrato por parte de Dragacol”, “celebración de contrato adicional 078 de 1998”, “Inexistencia de la obligación de reconocer y pagar daño emergente, lucro cesante y demás pretensiones a la sociedad Dragacol” y “buena fe del Ministerio de Transporte”*.

4. Acumulación de procesos

4.1. Mediante auto del 11 de julio de 2006, el Tribunal Administrativo del Atlántico decretó la acumulación del proceso número 2001-00546 al proceso con radicado 2000-01903.

5. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico, el 14 de junio de 2012, dictó sentencia mediante la cual declaró no probadas las excepciones formuladas por el Ministerio de Transporte y negó las pretensiones de la demanda.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Al abordar el fondo del asunto, se pronunció sobre los cargos formulados contra la declaratoria de caducidad del contrato 010 de 1998.

Frente a la **excepción de contrato no cumplido**, luego de referirse a las pruebas obrantes en el plenario, consideró que el Ministerio de Transporte no desatendió sus obligaciones contractuales, dado que durante varios meses manifestó su voluntad de reanudar el contrato, siendo Dragacol la que se resistió a su reinicio hasta tanto le fuera reconocida la situación de *stand by* reclamada, la que, en criterio del Ministerio, no se había producido y, en cambio sí se habían dejado de realizar las reparaciones encomendadas a pesar de que la contratista tenía el 50% del pago anticipado, incluidos los gastos reembolsables por concepto de la certificación de la draga .

Respecto de la **desviación de poder**, estimó el *a quo* que el Ministerio utilizó su poder exorbitante para procurar el interés general y preservar el patrimonio público. Tampoco vislumbró arbitrariedades en las ocasiones en las que se suspendió el negocio, más aún en consideración a que las mismas fueron el resultado de ejecutar simultáneamente los contratos 010 y 011 suscritos entre las mismas partes.

Precisó que, si bien la caducidad del contrato solo podría declararse mientras se hallara en ejecución, era cierto igualmente que no podía estar suspendido indefinidamente. Dicho esto, advirtió que el Ministerio desplegó todas las diligencias para su reanudación, topándose en todo momento con la renuencia de Dragacol.

Seguidamente, indagó si en el caso se presentó una alteración de las condiciones económicas del contrato, derivada del hecho de que el Ministerio no reestructurara los términos del acuerdo. Al respecto, argumentó que no era de recibo sostener que se rompió el equilibrio económico por haber realizado la contratista labores de dragado simultáneamente con las reparaciones contratadas, teniendo en cuenta que fue Dragacol, con su voluntad, la que suscribió el contrato 011 de 1998 con aquel objeto, por lo que la causa de la supuesta ruptura de la ecuación contractual no resultaba ajena a su voluntad.

Sumó a lo anotado que, aun cuando en la ejecución del contrato 010 de 1998 se presentaron situaciones que obligaron a cambiar el cronograma de reparaciones que se había pactado, nunca se mencionó que esto implicaría nuevos costos o que se variaría el precio del contrato. Explicó que, al estar en poder de la contratista el



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

50% del valor del contrato, con ello se cubrían los costos de las nuevas reparaciones hasta tanto no se estableciera que estas sobrepasaran el precio pactado.

Al resolver los aspectos relacionados con la vigencia de la póliza de cumplimiento al momento de la declaratoria de caducidad, el tribunal explicó que, de conformidad con el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, las garantías otorgadas para amparar el cumplimiento de los contratos estatales deben entenderse vigentes hasta la liquidación del negocio jurídico. Agregó que el Ministerio no debía dar aviso previo de las diferencias con la contratista, ni de la suspensión a la aseguradora, por cuanto ello no constituía una modificación de su objeto, ni una ampliación de su plazo.

Puso de presente que el plazo del contrato estaba vigente cuando se declaró la caducidad y agregó que, según su cláusula novena, las vigencias de las garantías serían iguales a las del contrato y tres meses más.

En torno al cargo con fundamento en el cual el Ministerio situó a Dragacol en aparente incumplimiento para justificar la caducidad del contrato obedeciendo a presiones políticas y de los medios de comunicación, insistió el *a quo* en que el material probatorio revelaba que el ente contratante declaró la caducidad del contrato porque, pese a todos los requerimientos para que la contratista reanudara actividades, esta se abstuvo.

Advirtió que no estaba demostrado en el expediente que el Ministerio hubiera cedido ante presiones políticas o de otra índole y, menos que por esas causas hubiera decidido declarar la caducidad del contrato.

En lo concerniente al cargo de nulidad por violación al debido proceso, el fallador de primer grado precisó que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, las aseguradoras debían tener presente el carácter especial de los amparos dirigidos a la cobertura del contrato estatal, en desarrollo de los cuales la entidad podía ejercer sus prerrogativas exorbitantes, sin que la aseguradora pudiera hacer objeciones previamente a la declaratoria de ocurrencia del siniestro, quedándole la vía gubernativa y la judicial en caso de desacuerdo.

En esa línea, estimó que no podía alegarse la violación al debido proceso por no haber permitido a la aseguradora controvertir la actuación administrativa previa que



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

dio lugar a la declaratoria de caducidad, porque su oportunidad de defensa se le concedió a través de los recursos procedentes.

6. El recurso de apelación

6.1. Parte demandante – Dragacol

Censuró el fallo impugnado con fundamento en que la decisión declaró no probadas las excepciones y negó las súplicas invocadas en el escrito introductor, con lo cual, en criterio de Dragacol, se produjo una sentencia desfavorable a las dos partes que desconocía lo dispuesto en el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil.

Señaló que el juzgador ignoró el hecho de que el Ministerio de Transporte no contestó oportunamente la corrección de la demanda, aspecto que debía ser apreciado como un indicio grave en contra de esa entidad.

Manifestó que, al resolver la excepción de contrato no cumplido, el tribunal no tuvo en consideración que el Ministerio debió hacer uso de las facultades excepcionales de terminación, interpretación y modificación del contrato y que, al haber manifestado su voluntad de reanudarlo, lo propio era que la entidad dictara un acto administrativo suprimiendo obras o servicios para evitar su paralización. Agregó que el Ministerio incumplió el contrato, por cuanto, según el acta de suspensión del 15 de mayo de 1998, ese ente debía definir las reparaciones y el tiempo para efectuarlas a través de acto administrativo de modificación, lo cual no aconteció.

Insistió en que no resultaba válido declarar la caducidad del contrato que se encontraba suspendido, menos cuando era al Ministerio al que le correspondía cesar la suspensión a través de la definición de las reparaciones a realizar y el tiempo para efectuarlas, como había quedado acordado en el acta de suspensión.

Reprochó la sentencia por dejar de lado que la entidad desconoció los derechos de la contratista a recibir su remuneración y a que se conservara el equilibrio económico del contrato a punto de no pérdida cuando este se fracturara, como ocurrió en este caso, en el que se desbalanceó por la ocurrencia de una situación imprevista y no por razones imputables a Dragacol S.A.

Alegó que el *a quo* no consideró que aun cuando el contrato estaba vigente, sus actividades estaban suspendidas por mutuo acuerdo, lo que impedía que fuera sujeto de declaratoria de caducidad, ya que en ese lapso no podía predicarse un



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, lo que hacía que el acto adoleciera de falsa motivación.

Agregó que todo lo anterior produjo un daño emergente, consistente en el tiempo de espera que estuvo la draga Bocas de Ceniza en poder de Dragacol, a razón de \$11'670.914 diarios, hasta la fecha en que se produjo su devolución al Ministerio de Transporte, para lo cual debía tomarse la carta suscrita por el director general de Transporte Marítimo del Ministerio en la que decía que esos gastos debían reconocerse con apoyo analógico en las cuentas del contrato 011. Indicó que igualmente dio lugar al lucro cesante concretado en la inviabilidad de contratar con el Estado durante los cinco años siguientes a la declaratoria de caducidad, por cuenta de la inhabilidad que esta desencadenó.

6.2. Parte actora – Confianza S.A.

Increpó la decisión del *a quo* en cuanto consideró que, al margen de que el contrato de seguro estuviera vencido a la fecha de la declaratoria del siniestro, en todo caso la aseguradora debía responder por la suma afianzada. Adujo que la interpretación del artículo 25-19 de la Ley 80 de 1993 era de aplicación restrictiva, en el sentido de que las partes debían exigir la ampliación de las pólizas sin que le fuera dado a la aseguradora *moto proprio* ampliarlas, circunstancia que igualmente se desprendía de los artículos 16 y 17 del Decreto 679 de 1994, menos aun cuando no fue informada de los supuestos incumplimientos del contrato por parte de Dragacol y de la suspensión del acuerdo. En ese sentido, también estimó que el tribunal estaba trasladando a la aseguradora una carga que correspondía al contratista.

Agregó que dentro de las exclusiones del contrato de seguro se hallaba las de los perjuicios por el incumplimiento derivado de las modificaciones introducidas al contrato original, premisa con sustento en la cual afirmó que, con la suspensión del contrato 010 de 1998, se modificaron las condiciones de su ejecución a espaldas de Confianza S.A., dado no se pudo continuar dadas las nuevas circunstancias del estado de la draga.

De otro lado, expresó que en la sentencia no se tuvo en cuenta que Dragacol no incurrió en incumplimiento y fue la Administración la que indujo las circunstancias en que fundó la sanción impuesta. En este punto reiteró que fue el temor provocado por el “*escándalo de Dragacol*” lo que llevó al Ministerio a adoptar la decisión censurada.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda en torno a las razones que dieron lugar a la suspensión del contrato 010 y enfatizó la imposibilidad de atribuírselas al incumplimiento de la contratista, pues se demostró que siempre fue voluntad de Dragacol la de reanudar su ejecución.

Respecto de la observancia al debido proceso, manifestó que el tribunal erró al considerar que la entidad estaba exenta de convocar y garantizar la participación de la contratista en el procedimiento que debía anteceder la declaratoria de caducidad, tesis que contrariaba las posturas que sobre el particular ha adoptado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Estimó que la actuación de la administración no atendió las normas que regían las actuaciones administrativas contenidas en el CCA, que imponían el respeto al derecho de los interesados de conocer y controvertir los hechos y pruebas que se le enrostraran y a practicar las pruebas que los desvirtuaran, máxime en atención al carácter sancionatorio que revestía la decisión acusada.

Alegó que, contrario a lo esgrimido por el *a quo*, no bastaba con que las decisiones acusadas fueran motivadas y notificadas para que los particulares agotaran los recursos, siendo necesaria su intervención en la etapa previa a la producción del acto.

Explicó que el Ministerio no informó a la aseguradora sobre la situación de incumplimiento de su asegurado, ni la convocó para que ejerciera su defensa antes de proferir la decisión, ni para cuestionar las pruebas en que esta se basó.

Sumó a lo dicho que lo mismo ocurrió respecto de la ausencia de oportunidad brindada a Dragacol para ejercer su derecho de defensa, dado que, si bien las partes estaban en constantes acercamientos para definir los términos de reanudación del contrato 010 de 1998, luego de que, el 15 de abril de 1999, la contratista manifestara su voluntad de reiniciar su ejecución siempre que se firmara un acuerdo equitativo que lo viabilizara, la Administración, de manera abrupta y sorpresiva, respondió su comunicación con la declaratoria de caducidad sin previamente haberle comunicado su intención de proceder en esa dirección. De ahí concluyó que el acto adolecía de nulidad por vulneración al debido proceso.

7.- Proceso radicado No. 2001-02450 (32907)

7.1 La demanda



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

El 12 de octubre de 2001, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. interpuso demanda en ejercicio de la acción contractual en contra de la Nación - Ministerio de Transporte, con la finalidad de que:

- Se declarara la nulidad de la Resolución No. 2503 del 10 de abril de 2001, proferida por el Ministerio del Transporte, por medio de la cual se adoptó unilateralmente la liquidación del contrato 010 de 1998 y de la Resolución No. 5711 del 3 de julio de 2001, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por Confianza contra la anterior, confirmándola.
- Como consecuencia, se condenara al Ministerio de Transporte a restituir los dineros que haya pagado a raíz de lo dispuesto en los actos administrativos cuestionados y el pago de los perjuicios ocasionados a la accionante, concretados en los gastos y valores para atender la vía gubernativa, para iniciar y llevar hasta su terminación la acción contenciosa.
- De manera subsidiaria, solicitó que se declarara que las resoluciones acusadas no le eran oponibles a Confianza S.A. y se dejara sin efecto el contenido de la comunicación 27201 del 20 de septiembre de 2001, por la cual se procede a hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato de 010 de 1998, constituida mediante póliza número GU0100664408 del 19 de enero de 1998.

7.2. Los hechos de la demanda

Además de reiterar los hechos relacionados con la celebración el contrato 010 de 1998, su ejecución, su suspensión y su declaratoria de caducidad, la asegurada expuso como fundamentos fácticos que:

7.2.1. Por medio de la Resolución No. 2503 del 10 de abril de 2001, el Ministerio de Transporte liquidó “*ilegal*” y unilateralmente el contrato 010 de 1998, en cuyo contenido se determinó que Dragacol S.A. y Confianza S.A. le debían al Ministerio de Transporte la suma de \$960’822.081 y ordenó hacer efectiva la garantía única de cumplimiento -*GU01-0-0664408 del 19 de enero de 1998*- a favor de la aludida entidad estatal.

7.2.2.- En contra del acto administrativo de liquidación unilateral, Confianza S.A. interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto negativamente a través de la Resolución No. 5711 del 3 de julio de 2001.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

7.2.3.- El 20 de septiembre de 2001, el Ministerio de Transporte le reclamó a Confianza S.A. el pago de la póliza de la garantía única de cumplimiento del contrato 010 del 16 de enero de 1998.

7.3. Las normas violadas y el concepto de la violación

La parte demandante señaló que, por cuenta de la expedición de las resoluciones en referencia, se infringieron los artículos 4 y 6 de la Constitución Política, los artículos 2, 3 y 68 del CCA y los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993. También se indicó que se vulneraron los artículos 1602 del Código Civil y los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio.

Con el propósito de fundamentar lo anterior, afirmó que se configuró el vicio de nulidad por falta de competencia “*cronológica*”. En ese sentido, sostuvo que el contrato 010 de 1998 se liquidó extemporáneamente, dado que el término máximo de seis meses para ejercer dicha prerrogativa se venció el 23 de enero de 2000.

Aseguró que el Ministerio de Transporte carecía de competencia para liquidar unilateralmente el contrato 010 de 1998, habida cuenta de que los actos administrativos a través de los cuales se declaró la caducidad de dicho negocio jurídico habían sido impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en otro proceso judicial. En ese orden de ideas, advirtió que la entidad pública demandada se arrogó la competencia del juez del contrato, pues definió cuestiones que Confianza S.A. ya había puesto en consideración de la autoridad jurisdiccional correspondiente.

Con apoyo en lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil y los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio, la actora indicó que el Ministerio de Transporte, por medio de la Resolución No. 2503 del 10 de abril de 2001, liquidó a su favor y en contra de Dragacol S.A. y Confianza S.A. un rubro económico de \$960'822.901. En tal virtud, el extremo demandante adujo que la incorporación de dicho valor se hizo de forma unilateral y contraria a la ley por la demandada.

Por último, afirmó que se le violó su derecho fundamental al debido proceso, en razón a que el Ministerio ha debido convocar a Confianza a participar en las diligencias de liquidación bilateral que han debido surtir, convocatoria que no se adelantó, pese a lo cual se le impuso el deber de pagar obligaciones dinerarias sin que se le reconociera el derecho de defensa y, por ende, la garantía del debido proceso.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

7.4. La demanda fue admitida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 2 de mayo de 2002, decisión notificada en debida forma a la entidad pública demandada y al Ministerio Público.

7.5. Contestación de la demanda

El Ministerio de Transporte contestó la demanda para oponerse a sus pretensiones. En relación con la supuesta falta de competencia “*cronológica*”, indicó que los plazos establecidos para liquidar los contratos estatales eran indicativos y no perentorios. Así pues, en su criterio, la Administración utilizó dicha prerrogativa de forma oportuna, toda vez que tenía la posibilidad de hacerlo hasta antes de que el término establecido para ejercer la acción contractual hubiera caducado.

Respecto de la falta de competencia para liquidar el contrato por haber sido demandadas ante esta jurisdicción las resoluciones a través de las cuales se declaró la caducidad del negocio jurídico en comento, sostuvo que las dos acciones, la una de nulidad en contra de la caducidad y la otra en insistencia de la ilegalidad de la liquidación del contrato, no se excluían, y que la expectativa de una prejudicialidad era remota.

Frente a la supuesta violación del artículo 1602 del Código Civil y los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio, adujo que la formulación de dicha imputación era “*absolutamente inconsistente*”, lo cual conllevaba a que el cargo fuera “*impreciso*” y “*vago*”.

Por último, en lo que respecta a la violación del derecho fundamental al debido proceso de la actora, aseveró que a Dragacol S.A. sí se le citó para que acudiera al trámite de liquidación bilateral y, en la medida en que la contratista no aceptó la propuesta del Ministerio de Transporte, se procedió a liquidar unilateralmente el contrato. Así las cosas, precisó que la garantía constitucional invocada no se vulneró, pues el procedimiento adelantado contó con la participación de quien sí era parte en el negocio jurídico referido, mientras que Confianza S.A. no tenía dicha calidad.

7.6. La sentencia de primera instancia



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

El Tribunal *a quo*, mediante sentencia del 29 de marzo de 2006, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, estudió, de forma individualizada, cada cargo de nulidad planteado por Confianza S.A. en su demanda.

En lo relativo a la falta de competencia temporal para liquidar el contrato de prestación de servicios 010 de 1998, consideró que, según la jurisprudencia de esta Corporación, las entidades públicas cuentan con el término de caducidad de la acción contractual para expedir el acto administrativo de liquidación unilateral.

En ese orden de ideas, tuvo como punto de partida el 18 de agosto de 1999, fecha en la cual quedó ejecutoriada la resolución que declaró la caducidad y ordenó la liquidación del aludido negocio jurídico. Así pues, determinó que la acción contractual caducaba el 18 de febrero de 2002, día límite para expedir válidamente el acto administrativo de liquidación unilateral y, como dicha prerrogativa se aplicó a través de la Resolución No. 2503 del 10 de abril de 2001, concluyó que no perdió la competencia temporal para proferir ese acto administrativo y, en tal virtud, despachó desfavorablemente dicho cargo de nulidad.

El vicio de ilegalidad de incompetencia por “*prejudicialidad*” se desestimó por no hallar impedimento para analizar la legalidad de los artículos 1 y 2 de la Resolución No. 2503 del 10 de abril de 2001, en la cual se hace el cruce de cuentas entre la entidad contratante y la contratista, por considerar que no era necesario esperar que hubiera un pronunciamiento judicial respecto de la Resolución No. 00787 que declaró la caducidad del contrato, por ser actos administrativos autónomos e independientes.

Frente a la violación del artículo 1602 del Código Civil y los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio, el tribunal de origen lo declaró fundado parcialmente, tras hallar que el valor liquidado a favor del Ministerio de Transporte excedía el monto asegurado en la póliza otorgada por Confianza S.A., por lo que declaró la nulidad parcial del artículo 2 de la Resolución No. 2503 del 10 de abril de 2001 y la Resolución No. 5711 de la misma anualidad y, como consecuencia de ello, ajustó el monto que le adeudaba Dragacol S.A. y Confianza S.A. al Ministerio de Transporte en la suma de \$849'999.999.

Por último, en relación con la violación del derecho fundamental al debido proceso de Confianza S.A., consideró que dicha imputación no podía prosperar, toda vez



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

que la aseguradora no era parte en el contrato 010 de 1998, de suerte que no era viable que la entidad contratante la invitara a participar en el proceso de liquidación bilateral, pues justamente dicha liquidación, por ser bilateral, debe ser realizada únicamente por quienes son parte en el contrato.

Igualmente, sostuvo que a Confianza S.A. se le notificaron en debida forma los actos administrativos a través de los cuales se caducó y liquidó unilateralmente el negocio jurídico previamente mencionado, aunado al hecho de que la accionante sí pudo impugnar dichas determinaciones en sede administrativa, circunstancias a partir de las cuales el juzgador de primera instancia estimó infundado el vicio alegado.

7.7. El recurso de apelación

La aseguradora accionante sostuvo que no le asistía razón al Tribunal de origen, toda vez que, si bien el Ministerio de Transporte declaró la ocurrencia del siniestro, los fundamentos y pruebas en las que se basó no tenían asidero jurídico. Asimismo, afirmó que el juzgador de primer grado no apreció en debida forma los argumentos planteados en la demanda.

Manifestó que, si bien la suma fue ordenada con cargo a la garantía, lo cierto era que el valor a pagar por la aseguradora no podía exceder el amparo del incumplimiento calculado en \$149'999.999, pues reconocer además el valor del amparo por pago anticipado generaba una imputación de doble pago a la aseguradora, debido a que la declaratoria de caducidad afectó el siniestro de incumplimiento mas no el de pago anticipado.

Indicó que la aseguradora de un contrato estatal es un tercero que tiene interés en el desarrollo y la ejecución de dicho negocio jurídico, razón por la cual le es posible acudir a la acción contractual en procura de sus intereses en calidad de demandante, incluso como litisconsorte.

En tal virtud, afirmó que el juzgador de primer grado estaba equivocado cuando afirmó que por el hecho de que la garante no fuera parte del contrato 010 de 1998 no se le debía invitar al procedimiento de liquidación bilateral y al tiempo sí debía [...] responder por los incumplimientos o posibles incumplimientos en que haya incurrido la contratista [...].



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Seguidamente, aseguró que la parte resolutive de la Resolución No. 2503 del 10 de abril de 2001 establecía obligaciones a cargo de Dragacol S.A. y, en tal sentido, dicho acto administrativo no vinculaba de forma directa o indirecta a Confianza S.A.

Adujo que el Ministerio de Transporte le había exigido judicial y extrajudicialmente el pago de las sumas de dinero cuantificadas en el acto administrativo de liquidación unilateral, lo cual la legitimaba para impugnar la legalidad de dichas decisiones.

Por lo demás, reiteró los argumentos en que edificó los cargos de nulidad por la falta de competencia consignados en la demanda.

8. Actuación en segunda instancia

En los procesos 2000-01903 y 2001-00546 (45969)

8.1. Luego de tramitarse varios impedimentos de los magistrados integrantes de la Sección Tercera de esta Corporación, el despacho que asumió el conocimiento del asunto, mediante auto del 6 de mayo de 2015 admitió los recursos de apelación interpuestos por las demandantes contra la sentencia del 14 de junio de 2012.

8.2. En auto del 15 de julio de 2015, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, la aseguradora Confianza S.A. presentó su escrito de alegatos, en los que, en esencia, reiteró los argumentos expuestos en oportunidades procesales precedentes.

Las demás partes guardaron silencio.

El Ministerio Público rindió concepto en el cual solicitó confirmar la sentencia apelada por considerar que no se hallaban configuradas las causales de nulidad alegadas contra los actos censurados y, por el contrario, estimó que se presentaron todos los supuestos jurídicos y fácticos para la declaratoria de caducidad del contrato.

8.3. Mediante providencia del 12 de diciembre de 2016 se decretó la acumulación de los procesos radicados con números 2000-01903 y 2001-00546 (45969) y 2001-02450 (32907) para ser decididos conjuntamente.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

En el proceso 2001-02450 (32907)

8.4. En proveído del 11 de agosto de 2006, el Consejo de Estado admitió el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora demandante contra la sentencia proferida el 29 de marzo de 2006.

8.5. En decisión del 8 de septiembre de 2006, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el plazo concedido, las partes presentaron sus escritos de alegaciones en los que reiteraron los argumentos en que soportaron la causa y la contradicción.

El Ministerio Público guardó silencio.

8.6. En auto del 27 de mayo de 2015 se ordenó la suspensión del proceso hasta cuando se decidiera sobre la acumulación solicitada.

Trámite conjunto

8.7. El magistrado José Roberto Sáchica Méndez, mediante escrito del 17 de marzo de 2022, manifestó su impedimento para asumir el conocimiento del asunto, con fundamento en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

8.5. En proveído del 13 de julio de 2022, se declaró fundado el impedimento manifestado por el magistrado José Roberto Sáchica Méndez.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual; **3)** cuestiones previas: **3.1)** el supuesto desconocimiento del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil; **3.2)** los efectos procesales de la falta de contestación de la corrección de la demanda; **3.3)** la carga de sustentación del recurso de apelación; **4)** análisis de la apelación: **4.1)** hechos probados: **4.1.1)** en relación con la celebración del contrato 010 de 1998, su contenido obligacional y la expedición de la póliza de cumplimiento; **4.1.2)** de lo acontecido durante la ejecución del contrato 010 de 1998; **4.1.3)** las causas que condujeron a la suscripción del acta del 15 de mayo de 1998 de suspensión del



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

contrato 010 de 1998; **4.1.4)** las negociaciones adelantadas por las partes luego de la suspensión del 15 de mayo de 1998 encaminadas a reanudar la ejecución del contrato; **4.1.5)** la declaratoria de caducidad del contrato 010 de 1998; **4.1.6)** la liquidación unilateral del contrato 010 de 1998; **4.2)** análisis de los cargos de la apelación de los expedientes 2000-01903 y 2001-00546 (45969): **4.2.1)** la excepción de contrato no cumplido; **4.2.2)** sobre la declaratoria de caducidad cuando el contrato se encontraba en estado de suspensión y el incumplimiento del Ministerio de Transporte en el pago del *stand by*; **4.2.3)** sobre la ruptura del equilibrio económico como causa generadora de la falta de reanudación del contrato por parte de Dragacol S.A.; **4.2.4)** sobre la desviación de poder al declarar la caducidad del contrato 010 de 1998; **4.2.5)** la obligación de aplicar y respetar el derecho fundamental al debido proceso de la contratista y la aseguradora en el marco de la declaratoria de caducidad del contrato 010 de 1998; **4.3)** los cargos de la apelación del expediente 2001-02450 (32907): **4.3.1)** sobre la incompetencia para liquidar unilateralmente el contrato 010 de 1998 por haberse presentado la prejudicialidad con el acto de liquidación y la vulneración al debido proceso de la aseguradora y **6)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

A continuación, la Sala verificará su competencia para conocer del recurso de apelación:

1.1. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, consagraba que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes a la nulidad de las decisiones que declararon la caducidad del contrato 010 de 1998, la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y el mal manejo del pago anticipado, así como los actos que liquidaron unilateralmente dicho negocio, celebrado entre el Ministerio de Transporte y la sociedad Dragacol S.A.

En consideración a que el demandado, Ministerio de Transporte, ostenta la naturaleza de entidad pública, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

1.2. También le asiste competencia a la Sala para conocer de esta controversia en segunda instancia, pues las pretensiones de contenido económico se estimaron en montos superiores a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V.¹ para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

2. Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual

Observa la Sala que las pretensiones versan sobre la nulidad de las resoluciones mediante las cuales el Ministerio de Transporte declaró la caducidad del contrato 010 de 1998, lo liquidó unilateralmente y declaró la ocurrencia del siniestro, aspecto que, al tenor de los dictados del artículo 87 del CCA, corresponde ventilarse a través de la acción contractual.

Para establecer la oportunidad de la interposición de la demanda, en principio, cabría precisar que, en cuanto los actos acusados son encadenados, debido a que la liquidación unilateral se profirió como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato, lo propio sería contar el término de la interposición desde la notificación de aquel; sin embargo, toda vez que las demandas con las que se persigue la nulidad de esos actos se formularon separadamente, al cabo de lo cual se acumularon, corresponde contar la caducidad de manera independiente frente a cada una de ellas.

- En el proceso 2000-01903 (45969)

Así, frente a la acción promovida por la aseguradora Confianza S.A. en procura de la nulidad del acto que declaró la caducidad del contrato No. 010, contenido en la Resolución 000787 del 3 de mayo de 1999, debe decirse que esa decisión fue recurrida por el garante, impugnación que fue decidida a través de la Resolución 001564 del 23 de julio 1999.

En aplicación de la regla prevista en el numeral 10) artículo 136 del CCA de ese compendio legal, según la cual *“En las relativas a contratos el término para demandar 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”*, se

¹ Demanda radicada con el número 2000-01903 el 29 de mayo de 2000, su pretensión fue de \$899'999.999 que supera los 500 smlmv de esa época, equivalentes a \$130'000.000.
Demanda radicada con el número 2001-00146 el 9 de marzo de 2001, su pretensión mayor ascendió a \$14.085'756.733, valor superior a los 500 smlmv de entonces que ascendían a \$143'000.000.
Demanda radicada con el número 2001-02450 el 12 de octubre de 2001, su pretensión fue de \$899'999.999 que supera los 500 smlmv equivalentes a \$143'000.000.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

ha de tomar el día siguiente a la fecha en que se profirió la Resolución 001564 –24 de julio de 1999-, por lo que los dos años habrían de vencerse el 24 de julio 2001.

Como la demanda se interpuso el 29 de mayo de 2000, se concluye que su presentación se surtió dentro del término legal.

- En el proceso 2001-00546 (45969)

Respecto de la demanda presentada por Dragacol S.A., se precisa que inicialmente fue instaurada el 9 de marzo de 2001, con fin de obtener la nulidad del acto que declaró la caducidad del contrato y del que por vía de reposición lo confirmó, por lo que respecto de esa pretensión la demanda fue interpuesta en tiempo, si se tiene en consideración que el recurso de reposición presentado por Dragacol contra la declaratoria de caducidad fue decidido en Resolución 01533 del 22 julio 1999.

No obstante, el escrito inicial fue corregido el 12 de agosto de 2002 para introducir nuevas pretensiones anulatorias contra el acto que liquidó unilateralmente el contrato y el que declaró la ocurrencia del siniestro de pago de salarios y prestaciones sociales, toda vez que esas decisiones fueron proferidas con posterioridad a la formulación de la demanda inicial.

Así pues, el acto que liquidó unilateralmente el contrato está contenido en la Resolución 02503 del 10 de abril de 2001, la cual fue confirmada mediante la Resolución 005711 del 3 de julio de 2001, que decidió el recurso de reposición interpuesto en contra de aquella por Dragacol y por la aseguradora.

En ese orden, debe tenerse en consideración la regla prescrita en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, de conformidad con la cual “*iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del acto que la apruebe*”. Así pues, el cómputo en este caso iniciaba a correr el 3 de julio de 2001, lo que llevaba a que el vencimiento de los dos años se situara en el 3 de julio de 2003. Dado que la pretensión de nulidad en su contra se introdujo el 2 de agosto de 2002, emerge con claridad la oportunidad de su formulación.

Lo mismo acontece frente a la pretensión de nulidad de la Resolución 02502, por la cual se declaró la ocurrencia del siniestro relacionado con el pago de salarios y prestaciones sociales, adoptada el 10 de abril de 2001 y confirmada en Resolución



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

05710 de 3 de julio de 2001, pues, bajo la precisión de que siguiendo la regla genérica del numeral 10) artículo 136 del CCA, los dos años vencían el 4 de julio de 2003, al haberse invocado esa súplica anulatoria el 12 de agosto de 2002, es indudable que lo fue oportunamente.

- En el proceso 2001-02450 (32907)

Con esta demanda la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. pretendió la nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato 010 de 1998, condensado en la Resolución 02503 del 10 de abril de 2001, y de la Resolución 005711 del 3 de julio de 2001 que decidió el recurso de reposición interpuesto en contra de aquella por Dragacol y por la aseguradora. En aplicación de la regla prescrita en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del CCA, es de concluir que la demanda interpuesta el 12 de octubre de 2001, fue promovida dentro del término legal que se cumplía el 3 de julio de 2003.

3. Cuestiones previas

3.1. El supuesto desconocimiento del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil

La sentencia de primera instancia dictada en los procesos 2000-01903 y 2001-00546 45969 declaró no probadas las excepciones propuestas por el Ministerio de Transporte y negó las pretensiones de la demanda interpuesta por Dragacol S.A. y por la aseguradora.

La sociedad demandante consideró que el fallo de primer grado, supuestamente, desconoció lo consignado en el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que, en su criterio, dicha sentencia resultó desfavorable para ambos extremos procesales.

Con la finalidad de resolver el cargo de la apelación previamente mencionado, conviene advertir que el artículo 302 del Código de Procedimiento disponía que “*Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, y las que resuelven los recursos de casación y revisión. (...)*”.

Si bien en la aludida providencia se negaron las pretensiones invocadas por el extremo activo y las excepciones propuestas por el pasivo, ello no comporta una



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

vulneración del artículo en mención, pues, en últimas, el contenido de este artículo lo que hace no es nada distinto a definir cuáles de las providencias que dicta el juez tienen el carácter de sentencia, entre ellas, las que decidan sobre las pretensiones, como en este caso ocurrió y las que decidan sobre las excepciones propuestas, situación que igualmente aconteció.

Así, contrario a lo afirmado por Dragacol S.A. en su recurso de apelación, esta Subsección considera que el fallo de primera instancia, en realidad, no resultó adverso para ambos extremos procesales, dado que, a pesar de que el Tribunal *a quo* declaró no probadas las excepciones invocadas por el Ministerio de Transporte, no es posible ignorar que la decisión impugnada también negó las pretensiones formuladas por la parte activa.

Lo anterior supuso que los intereses jurídicos del Ministerio demandado se mantuvieran inalterados, razón por la cual es plausible indicar que la sentencia cuestionada, materialmente, sí fue favorable para la entidad pública accionada.

Ahora, aun cuando desde el punto de vista procesal la pretensión corresponde ser atacada a través de una excepción, ciertamente el hecho de que el *a quo* haya resuelto negar las excepciones propuestas por el demandado no se traduce en que por ese hecho las pretensiones automáticamente se tornen prósperas. Aceptar tal planteamiento equivaldría a ir en contravía del artículo 177 del CPC, que impone a las partes “*probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

De ahí que el examen del *a quo*, más allá de convalidar los fundamentos de las excepciones propuestas, pasó su examen por el filtro de esa premisa legal, al cabo de lo cual estimó que la parte actora no había demostrado los hechos en que sustentaba su *petitum*, conclusión que no obsta para advertir que, al analizar los cargos de la apelación, dicha consideración pueda modificarse por la eventual prosperidad de los cargos de la apelación. En todo caso, ello será el resultado del análisis que en adelante se aborde en esta decisión de segunda instancia.

En línea con lo expuesto en precedencia, la Sala tampoco puede ignorar el hecho de que la argumentación propuesta por Dragacol S.A. es imprecisa y errada en términos conceptuales y procesales. Dichas falencias son constatables, pues la sociedad demandante las dejó en evidencia en su recurso de apelación, lo cual se



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

verifica en la siguiente petición (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“...Solicito se sirva revocar totalmente la sentencia apelada, y en su lugar, **declarar probadas las cuatro excepciones presentadas con la demanda inicial y con la corregida**”.*

El extracto transcrito conduce a la Subsección a colegir que la sociedad actora confunde aspectos procesales esenciales, pues no de otra manera se puede explicar el hecho de que considere que con la demanda se formulan excepciones, habida cuenta de que dichos mecanismos de defensa, por excelencia y definición, están contenidos en el escrito de contestación, salvo la excepción de contrato no cumplido propuesta por el Dragacol que, en este caso, en realidad, dista de ser un medio de defensa formulado para atacar una pretensión, en tanto se erige como el fundamento fáctico y jurídico de una causal de nulidad invocada contra el acto que declaró la caducidad del contrato 010 de 1998.

Así las cosas, la Sala concluye que el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil no fue desconocido por el Tribunal *a quo* al proferir la sentencia de primera instancia y, como consecuencia de ello, se despachará desfavorablemente este cargo de la apelación formulada por Dragacol S.A.

3.2. Los efectos procesales de la falta de contestación de la corrección de la demanda

Recuerda la Sala que uno de los cargos del recurso de apelación formulado por Dragacol en los procesos 2000-01903 y 2001-00546 (45969) apuntó a que el juzgador ignoró el hecho de que el Ministerio de Transporte no contestó oportunamente la corrección de la demanda, omisión que debía ser apreciada como un indicio grave en contra de esa entidad.

Al respecto, la Sala observa que el 12 de junio de 2009, el Tribunal Administrativo de Atlántico, luego de detectar que había continuado el trámite procesal sin pronunciarse sobre varios memoriales allegados por las partes, declaró la nulidad de todo lo actuado desde la admisión de la demanda y admitió la corrección de ese escrito presentado por Dragacol S.A., ordenando su notificación a la entidad demandada, acto que se surtió el 30 de octubre de 2009, sin que esta hubiera contestado la corrección, aunque debe aclararse que sí lo hizo respecto de la demanda inicialmente presentada, en la oportunidad procesal pertinente.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

No se observa que en la sentencia de primera instancia se hubiera hecho referencia a la falta de contestación de la corrección de la demanda, siendo ese el contexto del cual la parte actora pretende que en esta instancia se deriven las consecuencias procesales que la mencionada omisión habría de desencadenar.

Sobre el particular cabe poner de presente que el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil señalaba que *“la falta de contestación a la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado”*.

Como se aprecia, la norma procesal general consagra la consecuencia para aquellos eventos en los que no se conteste la demanda; sin embargo, nada dice acerca de la falta de contestación de la corrección de aquella.

Sin perjuicio de ello, aun de considerarse que la mencionada consecuencia ha de hacerse extensiva a los eventos en que no se contesta la corrección del escrito inicial, la posibilidad de valorar esa conducta procesal como un indicio en contra de la parte renuente tampoco puede llevar a considerar que por cuenta de tal omisión se deba indefectiblemente acceder a las pretensiones de la demanda, como lo sugiere el recurrente, pues tal proceder iría en contravía de la regla plasmada en el artículo 177 del mismo estatuto, a cuyo tenor se consagra *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

De ahí que el hecho de que exista un indicio en contra de la entidad por la omisión de sus deberes procesales no releva a la parte de su carga de probar los hechos en los cuales funda sus pretensiones y, por esta razón será su valoración en conjunto, en consonancia con la presencia del mencionado indicio, la que determine el rumbo de las súplicas invocadas.

3.3. La carga de sustentación del recurso de apelación

Esta Subsección, de manera reiterada, ha considerado que el marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida, razón por la cual no basta con la simple interposición del recurso por la parte interesada, así como tampoco es suficiente la manifestación general de no estar conforme con la decisión impugnada, toda vez que quien tiene interés en que el asunto sea analizado de



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

fondo en segunda instancia debe señalar cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que incurrió el juez de primera instancia al resolver la *litis* planteada².

De manera reciente, esta Subsección³ consideró que la carga de sustentación que le corresponde cumplir a la parte recurrente no se satisface con la mera manifestación de inconformidad con el proveído impugnado, ni tampoco con la petición de que se revoque, pues lo que la ley exige es que se ataquen los fundamentos de hecho y/o de derecho que sirvieron de sustento a la providencia en el punto que se considere desfavorable a sus intereses, no solo porque la decisión sea contraria a la parte que interpone el recurso, sino porque en realidad existen razones o motivos -y así se indiquen en el respectivo escrito- que conduzcan a considerar que lo decidido en primera instancia no fue acertado.

Bajo esta óptica, resulta claro que en el recurso de apelación deben exponerse las razones o los fundamentos de disenso por los cuales no se comparten las consideraciones de la sentencia recurrida, en orden a que el superior jerárquico confronte el sustento de la decisión apelada con los argumentos de inconformidad planteados por la parte recurrente, máxime porque, se insiste, los reproches frente a la providencia impugnada son los que fijan la competencia del juez de segunda instancia, *“cuya función no puede ir al extremo de suponer las razones de inconformidad de la parte apelante frente a la sentencia y, por esa vía, de suplir las cargas que legalmente le han sido impuestas a ella”*⁴.

Tampoco basta para el efecto hacer una reiteración casi que automática de los fundamentos expuestos en oportunidades procesales precedentes, como en la demanda, en la contestación o en los escritos de alegatos, ejercicio a través del cual se busca simplemente sacar adelante su aspiración sin entrar a cuestionar de manera directa y concreta las razones en que se fundó la providencia recurrida que le resulta adversa al apelante.

² Ver, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación: (i) sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 54.675; (ii) sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 51.212; (iii) auto del 14 de octubre de 2015, expediente 48.502, C.P. Hernán Andrade Rincón y iv) sentencia del 9 de abril de 2014, expediente 27.550, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de diciembre de 2021, expediente 65.962, criterio reiterado por esta Subsección en sentencias del 4 de marzo de 2022, expediente: 53.376, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez y expediente: 66.390.

⁴ Ibidem.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

En el presente asunto, las demandantes apelaron las sentencias con el fin de que fueran revocadas con sustento en múltiples argumentos, varios de los cuales no cumplen con la referida carga de sustentación, como se verá cuando se aborde el análisis de cada uno de ellos.

4. Análisis de la apelación

Por razones metodológicas, la Sala iniciará el análisis de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 14 de junio de 2012 en cuanto insisten en que se configuró la nulidad de la resolución por la cual el Ministerio de Transporte declaró la caducidad del contrato 010 de 1998 y, posteriormente, se abordará el análisis de los cargos de la apelación dirigidos contra la sentencia del 29 de marzo de 2006, relacionados con la validez de la resolución a través de la cual dicha entidad declaró liquidado unilateralmente el referido negocio.

Para el propósito anunciado, la Sala se referirá a los hechos que se encuentran acreditados y que resultan de relevancia para resolver la presente controversia a instancia de la apelación.

4.1. Hechos probados

4.1.1. En relación con la celebración del contrato 010 de 1998, su contenido obligacional y la expedición de la póliza de cumplimiento

Está demostrado en el proceso que el 16 de enero de 1998, previo procedimiento de licitación pública, el Ministerio de Transporte y Dragacol S.A. celebraron el contrato 010 de 1998, con el objeto de prestar los servicios profesionales para la reparación en dique y a flote de la draga Bocas de Ceniza, incluyendo el suministro de repuestos y movilización, por un valor de \$1.499'999.998 y un plazo de ejecución de 60 días contados desde la suscripción del acta de inicio.

Del valor pactado, según la cláusula quinta, se previó que el 50% se entregaría al contratista a título de pago anticipado, el cual se desembolsó el 4 de marzo de 1998 en cuantía de \$749'999.999 en favor de Dragacol S.A.⁵.

En la cláusula séptima del contrato, se contemplaron las obligaciones a cargo de la contratista, entre las cuales se estipuló las de “5) *verificar que la draga se encuentre*

⁵ Folios 87 a 92 del cuaderno 1 del exp. 45969.



Expediente:

Actor:

Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

debidamente clasificada y que se realicen durante el plazo de ejecución del contrato todas las inspecciones de relación. La draga está clasificada en la casa LLOYDS Register” y “13) coordinar las inspecciones de pruebas para la reparación de la draga”.

El 19 de enero de 1998, Confianza S.A. expidió la garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales GU0100664408, cuya tomadora fue Dragacol S.A. y el asegurado fue el Ministerio de Transporte, otorgada para garantizar el cumplimiento del contrato 010 de 1998 y cubrió los siguientes amparos en las vigencias y cuantías señaladas⁶:

AMPARO	DESDE	HASTA	VALOR ASEGURADO
Cumplimiento	19 de enero de 1998	30 de agosto de 1998	\$149'999.999
Pago anticipado	19 de enero de 1998	30 de agosto de 1998	\$750'000.000
Salarios y prestaciones	19 de enero de 1998	30 de abril de 2001	\$ 74'999.999
Calidad	19 de enero de 1998	30 de octubre de 1998	\$299'999.999

4.1.2. De lo acontecido durante la ejecución del contrato 010 de 1998

Está demostrado que el acta de iniciación del contrato se suscribió por las partes el 18 de febrero de 1998⁷. Igualmente lo está que el 16 de enero de 1998, las mismas partes suscribieron el contrato 011 de 1998, con el objeto de realizar el dragado de mantenimiento de profundidad del canal de acceso al Puerto de Barranquilla con la draga Bocas de Ceniza, por un valor de \$2.100'000.000 y un plazo de 4 meses, a partir del 24 de enero de 1998⁸.

La Sala evidencia que, a partir de la celebración simultánea de los contratos 010 y 011 de 1998, se presentaron circunstancias que afectaron la ejecución del primero de los mencionados y que, en últimas es el que ocupa la atención de la Sala, debido a que se adoptó un sistema de ejecución escalonada.

En virtud de ese modelo, se disponía de un período para hacer reparaciones a la draga Bocas de Ceniza en cumplimiento del contrato 010. Una vez la draga se hallaba en condiciones de operatividad, ese negocio -010 de 1998- se suspendía para dar paso a las actividades de dragado en cumplimiento del contrato 011 de

⁶ Folio 93 a 94 del cuaderno 1 del exp. 45969.
⁷ Folio 97 del cuaderno 1 del exp. 45969.
⁸ Folios 90 a 92 cuaderno 1 del exp. 45969.



Expediente: Acumulados 45969 y 32907
Actor: Dragacol S.A. y otra
Demandado: Nación – Ministerio de Transporte

1998 hasta tanto la draga requiriera nuevamente reparaciones por causa de su utilización constante⁹, lo que llevaba a que, a su vez, el dragado se suspendiera en orden a que la draga fuera sometida a las reparaciones. A este sistema las partes lo llamaron “*dragado -reparación-dragado*”¹⁰.

La situación narrada condujo a que el contrato 010 de 1998 fuera sometido a múltiples suspensiones, como se refleja en el siguiente cuadro:

Instrumento	Motivación
-------------	------------

⁹ Se precisa que se trataba de las mismas reparaciones que integraron el objeto del contrato 010 de 1998, con la precisión de que debían hacerse con mayor frecuencia que la programada en el cronograma inicial de actividades.

¹⁰ Los anteriores asertos encuentran su respaldo probatorio en los siguientes documentos:
En comunicación del 23 de febrero de 1998, Dragacol informó al Ministerio de Transporte que, con el fin de optimizar recursos asignados para la reparación de la unidad, se consideraba necesario modificar la propuesta de reparaciones presentada el 14 de enero de 1998, modificación con la que se pretendía desarrollar los trabajos estrictamente indispensables en la obra viva (casco sumergido). Indicó que con el valor de los trabajos que se reprogramaran, se esperaba cubrir el costo de los trabajos indispensables en los equipos necesarios para la operación de la draga en cumplimiento del contrato de dragado. Por lo anterior consideró que debían priorizarse los trabajos de reparación de la draga ya que la draga se hallaba inhabilitada para operar. Folio 101 del cuaderno 1 del exp. 45969
El 26 de marzo de 1998, Dragacol solicitó al Ministerio que aprobara las modificaciones de las reparaciones de predique y dique planteadas en oficio del 23 de febrero de 1998, frente a lo cual el Ministerio en oficio del 1 de abril de 1998, manifestó que aprobaba las modificaciones del plan de reparaciones y le solicitó que le enviara las cotizaciones de los trabajos a efectuar en la draga Bocas de Ceniza así como las facturas de las reparaciones. Folios 102 a 103 del cuaderno 1 del exp. 45969.
En oficio del 2 de abril de 1998, Dragacol expresó al ministerio que: *El contrato No. 011/98 (Dragado del Canal de Acceso al Puerto de Barranquilla) se inició el 24 de enero con el zarpe de la draga Bocas de Ceniza del puerto de Buenaventura, debiéndose terminar con fecha 24 de mayo/98 (cuatro meses), momento en el cual se iniciaría el contrato no. 010/98 (Reparaciones en Dique y a Flote el cual contempla 40 días de reparaciones predique y 20 días de reparaciones en dique para un total de 2 meses de acuerdo al contrato en mención, debiéndose finalizar con fecha de julio/98. El tiempo que está corriendo en ejecución del contrato No. 11/98 (cuatro meses) se está aprovechando principalmente para la adquisición e importación de los repuestos y material requerido para las reparaciones del contrato No. 010 y para adelantar aquellos trabajos en equipos no esenciales para la operación de la draga en las condiciones actuales (dragado con un solo brazo) y para efectuar las coordinaciones con los talleres y astilleros del área para la ejecución de los trabajos planteados.*

SITUACIÓN ACTUAL

Debido a la suspensión de las operaciones de dragado por inconvenientes presentados en los equipos como es de su conocimiento, con fecha Marzo 13/98 DRAGACOL firmó el acta de iniciación del contrato No. 010, por lo tanto el contrato No. 011/98, fue suspendido provisionalmente, con fecha 17 de febrero/98. Mientras se efectuaban reparaciones pro los daños imprevistos que dieron lugar a esta situación, se inició el contrato de reparaciones mayores de acuerdo al acta entre las partes, como ya se mencionó con fecha marzo 13/98; durante este lapso se alcanzaron a efectuar algunos trabajos que no impidieron el reinicio de las operaciones en cualquier momento. Esos trabajos están pendientes para que los reciba la interventoría.
(...).

4.-RECOMENDACIONES

Ante la necesidad de mantener operativa la draga en el cumplimiento del contrato No. 011/98 es necesario que se vayan desarrollando paralelamente los dos contratos y al término de la operación del dragado, dejar disponibles dos meses para terminar aquellas reparaciones que requieren ser efectuadas con la draga inoperativa (predique y dique) como se planeó inicialmente. Folios 104 a 106 del cuaderno 1 del exp. 45969.



Expediente: Acumulados 45969 y 32907
Actor: Dragacol S.A. y otra
Demandado: Nación – Ministerio de Transporte

Acta de suspensión del contrato 010 de 1998, suscrita el 17 de marzo de 1998 ¹¹ .	Se suspendió su ejecución porque se realizaron reparaciones mecánicas en el motor <i>pleugger</i> del brazo de estribor, por lo que se recuperó su operatividad para las labores de dragado.
Acta de levantamiento de suspensión del contrato 010 de 1998, suscrita el 3 de mayo de 1998 ¹²	Se presentaron fallas en el motor <i>pleugger</i> de estribor y requieren su reparación para reiniciar las labores de dragado del canal de acceso al puerto de Barranquilla.
Acta de suspensión del contrato 010 de 1998, suscrita el 6 de mayo de 1998 ¹³	Se realizaron las reparaciones mecánicas con las que se recuperó la operatividad de la draga, quedando en condiciones de reiniciar las labores de dragado del canal del acceso al puerto de Barranquilla.
Acta de levantamiento de la suspensión del contrato 010 de 1998 ¹⁴ , de fecha 8 de mayo de 1998	Se han presentado fallas generales en la draga y requieren sus reparaciones.

4.1.3. Las causas que condujeron a la suscripción del acta del 15 de mayo de 1998 de suspensión del contrato 010 de 1998

La Sala encuentra acreditado que, como consecuencia de la ejecución alternada de las actividades de reparación y dragado de la máquina Bocas de Ceniza, atinentes a los contratos 010 y 011, la draga sufrió un cambio en las condiciones en que se hallaba antes de la celebración de ambos negocios, por cuenta de su uso permanente.

Esto motivó la necesidad de reprogramar las reparaciones requeridas por ese equipo, puesto que con la frecuencia de las actividades inicialmente contratadas para su mantenimiento no se alcanzaban las condiciones de operatividad exigidas para adelantar las labores de dragado.

Ante esa evidencia, en acta del 15 de mayo de 1998, las partes decidieron suspender el contrato 010 de 1998, *hasta tanto se definiera por parte del Ministerio las reparaciones y tiempo para efectuarlas*, dadas las nuevas condiciones contractuales presentadas por las diferencias surgidas en el estado del equipo, en relación con lo contratado inicialmente.

Así quedó pactado en el contenido del acta de suspensión en referencia (se transcribe de forma literal incluso con posibles errores):

“La situación presentada en virtud de la cual era imposible acometer en simultaneidad de tiempo y desarrollo técnico y logístico las reparaciones, por

¹¹ Folio 100 del cuaderno 1 del exp. 45969.

¹² Folio 107 del cuaderno 1 del exp. 45969.

¹³ Folio 108 del cuaderno 1 del exp. 45969.

¹⁴ Folio 109 del cuaderno 1 del exp. 45969.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

cuanto la urgencia de las operaciones de dragado hizo prácticamente imposible el cumplimiento del cronograma de reparaciones, toda vez que la operación misma generó nuevas prioridades en cuanto a las reparaciones a efectuar, el valor de las mismas y a la constante modificación a las exigencias, técnicas operativas y mecánicas de la draga en sus periodos de operación de dragado. El Ministerio de Transporte informará al contratista la fecha de suscripción del acta del acta de reiniciación”¹⁵.

4.1.4. Las negociaciones adelantadas por las partes luego de la suspensión del 15 de mayo de 1998, encaminadas a reanudar la ejecución del contrato

Está acreditado en el expediente que en la medida en que el levantamiento de la suspensión de contrato 010 de 1998, suscrita el 15 de mayo de ese año, se supeditó a que el Ministerio de Transporte definiera la reprogramación de las reparaciones requeridas por la draga, en adelante las partes iniciaron una serie de negociaciones tendientes a determinar las condiciones para reanudar su ejecución. Con ese fin sostuvieron varias reuniones y se cruzaron múltiples escritos¹⁶.

¹⁵ Folio 113 del cuaderno 1 del exp. 45969.

¹⁶ Las anteriores evidencias se hallan demostradas en los siguientes elementos probatorios.

- En oficio del 16 de junio de 1998, Dragacol informó al Ministerio de Transporte que desde el 15 de mayo de ese año, la situación de la draga Bocas de Ceniza era de *stand by*, lo que debía ser tenido en cuenta para reconocimiento de costos por tener tripulación en mantenimientos rutinarios, así como por la contratación de vigilancia y el obligatorio cumplimiento de leyes marítimas por valor de \$11'670.914, como se había establecido en el contrato 011 de 1998. Por lo anterior, solicitó al ente ministerial que definiera la situación apropiando los recursos necesarios para terminar y liquidar el contrato. Folios 116 a 117 del 107 del cuaderno 1 del exp. 45969.
- En oficio del 1 de julio de 1998, Dragacol remitió al Ministerio el certificado de clase de la draga Bocas de Ceniza expedido por Lloyds Register tras realizar la inspección de esa maquinaria, cuyo pago, según indicó Dragacol, no estaba incluido en el contrato. Adjuntó la factura de venta expedida por Lloyds Register por valor de \$42'252.742, por concepto de la inspección de clasificación de la draga realizada por esa firma. Folios 120 a 124 del cuaderno 1 del exp. 45969.
- En julio 29 de 1998, Dragacol remitió al Ministerio otro certificado de clase de la draga Bocas de Ceniza expedido por Lloyds Register tras realizar nuevamente una inspección de clasificación de la draga. Adjuntó la factura de venta expedida por Lloyds Register por valor de \$26'186.490 por la inspección de clasificación de la draga realizada por esa firma. Folios 125 a 129 del cuaderno 1 del exp. 45969.
- En documento del 33 de agosto de 1998, el ministerio indicó a Dragacol que el reconocimiento de los costos de *stand by* debían solicitarse a la interventoría pero que en todo caso los gatos de vigilancia técnico o *stand by* que se generaran debían tomarse analógicamente con base en otro contrato como el 011 de 1998. Folios 132 a 133 del cuaderno 1 del exp. 45969.
- Mediante escrito del 13 de agosto de 1998, el Ministerio de Transporte manifestó al contratista que se ordenaba el pago por concepto de la inspección de clasificación de la draga Bocas de Ceniza realizada por la casa clasificadora Lloyds Register. Folios 134 del cuaderno 1 del exp. 45969.
- En oficio del 28 de agosto de 1998, Dragacol comunicó al Ministerio de Transporte que mientras el contrato se hallara suspendido no se haría ninguna gestión con respecto a la clasificación de la draga Bocas de Ceniza, por lo que no asumía responsabilidad por alteraciones que ocurrieran en ese aspecto. Por lo anterior, advirtió: “Por tal razón y para colaborar con ese despacho en lo necesario, le rogamos gestionar la cuenta de cobro remitida en oficio DRG/GO/072-98 a la interventoría con copia a usted para cancelar a la Casa Clasificadora Lloyds Register y evitar la pérdida de la clasificación de la draga”. Folio 137 del cuaderno 1 del exp. 45969.
- El 31 de agosto de 1998, Dragacol informó a la interventoría que *una vez se reinicie la ejecución del contrato 010 de 1998 que está suspendido en virtud del acta suscrita con la entidad contratante, continuaremos ejecutando las actividades que no correspondan a situaciones de stand by, que son las únicas que por razón de la naturaleza del contrato no se encuentran en suspenso*” Folio 138 del cuaderno 1 del exp. 45969.
- El 31 de agosto de 1998 la interventoría respondió a Dragacol, lo siguiente:



Expediente: Acumulados 45969 y 32907
Actor: Dragacol S.A. y otra
Demandado: Nación – Ministerio de Transporte

"1.- El documento del Ministerio de Transporte de fecha 13 de agosto/98 firmado por el Dr. Hernando Santisteban, Director General de Transporte Marítimo dice textualmente: "ordena el respectivo pago con cargo al contrato 10/98".

"2.- En la cláusula sexta: otros pagos, dice en sus apartes: "reparaciones, mantenimiento, suministro de equipos, partes y repuestos no contemplados en el contrato que debe ejecutar el contratista serán autorizados en forma escrita por el director general de transporte marítimo previa expedición del certificado de disponibilidad presupuestal por parte del Ministerio

"3.- DRAGACOL posee un anticipo del 50% del valor del contrato, lo cual hace viable el pago de dicho valor (costo Lloyds Register).

"4.- En el contrato 010/98, DRAGACOL recibió un valor por concepto de AIU e IVA, lo cual indica que los valores por este concepto ya fueron cubiertos por el Ministerio de Transporte.

"5.- El departamento jurídico de la Universidad del Norte entiende que los valores del Ítem anterior ya están reconocidos en dicho contrato.

"6.- Como conclusión DRAGACOL deberá pagar a Lloyd Register el valor de CUARENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS (\$42'252.742) MCTE, incluido el IVA correspondiente". Folios 139 del cuaderno 1 del 45969.

-. El 11 de noviembre de 1998, el Ministerio de Transporte le indicó a Dragacol que, de acuerdo con la reunión sostenida el 6 de octubre de ese año, ponía a su disposición el nuevo esquema de reparaciones de la draga Bocas de Ceniza, con el fin de buscar la reactivación del contrato 010 de 1998, dándole prioridad a los dos brazos de dragado, como también a los trabajos para la renovación de los certificados de la casa clasificadora Lloyds Register.

"El ministerio de Transporte cuenta únicamente con los recursos del contrato 010/98 para la reparación de la draga Bocas de Ceniza y por lo tanto nos vemos en la necesidad de hacer los trabajos que tienen más prioridad dentro del presupuesto podemos incluir las reparaciones de predique y el respectivo pago a la casa clasificadora.

Agradecemos nos haga llegar a la mayor brevedad posible una respuesta a dicha proposición, así como un cronograma estimado de las reparaciones, igualmente deseamos poder llegar a un acuerdo en cuanto a los días que ha estado suspendido el contrato. Folios 146 a 150 del cuaderno 1 del 45969.

-. El 30 de noviembre de 1998, las partes llevaron a cabo una reunión a bordo de la draga Bocas de Ceniza, con el fin de determinar los costos de disponibilidad por vigilancia causada desde el 16 de mayo de 1998. En esa oportunidad llegaron a varios acuerdos, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

"1.- Se acordó la reparación por parte de DRAGACOL S.A. de los compresores de aire de alta y de baja, con cargo a la partida de clasificación.

"2.- Se acordó continuar manteniendo a bordo de la DRAGA BOCAS DE CENIZA, una reserva mínima de combustible de 6.000 galones de M.D.O. que permite atender cualquier emergencia que implique el uso de la planta propulsora hasta 12 horas de operación. (...).

"4.- Se acordó efectuar por DRAGACOL S.A. con cargo a la partida de clasificación los trabajos que se requieran para habilitar los sistemas de seguridad y salvamento que permitan la expedición de los certificados nacionales.

"5.- se acordó efectuar por parte de DRAGACOL S.A. y con cargo a la partida de clasificación; las diligencias necesarias para renovar los certificados nacionales; a través de la Capitanía de puerto de Barranquilla.

(...).

"7.- Se inspeccionó el sistema de iluminación y acometidas eléctricas sobre cubierta de la DRAGA BOCAS DE CENIZA, comprobando que la señalización nocturna reglamentaria (luces de fondeo y navegación) se encuentra trabajando sin novedad, así mismo se determinó perfeccionar la iluminación de habilitación de pasillos y la reparación de acometidas eléctricas en cubierta, puntos que se encuentran contemplados dentro del presupuesto establecido para clasificación. Se acordó que los trabajos expuestos en este punto, serán efectuados por DRAGACOL S.A. con cargo a la partida de clasificación.

"(...).

"13. Se le entregaron al señor ingeniero Jorge Álvarez los soportes correspondientes al valor del día de disponibilidad en vigilancia técnica, causados por el operador DRAGACOL los cuales se anexan.

"14.- El señor Ingeniero Jorge Álvarez manifiesta no estar de acuerdo con el ítem de administración central que figura en los cuadros de costos diarios de disponibilidad en vigilancia técnica. Folios 150 a 151 del cuaderno 1 del 45969.

-. Mediante oficio del 7 de enero de 1999, el Ministerio de Transporte indicó que, en desarrollo de las distintas reuniones sostenidas con Dragacol, se ha discutido la fórmula de reanudar la ejecución del contrato 010 de 1998 con base en la definición de un programa de reparaciones que permitiera cumplir con los requisitos de clasificación de la draga y recuperar sus condiciones operativas. Indicó que si bien Dragacol exigía un reconocimiento de \$12'135.870 por concepto de *stand by*, para el



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado:	Nación – Ministerio de Transporte

En desarrollo de esos acercamientos, la sociedad contratista, constantemente, puso en conocimiento del Ministerio la situación de *stand by* que, en su criterio, se había

Ministerio ese costo no correspondía a un *stand by*, sino a una vigilancia técnica que representaba a una cifra sustancialmente menor.

En atención a la diferencia en la determinación de los costos diarios de suspensión del contrato, a la necesidad de contar con la draga Bocas de Ceniza en condiciones operativas y para preservar la continuidad del servicio vinculado al mantenimiento del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, el Ministerio manifestó:

“me permito reiterarle la propuesta que en varias oportunidades le ha formulado el jefe de la Oficina Jurídica en el sentido de ejecutar el programa de trabajos de clasificación y reparaciones propuesto a Dragacol S.A. por la Dirección General de Transporte Marítimo en el oficio 024896 del 11 de noviembre de 1998 y de común acuerdo aceptar que la definición del valor diario del costo del periodo de suspensión del contrato lo resuelva un organismo gremial, profesional o universitario a través del mecanismo del arbitramento o pericia técnicos, tal como lo autoriza la Ley 80 de 1993 y la Ley 446 de 1998.

Esperamos conocer su respuesta a este planteamiento en el curso de la próxima semana con el fin de evaluar la posibilidad de alcanzar un acuerdo definitivo antes de finalizar el mes en curso de modo que, en desarrollo del mismo se pueda formalizar la reanudación de la ejecución del contrato en cuestión. En caso contrario procederemos a analizar las alternativas jurídicas que necesariamente deberá adoptar el ministerio para preservar los recursos vinculados a la reparación de la draga, asegurar las condiciones de conservación y operación de la misma y garantizar la continuidad del mantenimiento del canal de acceso al Puerto de Barranquilla. Folios 152 a 154 del cuaderno 1 del 45969.

-. Nuevamente el 30 de marzo de 1999, el Ministerio de Transporte envió comunicación a Dragacol en la que manifestó que, desde el 8 de marzo de 1998 se le había requerido para suscribir el acuerdo de reanudación del contrato 01 de 1998, sin recibir respuesta alguna, por lo que, una vez más, procedía a citar a esa sociedad para que el 5 de abril se reunieran con el fin de suscribir el respectivo consenso.

Indicó que su no comparecencia afectaba en forma grave el cumplimiento del contrato, habida cuenta de que el programa de reparaciones se definió en su oportunidad y de acuerdo con lo convenido en el acta de suspensión del 5 de mayo de 1998, se imponía su reanudación y se rechazaba para ese efecto cualquier condicionamiento ajeno al estricto cumplimiento de las obligaciones a cargo de Dragacol y agregó:

De no prestar su concurso para la atención de esta nueva solicitud, entendemos que su voluntad inequívoca es la de negarse a cumplir con los compromisos contractuales quedando a su cargo de la sociedad contratista la plenitud de los efectos legales y económicos pertinentes, sin perjuicio que le asiste a este Ministerio de solicitar a su garante el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Folios 155 a 156 del cuaderno 1 del 45969.

-. En respuesta, el 5 de abril de 1999 Dragacol envió oficio al Ministerio en el que sostenía que no era cierto que durante los cinco meses anteriores esa entidad hubiera presentado programa alguno de reparaciones ni de operaciones y tampoco que el contratista se hubiera abstenido de mostrar su disposición para reanudar la ejecución del contrato, pues suministró la información técnica y operatividad referente a la calidad y cantidad de reparaciones.

Manifestó que el ministerio es la entidad responsable de la suspensión del contrato y el continuado estado de inactividad que se encuentra el contrato no obstante que Dragacol solicitó la reanudación y haber informado a la entidad sobre los costos de *stand by*. Señaló que el contrato le imponía obligaciones a la entidad de las que no podía sustraerse y que cualquier documento de reanudación debía ser producto del acuerdo de voluntades y no de unilateralidades que el contratista no iba a aceptar. Informó que asistirían a la reunión del 5 de abril de 1999 Folios 157 a 159 del cuaderno 1 del 45969.

-. El 15 de abril de 1999, Dragacol manifestó al Ministerio que, en el desarrollo de la reunión sostenida ese día, ese ente había presentado un documento de acuerdo que distaba de los compromisos que a lo largo de las negociaciones para reanudar el contrato 010 de 1998 habían planteado las partes. Indicó que se encontraron, entre otras, las siguientes diferencias: i) no se manifestó que el ministerio había considerado que los costos de *stand by* se debían tomar por analogía del contrato 011; ii) no se indicaron las cantidades en que se estima el valor diario del *stand by*; iii) no se contempló que las partes acordaban llevar a arbitramento técnico el reconocimiento por concepto de *stand by*. Argumentó que, si el ministerio introducía en el documento los acuerdos logrados en reuniones pactadas, sería posible continuar con la ejecución del contrato. Folios 160 a 163 del cuaderno 1 del expediente 45969.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

presentado por la tenencia y conservación de la draga Bocas de Ceniza y la necesidad de que fueran reconocidos los respectivos costos como condición para continuar con las labores de reparación. Aun cuando en un primer momento el ente contratante consideró que podía reconocerse esa solicitud aplicando analógicamente los valores del contrato 011 de 1998, con posterioridad, con apoyo en documentos técnicos resultantes de las inspecciones realizadas a la máquina, estimó que, en realidad, no se había configurado un *stand by* sino costos de vigilancia técnica que correspondían a una cifra muy inferior a la solicitada por Dragacol.

Adicionalmente, la contratista, si bien gestionó algunas inspecciones de la draga para obtener los certificados de la clasificación de la casa Lloyds Register, se abstuvo de pagar el valor de su realización a esa firma, bajo el argumento de que su costo debía ser asumido por el Ministerio, respecto de lo cual la interventoría conceptuó que tales rubros ya se hallaban cubiertos con el porcentaje del pago anticipado desembolsado a la contratista, por lo que esta debía pagarlos a la casa clasificadora.

En ese escenario de concertación, el que, se recuerda, tuvo lugar mientras el contrato se hallaba en estado de suspensión, el Ministerio de Transporte argumentó que solo tenía los recursos asignados al contrato para su reactivación y que debían priorizarse las reparaciones necesarias para la puesta en funcionamiento de la máquina, así como también los trabajos para la renovación de los certificados de la casa clasificadora Lloyds Register.

Con sustento en esa argumentación, el ente contratante honró el compromiso pactado en el acta de suspensión, en el sentido de poner a consideración de Dragacol el programa de reparaciones, en el que propuso cubrir las siguientes actividades por los valores enunciados:

ITEM	DESCRIPCIÓN	VALOR
1	TRABAJOS PARA RENOVACIÓN CERTIFICADOS LLOYDS	\$271'487.462
2	TRABAJOS PARA REPARACIÓN BRAZOS DE DRAGADOS BABOR ESTRIBOR	\$431'210.0000
3	TRABAJOS PARA COMPLETAR PREDIQUE	\$212'586.297
	TOTAL	\$861'283.759

Además de lo anterior, indicó que en tanto no existía acuerdo respecto de los valores reclamados por concepto de *stand by*, resultaba viable someter esa discusión a un arbitramento técnico, lo que no obstaba para levantar la suspensión en los términos



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

propuestos en el programa de reparaciones y continuar con el cumplimiento del objeto contratado.

Dragacol S.A. consideró que esa propuesta no era aceptable, por no cubrir los costos de *stand by* generados desde el inicio de la suspensión y cuya causación, en su criterio, era de entera responsabilidad del Ministerio y advirtió que solo adelantaría las labores de mantenimiento necesario concernientes al concepto de *stand by*.

Ante la renuencia de Dragacol para acordar los términos del levantamiento de la suspensión del contrato 010, el Ministerio lo requirió en varias oportunidades para que reanudara su cumplimiento, sin obtener el consenso de la contratista, la que aducía que el ente público no había reconocido en el documento de propuesta de acuerdo las negociaciones adelantadas y que mientras no lo hiciera no reiniciaría la ejecución del contrato. Los puntos que, según la contratista, el ministerio se abstuvo de introducir en el acuerdo, versaron, principalmente, sobre el reconocimiento del *stand by*.

4.1.5. La declaratoria de caducidad del contrato 010 de 1998

Está demostrado en el proceso que, luego de varios requerimientos elevados por el ente contratante para que Dragacol S.A. prestara su consentimiento para levantar la suspensión que desde el 15 de mayo de 1998 pesaba sobre el contrato 010 de 1998, sin lograrlo, mediante Resolución 00787 del 3 de mayo de 1999, el Ministerio de Transporte declaró la caducidad del contrato 010 de 1998 y la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, así como del siniestro vinculado al amparo del pago anticipado, cubierto por la garantía única G U0100664408, expedida por Confianza S.A.; ello, con fundamento en las siguientes motivaciones:

A pesar de que el 4 de marzo de 1998 se había desembolsado la suma de \$749'999.999 en favor de Dragacol, a título de pago anticipado, la contratista, durante el tiempo de ejecución del negocio hasta su suspensión acordada el 15 de mayo de 1998, solo ejecutó \$24'100.000, equivalente al 1.6% del valor del contrato.

Luego de referirse a lo ocurrido durante la ejecución del contrato, a sus suspensiones y a la conducta de la contratista frente a las solicitudes de reanudación, advirtió que el Ministerio desestimó las reclamaciones de la contratista sobre los costos de *stand by*, pero que, en cumplimiento de las normas de



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

contratación pública y en orden a solucionar de forma ágil las controversias, examinó las fórmulas de arreglo sobre la base de reanudar el contrato con fundamento en la programación y cronograma definidos previamente y planteó que la controversia sobre costos de *stand by* fuera definida a través de un arbitramento técnico. Precisó que, pese a ello, la contratista no se pronunció oportunamente, con lo cual dilató el reinicio de las actividades.

Señaló que la contratista observó en todo momento conductas dilatorias frente a las actuaciones de la entidad para la reiniciación del contrato, teniendo en consideración que en el acta de suspensión se condicionó su levantamiento exclusivamente a la presentación por parte del Ministerio del nuevo programa de reparaciones y cronograma de ejecución, compromiso que la Administración cumplió cabalmente, sin que Dragacol hubiera honrado su deber de colaboración para que el objeto contratado se cumpliera.

Adicionalmente, consignó (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Que de acuerdo con lo estipulado en el numeral 5 de la cláusula séptima del contrato 010 de 1998, el contratista está obligado a verificar que la draga se encuentre debidamente clasificada y según el numeral 13 de la misma cláusula debe coordinar las inspecciones de prueba para la clasificación de la draga.

Que como consecuencia de la conducta dilatoria y evasiva de la sociedad contratista, es evidente que ha incurrido en el incumplimiento de las obligaciones mencionadas en el párrafo precedente, toda vez que por causa de dicha conducta la draga no ha podido ser reparada y se encuentra en estado de deterioro lo cual ha implicado el vencimiento de varios de los certificados de clasificación de la nave, afectando gravemente las condiciones para su operación y por lo tanto, la prestación del servicio de dragado del canal de acceso al puerto de Barranquilla que era un servicio público a cargo de la Nación”.

(...).

Que de conformidad con las anteriores consideraciones se hace evidente la conducta dilatoria asumida por el representante legal de Dragacol S.A. y el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la mencionada sociedad que afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato No. 00010 de 1998, evidenciando claramente que ello ha conducido a la paralización del contrato, es decir, que tal conducta ha impedido y continúa obstaculizando su cumplida ejecución, aspectos fácticos que se adecuan a los presupuestos normativos previstos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. (...).

Que para el efecto, debe tenerse en cuenta que el Ministerio de Transporte cumplió con las obligaciones a su cargo derivadas de lo pactado en el mencionado contrato, esto es, entre otros aspectos, entregó oportunamente el



Expediente: Acumulados 45969 y 32907
Actor: Dragacol S.A. y otra
Demandado: Nación – Ministerio de Transporte

pago anticipado, suministró el nuevo programa de reparaciones y su respectivo cronograma, solicitó la suscripción de documentos para la reanudación de la ejecución del contrato, frente a lo cual la sociedad contratista persistió en observar una conducta permanente dilatoria y evasiva de sus obligaciones y deberes legales y contractuales”.

En Resoluciones 01533 del 22 de julio de 1999 y 01564 del 23 del mismo mes y año, el Ministerio desató los recursos de reposición interpuestos por Dragacol y la aseguradora en contra de la declaratoria de caducidad, respectivamente, confirmándola en su integridad.

4.1.6. La liquidación unilateral del contrato 010 de 1998

Se probó en el proceso que, como consecuencia de la declaratoria de caducidad, mediante oficio del 15 de septiembre de 2000, la entidad demandada procedió a remitir el acta de liquidación de mutuo acuerdo del contrato 010 de 1998 a Dragacol para su revisión, ante lo cual esa sociedad, a través de comunicación del 13 de octubre de 2000, manifestó no prestar su consentimiento para su firma por no ajustarse a la realidad contractual.

Acto seguido, el Ministerio de Transporte liquidó unilateralmente el contrato 010 de 1998, teniendo como aspectos determinantes del balance final de cuentas los siguientes:

<i>Valor ejecutado del contrato</i>	<i>\$24'100.000</i>
<i>Pagos efectuados a título de pago anticipado</i>	<i>\$749'999.999</i>
<i>Saldo a favor del Ministerio</i>	<i>\$725'899.999</i>
<i>Suma actualizada desde la fecha en que se realizó el pago anticipado (marzo de 1998) a la fecha de liquidación (febrero de 2001).</i>	<i>\$960'562.901</i>
<i>Valor de publicación en el diario oficial pagada por el Ministerio el 8 de septiembre de 1999</i>	<i>\$260'000</i>
<i>Saldo a favor del Ministerio de Transporte</i>	<i>\$960'822.901</i>

Finalmente, la Sala precisa que aunque en la demanda del expediente 2001-00546 (45969) la parte actora invocó la nulidad de la Resolución 02502 del 10 de abril de 2001, por la cual el Ministerio de Transporte declaró la ocurrencia del siniestro vinculado al pago de salarios y prestaciones sociales, cubierto por la póliza GU0100664408 expedida por Confianza S.A. y de aquella que por vía de reposición la confirmó, la Sala no se referirá a los hechos acreditados en relación con ese aspecto, toda vez que en los recursos de apelación que corresponde decidir nada se dijo acerca de la ilegalidad de esas decisiones, por lo que cualquier análisis sobre



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

su contenido, en aplicación del principio de congruencia, escapa a la competencia del juez de segunda instancia.

4.2. Análisis de los cargos de la apelación de los expedientes 2000-01903 y 2001-00546 (45969)

Respecto de los cargos de apelación formulados por Dragacol S.A y la aseguradora Confianza S.A. contra la sentencia del 14 de junio de 2012, la Sala advierte que, en resumen, se dirigen a atacar la legalidad de la Resolución 0787 del 3 de mayo de 1999, contentiva de la declaratoria de caducidad del contrato 010, con argumentos que se concentran en cuestionar las razones por las cuales el *a quo* consideró que el acto acusado no adolecía de nulidad por infracción de las normas en que debió fundarse, falsa motivación, desviación de poder y vulneración al debido proceso.

En ese orden procederá la Sala a desatar cada uno de ellos:

4.2.1. La excepción de contrato no cumplido

Frente a la excepción de contrato no cumplido invocada por Dragacol, luego de referirse a las pruebas obrantes en el proceso, el tribunal consideró que el Ministerio de Transporte no desatendió sus obligaciones contractuales, dado que durante varios meses manifestó su voluntad de reanudarlo, siendo Dragacol la que se resistió a su reinicio hasta tanto le fuera reconocida la situación de *stand by* reclamada, la que, en criterio del Ministerio, no se había producido y, en cambio sí se habían dejado de realizar las reparaciones encomendadas, a pesar de que la contratista tenía el 50% del pago anticipado, incluidos los gastos reembolsables por concepto de la certificación de la draga.

En desacuerdo con lo anterior, Dragacol S.A. en su recurso de apelación sostuvo que, al resolver la excepción de contrato no cumplido, el tribunal no tuvo en consideración que el Ministerio debió hacer uso de las facultades excepcionales de terminación, interpretación y modificación del contrato y que, al haber manifestado su voluntad de reanudar el contrato, lo propio era que la entidad dictara un acto administrativo suprimiendo obras o servicios para evitar la paralización del contrato. Agregó que el Ministerio incumplió el contrato, por cuanto, según el acta de suspensión del 15 de mayo de 1998, ese ente debía definir las reparaciones y el tiempo para efectuarlas a través de acto administrativo de modificación, lo cual no aconteció.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado:	Nación – Ministerio de Transporte

En orden a resolver este cargo de la apelación, la Sala parte de precisar que, en efecto, no obstante que en la demanda presentada por Dragacol S.A uno de los cargos en que se sustentó la excepción de contrato no cumplido consistió en que el Ministerio de Transporte no promovió el cumplimiento de los fines estatales, al omitir introducir en el contrato modificaciones a través de acto administrativo para viabilizar las reparaciones de la draga y procurar la satisfacción del objeto contractual, el tribunal no emitió pronunciamiento concreto sobre ese aspecto, silencio que impone a esta Sala decidir ese punto insoluto de la controversia.

Aclarada esa cuestión, es relevante poner de presente que la excepción de contrato no cumplido se encuentra desarrollada en el artículo 1609 del Código Civil, de conformidad con el cual, *“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”*.

Sobre la presencia de esta figura en el terreno de la actividad comercial del Estado, el Consejo de Estado ha sostenido:

En otras palabras, el contratista presentó la excepción de contrato no cumplido para demostrar que el no-cumplimiento no le era imputable y, por tanto, jurídicamente no existió un incumplimiento. Esto haría que el acto de declaratoria de caducidad, fundado en un incumplimiento del contratista, hubiera sido expedido mediante falsa motivación. La jurisprudencia de esta corporación ha aceptado la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en materia de contratos estatales. Sin embargo, se ha condicionado, entre otros, a que el incumplimiento de la entidad contratante genere una imposibilidad razonable de cumplir con la obligación, pues el contratista está obligado a cumplir con sus obligaciones así se presente un incumplimiento que no impida la ejecución del contrato¹⁷.

En materia de contratación estatal no cualquier desatención obligacional de la entidad tiene la virtualidad de situar en estado de incumplimiento al contratista o de conjurarlo. Ello obedece a que, en atención al fin público que se encuentra ínsito en la suscripción de un contrato estatal, el contratista debe procurar satisfacer su objeto en las condiciones inicialmente convenidas, a menos que, en realidad, el apartamiento de las obligaciones a cargo de la entidad lo lleven a un estado de imposibilidad material de cumplirlo, supuesto que en este caso no acaeció.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, exp. 1999-01606-02, 11 de octubre de 2021, C.P. Alberto Montaña Plata.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Al respecto, debe ponerse de presente que no existe coherencia entre la excepción de contrato no cumplido propuesta y el argumento en que se pretende sustentar su configuración, pues la verdad es que la accionante no está admitiendo que su incumplimiento hubiere sido consecuencia directa del incumplimiento previo de su contraparte y que hubiera sido esta la que la hubiera llevado a apartarse de la satisfacción de sus deberes; lo que alegó, por vía de otro cargo de nulidad que será retomado luego, es que la contratista no estaba en mora de atender sus compromisos negociales, en tanto el contrato se hallaba suspendido.

Encuentra la Sala que la obligación que se alega como incumplida en fundamento de la excepción propuesta no fue contraída por el Ministerio y que, bajo la eventual comprensión de que habría resultado connatural al clausulado contractual, tampoco se le imponía por mandato de la ley acatarla, premisa que, aunque no se corresponde con el contenido sustancial de la *exceptio non adimpleti contractus*, será analizada, en aplicación del principio constitucional que indica la prevalencia de la sustancia sobre la forma.

Afirma Dragacol que la entidad incumplió el acuerdo por no aplicar la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato prevista en la Ley 80 de 1993 y que, en su criterio, debía haber adoptado para introducir cambios en las condiciones de las reparaciones previamente convenidas.

Al respecto, la Sala estima que, si bien la alternativa sugerida por la actora como camino que ha debido tomar la Administración, eventualmente habría resultado procedente en caso de que se reunieran los supuestos normativos para seguir esa dirección, lo cierto es que constituye un alegato que riñe abiertamente con la actitud revelada por la contratista durante plazo de ejecución contractual y pone en tela de juicio la buena fe que se le exige en sus relaciones negociales.

Para sustentar la anterior censura, la Sala encuentra inadmisibles que Dragacol S.A. en sede judicial esgrima que la entidad estatal dejó de hacer uso de las potestades excepcionales *-específicamente de la modificación unilateral del contrato-* de las que la dotó el legislador para garantizar la continuidad de la prestación del servicio contratado, y en el escenario de la ejecución contractual hubiera sostenido todo lo contrario, al advertir al Ministerio que no se aceptaría la imposición unilateral de nuevas condiciones para reanudar la ejecución el contrato.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Se observa sobre este aspecto que, el 5 de abril de 1999, Dragacol envió oficio al Ministerio en el que sostenía que esa entidad era la responsable de la suspensión del contrato y el continuado estado de inactividad en que se hallaba, a lo que añadió que el negocio le imponía obligaciones a la entidad de las que no podía sustraerse y que cualquier documento de reanudación debía ser producto del acuerdo de voluntades y no de unilateralidades que la contratista no iba a aceptar¹⁸.

En atención a ese panorama, la Sala encuentra ajustada a derecho la decisión del Ministerio de Transporte de declarar la caducidad del contrato. Era claro que, ante la reiterada renuencia del contratista a reanudar las actividades encaminadas al cumplimiento del contrato 010 de 1998, consecuentemente persistiría la situación de parálisis en que se hallaba su ejecución, incluso en el evento de que el Ministerio optara por modificarlo unilateralmente, porque así se lo advirtió Dragacol en su misiva.

La Sala considera que resultó razonable y proporcional la decisión adoptada, de cara a la realidad imperante frente a la indeterminación del rumbo contractual, por falta de voluntad del contratista para proseguir con el cumplimiento de su objeto y a sus advertencias de que no aceptaría decisiones unilaterales de la Administración.

De la mano de lo dicho, cabe destacar que el compromiso adquirido al suscribir el acta del 15 de mayo de 1998 por el Ministerio de Transporte, en orden a cesar la situación de suspensión del contrato 010 de 1998, se contrajo a presentar una reprogramación de las reparaciones y el tiempo para efectuarlas, carga que fue satisfecha el 11 de noviembre de 1998, fecha en que la entidad puso a disposición de Dragacol el nuevo esquema de reparaciones de la draga Bocas de Ceniza, con el fin de buscar la reactivación del contrato 010 de 1998.

Se recuerda que en esa oportunidad el Ministerio estimó imperioso dar prioridad a los trabajos requeridos para la renovación de los certificados de clasificación de la casa Lloyds, trabajos para reparación de brazos de dragados babor estribor y a las actividades para completar el predique.

Cuestión distinta es que, no obstante que el Ministerio cumplió con lo estipulado en el acta de suspensión, Dragacol decidió abstenerse de reanudar la ejecución del contrato, excusándose en la falta de reconocimiento de unos rubros por concepto

¹⁸ Folios 157 a 159 del cuaderno 1 del expediente 45969.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

de *stand by* que, en primer lugar, nunca fueron acordados entre las partes, por lo que su falta de reconocimiento, en manera alguna podría atribuirse al Ministerio a título de incumplimiento y, en segundo lugar, su causación tampoco invadió la órbita de responsabilidad del contratante, por razones que serán explicadas en posterior apartado.

En conclusión, la Sala no encuentra asidero en el cargo formulado, en cuanto la excepción de contrato no cumplido que se alega, fundada en el hecho de que el Ministerio no ejerció debidamente la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato.

4.2.2. Sobre la declaratoria de caducidad cuando el contrato se encontraba en estado de suspensión y el incumplimiento del Ministerio de Transporte en el pago del *stand by*

El tribunal de primera instancia estimó que, si bien la caducidad del contrato solo podría declararse mientras se hallara en ejecución, era cierto igualmente que no podía estar suspendido indefinidamente. Dicho esto, advirtió que el Ministerio desplegó todas las diligencias para su reanudación, encontrándose en todo momento con la renuencia de Dragacol.

En desacuerdo con lo anterior, Dragacol sostuvo que no resultaba válido declarar la caducidad del contrato que se encontraba suspendido, menos cuando era al ministerio al que le correspondía cesar la suspensión, a través de la definición de las reparaciones a realizar y el tiempo para efectuarlas, según había quedado acordado en el acta de suspensión. Alegó que la suspensión por mutuo acuerdo impedía que fuera sujeto de declaratoria de caducidad, ya que en ese lapso no podía predicarse un incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes.

A su turno, y con el argumento que tiene relación con el expuesto por el contratista, la aseguradora indicó en su impugnación que Dragacol no incurrió en incumplimiento, pues se demostró que fue su voluntad siempre la de reanudar su ejecución, y que la Administración indujo las circunstancias en que fundó la sanción impuesta.

En orden a resolver este cargo, la Sala precisa que, en efecto, la declaratoria de caducidad se adoptó cuando el contrato se hallaba suspendido por acuerdo entre las partes, suspensión que tuvo lugar desde el 15 de mayo de 1998, sin que hubiese existido consenso para su levantamiento.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Dicho esto, cabe recordar que la potestad excepcional de caducidad del contrato, regulada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, subordina su procedencia a que se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que puede conducir a su paralización.

Al tenor de este postulado, el contrato debe encontrarse dentro del plazo de ejecución para ser objeto de declaratoria de caducidad, dado que, de lo contrario, su decreto haría nugatorio el fin perseguido por el legislador.

En atención a ese contexto, la Sala considera que el hecho de que el contrato hubiera estado suspendido por acuerdo de las partes en la época en que se profirió el acto acusado no afecta su validez, en cuanto no desdibuja la existencia de los supuestos normativos establecidos por el legislador para la procedencia de la aplicación de esa cláusula excepcional, según pasa a explicarse:

Como se viene de exponer, el levantamiento de la suspensión se supeditó a la condición de que el Ministerio presentara una reprogramación de las reparaciones, lo cual fue cumplido el 11 de noviembre de 1998, por lo que cesaron desde entonces los supuestos fácticos que, según el mismo consenso de los extremos negociantes, dieron lugar a su pausa. Esta consideración, de entrada, desvirtúa por completo el alegato de la apelante en cuanto se refiere a la supuesta omisión del Ministerio en definir el nuevo cronograma de las reparaciones requeridas para reanudar el negocio.

Le asistía entonces a Dragacol el deber de activar la ejecución de las obligaciones a su cargo, sin que resultara admisible endilgarle a su cocontratante el incumplimiento de reconocimientos económicos que no habían sido estipulados y que, por tanto, no hacían parte del acuerdo contractual ni del acta de suspensión.

Es por eso que, aunque el contrato se hallara suspendido, el negarse a la continuación de su ejecución, sin que mediara un fundamento jurídico o fáctico válido, se tradujo en que Dragacol se situó, *motu proprio* y no por inducción del Ministerio -como lo afirma Confianza S.A.-, en un estado de incumplimiento grave de sus obligaciones principales y en una flagrante desatención del deber de colaboración con la administración pública que pesaba sobre aquella.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Distinto a lo afirmado en la apelación por Dragacol y por la aseguradora, la intención de la contratista, porque así lo manifestó en múltiples ocasiones en la correspondencia cruzada con el Ministerio, era mantener el contrato en estado de suspensión hasta tanto la entidad accediera a sus aspiraciones económicas que, además de resultar infundadas, no podían utilizarse como un instrumento de constreñimiento a la Administración para impedir el cumplimiento del objeto convenido y amenazar su parálisis de forma indefinida.

En ese punto la Sala estima necesario profundizar acerca de las razones por las cuales se considera que las reclamaciones por concepto de *stand by* elevadas por Dragacol S.A. ante el Ministerio resultaban infundadas y carecían de asidero para oponerse válidamente a la reanudación de las actividades por parte de la contratista.

Se recuerda al respecto que en varias ocasiones Dragacol advirtió al Ministerio que era su obligación reconocer los costos de *stand by*, pues la suspensión del contrato se había dado por causas que comprometían la responsabilidad de esa entidad.

Para la Sala, el fundamento sobre el cual la contratista edificó la solicitud resulta errado y contrario a la realidad contractual que justificó la decisión de suspenderlo, adoptada el 15 de mayo de 1998.

Pretende Dragacol, con ese argumento, desconocer que la causa principal y exclusiva que llevó a la suspensión del negocio jurídico fue el deterioro de las condiciones técnicas de la draga Bocas de Ceniza, determinado por la ejecución simultánea de los contratos 010 y 011, ambos celebrados entre el Ministerio de Transporte y Dragacol S.A. El primero suscrito para reparar la draga y el segundo para realizar labores de dragado con ella. Esta situación condujo a que, por la constante utilización paralela de la draga, esta máquina sufriera un deterioro que demandó la necesidad de realizar reparaciones con mayor frecuencia en desarrollo del objeto del contrato 010 -sin que con ello se desbordara el objeto del contrato-, y al cese de actividades mientras esto se definía.

Encuentra la Sala que Dragacol S.A. tuvo una participación activa y consciente en los hechos desencadenantes que gestaron la causa de la suspensión del contrato 010 1998 durante la cual se produjeron los supuestos costos de *stand by* en la conservación de la draga.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

No resultaba imprevisible para Dragacol, como sociedad experta en el manejo de la máquina y en las labores de dragado, que por cuenta de la ejecución simultánea del contrato 011, tal circunstancia acarrearía una alteración en sus condiciones técnicas que, eventualmente, incidirían negativamente en el estado financiero del contrato 010, ora por aumento de sus costos o por presentarse una situación de suspensión como la efectivamente acaecida.

Con todo, aun siendo consciente de esta circunstancia, Dragacol S.A. convino libremente suscribir el contrato 011, para, según lo sostuvo en la demanda, “*ser ejecutado simultáneamente con el contrato 010 con la expectativa de utilidades que debían ser protegidas y garantizadas por el Estado*”, pero sin contemplar el impacto nocivo que ello traería en el cumplimiento de este último, con lo cual la Sala advierte que asumió autónomamente el riesgo que esta situación entrañó, no siendo posible por esas circunstancias atribuir al Ministerio responsabilidad en su causación.

Ahora, incluso en el evento de reconocer que el Ministerio contribuyó coetáneamente en las causas que produjeron la suspensión del contrato, en razón a la falta a su deber de planeación por disponer la ejecución simultánea de los contratos 010 y 011 a sabiendas de las consecuencias adversas que ello entrañaría, tampoco en ese supuesto la Sala considera excusable que Dragacol se hubiera negado a reanudar las actividades en desarrollo del objeto del contrato 010 de 1998, so pretexto de que su contratante debía previamente reconocer los costos de *stand by*.

No puede olvidar la demandante que para el momento en que se produjo la suspensión, ya el Ministerio había desembolsado en favor de Dragacol S.A. el 50%, equivalente a \$749'999.999 del pago anticipado, monto del cual solo se demostró una ejecución de \$24'100.000, equivalente al 1.6% del valor del contrato. Se desconoce en qué invirtió la contratista el resto de la suma entregada, ya que, de acuerdo con lo advertido por Dragacol en oficios del 28 y 31 de agosto de 1998, mientras el contrato estuviera suspendido no haría ninguna gestión atinente a la clasificación de la draga Bocas de Ceniza y tampoco continuaría ejecutando actividades que no correspondieran al concepto de *stand by*.

Al lado de lo anterior, es importante tener presente que el interés general que envuelve la contratación del Estado no puede reducirse a un simple postulado constitucional que no trascienda del ámbito de lo abstracto. Necesariamente debe materializarse de manera real y efectiva en las dinámicas de la gestión pública en



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

coordinación con la colaboración de los particulares que fungen como sus contratistas.

Esta Sala ha sostenido que, aun cuando en el marco de la contratación privada la abstención de un extremo contractual en el cumplimiento de sus obligaciones faculta a su cocontratante a observar la misma conducta sin que se constituya en mora, *“una situación muy distinta a las reglas que acaban de enunciarse se presenta en la esfera de la contratación estatal en donde el interés lucrativo privado o particular que motiva al colaborador de la Administración a sostener con ella una relación obligacional, debe ceder ante la satisfacción del interés general que justifica la celebración del respectivo contrato”*¹⁹.

En torno a esta cuestión se ha precisado por la jurisprudencia de esta Corporación que la anterior premisa no constituye un desconocimiento de la expectativa legítima del contratista de percibir el correspondiente rédito por la obra ejecutada, el servicio prestado o el bien entregado, cuyo reconocimiento podrá ser solicitado directamente a la entidad contratante y, ante su negativa, podrá acudir a los mecanismos judiciales dispuestos por el ordenamiento para la defensa de su justo interés patrimonial.

Con todo, a la par de lo anotado ha considerado igualmente el Consejo de Estado que:

*Sin embargo, el contratista en modo alguno se encuentra facultado para anteponer su pretensión económica frente a la satisfacción del interés público que condujo a la suscripción del contrato estatal, ni para abstenerse de ejecutar el objeto del contrato hasta tanto la entidad acceda a su solicitud, en cuanto admitir ese proceder iría en contravía de los principios que gobiernan la actividad contractual del Estado*²⁰ (subraya la Sala).

Luego de acompasar esta postura jurisprudencial con los hechos relatados en precedencia, resulta reprochable para esta Sala la conducta cómoda de Dragacol, contratista que se apartó por entero de su rol como colaboradora de la Administración y desatendió la seriedad y compromiso ligados a la celebración de un contrato que entrañaba una finalidad pública.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 9 de septiembre de 2015, exp. 45088, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

²⁰ Ibidem.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

En este caso, la demandante antepuso de manera permanente la satisfacción de su pedimento económico, olvidándose de que, mientras lo hacía, el interés colectivo envuelto en el contrato 010 de 1998 se vio truncado gracias a su parálisis, motivo suficiente para considerar que el dicho de la apelante, relativo a que la inejecución de la actividad fue producto de la actuación del Ministerio, es a todas luces infundado.

Por las razones expuestas, los cargos relacionados con la inviabilidad de declarar la caducidad durante la suspensión del contrato y con que fue el Ministerio el que incurrió en incumplimiento en el pago del *stand by* no tienen vocación de prosperidad.

4.2.3. Sobre la ruptura del equilibrio económico como causa generadora de la falta de reanudación del contrato por parte de Dragacol S.A.

El fallador de primer grado argumentó que no era de recibo sostener que se rompió el equilibrio económico por haber realizado labores de dragado simultáneamente con las reparaciones contratadas, teniendo en cuenta que fue Dragacol S.A. con su voluntad la que suscribió el contrato 011 de 1998 con aquel objeto, por lo que la causa de la supuesta ruptura de la ecuación contractual no le resultaba ajena a su voluntad. Sumó a lo anotado que, aun cuando en la ejecución del contrato 010 de 1998 se presentaron situaciones que obligaron a cambiar el cronograma de reparaciones que se había pactado, nunca se mencionó que esto implicaría nuevos costos o que se variaría el precio del contrato. Explicó que, al estar en poder de la contratista el 50% del pago anticipado, con ello se cubrían los costos de las nuevas reparaciones hasta tanto se estableciera que estas sobrepasaran el precio pactado.

En su impugnación, la sociedad demandante censuró la sentencia por dejar de lado el hecho de que la entidad desconoció los derechos de la contratista a recibir su remuneración y a que se conservara el equilibrio económico del contrato a punto de no pérdida cuando este se fracturara, como, afirmó, ocurrió en este caso, en el que se desbalanceó por la ocurrencia de una situación imprevista y no por razones imputables a Dragacol S.A., como lo sostuvo el *a quo*.

De la confrontación de los fundamentos fácticos y jurídicos en que se basó la sentencia para resolver ese cargo y las razones de oposición esgrimidas en el recurso, se revela la insatisfacción del deber de sustentación de la apelación.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Como se advierte, el reparo expresado en contra de la decisión del *a quo* no atacó directamente la fundamentación de sus conclusiones, en las cuales advirtió que: **i)** no se fracturó el equilibrio económico porque la contratista contribuyó con su conducta a las labores de dragado que afectaron la economía del contrato 010, al suscribir voluntariamente el contrato 011, por lo que no se evidenciaba una circunstancia imprevista que hubiera desbalanceado financieramente el convenio génesis de la controversia; **ii)** la variación del estado técnico de la draga Bocas de Ceniza no llevó a que las partes modificaran el precio del contrato, por lo que este se mantuvo inalterable; **iii)** Dragacol recibió el 50% de pago anticipado, monto con el que se cubrían las reparaciones acordadas.

Contra lo anterior, la apelante simplemente se limitó a asegurar que el Ministerio desconoció su derecho a recibir la remuneración pactada y que el contrato se desbalanceó por una circunstancia imprevista, sin mencionar a cuál circunstancia se refería, sin ofrecer razones que sustentaran su inconformidad ni replicó el razonamiento de la primera instancia para su negativa, dinámica argumentativa que devela la inexistencia de cargos concretos de inconformidad frente a las consideraciones expuestos por el *a quo* en el fallo apelado en ese preciso aspecto.

Por lo anterior, este cargo de la apelación no está llamado a prosperar.

4.2.4. Sobre la desviación de poder al declarar la caducidad del contrato 010

Respecto de la desviación de poder, estimó la primera instancia que el Ministerio utilizó su poder exorbitante para procurar el interés general y preservar el patrimonio público, a lo que agregó que no vislumbró arbitrariedades en las ocasiones en las que se suspendió el negocio, menos aún, en consideración a que estas fueron el resultado de ejecutar simultáneamente los contratos 010 y 011 suscritos entre las mismas partes.

El *a quo* consideró que el material probatorio revelaba que el ente contratante declaró la caducidad porque, pese a todos los requerimientos para que la contratista reanudara actividades, este se abstuvo y advirtió que no estaba demostrado en el proceso que el Ministerio hubiera cedido ante presiones políticas o de otra índole, como tampoco que por esas causas hubiera decidido ejercer la potestad excepcional.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Confianza S.A., en su recurso, reiteró que el temor provocado por el “escándalo de Dragacol” fue lo que llevó al Ministerio a adoptar la decisión censurada.

Al cotejar los argumentos en que se basó la negativa de este cargo dispuesto por la primera instancia y lo alegado en el recurso de apelación, nuevamente esta Corporación echa de menos el cumplimiento de la carga de sustentación del recurso.

La aseguradora se circunscribe a reiterar, en idénticos términos, lo sostenido en la demanda respecto de la existencia del “escándalo de Dragacol”, sin señalar en cuáles pruebas basa su dicho, como evidencia indicativa de que la intención del Ministerio se desvió del fin público perseguido con la implementación de la potestad excepcional, ni rebatir la escasez del material probatorio que el *a quo* puso de presente a la hora de examinar ese aspecto.

Tampoco ofreció argumentos de discrepancia respecto de la consideración del tribunal, según la cual lo demostrado frente a la voluntad del ministerio que impulsó la declaratoria de caducidad fue que se produjo para preservar el interés general.

Con base en la ausencia de sustentación de la apelación en este punto, el cargo será despachado desfavorablemente.

4.2.5. La obligación de aplicar y respetar el derecho fundamental al debido proceso del contratista y la aseguradora en el marco de la declaratoria de caducidad del contrato 010 de 1998

Al pronunciarse sobre la causal de nulidad de violación al debido proceso invocada tanto por Dragacol S.A. como por Confianza S.A. en su demanda, el fallador de primer grado precisó que la entidad podía ejercer sus prerrogativas exorbitantes sin que la aseguradora pudiera hacer objeciones previamente a la declaratoria de ocurrencia del siniestro, puesto que, para ello, contaba con la vía gubernativa y la judicial en caso de desacuerdo.

Con base en lo expuesto, sostuvo que no podía alegarse la violación al debido proceso por no haber permitido a la aseguradora ni a la contratista controvertir la actuación administrativa previa que dio lugar a la declaratoria de caducidad, porque su oportunidad de defensa se le concedió a través de los recursos procedentes.

En discrepancia con esas consideraciones, la aseguradora Confianza S.A., en su escrito de impugnación, manifestó que el tribunal incurrió en error al considerar que



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

la entidad estaba exenta de convocar y garantizar la participación de la contratista en el procedimiento previo que debía anteceder la declaratoria de caducidad, tesis que contrariaba las posturas que sobre el particular han adoptado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Afirmó que la actuación de la Administración no atendió las normas que regían las actuaciones administrativas contenidas en el CCA, que imponían el respeto de los derechos de los interesados a conocer y controvertir los hechos y pruebas que se le ponían de presente y a practicar aquellas que los desvirtuaran, máxime en atención al carácter sancionatorio que revestía la decisión acusada.

Alegó que, contrario a lo esgrimido por el *a quo*, no bastaba con que las decisiones acusadas fueran motivadas y notificadas para que los particulares agotaran los recursos, siendo necesaria su intervención en la etapa previa a la producción del acto.

En ese sentido, la recurrente explicó que el Ministerio no informó a la aseguradora sobre la situación de incumplimiento de su asegurado ni la convocó para que ejerciera su defensa antes de proferir la decisión, ni pudo cuestionar las pruebas en las que esta se basó.

Sumó a lo dicho que lo mismo ocurrió respecto de la ausencia de oportunidad brindada a Dragacol para ejercer su derecho de defensa, dado que, si bien las partes estaban en constantes acercamientos para definir los términos de reanudación del contrato 010 de 1998, luego de que, el 15 de abril de 1999, la contratista manifestara su voluntad de reiniciar su ejecución siempre que se firmara un acuerdo equitativo que lo viabilizara, la Administración, de manera abrupta y sorpresiva, respondió su comunicación con la declaratoria de caducidad, sin que antes de ese momento le hubiera comunicado su intención de proceder en esa dirección. De ahí concluyó que el acto adolecía de nulidad por vulneración al debido proceso.

Para resolver el argumento de la apelación que se deja consignado, la Sala empieza por precisar que:

Con anterioridad a la vigencia del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, normas que no se hallaban en vigor cuando se celebró el contrato en cuyo marco se expidieron los actos administrativos demandados, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ya había sido insistente



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

en la necesidad de que en las actuaciones administrativas de naturaleza contractual se respetaran las garantías constitucionales asociadas al derecho fundamental al debido proceso²¹.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido consistente en la necesidad de respetar ese postulado constitucional en aquellos eventos en los cuales las entidades, en sede administrativa, ejercen la potestad excepcional de declaratoria de caducidad del contrato estatal, toda vez que dicha prerrogativa comporta la imposición de una sanción con graves consecuencias para el contratista.

En vigencia de la Ley 80 de 1993, desde antes de la expedición de la Ley 1150, la jurisprudencia estimaba que, para acatar su observancia, el debido proceso no podía ser concebido como un procedimiento administrativo general conformado por un catálogo de etapas rígidas preestablecidas por la ley. Para ser cumplido, respetado y satisfecho podría formularse un requerimiento previo al contratista para que pudiera pronunciarse sobre el incumplimiento, ejercer su defensa, pedir la práctica de pruebas y contradecir las aducidas en su contra.

Incluso, ese requerimiento podría entenderse satisfecho cuando la Administración durante el lapso de ejecución del contrato le ha venido manifestado al contratista sus observaciones, quejas, reclamos, incumplimientos y le ha solicitado mejorar o corregir los servicios, obras y suministros en los informes y correspondencia dirigida a éste por el interventor o supervisor del contrato, o en las inspecciones y visitas in situ de la obra, o en las reuniones efectuadas con el contratista, etc., y en consecuencia, le ha pedido las explicaciones del caso y otorgado la oportunidad de justificar. Importa resaltar que para que sea válido ese requerimiento como garantía del debido proceso, su contenido u objeto debe guardar correspondencia, coincidir o ser congruente o, mejor aún, tener relación directa con los hechos y motivos que luego dan lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, pues, en caso contrario, esto es, si dicho requerimiento está referido a circunstancias, situaciones o materias ajenas o extrañas a las que sirvieron de fundamento para la adopción de la medida sancionatoria, no puede tener la propiedad o virtualidad de garantizar el debido proceso contractual.

(...)

En otros términos, so pretexto de la garantía al debido proceso que se deba cumplir no puede diluirse la responsabilidad que le quepa al contratista y menos aún debilitarse las facultades sancionatorias con que cuenta la Administración para la cabal ejecución del contrato. Se pretende con la aplicación de este derecho fundamental que el contratista tenga conocimiento de las razones que a juicio de la entidad configuran un incumplimiento de sus obligaciones, el cual está sujeto a la aplicación de las sanciones que prevé la

²¹ Sobre cuáles son las garantías constitucionales que subyacen al derecho fundamental al debido proceso, consultar, entre otras, la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, No. interno 16.367 C.P. Enrique Gil Botero.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

ley y el contrato, cuyo clausulado éste conoce desde la suscripción e iniciación del mismo.

(...)

Lo que se quiere subrayar es que, por regla general, en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, es la propia etapa de ejecución del contrato el escenario procesal en el cual el contratista debe haber tenido la oportunidad de rendir descargos, solicitar pruebas o presentar alegaciones sobre los incumplimientos que se le atribuyen durante el transcurso contractual, porque la Administración a lo largo de la relación comercial le ha dado a conocer al contratista los hechos de incumplimiento que dan lugar al ejercicio de la facultades sancionatorias y, además, le ha dado traslado de los elementos de convicción recaudados, con el fin de que aquél tenga la oportunidad de presentar sus explicaciones y contradecir las pruebas que se aduzcan en su contra.

De ahí que, si bien las garantías que rigen el debido proceso son aplicables en materia de potestades sancionatorias contractuales, lo cierto es que ello no tiene lugar con el mismo ritualismo que en el derecho penal o disciplinario. Con otras palabras, el derecho al debido proceso contractual en el ejercicio de las facultades sancionatorias no debe ser entendido como la necesidad de adelantar una actuación con formación de un expediente como si fuera un proceso penal o disciplinario, dado que esa visión no sería congruente con lo perseguido por la ley al otorgar los poderes excepcionales de la Administración; por el contrario, el procedimiento en materia sancionatoria contractual de la Administración debe ser armonizado con el interés público y general ínsito en los contratos que celebra la administración y debe ser aplicado en los términos ya explicados.

En conclusión, en materia de aplicación de sanciones contractuales, lo que la jurisprudencia ha reclamado es que la medida sancionatoria no resulte sorpresiva o intempestiva, y que, en todo caso, se otorgue al interesado la oportunidad de expresar su opinión y contradecir los elementos de juicio que se esgrimen en su contra, antes de que se adopte la decisión, procedimiento en la formación de la voluntad de la Administración que no se suple con los recursos por vía gubernativa, dado que es otra fase de la actuación, en la que si bien impera también la garantía del debido proceso, en ella se discute la decisión ya tomada²².

Así, aunque es cierto que la aplicación de la aludida facultad excepcional debe estar precedida de la configuración de los presupuestos fácticos y jurídicos establecidos en la ley para dicho fin, también lo es que en orden a conservar su legalidad no basta solamente con que se configuren esas situaciones. Para procurar su concordancia con el orden jurídico, la prerrogativa pública en comento no puede ser materializada sin que se respete el derecho fundamental al debido proceso del

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 17 de marzo de 2010, expediente: 18394, C.P. Ruth Stella Correa Palacio



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado:	Nación – Ministerio de Transporte

contratista²³, garantía constitucional y legal que, sin lugar a dudas, resulta igualmente extensible a la aseguradora del contrato estatal, en tanto su aplicación, de acuerdo con lo preceptuado en el último inciso del artículo 18 de la Ley 80 de 1993²⁴, será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

No está de más advertir que esta misma Corporación también ha señalado que la aludida garantía constitucional no se salvaguarda cuando el contratista y/o la aseguradora tuvieron la posibilidad de recurrir, en sede administrativa, la decisión correspondiente y, en ese mismo momento, efectuar solicitudes probatorias y controvertir las aducidas en su contra. En este sentido, se ha considerado que [transcripción literal]:

*[E]l hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos 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 ...*²⁵ (énfasis añadido).

Al descender el estudio del respeto al debido proceso en el caso concreto, la Sala estima que le asiste la razón a la aseguradora recurrente al sostener que, para su cristalización, distinto de lo reflexionado por el tribunal de primera instancia, no resultaba suficiente con permitírsele a la contratista y al garante formular los recursos procedentes contra la decisión declarativa o en este caso constitutiva del siniestro.

²³ Respecto de los límites materiales existentes para declarar la caducidad de un contrato estatal, esta Corporación ha señalado lo siguiente [transcripción literal]: “[...] **En síntesis, dentro de los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad de un contrato estatal se encuentran: i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento, y v) que se haya agotado el debido proceso, esto es, que su ejercicio esté precedido de audiencia del contratista [...]**” [énfasis añadido] [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, No. interno 17.031 C.P. Ruth Stella Correa Palacio].

²⁴ “**Artículo 18. De la caducidad y sus efectos. [...] La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento**” [énfasis añadido].

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 24 de septiembre de 1998, No. interno 14.821 C.P. Ricardo Hoyos Duque.



Expediente:
Actor:
Demandado

Acumulados 45969 y 32907
Dragacol S.A. y otra
Nación – Ministerio de
Transporte

Era indispensable que, en la etapa que antecedió a la formación de esa declaración de voluntad unilateral, el Ministerio de Transporte hiciera conocedora a Dragacol S.A. de los hechos en que basaba el incumplimiento que se le endilgaba, las pruebas en que sustentaba sus consideraciones y darle a esta la oportunidad de controvertirlos y de ejercer su derecho de defensa.

Si bien no era imperativo que iniciara un procedimiento administrativo sancionatorio con las ritualidades y etapas que exigen las normas en vigor, ciertamente sí le asistía el deber de garantizar la participación de la contratista en su defensa, antes de la toma de esa decisión.

Dicho lo anterior, la Sala encuentra que aun cuando no es recibo la consideración del tribunal de que era suficiente con que se le brindara a la contratista la posibilidad de ejercer los recursos de ley contra la declaratoria de caducidad para materializar el respeto a esa garantía constitucional, lo cierto es que observa esta instancia que el derecho al debido proceso de Dragacol S.A. sí fue respetado.

Respecto de esta cuestión se evidencia que, luego de suscribir el acta de suspensión del 15 de mayo de 1998, las partes iniciaron una serie de negociaciones dirigidas a establecer los términos de su levantamiento y reanudación, en las que el Ministerio constantemente puso a consideración de Dragacol el programa de reparaciones requerido para continuar con el cumplimiento del objeto contractual.

Frente a lo anterior, Dragacol S.A. de forma reiterada expresó su renuencia a reiniciar el contrato hasta tanto el Ministerio reconociera los gastos de *stand by*. Este panorama motivó a que la entidad, en varias comunicaciones y reuniones, requiriera a la contratista para levantar la suspensión en orden al cumplimiento del objeto contractual, puesto que se habían superado los motivos que dieron lugar a la suspensión, además de exigirle que rindiera explicaciones acerca de la inversión del 50% del pago anticipado²⁶.

Lo anterior se evidencia de lo ocurrido en informe del 18 de agosto de 1998, rendido por la supervisión el contrato, en el cual se establece que no se contaba con soportes de los costos de reparación efectuados a la draga y que la contratista había recibido como pago \$750 millones, con cargo a los que había ejecutado

²⁶ Folios 372 a 377 del cuaderno 6.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

reparaciones por valor de \$24'100.000 y, que sobre el saldo restante, Dragacol había manifestado que había sido empleado en la adquisición de repuestos que debían ser fabricados bajo pedido²⁷.

También, según se indicó en la Resolución 00787, en reunión del 8 de septiembre de 1998, en la que la entidad le solicitó a la contratista un informe de las reparaciones efectuadas a la draga Bocas de Ceniza, el contratista informó que no iba preparado para ese propósito. Igualmente, en el informe de esa misma fecha, presentado por la interventoría, se dijo que se solicitó a esa sociedad un balance de los trabajos desarrollados, recibiendo como respuesta que no lo tenía de forma actualizada y que sobre la inversión del 50% del pago anticipado lo haría llegar por escrito.

Al lado de lo anterior y frente a la reanudación de actividades del objeto del contrato 010 de 1998, la entidad fue clara en señalar a Dragacol S.A., en varias ocasiones, que su negativa a reiniciar actividades constituía un incumplimiento grave de sus obligaciones que obligaría al Ministerio a optar por alternativas legales para preservar los recursos vinculados a la reparación de la draga, asegurar las condiciones de conservación y operación de la máquina y garantizar la continuidad del mantenimiento del canal de acceso al Puerto de Barranquilla. Así se lo indicó a Dragacol en oficio del 7 de enero de 1999.

En similares términos, en comunicación del 30 de marzo de 1999, el Ministerio de Transporte nuevamente expresó a la contratista que, de no prestar su concurso para la reanudación del contrato, habría de entenderse que su voluntad era la de negarse a cumplir con sus compromisos negociales, pero que pesarían sobre esa sociedad los efectos legales y económicas derivados de su conducta, a la par con la posibilidad de solicitar a la aseguradora el cumplimiento de sus obligaciones insatisfechas.

Como se aprecia, pese a que la entidad no dispuso expresamente el inicio de un procedimiento sancionatorio en orden a ejercer la potestad excepcional *-porque además el ordenamiento no contaba con una específica regulación sobre el tema-* ni indicó a la contratista de forma manifiesta que su conducta de incumplimiento sería considerada como un supuesto de procedencia para la declaratoria de caducidad del contrato, ciertamente sus comunicaciones y requerimientos sí fueron

²⁷ Folios 545 a 547 de cuaderno 10.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

inequívocamente dirigidos a advertir y alertar a Dragacol que: **i)** su conducta amenazaba la continuidad del servicio contratado; **ii)** estaba incurso en un incumplimiento grave de sus obligaciones que llevaría a la entidad a adoptar medidas legales; **iii)** de ser necesario exigiría de la aseguradora el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

En otras palabras, aun cuando la Administración no fue categórica en expresar que su intención era la de declarar la caducidad del contrato 010 de 1998 ante el persistente incumplimiento de Dragacol, no por ello se sustrae de vigor el hecho de que en todo momento advirtió a la contratista que se estaban configurando los supuestos fácticos y normativos para el ejercicio de esa prerrogativa.

Sumado a lo dicho, cabe enfatizar en que la sociedad contratista siempre tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a esos requerimientos y de ejercer su defensa sobre los hechos que se le imputaban, como en efecto lo hizo a través de los oficios del 5 y 15 de abril de 1999. Situación diferente es que su oposición constantemente se hubiera centrado en insistir sobre su negativa al reinicio de actividades hasta tanto la entidad reconociera los costos de *stand by*.

En ese orden, no es cierto que, tras una etapa de conversaciones, el Ministerio hubiera sorprendido a Dragacol abruptamente con la imposición de la sanción, dado que, en el mes anterior a su decreto, ya las partes habían sentado su posición en punto a la suerte del contrato. El particular se negaba a reanudarlo y el Ministerio no aceptaba las condiciones de la contratista para proceder en ese sentido, por lo que la supuesta negociación ya estaba más que agotada y fracasada tiempo antes de haber procedido a la adopción de la decisión a través del acto acusado.

Así pues, la declaratoria de caducidad no fue adoptada por la entidad de forma sorpresiva y a espaldas de la afectada. Está demostrado que la Administración dio traslado a la contratista sobre los cargos en que fundaba sus inconformidades referentes al incumplimiento del objeto contractual, respecto de los cuales, además de ser conocidos por esta, pudo ejercer su derecho de contradicción, al margen de que ello no hubiera resultado adecuado para impedir que se caducara el contrato.

Como consecuencia, la Sala estima que el Ministerio de Transporte no vulneró el debido proceso de Dragacol S.A al expedir el acto de caducidad.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

Una conclusión distinta ha de adoptarse en relación con el respeto del derecho al debido proceso de la aseguradora Confianza S.A.

En el expediente no reposa evidencia alguna demostrativa de que el Ministerio de Transporte hubiera puesto en conocimiento de la aseguradora Confianza S.A. los hechos de incumplimiento de su afianzado en que posteriormente habría de basar la declaratoria de caducidad constitutiva del siniestro asegurado, como tampoco que se le hubieran trasladado las pruebas en que habría de soportar su decisión antes de que esta fuera emitida y le fuera notificada.

En relación con el respeto al debido proceso de la aseguradora garante, esta Sala considera que para su cabal observancia no era suficiente con que el acto administrativo que constituye el siniestro, como en este caso lo hace la declaratoria de caducidad, se encontrara debidamente motivado o fuera oportunamente notificado a la compañía de seguros para que pudiera controvertirlo a través de los recursos.

Es fundamental que para concretar esa garantía se cite a la aseguradora en la etapa previa a la declaratoria del siniestro, con el fin de que conozca los hechos imputados al tomador de la póliza y controvierta las pruebas que en su contra se aducen, según lo ha venido considerando la jurisprudencia de esta Sección, entre otras, en la sentencia que se cita a continuación:

Así las cosas, teniendo en cuenta que en materia de contratos de seguro que se celebran para garantizar contratos estatales, es la compañía aseguradora la que debe acudir ante la administración a presentar su posición frente a los aspectos que involucran la declaratoria del siniestro, es frente a ésta que se debe garantizar el derecho al debido proceso. (...).

Ahora bien, la garantía del derecho fundamental al debido proceso frente a la Compañía aseguradora dentro del procedimiento de expedición de los actos administrativos mediante los cuales la administración declara la ocurrencia del siniestro, se concreta en que previamente a su declaratoria se le otorgue la oportunidad para que presente sus puntos de vista, allegue los elementos probatorios necesarios y ejerza su derecho de defensa, y es por ésta razón que no es suficiente que la referida decisión se encuentre debidamente motivada y se le haya notificado oportunamente²⁸.

De la misma manera, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha coincidido en esta línea de pensamiento al sostener que:

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 7 de septiembre de 2015, exp. 45907, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Postura seguida por la sentencia dictada por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo en sentencia 44386, C.P. Hernán Andrade Rincón (E).



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

"Lo anterior por cuanto no se respetaron por parte de la entidad demandada las garantías mínimas de cualquier actuación administrativa. Resulta claro que a la parte actora le fue desconocido su derecho de audiencia y de defensa por cuanto no hay documento que acredite que la accionada le haya comunicado la decisión de adelantar un procedimiento administrativo tendiente a determinar la ocurrencia del siniestro. Tampoco aparece probado que las pruebas que sirvieron de base al INVIAS para tomar su decisión hayan sido trasladadas a la parte actora o al contratista y lógicamente, a falta de este traslado, se les impidió ejercer el derecho de contradicción frente a estas.

Ha de indicarse que la Sala, en un caso similar al presente, ya consideró que la falta de vinculación de la aseguradora, con antelación a la toma de la decisión, es un comportamiento censurable de la administración cuya sanción es la nulidad del acto administrativo del cual no participó previamente la empresa interesada²⁹.

La orientación seguida por esta Sección en torno al respeto al debido proceso del garante del cumplimiento del contrato estatal tiene su apoyo y se encuentra acompañada con la premisa normativa consagrada en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, cuyo espíritu establece que la decisión que ponga fin a la actuación administrativa deberá adoptarse habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, interés respecto del cual no existe discusión frente a que se encuentra en cabeza de la aseguradora, pues es con cargo a su patrimonio que por cuenta de la decisión de caducidad se ha de afectar el amparo cubierto por la garantía por ella otorgada.

Así pues, al haberse establecido que en el presente caso el Ministerio de Transporte transgredió el derecho al debido proceso de la aseguradora al expedir el acto contentivo de la caducidad del contrato 010 de 1998, la Sala procederá a declarar la nulidad parcial de la Resolución 00787 de 1999, en cuanto hizo efectiva la garantía; igual suerte correrá la decisión que la confirmó al decidir el recurso de reposición instaurado en su contra.

Conclusión sobre los cargos de la apelación invocados en los expedientes 2000-01903 y 2001-00546 (45969)

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala revocará la decisión de primera instancia, para, en su lugar, declarar la nulidad parcial de la Resolución 00787 del 3 de mayo de 1999, por la cual el Ministerio de Transporte declaró la caducidad de contrato 010 de 1998, únicamente en el ordinal sexto de su parte resolutive, en el

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 30 de noviembre de 2017, exp. 37002, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

que declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y del amparo vinculado al pago anticipado, cubiertos por la garantía única GU01 0664408, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.

Consecuencialmente, se declarará la nulidad parcial de la Resolución 001564 del 23 de julio de 1999, por la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora en contra de la anterior, en cuanto toca a la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y del amparo vinculado al pago anticipado, cubiertos por la garantía única GU01 0664408, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.

Lo anterior releva a la Sala de continuar con el estudio de los cargos de nulidad impetrados contra esa decisión por la aseguradora, pues los que restan igualmente se dirigen a enervar la obligación de la aseguradora de responder por la declaratoria del siniestro, finalidad para la cual se estima suficiente el análisis que hasta este punto se ha abordado en orden a decidir sobre su ilegalidad.

4.3. Los cargos de la apelación del expediente 2001-02450 (32907)

Previo a adentrarse en el examen de la apelación formulada en contra de la providencia del 29 de marzo de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, la Sala estima necesario advertir que, a pesar de que se declarará la nulidad parcial del acto que decretó la caducidad del contrato 010 de 1998, como consecuencia de la cual se liquidó unilateralmente el mismo, esa circunstancia no lleva automáticamente a la nulidad de esta última decisión, de cara a la autonomía y a la independencia del contenido sustancial que cada uno de los actos mencionados reviste respecto del otro.

En ese sentido, la parte afectada con su contenido no está relevada de atacar la validez del acto de liquidación unilateral a través de la pretensión de nulidad que el legislador ha dispuesto para ese propósito con apoyo en las causales que considere configuradas. Correlativamente, la Sala tampoco se encuentra excusada de abordar su examen, como a continuación se apresta.

4.3.1. Sobre la incompetencia para liquidar unilateralmente el contrato 010 de 1998 por haberse presentado la prejudicialidad con el acto de liquidación y la vulneración al debido proceso de la aseguradora

De entrada se advierte que en este apartado se resolverán conjuntamente los aspectos relacionados con la nulidad del acto de liquidación por prejudicialidad y



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

por vulneración al debido proceso, por cuanto, aun cuando en apariencia contienen argumentos diferentes, como se verá al decidirlos de fondo, su fundamentación se encuentra estrechamente correlacionada.

En cuanto a la supuesta prejudicialidad para fallar sobre la nulidad del acto de liquidación que se configuró por cuenta de la existencia de la demanda previa impetrada en contra del acto de caducidad, el juzgador la desestimó por no hallar impedimento para analizar la legalidad de los artículos 1 y 2 de la Resolución No. 2503 del 10 de abril de 2001, en la cual se hace el cruce de cuentas entre la entidad contratante y la contratista, por considerar innecesario esperar a que hubiera un pronunciamiento judicial respecto de la Resolución No. 00787 que declaró la caducidad del contrato, por tratarse de actos administrativos autónomos e independientes, dado que en el primero de ellos se dirigió a terminar el contrato por incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de Dragacol, mientras que en el segundo su finalidad consistió en realizar el balance final entre lo pagado por la entidad y lo ejecutado por el particular.

Al revisar los cargos de apelación en que se condensa la discusión sobre este punto, observa la Sala que la aseguradora insistió en los argumentos fácticos y jurídicos en que se fundó su inconformidad.

Al respecto la Sala considera que, si bien, en principio, la simple reiteración de los hechos y fundamentos de la demanda no son eficaces para cumplir la carga de argumentación del recurso, se observa que frente a este punto surge una particularidad de especial relevancia que amerita el estudio de fondo de este cargo en concreto y consiste en que el Tribunal, al decidirlo, en realidad no le dio el enfoque que debía impartírsele, de cara a los argumentos en que la aseguradora lo estructuró.

La aseguradora expresó en la demanda y reiteró en el recurso que *"Confianza sometió al conocimiento y decisión del juez la validez de la resolución 787 de mayo de 1999 y de sus actos confirmatorios, es decir, el acto que declaró la caducidad del contrato. Este acto es invocado por el Ministerio como el sustento de la Resolución 2503 de abril 10 de 2001, luego este acto se apoya en el acto administrativo subjudice (...) el Ministerio de Transporte dictó la Resolución 2503 de 2001 con base en la resolución de caducidad sub judice cuyo alcance y vigencia también lo están [en discusión]"*.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

Luego de un ejercicio interpretativo de este cargo específico de la demanda, la Sala encuentra que, si bien la actora lo titula “*prejudicialidad*”, en realidad lo que subyace a su invocación, más allá de corresponder a la alegada figura procesal, que ciertamente no se configura, consiste en la interdependencia que existe entre el acto de caducidad y el acto de liquidación unilateral que se adopta como consecuencia de aquella y la incidencia que los efectos de la primera y de lo que se decide en torno a su legalidad están llamados a irradiar en esta.

De la lectura del acto declarativo de la caducidad del contrato 010 de 1998 se desprende con claridad que, tanto en su parte motiva como en su apartado resolutivo, se dispuso que los amparos afectados con esa decisión eran el de incumplimiento y el del pago anticipado.

Surge de manera diáfana que la cobertura del manejo del pago anticipado se vio afectada porque del 50% desembolsado a Dragacol S.A., equivalente a \$749’999.999, este solo ejecutó \$24’000.000, de ahí que el siniestro consistió en la obligación de devolver lo pagado en consideración a lo no ejecutado; mientras que la génesis de afectación del amparo del incumplimiento radicó en la renuencia del contratista a continuar con la ejecución del convenio 010 de 1998.

En línea con lo anterior se advierte que estas determinaciones, que fueron la base para la constitución del siniestro de incumplimiento y el manejo del pago anticipado, incidieron de manera directa en las decisiones que se adoptaron en la etapa de liquidación.

En efecto, en el acto de caducidad se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de manejo del pago anticipado, pero fue en la etapa de liquidación en la que, con apoyo en esa determinación, se ordenó hacer efectiva la póliza de garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales constituida con la Compañía Aseguradora Fianzas S.A. – Confianza S.A. No. G U01 0664408 de enero 19 de 1998 y se ordenó efectuar el cobro de la respectiva obligación a favor del Ministerio de Transporte, con cargo a la póliza en virtud de la afectación del amparo de cumplimiento por la suma asegurada de \$149’999.999. 00 y del amparo de la suma anticipada por \$750’000.000 cubiertos con la póliza número G U0100664408, constituida con la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A Confianza S.A., el 19 de enero de 1998.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

Surge de mayor importancia el hecho de que en el caso concreto, si bien la afectación de la aseguradora se surtió desde el acto constitutivo del siniestro, lo cierto es que la concreción de sus efectos económicos con cargo a su patrimonio se materializó al expedir el acto de liquidación unilateral del contrato 010 de 1998, en el que se cuantificó el valor de su afectación.

En este punto de la decisión cobra pertinencia acotar que las consecuencias que acarrea la declaratoria de caducidad van desde terminar el vínculo contractual anticipadamente sin derecho a indemnización, generar inhabilidad del contratista para contratar con el Estado por el término de cinco años contados desde la ejecutoria del acto que la declare, hasta constituir el siniestro de incumplimiento, dando con esto paso a la entidad para el cobro de la garantía única en el respectivo amparo.

Esta precisión se torna relevante con el fin de destacar que, al desvirtuarse la presunción de legalidad del acto de caducidad de forma parcial, en cuanto cobijó a la aseguradora Confianza S.A., tal situación apareja el desvanecimiento de los efectos que pesan sobre el garante, concernientes a la vocación del acto para constituir el siniestro de incumplimiento y para servir como soporte para la efectividad de la póliza única de cumplimiento.

Al derribarse los mencionados efectos, la orden de cobro de la garantía dispuesta en el acto de caducidad queda desprovista de todo sustento de orden fáctico y jurídico, circunstancia que igualmente está llamada a impactar la decisión que en ese sentido se emitió en el acto unilateral de liquidación del negocio jurídico.

Con esto la Sala no pretende desconocer o apartarse del criterio según el cual el acto de caducidad y el de liquidación unilateral del convenio se erigen como decisiones autónomas e independientes en razón de su contenido sustancial; sin embargo, no por ello puede dejarse de lado la observancia de la teoría de los actos encadenados que se predica en relación con las mencionadas prerrogativas.

Esta Corporación acogió la teoría de los actos encadenados, en cuya virtud puede existir una relación consecutiva, secuencial y unívoca entre dos decisiones de la Administración, por manera que una encuentra su razón de ser en la precedente expedición de la otra³⁰.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de octubre de 2016. Radicado 68001-23-33-000-2013-00038-01 (49.820). Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

Con apoyo en la evidencia del contenido conexo o relacionado de aquellos actos administrativos, la jurisprudencia de la Sala ha establecido que en el caso del acto de caducidad del contrato y el subsecuente acto de liquidación unilateral se está en presencia de dos clases de decisiones resolutorias y cada una genera unos efectos jurídicos diversos entre sí, *pero esencialmente encadenado o secuencial*³¹.

De lo anterior se colige que, para establecer si un acto es encadenado, secuencial o concatenado frente a otro, se debe determinar una relación en la que el segundo se justifique por el primero, tal como acontece en el *sub examine*.

Esta relación subsecuencial que se presenta en la liquidación unilateral respecto de la caducidad es la que justifica que, al remover del orden normativo la presunción de legalidad de esta, pierda el fundamento de las decisiones que en su cumplimiento y desarrollo se incluyeron en aquella y tenga la virtualidad de impactar en su validez³².

Esta Subsección se ha pronunciado frente a la vocación que tiene la nulidad del acto que declara la caducidad de un contrato de impactar en la legalidad de la liquidación unilateral que como consecuencia de aquella se adopta, en cuanto halle su sustento en esa decisión primigenia, al punto de que lo que se introduce en el acto de liquidación no está llamado a pervivir sin la subsistencia del que funge como

Sentencia del 10 de mayo de 2018. Radicado 76001-23-31-000-2002-02259-02 (39.689). Consejero ponente Ramiro Pazos Guerrero.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, expediente No. 31.755, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 1 de junio de 2015. Radicado 25000-23-26-000-1999-02244-01 (28.950). Consejera ponente Olga Mérida Valle de De la Hoz.

³² Así mismo, en un caso análogo reciente, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consideró que el acto de terminación unilateral proferido por una entidad estatal en cuanto estaba viciado de nulidad declarada en fallo anterior por esta Subsección, tal circunstancia traía consigo la declaratoria de nulidad del acto de liquidación adoptado de manera consecucional en el marco de ese mismo contrato, por considerar que los valores allí consignados adolecían del mismo vicio anulatorio que el acto que les dio origen y les sirvió de sustento:

40. *En atención a las exigencias del numeral 4, literal c del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, también se advierte que el objeto del contrato tenía relación directa con el objeto de la UDEC, último que está contenido en el Acuerdo 10 del 20 de junio de 2002, “por el cual se adopta el Estatuto General de la Universidad de Cundinamarca”, por lo que la entidad demandada no podía fundamentar la terminación unilateral del contrato en la alegada falta de relación de los referidos objetos del contrato y de la institución de educación superior, ni podía soportar, como lo hizo, en esos mismos argumentos, las razones para expedir el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato.*

41. *Las obligaciones pactadas dejan claro que no se suscribió un típico contrato de suministro, a pesar de que algunas de las obligaciones significaran la entrega de elementos como instrumentos musicales. Estas consideraciones sobre el objeto principal y las obligaciones pactadas también constituyen una falsa motivación de los actos administrativos de liquidación unilateral objeto de estudio* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de junio de 2022, exp. 66558, C.P. Alberto Montaña Plata.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

su génesis, con la prevención de que, en todo caso, la parte afectada no está relevada de formular expresamente la pretensión de nulidad contra el acto de liquidación:

33. *Antes de avanzar con ese análisis, la Sala estima necesario advertir que el acto unilateral mediante el cual se realiza el cruce de cuentas en un contrato estatal tiene un objeto y fin definido, distinto del acto a través del cual se declara la caducidad. En todo caso, ambos están concatenados causalmente, en la medida en que en virtud del de caducidad se ordena la terminación y liquidación del contrato. Una y otra circunstancia de las anotadas implica que en casos en los que se debate la nulidad de ambos el análisis deba hacerse respecto de cada uno de ellos, según los cargos que en su contra se formulen, sin perjuicio de que la declaratoria de nulidad del primero se proyecte con indiscutibles efectos frente a las determinaciones que se adoptan en el segundo.*

34. *Se precisa así que el acto de liquidación puede incorporar, como en este caso, los efectos económicos que se siguen del acto de caducidad, de manera que la validez total o parcial de la liquidación o su eficacia puede verse comprometida por cuenta de la nulidad del acto que le dio su origen; sin embargo, debe advertirse que esto no es suficiente para proceder a declarar su nulidad, pues, al tratarse de un acto administrativo autónomo e independiente, debe ser demandado expresamente, carga que en este caso cumplieron tanto Dimerco como Confianza.*

35. *Ahora bien, recuerda la Sala que, además de unos cargos que se formularon en forma independiente, Dimerco también alegó que las resoluciones de la liquidación unilateral adolecían de los mismos vicios de los que acusó a los actos de caducidad, entre ellos, la vulneración del debido proceso, en tanto que los efectos de esa sanción legal quedaron contenidos en aquéllos.*

36. *La Sala le halla razón a Dimerco por cuanto, al revisar el contenido de la Resolución 707 del 24 de julio de 2006 mediante la cual la ILV liquidó unilateralmente el contrato, se observa que se concretó en identificar y cuantificar como saldos en contra de Dimerco y a favor de la ILV: (i) el incumplimiento del contrato por \$250.459'601.719,59; (ii) la cláusula penal pecuniaria por valor de \$100.183'840.687,80 —rubro que fue modificado por la Resolución 863 del 5 de septiembre a la suma de \$4.586'755.327,68³³— y, (iii) la penalización por \$933'393.050 en aplicación de las cláusulas 22 y 24 del contrato³⁴.*

37. *Como se ve, el contenido del finiquito realizado por la ILV no consistió en un cruce de cuentas sino, en realidad, en la liquidación de una serie de valores atados al incumplimiento declarado en las Resoluciones 1 del 2 de enero y 222 del 20 de febrero de 2006. En esa medida, se estima que la*

³³ Folio 377, cuaderno 1.

³⁴ Folio 354, cuaderno 1.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

vulneración del derecho al debido proceso que se encontró probada respecto de las resoluciones que declararon la caducidad se proyectó respecto de las Resoluciones 707, 863 y 924 del 2006 en la medida en que estas últimas se redujeron tan solo a hacer efectiva la voluntad contenida en aquellas. A manera de colofón se anota que, si en este caso no se anularan las resoluciones por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato, que, como se vio, refleja los efectos económicos de la caducidad, se llegaría al absurdo de mantener tales efectos a pesar de que la resolución que les dio fundamento fue declarada nula por vulnerar el debido proceso³⁵.

Algo semejante a lo documentado en el aludido antecedente jurisprudencial ocurre en el *sublite*, en el que tanto en la demanda como en el recurso se alegó la vulneración al debido proceso de la aseguradora en la producción del acto de liquidación unilateral, con sustento en el hecho de que a la compañía de seguros no se le permitió su participación en la fase liquidatoria, pues con ello se dejaba de lado el hecho de que la compañía de seguros debía responder por los incumplimientos o posibles incumplimientos en que hubiera incurrido el contratista y que habrían servido de base para la constitución del siniestro, instrumentado en el acto de caducidad que antecedió la liquidación.

Sobre el particular, la Sala considera que le asiste la razón a la aseguradora al sostener que el acto de liquidación unilateral adolece de nulidad.

Al recaer la declaratoria de nulidad parcial del acto de caducidad por vulneración al debido proceso de la aseguradora en la constitución del siniestro, vinculado a los amparos de incumplimiento y manejo del pago anticipado cubiertos por la póliza GU0100664408, su ilegalidad irradia la decisión adoptada en torno al seguro en el acto de liquidación unilateral en el que se cuantificó la suma en que se afectaría la garantía y se dio la orden de su pago con cargo a la póliza expedida por la aseguradora, órdenes que, por mérito de la ilegalidad del acto constitutivo del siniestro, quedan viciadas de nulidad por la misma causal, así como despojadas de fundamento y, por tanto, desprovistas de efectos vinculantes.

Con base en lo expuesto, en la parte resolutive de esta sentencia se declarará la nulidad de los siguientes artículos de la parte resolutive de la Resolución 002503 del 10 de abril de 2001:

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 11 de octubre de 2021, exp: 53479, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

En el artículo segundo, se declarará la nulidad solamente respecto de la parte subrayada:

“ARTICULO SEGUNDO: Que como consecuencia de la liquidación efectuada en el artículo primero la SOCIEDAD DE DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA Y DEL CARIBE S.A. DRAGACOL S.A. v/o LA COMPAÑÍA DE ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A. en su calidad de garante de Dragacol S.A. deben al MINISTERIO DE TRANSPORTE la suma de NOVECIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS UN PESOS MONEDA (960’822.901) (....)”.

Se declarará la nulidad de los siguientes artículos en su totalidad:

“ARTICULO TERCERO: Hacer efectiva la póliza de garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales constituida con la Compañía Aseguradora Fianzas S.A. – Confianza S.A. No. G U01 0664408 de enero 19 de 1998, cuyo tomador y afianzado es la Sociedad de Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. DRAGACOL S.A. y el beneficiario es el Ministerio de Transporte.

“ARTICULO CUARTO: Efectuar por ende, el cobro de la respectiva obligación a favor del Ministerio de Transporte, en virtud de la afectación del amparo de cumplimiento por la suma asegurada de \$149’999.999. 00 y del amparo de la suma anticipada por \$750’000.000 cubiertos con la póliza número G U0100664408, constituida con la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A Confianza S.A., el 19 de enero de 1998.

Igualmente, se declarará la nulidad de la Resolución 05711 del 3 de julio de 2001, por la cual el Ministerio de Transporte resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior, en cuanto confirmó los artículos y apartados a los que se acaba de hacer referencia.

Como consecuencia, a título de restablecimiento se declarará que la aseguradora Confianza S.A. no tiene obligación de pagar las sumas contenidas en los actos administrativos Resolución 00787 del 3 de mayo de 1999 y Resolución 002503 del 10 de abril de 2001, expedidos por el Ministerio de Transporte en el marco del contrato 010 de 1998, con cargo a la garantía única de cumplimiento No. G U01 0664408 de enero 19 de 1998, ni en los actos administrativos que por vía de reposición confirmaron las mencionadas resoluciones.

En caso de haberlo hecho, el Ministerio de Transporte deberá restituir las sumas pagadas por Confianza S.A., debidamente indexadas desde el tiempo de su pago



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

hasta la época en que se efectúe el reintegro con base en el índice de precios al consumidor.

Conclusión sobre los cargos de la apelación invocados en el expediente 2001-02450 (32907)

Como resultado de las consideraciones que anteceden la Sala revocará la sentencia del 29 de marzo de 2006 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera – Subsección B, para en su lugar declarar la nulidad de los artículos atrás señalados de la Resolución del 10 de abril de 2001 y de la Resolución 05711 del 3 de julio de 2001, en cuanto tiene que ver con la referida disposición.

Por lo expuesto, la Sala estima inane abordar el estudio de los demás cargos de la apelación propuestos por la aseguradora en orden a atacar la validez del acto de liquidación unilateral del contrato 010 de 1998, pues con lo decidido hasta este punto resulta suficiente para proceder en esa dirección.

5. Costas

De conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, por ende, no se impondrá condena alguna.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 14 de junio de 2012, por el Tribunal Administrativo del Atlántico dentro de los expedientes 2000-01903 y 2001-00546 (45969), con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia, la cual quedará así:

1.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución 00787 del 3 de mayo de 1999, por la cual el Ministerio de Transporte declaró la caducidad de contrato 010 de 1998, únicamente en el ordinal sexto de su parte resolutive, en el cual declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y del amparo vinculado al pago anticipado, cubiertos por la garantía única GU01 0664408, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.



Expediente:	Acumulados 45969 y 32907
Actor:	Dragacol S.A. y otra
Demandado	Nación – Ministerio de Transporte

2.- Consecuencialmente, DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución 001564 del 23 de julio de 1999, por la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora en contra de la anterior, en cuanto toca a la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y del amparo vinculado al pago anticipado, cubiertos por la garantía única GU01 0664408, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S.A.

3.- NEGAR LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, por las razones expuestas.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 29 de marzo de 2006, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, dentro del expediente 2001-02450 (32907), por los motivos expuestos en la parte motiva de esta decisión, para en su lugar.

1.- DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes artículos de la parte resolutive de la Resolución 002503 del 10 de abril de 2001:

En el artículo segundo, se declara la nulidad solamente la parte subrayada:

“ARTICULO SEGUNDO: Que como consecuencia de la liquidación efectuada en el artículo primero la SOCIEDAD DE DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES DE COLOMBIA Y DEL CARIBE S.A. DRAGACOL S.A. y/o LA COMPAÑÍA DE ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A. en su calidad de garante de Dragacol S.A. deben al MINISTERIO DE TRANSPORTE la suma de NOVECIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS UN PESOS MONEDA (960'822.901) (....).

DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes artículos en su totalidad:

“ARTICULO TERCERO: Hacer efectiva la póliza de garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales constituida con la Compañía Aseguradora Fianzas S.A. – Confianza S.A. No. G U01 0664408 de enero 19 de 1998, cuyo tomador y afianzado es la Sociedad de Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. DRAGACOL S.A. y el beneficiario es el Ministerio de Transporte.

“ARTICULO CUARTO: Efectuar por ende, el cobro de la respectiva obligación a favor del Ministerio de Transporte, en virtud de la afectación del amparo de cumplimiento por la suma asegurada de \$149'999.999. 00 y del amparo de la suma anticipada por \$750'000.000 cubiertos con la póliza número G U0100664408, constituida con la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza S.A., el 19 de enero de 1998.

2.- DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 05711 del 3 de julio de 2001, por la cual el Ministerio de Transporte resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior, en cuanto confirmó los artículos a los que se acaba de hacer referencia.

3.- Como consecuencia, a título de restablecimiento se declarará que la aseguradora Confianza S.A. no tiene obligación de pagar las sumas contenidas en los actos administrativos instrumentados en la Resolución 00787 del 3 de mayo de 1999 y Resolución 002503 del 10 de abril de 2001, expedidos por el Ministerio de Transporte en el marco del contrato 010 de 1998, con cargo a la garantía única de cumplimiento No. G U01 0664408 de enero 19 de 1998, ni en



Expediente: Acumulados 45969 y 32907
Actor: Dragacol S.A. y otra
Demandado: Nación – Ministerio de Transporte

los actos administrativos que por vía de reposición confirmaron las mencionadas resoluciones.

En caso de haberlo hecho, el Ministerio de Transporte deberá restituir las sumas pagadas por Confianza S.A., debidamente indexadas desde el tiempo de su pago hasta la época en que se efectúe el reintegro, con base en el índice de precios al consumidor.

4.- NEGAR LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se observará lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del CCA.

QUINTO: Expedir, con destino a las partes, las copias auténticas con las constancias previstas en la ley procesal. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO: Cumplido lo anterior, devuélvanse los expedientes a los Tribunales de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Con impedimento

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita 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 <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF