

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, primero (1°) de diciembre de dos mil veinticinco (2025)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expedientes: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)
25000-23-36-000-2020-00180-00 (ACUMULADO)
Actor: LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS
Demandado: FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE USME
(DISTRITO CAPITAL)
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS
CONTRACTUALES - LEGITIMACIÓN EN LA
CAUSA DE LA ASEGURADORA DE
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL -
EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA ÚNICA DEL
CONTRATO, LÍMITES Y ALCANCE DE LOS
AMPAROS DE CUMPLIMIENTO Y ANTICIPO

Síntesis del caso: la Previsora SA Compañía de Seguros, garante del cumplimiento del contrato de obra número 023 FDLU 2014 cuyo objeto fue la construcción de vías urbanas e intervención del espacio público en la localidad de Usme, demandó la nulidad de unos actos contractuales en dos procesos separados que fueron posteriormente acumulados en el curso de la primera instancia; en el primero, persiguió la nulidad de la declaración de incumplimiento contractual del contratista y, en el segundo, la anulación de la liquidación unilateral del contrato. Las súplicas de las demandas prosperaron parcialmente en la primera instancia, únicamente respecto de una de ellas consistente en la reducción proporcional de la cláusula penal, con sustento en lo cual se anularon parcialmente los actos demandados. Las dos partes apelaron.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos las partes en contra de la sentencia de 23 de marzo de 2023 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Subsección A resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Frente al proceso 2018-00180, DECLARAR la nulidad parcial del artículo segundo de la Resolución No. 133 de 2017 que dispuso hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por un valor de \$1.138’293.945, para en su lugar disponer que la cláusula penal pecuniaria, deberá hacerse efectiva únicamente por el valor de SETECIENTOS CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$705.628.416), en virtud del principio de proporcionalidad;

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda formulada en el proceso 2018-00180, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)
Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00
Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros
Controversias contractuales

TERCERO: Frente al proceso 2020-00180, DECLARAR la nulidad parcial del artículo 4 de la Resolución 211 de agosto 27 de 2018, corregido mediante la Resolución No. 211 del 17 de septiembre de 2019, que dispuso que el contratista Cilca Ingenieros S.A. adeudaba a favor del Fondo de Desarrollo Local de Usme la suma de \$5.175.359.748 por concepto de multa, afectación de cláusula penal y declaratoria de siniestro por amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo; para en su lugar disponer, que por la sumatoria de esos conceptos se adeuda al FONDO DE DESARROLLO LOCA DE USME en total CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$4.742'694.219)

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda formulada en el proceso 2020-00180, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas ni agencias en derecho, en los procesos 2018-00180 y 2020-00180, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Por Secretaría de la Sección Tercera, NOTIFICAR esta decisión: a) A las partes, (...) y b) Al representante del Ministerio Público, Lo anterior, de conformidad a las direcciones electrónicas que reposan en el plenario.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaria de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo N°2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

OCTAVO: Se reconoce personería al Doctor WILLINGTON JAIR ABRIL CARVAJAL, a efectos que represente los intereses de la Entidad demandada, en los procesos de la referencia.” (fl. 35 sentencia, índice 78 SAMAI tribunal, mayúsculas fijas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Expediente 25000-23-36-000-2018-00180-01

1.1 La demanda

Mediante escrito presentado el 1 de marzo de 2018 (fl. 4 cdno. 1), La Previsora SA Compañía de Seguros promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra del Fondo de Desarrollo Local de Usme (FDLU) (fls. 1 y ss cdno. 1) con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que se declare la nulidad de las resoluciones administrativas No. 133 del 29 de junio de 2017 y su confirmatoria la No 157 del 23 de agosto de 2017, por lo tanto se declare que se dejan sin efectos de hecho y de derecho y los jurídicos derivados de dichas resoluciones (sic). Como

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

consecuencia de la acción contractual, consagrada en el art. 141 del CPACA y demás normas concordantes.

SEGUNDA. Que se declare que LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS, no está obligada al pago de las sumas de dinero exigidas por la Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Gobierno, Representante Legal de los Fondos de Desarrollo Local del Distrito Capital, del valor asegurado en el amparo de cumplimiento de la garantía única No. 3009013, por la suma de \$1.138.293.945 m/cte por agotamiento del valor asegurado, sin que se haya exigido al contratista, la reposición del mismo, tal y como lo consagra el art. 2.2.1.2.3.1.18 del Decreto 1082 de 2015, que determina que ‘cuando con ocasión de las reclamaciones efectuadas por la entidad estatal, el valor de la garantía se reduce, la entidad estatal debe solicitar al contratista restablecer el valor de la garantía’.

TERCERA. Que se declare que, LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS, no está llamada a efectuar el pago del **AMPARO DE ANTICIPO**, de la garantía única no. 3003013, por la suma de TRES MIL DOSCIENTOS CATORCE MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$3.214.184.652,52 M/CTE), por estar **correctamente invertido** el anticipo en insumos para la obra, tal y como se demuestra de los informes mensuales de inversión del anticipo y en atención a que dichos fondos fueron manejados en Fidupopular, en forma conjunta entre contratista, interventoría y supervisión del contrato, en representación del FDLU.

CUARTA. Que se declare que la garantía de cumplimiento en su amparo de anticipo cubre el buen manejo y correcta inversión del anticipo y no su amortización.

QUINTA. Que se declare y se ordene como consecuencia de la nulidad decretada, la devolución de las sumas de dinero que se vea forzada a pagar La Previsora SA Compañía de Seguros, más el pago de intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley.

SEXTA. Que se declare y se ordene como consecuencia de la nulidad decretada, la condena en costas que debe pagar la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO, FONDOS DE DESARROLLO LOCAL DEL DISTRITO CAPITAL**, a favor de mi representada, según lo consagrado en el art. 188 del CPACA.

SÉPTIMA. Que se ordene el reconocimiento y pago de los intereses consagrados en el art. 193 del CPACA si se dan sus presupuestos.” (fls. 7 – 8 cdno. 1 – mayúsculas fijas y negrillas originales).

La demanda se sustentó, en síntesis, en lo siguiente:

1) El 4 de junio de 2014, el Fondo de Desarrollo Local de Usme de Bogotá – Distrito Capital y el Consorcio Cilca Ingenieros¹ suscribieron el contrato de obra número 023 FDLU cuyo objeto consistió en la construcción de vías urbanas con espacio público

¹ Integrado por las sociedades Casia Ltda, Cilas SAS y el señor Fredy Humberto Garzón Rico.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

en la localidad de Usme de la ciudad de Bogotá, incluida la consultoría para la complementación de estudios, diseños y presupuesto, por valor de \$11.382.9393.451, con un plazo de ejecución de 18 meses y un anticipo del 40% con el cual se constituiría un patrimonio autónomo y sería amortizado según los porcentajes de cada acta de recibo parcial de obra; un 50% adicional se pagaría contra actas parciales de obra ejecutada y el 10% restante con el recibo a satisfacción de los trabajos. La Previsora SA Compañía de Seguros amparó el contrato mediante la póliza única de cumplimiento número 3009013.

2) El plazo contractual fue ampliado producto de una suspensión de un (1) mes calendario (abril de 2015) y prorrogado por tres (3) meses adicionales por razón de inseguridad en la zona de ejecución, factores climáticos, ausencia de planos y de permisos del plan de manejo de tráfico.

3) El 7 de abril de 2016, la interventoría del contrato informó a la entidad contratante que la ejecución del contrato presentaba un atraso del 56,7% y que era imposible ejecutar lo restante en el término de tres (3) meses; en consecuencia, el contratista y la aseguradora fueron citados a un procedimiento administrativo que culminó con la expedición de los actos administrativos demandados contentivos de la decisión de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria con cargo a la garantía de *cumplimiento* del contrato por la suma de \$1.138.293.945 y la de *no amortización del anticipo* por el valor de \$3.214.184.652.

1.2 Cargos de nulidad

La pretendida ilegalidad de la declaración de incumplimiento se sustentó en la supuesta *violación de normas superiores*, que se sustentó de la siguiente manera:

1) *Agotamiento del amparo de cumplimiento*. La entidad demandada hizo exigible el amparo de cumplimiento del contrato pese a que se había agotado el monto asegurado con ocasión de que con este se cubrió el valor de unas multas impuestas al contratista mediante las Resoluciones números 265 y 292 de 2016, por suma igual al monto del mencionado amparo; tampoco se compensó el valor de la multa mediante los correspondientes descuentos al contratista ni se amplió el valor amparado. Estas conductas son contrarias al principio de autotutela de la administración quien no tomó las medidas para mantener la suficiencia de la garantía del contrato, desconocen el alcance del amparo otorgado y el artículo 1088

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

del Código de Comercio según el cual el seguro es puramente indemnizatorio en los términos acordados, pero no puede ser fuente de enriquecimiento de las partes.

2) *Proporcionalidad de la cláusula penal.* Se desconoció el artículo 1596 del Código de Comercio porque, a pesar de haberse ejecutado parcialmente el contrato en porcentaje del 43,3%, la cláusula penal se hizo efectiva por el 100%.

3) *Indebida afectación del amparo de anticipo.* El procedimiento administrativo de declaración de incumplimiento se dirigió a hacer efectivo un amparo de falta de amortización del anticipo que no fue otorgado por la aseguradora, quien se limitó a cubrir la no inversión, el uso indebido y la apropiación del anticipo en los términos del artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015; en forma posterior se hizo efectivo un amparo distinto por la supuesta indebida inversión del anticipo y por una suma diferente; adicionalmente, no se ejerció dicha potestad en la oportunidad legal, esto es, dentro del plazo de ejecución contractual.

1.3 Contestación de la demanda

El Fondo de Desarrollo Local de Usme contestó la demanda en forma extemporánea tal como lo declaró el tribunal de primera instancia en auto de 9 de abril de 2019 (fl. 124 c. 1), el cual fue confirmado por la misma Corporación mediante providencia de 10 de marzo de 2020 (fl. 135 cdno. 1) que desató el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada.

2. Expediente 25000-23-36-000-2020-00180-01

2.1 La demanda

El 8 de julio de 2020, La Previsora SA Compañía de Seguros (archivo demanda, índice 111) promovió demanda en ejercicio del medio de control judicial de controversias contractuales en contra del Fondo de Desarrollo Local de Usme (FDLU), con el fin de obtener la nulidad de la liquidación unilateral del contrato número 023 de 2014 y unos reconocimientos consecuenciales, en los siguientes términos:

“PRIMERA PRETENSIÓN: Que se declare la nulidad de las Resoluciones Administrativas números 211 del 27 de agosto de 2018, su confirmatoria

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

la 302 de 10 de octubre de 2018; y la aclaratoria número 211 del 17 de septiembre de 2019.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene el reintegro a favor de la PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS, de las sumas de dinero que se vio forzada a pagar a favor del Fondo de Desarrollo Local de Usme, por la suma de \$4.352.478.597 pago efectuado por la aseguradora el 12 de julio de 2019, como se desprende del comprobante de pago del Banco de Occidente número 60002-452 (anexo 12), como consecuencia se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, con indexación del capital cuya contabilización debe hacerse a partir del 12 de julio de 2019, fecha en que la aseguradora efectuó el pago.

TERCERA PRETENSIÓN: Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene sobre la suma de \$315.412.794 m/cte sumas de dinero compensadas directamente por el FDLU, se haga el reconocimiento y liquidación de intereses moratorios, sobre el valor de las actas de obra (10) y (11), radicadas y presentadas por el consorcio ante la Alcaldía Local de Usme el 2 de junio de 2016 y 7 de julio de 2016, respectivamente.

CUARTA PRETENSIÓN: Que se declare la excepción del contrato no cumplido, por razones de fuerza mayor, y por la mora en el pago por parte del FDLU de las actas de obra (10) y (11), que determinaron la paralización del contrato 023 FDLU 2014.

QUINTA PRETENSIÓN: Que se liquide el contrato de obra 023 FDLU 2014 por parte del Despacho, teniendo en cuenta que en la liquidación unilateral adoptada por la Resolución Administrativa 211 de agosto de 2018, el FDLU no contabilizó sumas de dinero canceladas por el consorcio con cargo a la inversión del anticipo, por los siguientes conceptos: (i) valor cancelado por concepto de IVA, sobre el anticipo a favor de la administración de impuestos y aduanas nacionales, en un porcentaje del 16%; (ii) valor de la comisión pactada con Fiduciaria Popular (...) (iii) valor del pago de impuestos distritales a favor de la Secretaría de Hacienda Distrital, (iv) valor del impuesto del cuatro por mil, sobre cada desembolso autorizado por la interventoría del anticipo, con el aval del supervisor del contrato; (v) se descuenten y se tengan en cuenta los pagos efectuados por el contratista en insumos para la obra en un porcentaje equivalente al 38,1% por la suma de \$3.347.477.818,71, facturados mediante nueve actas parciales de obra; sumas de dinero a las que no hace referencia la Resolución administrativa No. 211 del 27 de agosto de 2018 y su confirmatoria la 302 de octubre de 2018, por la que se adoptó la liquidación unilateral, ni en su aclaratoria la No. 211 de septiembre de 2019, que necesariamente deben ser tenidas en cuenta en la liquidación, en atención a que el pago de estas obligaciones de obligatorio cumplimiento se hacen con cargo al anticipo como gastos del contrato.

SEXTA PRETENSIÓN: Se declare que la Previsora SA Compañía de Seguros, no está obligada al pago de la cláusula penal pecuniaria, por no haber dado el FDLU cumplimiento al contenido del Art. 2.2.1.2.3.1.18 del Decreto 1082 de 2015, además, por no darse las circunstancias enunciadas en la cláusula décima sexta del contrato 023 FDLU 2014, sobre exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria.

SÉPTIMA PRETENSIÓN: En caso que no se decrete la nulidad de las resoluciones impugnadas, se ordene por el Despacho el reconocimiento

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

del principio de proporcionalidad de la cláusula penal pecuniaria (...) por no haber tenido en cuenta este descuento del amparo de cumplimiento, cuando adoptó la liquidación unilateral del contrato.

OCTAVA PRETENSIÓN: Se declare LA NO EXIGIBILIDAD del amparo de anticipo con cargo a la garantía única No. 3009013, por no haber otorgado la aseguradora el amparo de amortización del anticipo.

NOVENA PRETENSIÓN: Solicito al Despacho que la presente acción contractual sea acumulada a la acción contractual que actualmente cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca radicada bajo el No. 25000233600020180018000, en conocimiento del MP Dr. Juan Carlos Garzón Martínez, para evitar fallos contradictorios y atendiendo principios de economía procesal.

DÉCIMA PRETENSIÓN: Que se declare y se ordene como consecuencia de la nulidad decretada, la condena en costas a la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría Distrital de Gobierno – Fondos de Desarrollo Local del Distrito Capital. Según lo establecido en el art. 188 del C.P.A.C.A.

DÉCIMA PRIMERA: Se ordene por el Despacho, la actualización de la condena en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A. (...).

DÉCIMA SEGUNDA: SE ordene el reconocimiento de los intereses consagrados en el art. 299 del C.P.A.C.A.

DÉCIMA TERCERA: Se ordene el pago con indexación del capital de acuerdo con el IPC, desde cuando se efectuó el pago por parte de mi representada a favor del FDLU, 12 de julio de 2019, como el pago de intereses consagrados en el art. 193 del C.P.A.C.A. hasta cuando se produzca el pago efectivo de la obligación por parte del FDLU. Como consecuencia debe declararse que NO se configuró el siniestro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, con afectación de la garantía única de cumplimiento No. 3009013 y sus anexos modificatorios, expedida por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, por haber sido correctamente invertido el anticipo en insumos para la obra, como consecuencia, se declare que LA PREVISORA S.A. no estaba llamada a efectuar el pago de las sumas de dinero exigidas por el FDLU.

DÉCIMA CUARTA PRETENSIÓN: Que se condene al pago de perjuicios a favor de La Previsora SA Compañía de Seguros, según lo determinado por el art. 193 del C.P.A.C.A.” (fls. 10 – 12 demanda, índice 111 SAMAI – mayúsculas fijas del original).

Como sustento fáctico de la demanda se reiteró el expuesto en el expediente número 25000-23-36-000-2018-00180-01 y se adicionaron los siguientes hechos:

1) El FDLU no pagó oportunamente al contratista las actas parciales de ejecución números 10 y 11 correspondientes a los meses de junio y julio de 2016, circunstancia que incidió en la paralización del contrato y fue determinante del incumplimiento.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

2) La demandada liquidó unilateralmente el contrato mediante la Resolución número 211 de 27 de agosto de 2018 y en esta dispuso compensar en favor del fondo la suma de \$315.412.794, correspondiente al valor de las mencionadas actas parciales números 10 y 11; sin embargo, no se liquidaron intereses moratorios sobre estas sumas ni se incluyeron otras sumas de dinero en beneficio del contratista.

3) En la liquidación del contrato se incluyó el valor de la cláusula penal pecuniaria sin reconocer la reducción proporcional por el hecho de la ejecución parcial en un porcentaje del 38,1%; también se incluyó el valor del amparo de anticipo, pese a que no se amparó por la compañía demandante la no amortización, cargo por el cual fue citada al procedimiento administrativo de declaración de incumplimiento contractual.

4) En la resolución de liquidación unilateral del contrato, cuya nulidad se demanda, también se incluyó el valor de la garantía de cumplimiento por la suma de \$1.138.293.945 no obstante que se había agotado el monto de ese amparo y no fue ampliado, ni restablecido por el contratista ni tampoco ello fue exigido por la entidad contratante.

2.2 Cargos de nulidad

La pretendida nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato se sustentó en los reparos concretos que se resumen a continuación:

1) *Expedición irregular por indebida citación para liquidar bilateralmente el contrato* porque se convocó a la aseguradora para participar como “*interventor de la liquidación*” y por el hecho de que la reunión que tenía por propósito negociar la liquidación bilateral del contrato fue atendida por un asesor jurídico de la Alcaldía Local de Usme, quien no tenía competencia para liquidar el contrato.

2) *Falta de competencia temporal para liquidar el contrato por fuera de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo para hacerlo bilateralmente.*

3) *Falsa motivación*, debido a que en la liquidación del contrato no se tuvo en cuenta el valor de los impuestos nacionales y distritales pagado por el contratista, de los

insumos de obra, los gastos administrativos, los costos del contratista ni el pago de la comisión a la fiduciaria, tampoco se reconoció la retergarantía del 10% ni intereses sobre el valor de las actas compensadas; además, el valor del amparo de anticipo no podía incluirse en la liquidación porque fue invertido en insumos para la obra, finalidad para la cual fue entregado.

2.3 Contestación de la demanda

En la oportunidad legal, el fondo demandado se opuso a las súplicas y defendió la legalidad de su actuación con argumentos genéricos relacionados con el respeto del debido proceso y la presunción de legalidad que ampara las decisiones demandadas (fls. 177 y ss cdno 1).

3. La sentencia apelada

El 23 de marzo de 2023, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A accedió parcialmente a las súplicas de las demandas (índice 78 SAMAI) decretó la nulidad parcial de la declaración de incumplimiento contractual, ordenó la reducción proporcional del valor de la cláusula penal pecuniaria y anuló parcialmente el acta de liquidación unilateral del contrato para descontar el monto en el que fue reducida la mencionada pena, al tiempo que denegó las restantes súplicas de la demanda², con sustento en lo siguiente:

1) Está probado que la entidad contratante adelantó las actuaciones que le permitía el ordenamiento jurídico en procura del cumplimiento contractual; la prórroga del contrato fue bilateral, el contratista se obligó a terminar la ejecución en el término de tres (3) meses, el no pago de las actas parciales números 10 y 11 no fue determinante en el incumplimiento del contratista ya que ello ocurrió cuando el nivel de atraso en la ejecución era significativo. De otra parte, fue la propia aseguradora quien solicitó a la contratante que se compensaran las obligaciones del contratista con los saldos en su favor, por lo cual no es de recibo que ahora reclame por el no pago al contratista del valor de esas actas parciales.

² Los procesos fueron acumulados en el curso de la primera instancia y decididos en una misma sentencia.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

2) También se acreditó que a través de la Resolución número 265 de 8 de julio de 2016 (confirmada por Resolución 292 de 2 de agosto de 2016) el fondo contratante le impuso al contratista una multa en el equivalente al 10% del valor del contrato, esto es, por la suma de \$1.138.293.945,10 y ordenó pagarlos al contratista y a su garante; sin embargo, este solo hecho no constituyó reducción del valor del amparo porque no hubo pago efectivo por parte de la aseguradora; por ende, si bien la entidad demandada afectó en dos (2) oportunidades el amparo de cumplimiento, por valores que duplicarían el monto garantizado, la aseguradora no pagó las multas y, por tanto, no se redujo el valor asegurado; además, mediante Resolución 211 de 27 de agosto de 2018 la entidad ordenó al contratista de obra restablecer el valor de la garantía en los términos del artículo 2.2.1.3.1.18 del Decreto 1082 de 2015.

3) Sin perjuicio de lo anterior, se configuran los supuestos para disponer la reducción proporcional del valor de la cláusula penal previstos en los artículos 1596 de Código Civil y 867 del Código de Comercio, porque el acreedor recibió parte del objeto debido; la cláusula penal se pactó en el equivalente al 10% del valor total del contrato en caso de *incumplimiento total o declaración de caducidad* del contrato. Aunque el fondo reconoció esta circunstancia, decidió imponer la totalidad de la pena porque no reposaban en el expediente las actas de recibo parcial de las obras y difirió la decisión sobre la proporcionalidad para el momento de la liquidación del contrato; no obstante, al momento de adoptar el cruce de cuentas final mantuvo la suma en el total del valor de la cláusula penal pecuniaria, sin explicar esa determinación. Por ende, hay lugar a aplicar la reducción proporcional en los términos pedidos y en atención al porcentaje de ejecución material del contrato que ascendió al 38,01%; por lo tanto, el valor a pagar por concepto de cláusula penal pecuniaria equivale al 61,99% restante, esto es, a \$705.628.416.

4) El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal respecto de (i) la no inversión, (ii) el uso indebido y, (iii) la apropiación indebida de los recursos que lo conforman; por su parte, la amortización del anticipo, según la acepción del vocablo, implica la recuperación o compensación de los fondos invertidos en una empresa, huelga decir, la devolución de las sumas entregadas que realiza el contratista a medida que avanza la ejecución de la obra, por lo cual no ha sido pacífica en la jurisprudencia la respuesta al problema jurídico consistente en si la no amortización está cubierta por el mencionado amparo. Un sector de la jurisprudencia ha optado por dar respuesta positiva a este interrogante

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

sobre la consideración de que el hecho de no amortizar el anticipo equivale a apropiárselo indebidamente; en contraposición, también se ha sostenido que es posible que, a pesar de no haberse amortizado el anticipo, este podría haber sido invertido en el objeto contractual y, por consiguiente, estar por fuera de la garantía del contrato. En cualquier caso, ambas posturas se dirigen a determinar que solo hay lugar a afectar el amparo ya referido cuando no se encuentra acreditada la correcta utilización del anticipo para los fines contratados.

5) En este caso concreto está probado que la entidad estatal le entregó al contratista un 40% del valor del contrato por concepto de anticipo y que con estos recursos se constituyó un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria Popular, entidad que certificó que para el 1 de julio de 2015 se habían agotado la totalidad de los recursos; sin embargo, la ejecución no llegó a ese porcentaje de ejecución, no se conoce qué insumos fueron adquiridos con los recursos correspondientes de modo que pueda sostenerse que fueron oportunamente invertidos, lo que se traduce en una apropiación indebida de los recursos correspondientes.

6) La falta de correspondencia entre las sumas por las cuales se citó al contratista al procedimiento sancionatorio de conformidad con lo expuesto en el informe de interventoría y las fijadas al terminar este no constituyen violación del debido proceso; de aceptarse que las cifras son invariables carecería de sentido la etapa probatoria surtida dentro del procedimiento administrativo tendiente a determinar precisamente, ese valor. La diferencia está justificada en este caso porque la interventoría tuvo por amortizadas unas sumas que no estaban incorporadas en el sistema PREDIS del presupuesto distrital y, por ende, no tenían la connotación de recursos amortizados.

7) Prospera la pretensión de nulidad parcial del acta de liquidación unilateral del contrato, con el fin de que se refleje en esta la reducción proporcional de la cláusula penal pecuniaria.

8) La imprecisión consistente en haber citado a la compañía aseguradora garante del contrato como "interventor" del contrato no vició el trámite porque *"era claro el objeto de la citación realizada a la compañía aseguradora aquí demandante, esto es, participar de las negociaciones pertinentes en procura de liquidar bilateralmente el contrato"* (fl. 30 sentencia de primera instancia, índice 78 SAMAI).

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)
Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00
Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros
Controversias contractuales

9) El acta de liquidación del contrato fue firmada por el representante legal del fondo (alcalde local de Usme) y las negociaciones para acordar la liquidación solo iniciaron en agosto de 2018, con participación activa del mencionado funcionario, por lo tanto, la reunión de 26 de julio del mismo año solo tuvo como finalidad permitir un acercamiento entre las partes.

10) En los términos del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 el contrato puede ser válidamente liquidado en forma unilateral siempre que no haya operado la caducidad de la acción de controversias contractuales; en este caso, el plazo de ejecución precluyó el 15 de agosto de 2016, por lo cual, descontado el plazo para la liquidación, la caducidad solo operaba el 16 de febrero de 2019, mientras que la liquidación unilateral quedó en firme el 30 de octubre de 2018.

11) No hay lugar a reconocer ninguna suma de dinero por intereses sobre las sumas compensadas, porque en el momento en que se causó la obligación de pago al contratista este ya era deudor de la entidad demandada y fue la propia aseguradora quien solicitó dicha compensación, según lo manifestó el fondo en la Resolución 133 de 2017, aspecto que no fue controvertido por las partes del proceso. Por su parte, la entidad tampoco estaba obligada a reconocer el valor de la retergarantía en favor del contratista porque su pago estaba supeditado al recibo total de las obras y esta condición no se verificó.

12) No se reconocen en la liquidación los costos financieros de la fiducia para la administración del anticipo, porque, según las estipulaciones del contrato, estos corrían por cuenta del contratista; tampoco es procedente incluir el valor de los supuestos pagos realizados a terceros con los recursos del anticipo.

13) En las referidas condiciones, el cruce de cuentas queda así:

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)
 Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00
 Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros
Controversias contractuales

Suma adeuda por concepto de multa	\$ 1.138'293.945
Suma adeuda por concepto de cláusula penal (en aplicación del principio de proporcionalidad)	\$705.628.416
Suma adeuda por concepto de no devolución del anticipó, luego de amortización	\$2.898.771.858
TOTAL ADEUDADO:	\$4.742'694.219

14) No hay prueba de la causación de costas, por lo cual no se imponen.

4. Los recursos de apelación

En la oportunidad legal prevista para tal efecto, las partes presentaros recursos de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.

4.1 La Previsora SA Compañía de Seguros

La compañía aseguradora demandante impugnó la sentencia de primera instancia (índice 84 SAMAI tribunal) con el fin de insistir en las súplicas de las demandas, con los siguientes razonamientos³:

³ El recurrente indicó que su recurso está dirigido a lo siguiente:

“a) Que debe efectuarse la Liquidación Judicial del Contrato de Obra No. 023-FDLU2014, con la No afectación del Amparo de Anticipo y del Amparo de Cumplimiento de la Garantía Única No. 3009013, según los informes de Interventoría Nos. CI258 Rad. 20160520074952 de fecha 16 de agosto de 2016 y el informe del 8 de septiembre de 2016, radicado con el No. 052008487-2., (Anexos 17, 19 y 20 de la demanda), en los que la Interventoría da cuenta de la Correcta Inversión del Anticipo por parte del Consorcio Cilca Ingenieros. b) Que se Declare que la Previsora S.A. Compañía de Seguros no estaba obligada al pago de la Clausula Penal Pecuniaria exigida con Cargo al Amparo de Cumplimiento de la Garantía Única No. 3009013, por Segunda Vez, por No haber solicitado el FDLU al Contratista en la oportunidad debida la RESTITUCIÓN DEL VALOR ASEGURADO DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO. c) Que se declare que el valor determinado en el fallo de primera instancia en aplicación del Principio de Proporcionalidad es a cargo del contratista y no de la aseguradora. d) Que se declare que La Previsora S.A. Compañía de Seguros no otorgo el AMPARO DE AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO. e) Que se ordene la restitución de las sumas de dinero canceladas por la Aseguradora, debidamente indexadas con Liquidación y reconocimiento de intereses moratorios. f) Que se ordene por el fallador de segunda instancia, según lo probado en este escrito y en los anexos de las demandas que, sobre las sumas de dinero compensadas por el FDLU, se reconozcan intereses moratorios de acuerdo con el Numeral 8 del Artículo 4 de la Ley 80 de 1993. g) Que se incluya en la Liquidación Judicial los dineros retenidos en cada Acta de Obra por concepto de RETEGARANTÍA equivalente al 10%, según la Clausula Séptima del Contrato de Obra No. 023-FDLU-2014.” (fl. 51 recurso, índice 84 SAMAI tribunal).

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

1) La sentencia apelada es contraria a las previsiones del Decreto 1510 de 2013 compilado en el Decreto 1082 de 2014, según el cual la entidad estatal tiene el deber de solicitar el restablecimiento del valor inicial de la garantía del contrato cuando esta se reduce como producto de reclamaciones efectuadas en el curso del proceso, disposición cuya aplicación no está supeditada al pago del siniestro. Agotado el amparo no podían reconocerse sumas con cargo a este sin que previamente se hubiere repuesto el valor asegurado con el pago de la prima correspondiente, lo cual no ocurre en forma automática. Aceptar la tesis del tribunal avalaría un enriquecimiento sin causa para la entidad pública.

2) La liquidación del contrato fue adoptada cuando había precluido la oportunidad legal para hacerlo, de ahí que el acto está viciado por falta de competencia.

3) En la sentencia no se analizaron las razones de la prórroga del contrato ni el hecho atinente a que la ampliación solo se concedió por tres (3) meses, pese a que eran necesarios seis (6) meses para superar el atraso de la ejecución, conclusión que es contraria a la prueba consistente en el informe de interventoría que revela la imposibilidad de hacerlo en el plazo concedido. Tampoco se estudiaron en el fallo apelado las consecuencias del no pago de las actas parciales números 10 y 11, lo cual fue determinante en la paralización de las obras; estas sumas solo fueron compensadas al momento de liquidar el contrato lo cual implica que no las recibió el contratista, actuación que desconoció su derecho a recibir la remuneración previamente pactada y configuró la excepción de contrato no cumplido.

4) El valor de la cláusula penal reducido solo puede quedar a cargo del contratista porque se agotó el amparo de cumplimiento.

5) El tribunal no analizó los informes mensuales de inversión del anticipo los cuales revelan que este sí fue aplicado a la obra debido a que los recursos no podían salir del patrimonio autónomo sin el visto bueno del interventor y del supervisor del contrato; también desconoció que la no amortización del anticipo no fue amparada por la compañía. Ninguna acción judicial se adelantó en procura de determinar la apropiación indebida de los recursos del anticipo, a lo cual estaba obligada la entidad en el caso de conocer de la malversación de esos dineros. El anticipo bien pudo invertirse sin amortizarse, aspecto que fue desatendido por el *a quo*.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

6) La Previsora SA Compañía de Seguros no otorgó un amparo por la no amortización del anticipo, empero, esta fue la cobertura que exigió la entidad en el curso del procedimiento administrativo y el tribunal se abstuvo de valorar los documentos que dan cuenta de lo ocurrido en el curso de la actuación y que demuestran cuál fue el trámite que se impartió al procedimiento administrativo que culminó con la expedición del acto demandado. En gracia de discusión, no se cuantificó en debida forma el valor dejado de amortizar, además, el fallo apelado es *extra petita* porque, según los actos demandados, el saldo pendiente por amortizar fue de \$2.583.359.063, mientras que el tribunal determinó como saldo por amortizar la suma de \$2.898.771.858, esto es, tomó en cuenta la suma de \$315.412.794, el que se ordenó compensar con cargo a los valores en favor del contratista.

7) El informe de la interventoría con sustento en el cual se adelantó el procedimiento administrativo sancionatorio da cuenta de que la entidad contratante conocía la malversación de los dineros del anticipo y no ejerció sus competencias en procura de evitar un detrimento del patrimonio estatal a través de las acciones penales y disciplinarias correspondientes. El interventor es un particular con funciones públicas cuya responsabilidad podía ser exigida por la administración en los términos del estatuto anticorrupción y de la Ley 80 de 1993.

8) Se violó el debido proceso por el hecho de estimar que la no amortización del anticipo es equivalente a su no inversión; en la sentencia de primera instancia no se realizó un pronunciamiento respecto del cargo de la demanda consistente en la violación de la autotutela por parte del fondo ni se examinaron las pruebas que dan cuenta de la efectiva inversión de los recursos del anticipo en insumos para la obra (informes de Interventoría, No. CI-258 Rad. 20160520074952 de fecha 16 de agosto de 2016 y número 052008487-2 del 8 de septiembre de 2016).

9) El hecho de no haber dado trámite a la petición de pruebas, dirigida a que se oficiara a la Fiduciaria Popular y a la Alcaldía Local de Usme para que certificaran los pagos a terceros con recursos del anticipo y su destinación, información que fue negada a la compañía cuando intentó obtenerla directamente en ejercicio del derecho fundamental de petición, también vulneró las garantías constitucionales de la parte actora.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

10) La liquidación del contrato solo podía realizarse por las partes, en los términos del artículo 61 de la Ley 80 de 1993 y el garante del contrato no puede sustituir al contratista en ese trámite; en este caso, solo fue citada la aseguradora con lo cual se violó el procedimiento previo a la liquidación unilateral del negocio; tampoco podía efectuarse luego del vencimiento del término legal estipulado.

11) En el acto de liquidación del contrato se exigió en forma doble el valor de la garantía de cumplimiento del contrato y no se tuvieron en cuenta los pagos que constituyeron inversión de los recursos del anticipo.

12) El FDLU estaba obligado a reconocer intereses de mora sobre las sumas impagadas oportunamente al contratista y no entregó el valor de la retergarantía.

13) La entidad contratante debió incluir la suma de \$347.778.818 que descontó al contratista en la liquidación del contrato y compensarla como amortización del anticipo.

14) En la sentencia de primera instancia se pasó por alto que en la Resolución 211 de 2018 consta la ejecución del 38,1% del contrato y una amortización de anticipo por la suma de \$1.654.403.922.

4.2 Fondo de Desarrollo Local de Usme

La entidad contratante apeló parcialmente (índice 85 SAMAI tribunal) con el fin de que mantenga el valor de la cláusula penal determinada por la entidad y su inclusión en la liquidación del contrato, por estimar que esta correspondió a una estimación anticipada del valor de los perjuicios sufridos por la entidad producto del incumplimiento de su contraparte; por manera que, estaba exonerada de acreditar la cuantía o magnitud del daño sufrido. En el expediente está documentado que el incumplimiento del contratista afectó de manera grave los derechos de las comunidades y ninguno de los frentes de obra fue terminado ni recibido a satisfacción por el Distrito Capital. Agregó:

13.- Ante este panorama y con la finalidad de compensar la afectación sufrida, el FDL hizo uso de las herramientas contractuales que le permitieran: i) de una parte, sancionar al contratista por el grave incumplimiento de sus obligaciones contractuales; ii) y de otra, compensar con apego a la tasación anticipada de perjuicios, las afectaciones sufridas con el incumplimiento.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

14.- *En tal sentido, el escenario judicial en el que se controvierten las facultades sancionadoras de la administración en el marco de una relación contractual, es un mecanismo excepcional en el que se vela por la garantía de los derechos de las partes involucradas en el contrato. Sin embargo, tal garantía se agrava en presencia de un contrato estatal en tanto se persigue la satisfacción de un fin superior como lo es el bienestar general. Por tal motivo, la administración ante el incumplimiento de un tercero debe hacer uso de manera rigurosa de las herramientas contractuales que tenga a su favor para compeler al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, y en casos graves, de terminar e imponer con severidad el máximo castigo posible que a su alcance le permita compensar la afectación sufrida.*

15.- *Por último, es importante advertir que el actuar de la administración se ajustó a derecho. El pacto de la cláusula penal y las multas contractuales impuestas encuentra su fundamento a la luz del artículo 13 de la ley 80, los principios de igualdad y de la autonomía de la voluntad privada, atendiendo la regulación del derecho comercial y civil, sin perjuicio de que tal pacto (por mandato de los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011) otorgue la competencia a una de las partes contratantes, en este caso al FDL para sancionar a su cocontratante mediante la imposición unilateral de multas contractuales y mediante la declaratoria de incumplimiento con el objeto de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.*

16.- *Por todo lo anterior en el caso objeto de análisis: i) es claro que las partes suscribieron un contrato estatal; ii) se establecieron cláusulas pecuniarias, incluidas multas y cláusula penal; iii) la cláusula penal ascendió a un porcentaje razonable que las partes acordaron como sanción a la parte incumplida; iv) tal porcentaje corresponde al 10% del total del monto contratado; v) la imposición de tal porcentaje a título de sanción por el incumplimiento corresponde al uso de una prerrogativa contractual por parte del FDL.” (fl. 3 recurso de apelación, índice 85 SAMAI tribunal).*

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite procesal, sin que se advierta nulidad que lo invalide⁴, la Sala decide los recursos de apelación formulados por las partes, con el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, (ii) legitimación en la causa de la aseguradora del cumplimiento del contrato estatal, alcance y límites, (iii) agotamiento del amparo de cumplimiento, (iv) el amparo de anticipo y su indebida afectación, (v) restablecimiento del derecho y, (vi) costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

⁴ En forma previa a analizar el fondo del asunto se verifica que no operó la caducidad del medio de control jurisdiccional promovido con las demandas, toda vez que fueron presentadas antes de que transcurrieran los dos (2) años posteriores a la liquidación unilateral del contrato y, por ende, fueron oportunas.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

La aseguradora de un contrato estatal, mediante procesos separados que se acumularon en el curso de la primera instancia y se decidieron en la misma sentencia, controvierte la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos por la entidad pública contratante mediante los cuales declaró el incumplimiento del contratista e hizo efectiva la garantía, por estimar que se excedió el monto del amparo de cumplimiento, se hizo efectivo un amparo que nunca fue otorgado en relación con la no amortización del anticipo del contrato por parte del contratista de obra y se desconoció el derecho a la reducción proporcional del valor de la cláusula penal en proporción del porcentaje de cumplimiento contractual; también se pretendió la nulidad de la liquidación unilateral del contrato por irregularidades en la citación a la liquidación bilateral, por el hecho de haberse liquidado por fuera del término legal, por dejar de incluir en favor del contratista el valor de los impuestos pagados por este, el valor de insumos, gastos administrativos y comisiones para el manejo del anticipo, el valor de la retengarantía y los intereses sobre el valor de las actas compensadas tardíamente, por el hecho de incluir doblemente el valor del amparo de cumplimiento y haber afectado el de anticipo pese a que no se garantizó la no amortización de este.

El tribunal *a quo* accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y anuló los actos demandados, únicamente en tanto desconocieron el derecho legal a la reducción proporcional del valor de la cláusula penal pecuniaria, dispuso la disminución correspondiente y, en tal sentido, modificó la liquidación unilateral del contrato.

Ambas partes apelaron la sentencia de primera instancia; el FDLU controvirtió la reducción de la cláusula penal dispuesta y la compañía de seguros demandante insistió en las súplicas que fueron negadas, especialmente las relacionadas con el agotamiento del amparo de cumplimiento, la inexistencia de amparo de amortización de anticipo y el cruce de cuentas definitivo adoptado en el cual se dejaron de incluir sumas en favor del contratista.

La Sala modifica la sentencia apelada y declara, de oficio, en los términos del artículo 187 del CPACA⁵, la ausencia de legitimación en la causa La Previsora SA Compañía de Seguros para controvertir los aspectos de la liquidación unilateral del

⁵ CPACA, "Artículo 187. (...) En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada."

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

contrato que afectan exclusivamente al contratista (expediente 25000-23-36-000-2020-00180-00); de otra parte, concede las súplicas de la demanda del expediente número 25000-23-36-000-2018-00180-01 por encontrar fundados los cargos de nulidad relacionados con los amparos de cumplimiento y anticipo.

2. Legitimación en la causa de la aseguradora del cumplimiento del contrato estatal, alcance y límites

1) En el caso *sub examine* las relaciones jurídicas entre los involucrados están reguladas por dos (2) negocios jurídicos autónomos: (i) el contrato estatal de obra en virtud del cual un particular (Consortio Cilca Ingenieros) y el Fondo de Desarrollo Local de Usme (FDLU) acordaron la ejecución material de unos trabajos y, (ii) el contrato de seguro, en el cual funge como tomador el referido consorcio y como asegurador La Previsora SA Compañía de Seguros. No obstante el carácter principal de ambos negocios, los actos administrativos contractuales expedidos por la entidad estatal contratante de la obra y, particularmente aquellos relacionados con la efectividad de la garantía del contrato, tienen la virtualidad de impactar la situación jurídica particular de la compañía aseguradora y en esa afectación radica el interés que le asiste para comparecer como extremo activo de la controversia.

2) Según lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA, las partes de una convención están habilitadas para cuestionar judicialmente la validez de los actos administrativos contractuales a través del medio de control judicial de controversias contractuales; aunque la compañía aseguradora no funge materialmente como parte del contrato estatal (de obra en este caso), no puede perderse de vista que existe una estrecha vinculación entre el contrato estatal y el de seguro que se ha suscrito con el fin garantizar el cumplimiento de las obligaciones de aquel y, por ende, es perfectamente posible que en el primero se regulen situaciones jurídicas que impacten de manera directa al garante del contrato y, esa medida, “*su legitimación surge de los efectos o repercusiones probables que la relación negocial difumina hacia su patrimonio*”⁶.

3) En esa línea de argumentación, interpretar que la circunstancia consistente en que la aseguradora no sea parte del contrato de obra le impide controvertir la validez de actos administrativos que la afectan resultaría abiertamente contrario a la

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 23 de agosto de 2024, MP Jaime Rodríguez Navas, exp. 62.082.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

garantía fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, por cuanto, en los términos del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 este tipo de actos solo pueden enjuiciarse a través de la acción contractual⁷, razón por la cual la jurisprudencia de la Sección Tercera ha admitido el interés legítimo que le asiste a las compañías de seguros para hacer uso del medio de control judicial de controversias contractuales frente a actos emitidos en ejecución de un contrato estatal que hagan efectiva la garantía correspondiente⁸.

4) Sin embargo, huelga precisar que ese legítimo interés únicamente se configura en relación con aquellos aspectos que crean, modifican y extinguen derechos u obligaciones de la aseguradora o impactan en alguna medida sus intereses jurídicos, pero no se extiende a la reclamación de los derechos y garantías propias del contratista (tomador), quien, en virtud de la relación contractual con la entidad contratante es el legitimado para demandar los aspectos relacionados con el contrato estatal afianzado y reivindicar judicialmente sus propios intereses.

5) Para este efecto, se tiene en cuenta que en el seguro de cumplimiento el asegurador asume el riesgo de incumplimiento del contratista de la administración y se obliga a indemnizar al asegurado por las consecuencias de este, en los términos y con los límites pactados; sin embargo, la aseguradora no ostenta la posición de contratista y, por ende, no tiene interés jurídico para reclamar las prestaciones a que tiene derecho este.

6) En ese contexto, si bien la aseguradora está legitimada en la causa para discutir la legalidad de los actos que hicieron efectivas las garantías otorgadas por esta, no lo está para exigir la reivindicación judicial de derechos del contratista como el pago del precio (retergarantía, impuestos y costo de la administración del anticipo) y el lucro cesante de las sumas no reconocidas oportunamente (intereses). De igual manera, tampoco está legitimada la compañía para discutir la legalidad de la liquidación unilateral del contrato contenida en la Resolución número 211 de 27 de agosto de 2018, de su confirmatoria número 302 de 10 de octubre de 2018 y de la resolución de corrección número 211 de 17 de septiembre de 2019, en tanto estas precisas decisiones se limitaron a determinar el cruce de cuentas entre la

⁷ Ley 80 de 1993, "artículo 77 (...) los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo."

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de mayo de 2019, exp. 40.102, MP María Adriana Marín.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

administración y el contratista y a determinar las sumas a cargo de este último, sin que la decisión vincule formal ni materialmente a la aseguradora cuya responsabilidad se definió al momento de declarar el siniestro. Téngase en cuenta que existe la posibilidad de que un acto de liquidación de un contrato afecte los intereses del garante, por ejemplo, cuando le impone determinada obligación o determina o modifica el valor de una suma de dinero a su cargo, caso en el cual sí está legitimado para controvertirlo; sin embargo, ello no ocurrió en este caso.


7) Por consiguiente, se modifica el fallo apelado para declarar probada, de oficio, la excepción de ausencia de legitimación en la causa por activa de la aseguradora demandante en relación con la pretensión quinta de la demanda del expediente 25000-23-36-000-2020-00180-00 en tanto se encaminó a obtener que se incluyan en la liquidación, en favor del contratista, las sumas pagas por concepto de IVA, comisión por la administración fiduciaria del anticipo, el valor de los impuestos distritales y el gravamen sobre los movimientos financieros, lo mismo que en relación con las súplicas del mismo expediente dirigidas a cuestionar la validez de los actos de liquidación unilateral del contrato, pues, se insiste, no determinaron ninguna obligación a cargo de la aseguradora sino, únicamente, afectaron al contratista quien no demandó y, por lo tanto, no puede modificarse en esta sentencia su situación jurídica en relación con los actos administrativos objeto de control judicial.

3. Agotamiento del amparo de cumplimiento

1) Contrario a lo que estimó el tribunal de primera instancia, para la Sala está llamado a prosperar el cargo de nulidad de los actos administrativos demandados que se sustentó en el agotamiento del amparo de cumplimiento.

2) Como se anticipó, en el contrato de seguro, el asegurador asume los precisos y determinados riesgos descritos en la póliza y el deber de indemnizar en la forma y cuantía de los amparos otorgados; en este caso objeto de decisión está demostrado que mediante la póliza número 3009013 la Previsora SA Compañía de Seguros amparó el cumplimiento del contrato de obra no. 023 FDLU-2014 (fl. 1 archivo anexo 4 copia póliza, índice 2 SAMAI), en los siguientes términos:

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)
 Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00
 Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros
Controversias contractuales

PÓLIZA N°		3009013		LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS NIT. 802.802.400-2				PREVISORA SEGUROS				
2 SEGURO CUMPLIMIENTO POLIZA UNICA A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES												
SOLICITUD		CERTIFICADO DE		N° CERTIFICADO		CIA. POLIZA LIDER N°		CERTIFICADO LIDER N°		A.P.		
DÍA MES AÑO		MODIFICACIÓN		2						NO		
15 5 2015												
TOMADOR		20065818-CONSORCIO CILCA INGENIEROS						NIT 900.742.303-5				
DIRECCIÓN		CALLE 23F 81C 73, BOGOTÁ, CUNDINAMARCA						TELÉFONO 4783783				
ASEGURADO		20004058-FONDO DE DESARROLLO LOCAL ALCALDIA DE USME						NIT 899.999.061-9				
DIRECCIÓN		CLL 137B SUR N. 3-24, BOGOTÁ, CUNDINAMARCA						TELÉFONO 1				
EMITIDO EN		BOGOTÁ		CENTRO OPER		SUC		EXPEDICIÓN		VIGENCIA		NÚMERO DE DIAS
MONEDA		Pesos		3301		33		DÍA MES AÑO		DÍA MES AÑO		DE DESDE A LAS
TIPO CAMBIO		1,00		15		5		2015		30 4		2015 00:00
										16 10		2019 00:00
												1630
CARGAR A:		CONSORCIO CILCA INGENIEROS		FORMA DE PAGO		4. CONTADO - 30		VALOR ASEGURADO TOTAL		\$8.537.204.588,00		
BENEFICIARIOS:		FONDO DE DESARROLLO LOCAL ALCALDIA DE USME		NIT:		899.999.061-9						
No. Amparo		Valor Asegurado		AcumVA		Vig. Desde Vig. Hasta		Prima				
1 CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO		1.138.293.945,00		SI		30/04/2015 16/09/2016		0,00				
2 BUEN MANEJO DEL ANTICIPO		4.553.175.780,00		SI		30/04/2015 16/09/2016		0,00				
3 PAGO DE SALARIOS PRESTACI		569.146.973,00		SI		30/04/2015 16/05/2019		0,00				
4 ESTABILIDAD DE LA OBRA		2.276.587.890,00		SI		30/04/2015 16/06/2019		0,00				
CUP-003-8 POLIZA UNICA ENTIDADES ESTATALES												
CUMPLIMIENTO												
OBJETO DE LA GARANTIA:												
SE AMPARAN LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL CONTRATISTA / AFIANZADO EN VIRTUD DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA No 023-FDLU-2014 DEL 19/6/2014 CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, RELACIONADO CON LA CONSTRUCCION DE VIAS URBANAS CON ESPACIO PUBLICO, PRIORIZADAS EN CABILDOS CIUDADANOS EN LA LOCALIDAD DE USME DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C., INCLUYE CONSULTORIA PARA COMPLEMENTACION DE ESTUDIOS, DISEÑOS Y PRESUPUESTO.												
NOTA: EL AMPARO DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE OBRA OTORGADO MEDIANTE LA PRESENTE POLIZA, INICIA VIGENCIA POR (CINCO) (5.) AÑOS CONTADOS A PARTIR DE LA FECHA DE SUSCRIPCION DEL ACTA DE RECIBO Y ENTREGA FINAL DE LA OBRA A ENTERA SATISFACCION POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE, LO CUAL DEBERA SER REPORTADO OPORTUNAMENTE Y POR ESCRITO A LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.												
TOMADOR AFIANZADO CONSORCIO CILCA INGENIEROS CONFORMADO POR: -INGENIEROS CIVILES Y AMBIENTALES ASOCIADOS LIMITADA CASIA LIMITADA NIT. 830.045.252-4 -PARTICIPACION 30%												
Texto Continua en Hojas de Anexos...												

3) Se demostró que a través de la Resolución número 265 de 8 de julio de 2016, la entidad asegurada le impuso al contratista una multa por un valor equivalente al 10% del valor del contrato (fls. 168 – 194 cdno. 1), esto es, por la suma de \$1.138.293.945,10, al tiempo que resolvió lo siguiente sobre la ocurrencia del siniestro:

“ARTÍCULO TERCERO: Declarar que el presente acto administrativo constituye el siniestro en la garantía otorgada por el contratista mediante la póliza única de cumplimiento NO. 3009013 expedida por La Previsora SA Compañía de Seguros, el día 27 de junio de 2014, y aprobada por la entidad el día 7 de julio del mismo año.” (fl. 194 cdno. 1).

4) La referida decisión fue confirmada por la administración contratante por Resolución número 292 de 2 de agosto de 2016 (fls. 136 – 167 cdno. 1).

5) No se aportó ninguna prueba que acredite la modificación o ampliación del valor del amparo de cumplimiento otorgado por La Previsora SA Compañía de Seguros,

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

por lo cual quedó en firme y revestida de presunción de legalidad la decisión de hacerlo efectivo por su valor total.

6) Mediante la Resolución número 133 de 28 de junio de 2017 aquí demandada, el FDLU declaró el incumplimiento definitivo del contratista e hizo efectivo el amparo de cumplimiento del contrato con el fin de cubrir el valor de la cláusula penal pecuniaria, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO SEGUNDO. DECLARAR ocurrido el siniestro cubierto bajo el amparo de CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, mediante póliza de cumplimiento No. 3009013 del 26 de junio de 2014 y sus anexos modificatorios, otorgada por La Previsora SA Compañía de Seguros, y en consecuencia, HACER EFECTIVA la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima sexta del contrato, en la suma de Mil ciento treinta y ocho millones doscientos noventa y tres mil novecientos cuarenta y cinco pesos (\$1.138.293.945), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, y ORDENAR el pago de la suma precitada al Consorcio Cilca Ingenieros y a La Previsora SA Compañía de Seguros. (fl. 77 cdno. 1 – negrillas y mayúsculas sostenidas originales).

7) En la Resolución número 157 de 23 de agosto de 2017 por la cual el FDLU resolvió el recurso de reposición interpuesto por la compañía aseguradora aquí demandante, se refirió lo siguiente en relación con el argumento de agotamiento de la cobertura económica del amparo:

“El artículo 1079 del Código de Comercio señala: Responsabilidad hasta concurrencia de la suma asegurada. El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.

La anterior disposición efectivamente señala el límite de responsabilidad de la compañía aseguradora, a razón del amparo otorgado; sin embargo, no debe perder de vista la compañía garante, dos situaciones fácticas fundamentales que a este respecto determinan como improcedente la enunciada solicitud: 1. Que a la fecha la sanción de multa impuesta mediante resolución 265 y 292 de 2016, aún no ha sido efectivamente pagada por el contratista ni por su garante, y 2. Que la misma aseguradora es consciente de la demanda de nulidad impuesta por ella frente a los actos administrativos mencionados, constitutivos de siniestro; pues esta misma allega en audiencia auto de admisión de demanda de fecha 17 de mayo de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, Subsección A, que en ejercicio del medio de control de controversias contractuales con referencia 25000 23 360 00 2017 00600 000, formulara la Previsora SA Compañía de Seguros contra Bogotá DC – Secretaría de Gobierno Distrital – Fondo de Desarrollo Local, sobre la nulidad de las resoluciones precitadas.

En consecuencia, es claro que con cargo a la póliza expedida, la compañía garante no ha efectuado pago alguno al asegurado, no la compañía aseguradora acreditó la existencia de una situación similar.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

Sin perjuicio de ello, es en la etapa de ejecución del acto administrativo, en la que se debe precisar con total nitidez, si el amparo otorgado ya fue agotado por el pago efectivo de la suma asegurada, pues de lo contrario, quedaría la entidad desprovista del acto constitutivo de siniestro para demandar de la aseguradora el importe de la sanción económica que arguye como agotado” (fls. 54 – 55 cdno. 1).

8) Contrario a ese entendimiento, que fue avalado por el tribunal de primera instancia, la Sala estima que los actos administrativos están revestidos de presunción de legalidad y de la prerrogativa de ejecutoriedad en los términos del artículo 88 del CPACA y, por consiguiente, pueden ser ejecutados mientras no hayan sido suspendidos o anulados por la jurisdicción; en esa medida, el hecho consistente en la afectación del amparo de cumplimiento por su valor total en las Resoluciones números 265 y 292 de 2016 permite estimar que las mencionadas sumas de dinero son exigibles a la aseguradora demandante; de modo que, no resulta viable mantener la legalidad de otro acto administrativo que, con cargo a un mismo amparo y en exceso de este, le obliga a pagar sumas adicionales por un concepto distinto, pero, con cargo al mismo amparo de cumplimiento.

9) En esas condiciones, las resoluciones demandadas que ordenan hacer efectivo el valor de la cláusula penal con los recursos del amparo de cumplimiento son contrarias al artículo 1079 del Código de Comercio porque imponen, mediante actos revestidos de presunción de legalidad, obligaciones al asegurador en exceso del valor asegurado.

10) En cualquier caso, según se verifica en el sistema de gestión judicial SAMAI, el proceso judicial al que hizo referencia la compañía aseguradora en la Resolución 157 de 2017 culminó con sentencia de segunda instancia de 29 de julio de 2022 que confirmó el fallo de primera instancia adverso a las súplicas de La Previsora SA Compañía de Seguros, motivo por el cual el argumento de la carencia de título para exigir el valor del amparo invocado por la aseguradora pierde sustento.

11) Insiste la Sala en que esta decisión no tiene efectos frente a la liquidación unilateral del contrato en la cual solo se determinaron los derechos y obligaciones de las partes del contrato y, consecuentemente, que la compañía de seguros no tenía interés legítimo para demandarla. Tampoco tiene incidencia respecto de los actos administrativos que impusieron la multa al contratista con cargo a la garantía de cumplimiento, los cuales pueden ser válidamente exigidos a La Previsora SA

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

Compañía de Seguros mientras no hayan sido suspendidos o anulados por esta jurisdicción.

12) De igual manera, lo que se decide en relación con la nulidad de la efectividad del amparo de cumplimiento releva a la Sala de analizar los cargos de proporcionalidad de la cláusula penal esgrimidos por el FDLU en la apelación, porque implica la imposibilidad de cobrar suma alguna a La Previsora SA por dicho concepto y el contratista no discutió en este proceso el valor a su cargo de modo que la Sala carece de competencia para realizar un análisis adicional respecto de la proporcionalidad del pago que le corresponde.

13) En esas condiciones, con independencia del deber de ajustar el valor de la garantía y de su eventual incumplimiento, está acreditado que el FDLU, a través de los actos administrativos demandados, impuso obligaciones en exceso del valor asegurado a la aseguradora, razón que impone decretar la nulidad parcial del artículo segundo de la parte dispositiva de la Resolución número 133 de 28 de junio de 2017 por la cual se declaró el incumplimiento definitivo del contratista, únicamente en tanto ordenó hacer efectivo el amparo de cumplimiento del contrato con el fin de cubrir el valor de la cláusula penal pecuniaria impuesta a La Previsora SA Compañía de Seguros y, de igual manera, la nulidad parcial de la Resolución número 157 de 2017, ambas proferidas por el alcalde local de Usme, en tanto confirmó la mencionada decisión.

4. El amparo de anticipo y su indebida afectación

1) La Previsora SA Compañía de Seguros también discute la legalidad de las resoluciones que declararon el incumplimiento del contrato en relación con la efectividad del amparo de anticipo dispuesta en los siguientes términos:

“ARTÍCULO TERCERO. Declarar ocurrido el siniestro cubierto bajo el amparo de BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO, mediante póliza de cumplimiento número 3009013 del 26 de junio de 2014 y sus anexos modificatorios, otorgada por La Previsora SA Compañía de Seguros, y en consecuencia, HACER EFECTIVA la garantía única de cumplimiento en el amparo anotado, en la suma de tres mil doscientos catorce millones ciento ochenta y cuatro mil seiscientos cincuenta y dos pesos con 52/100, M/L (\$3.214.184.652,52), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, y ORDENAR el pago de la suma precitada al Consorcio Cilca Ingenieros y a La Previsora SA Compañía de Seguros.” (fl. 199 cdno. 1 – mayúsculas fijas del original).

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)
Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00
Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros
Controversias contractuales

2) La demanda se sustenta en el hecho según el cual el amparo de anticipo se hizo efectivo por parte del FDLU pese a que no se materializó ninguno de los riesgos asumidos por la asegurado sino el de “no amortización del anticipo” el cual no estaba cubierto por la garantía del contrato ni corresponde a aquel por el cual fue citado a responder en el procedimiento administrativo correspondiente.

3) Al respecto, debe observarse que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone el procedimiento a seguir para la declaración de incumplimiento contractual con miras a la efectividad de las garantías del contrato e impone que la citación correspondiente detalle en forma expresa los hechos que la fundamentan y las pruebas que se harán valer, con la finalidad de que el contratista y la aseguradora puedan ejercer plenamente sus derechos de contradicción y defensa. A continuación, la literalidad de la norma:

“Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;” (destaca la Sala).

4) Como consecuencia de lo anterior, la citación al procedimiento sancionatorio delimita la acusación en unos precisos y determinados hechos y consecuencias, que marcan el camino para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa de los involucrados, quienes, en ese marco, presentan sus argumentos de defensa y dirigen sus esfuerzos demostrativos.

5) En este caso se constata que le asiste razón a la compañía demandante en relación con su alegación según la cual fue citada, en forma expresa e inequívoca, por el hecho de la no amortización del anticipo por parte del contratista. En la citación de 6 de marzo de 2017 remitida por el FLDU a la aseguradora del contrato se consignó lo siguiente:

“3. Hechos que soportan la citación y el requerimiento

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)
 Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00
 Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros
Controversias contractuales

3.2 El contratista no amortizó la totalidad del anticipo entregado:

La alcaldía Local de Usme entregó al Contratista Cilca Ingenieros el 40% del valor total del contrato a título de anticipo, conforme a lo consignado en el numeral 1° de la cláusula séptima del contrato, equivalente a la suma de \$4.553.175.780, según orden de pago 160 de fecha 24 de octubre de 2014, de los cuales solo ha amortizado a la fecha la suma de \$1.338.991.127,48, quedando un saldo pendiente por amortizar de \$3.214.184.652,52.

3.2.1 Evidencias

(...).

Con base en la información definitiva de órdenes de pago arrojada por el sistema de presupuesto distrital – PREDIS, de fecha 02 de marzo de 2017 frente a la ejecución del presupuesto del contrato 023-FDLU-2014 y el certificado de registro presupuestal que lo ampara (CRP No. 537 del 14 de julio de 2014), contrastada con la cuentas de cobro efectivamente giradas, se concluye que de los \$3.347.477.818,71 facturados mediante las nueve actas de costo aprobadas, fueron efectivamente amortizados la suma de \$1.338.991.127,48, quedando un saldo no amortizado por la suma de \$3.214.184.652,52.

Igualmente, mediante informe de interventoría CI-302 radicado 2017-551-001872-2 de fecha 21 de febrero de 2017, dentro del acápite de anticipo la interventoría da cuenta de la generación de rendimientos financieros sobre recursos girados a título de anticipo por la suma de \$17.321.559, sobre lo cual no obra en el expediente del contrato la consignación que de los mismos debió efectuar a la Dirección Distrital de Tesorería de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

(...).

7. CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA Y/O ASEGURADORA EN DESARROLLO DE LA ACTUACIÓN

(...)

7.2 Por la no amortización de la totalidad del anticipo (obligaciones específicas cláusula 2.23 y 2.24): Por el 100% del saldo de los recursos entregados a título de anticipo y no amortizados, y por el 100% de los rendimientos financieros generados.

En informe presentado por el interventor mediante el radicado No. 2016-052-07495-2, da cuenta que a la fecha no se ha amortizado la totalidad del anticipo entregado por la entidad conforme a la cláusula de pago establecida en el contrato. (...).

8. TASACIÓN DE LA SANCIÓN

(....).

Por no amortización del anticipo y no consignación de los rendimientos financieros: \$3.214.184.652,52. (fls. 9-11 archivo copia de citación, índice 2 SAMAI – mayúsculas sostenidas del original).

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

6) En la Resolución 133 de 28 de junio de 2017 el FDLU sostuvo que la oportunidad para determinar el amparo de la garantía por ser afectado es el de la expedición de los actos que finalizan el procedimiento administrativo y que la no amortización del anticipo equivale a su apropiación indebida, lo cual plasmó de la siguiente manera:

“Con todo, es indudable que la amortización, es decir, la legalización o devolución paulatina del anticipo, se efectúa a favor de la entidad contratante, de manera progresiva a la presentación de las cuentas de cobro por parte del contratista, en la medida en que ejecuta el contrato, el cual generalmente obedece al avance porcentual de la obra; lo anterior no quiere indicar que la descripción lata del hecho evidenciado por la interventoría como eventual configurador de incumplimiento es el que deba estar expresamente descrito en el riesgo amparado, sino que habrá de precisarse, en desarrollo del proceso, si el mismo se adecúa o no al riesgo amparado.

Bajo este contexto, es en el presente documento, por el cual se adopta la decisión que pone fin a la actuación administrativa, donde, bajo el análisis de los hechos dados a conocer con antelación a las partes, y las pruebas recabadas en desarrollo del proceso, el operador administrativo debe fundamentar si hay lugar o no a la imposición de sanciones (...).

Puntualizado lo anterior, es deber del Despacho, en el presente acto, entrar a analizar, si por los hechos expuestos, es decir, por la no amortización total del anticipo, como lo evidenció la interventoría, hay lugar a endilgar responsabilidad y sancionar por ello al contratista y a vincular como garante de la sanción imponible, a la compañía de seguros La Previsora SA., con base en la póliza de cumplimiento No. 3009013 del 26 de junio de 2014, bajo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, el cual solo opera, bajo la constatación de cuando menos uno, de los tres eventos o riesgos que ampara, a saber: i. la no inversión del anticipo; ii. el uso indebido del anticipo y iii. la apropiación indebida de los recursos del anticipo.

(...).

2. BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO

(...) es claro para el FDLU que las erogaciones efectuadas con cargo a los recursos del anticipo depositados en la cuenta del patrimonio autónomo constituido para su administración y pagos, obedeció a operaciones avaladas por la interventoría y el apoyo a la supervisión del FDLU, situación que bajo ausencia de evidencias que indiquen lo contrario, no pueden catalogarse como actuaciones que evidencien (i) la no inversión del anticipo o (ii) el uso indebido del anticipo.

No obstante, no sucede lo mismo frente al riesgo amparado contra (iii) la apropiación indebida los recursos (sic) recibidos en calidad de anticipo; pues bajo lo evidenciado, habida cuenta que el FDLU le entregó en calidad de préstamo al contratista Consorcio Cilca ingenieros la suma de \$4.553.175.780, el contratista, finalizado el contrato no devolvió (amortizó) en su integridad, los recursos así entregados; y acaecida la finalización del contrato, como ya se indicó, se puede afirmar jurídicamente la materialización del riesgo amparado, como se entra a detallar.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

Precisamente, los tres eventos cubiertos bajo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, obedecen a situaciones que reflejan escenarios diferentes y perfectamente separables (...) el tercer escenario, se materializa cuando, habiéndose hecho uso de este y de manera adecuada, el contratista se apropia, en tanto recursos públicos, de los recursos entregados, situación que se constata cuando la entidad no ve satisfecha la obligación del contratista frente a su amortización total, es decir, su legalización, reintegro o devolución paulatina del total de los recursos entregados a título de anticipo; lo cual, como ocurre en las hipótesis precedentes, no confluye necesariamente con la no inversión ni el uso indebido de los mismos.

Lo anterior se constata, entre otros eventos, como ya se indicó, con la no amortización, legalización o reintegro del anticipo al vencimiento del contrato, en tanto que las actividades válidamente ejecutadas por el contratista, fueron apalancadas financieramente con la totalidad de los recursos públicos que se entregaron a título de anticipo, de los cuales se sirvió el contratista para facturar, a la fecha de hoy, la suma de \$2.008.486.691,22 sin perjuicio de las cuentas de cobro pendientes de pago o de radicación.

Con todo, lo cierto es que, usado el anticipo, aún cuando en legal forma, pero no devuelto o legalizado en su totalidad a la entidad, es decir, no amortizado, encarna una apropiación de los mismos por parte del contratista, dada su naturaleza de recursos públicos, de manera indebida; situación que adicionalmente se evidencia, para este caso, en el beneficio económico que en perjuicio de la entidad le representó el cobro de actividades, con los recursos entregados por la entidad a título de anticipo.” (fls. 194-195 cdno. 1 – mayúsculas fijas originales).

7) Como se advierte a simple vista, el FDLU, con el fin de superar la objeción de la compañía aseguradora varió en forma contraria al debido proceso los hechos por los cuales declaró ocurrido el siniestro; adviértase cómo la citación a comparecer al procedimiento administrativo sancionatorio es inequívoca en referirse a la no amortización del anticipo como el hecho que daría lugar a la eventual sanción; pero, la administración acude a recursos argumentativos para sostener que no amortizar el anticipo, pese a haberlo invertido en la obra, equivale a apropiárselo.

8) Lo antes expuesto evidencia que la sanción fue impuesta por hechos que nunca se ventilaron en el procedimiento ni pudieron ser controvertidos por La Previsora SA Compañía de Seguros, debido a que nunca se discutió sobre la apropiación de los recursos del anticipo por parte del contratista y, en tal virtud, ninguna oportunidad tuvo de defensa o prueba tuvo la compañía en relación con ese hecho, en tiempo real y válido, por cuanto nunca fue convocada a la actuación administrativa para ese específico aspecto.

9) El hecho consistente en que al momento de imponer la sanción se hubiera argumentado que la no amortización equivale a la apropiación de los recursos

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

carece de fundamento válido; téngase en cuenta que el FDLU incurre en contradicción cuando afirma que, a pesar de estar correctamente invertidos los recursos del anticipo, el hecho de no amortizarlos constituye “*apropiación indebida por el contratista*”. La acción y efecto de apropiarse implica “*hacer algo propio de alguien - tomar para sí una cosa, haciéndose dueña de ella*”⁹, acción muy distinta a la “*no redención del anticipo*”. En efecto, como lo alega la demandante, ello impidió que se discutiera la cuantía de los recursos efectivamente invertidos en obra y el ejercicio oportuno del derecho de contradicción y defensa.

10) En ese marco es especialmente relevante reparar en el hecho consistente en que, en ningún aparte de los actos administrativos demandados se sustenta cómo el contratista se apropió de los dineros y, por el contrario, se reconoce que fueron invertidos con el aval de la interventoría; el FDLU se limitó a sostener, aparentemente con el ánimo de purgar el defecto de la citación al procedimiento administrativo sancionatorio, que no amortizar el anticipo equivale a apropiárselo, argumento que no resulta admisible pues intenta encontrar sinonimia entre dos acciones distintas (no amortizar y apropiarse); con sustento en esa consideración termina la entidad por hacer efectivo un amparo que no fue otorgado.

11) El amparo otorgado por La Previsora SA compañía de seguros estuvo en línea con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 único reglamentario del sector de planeación que dispone:

“ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.”.

12) En esos términos se constata que (i) no se aseguró la no amortización del anticipo y (ii) no se discutió en el procedimiento de declaración de incumplimiento la apropiación de los recursos por parte del contratista; de modo que, la decisión de hacer efectivo el amparo de buen manejo de anticipo por la falta de amortización de

⁹ [apropiar | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#), consultado el 24 de septiembre de 2025 a las 15.50 horas.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

este¹⁰, equiparándola a la apropiación de los recursos por parte del contratista fue desconocedora del debido proceso, del contrato de seguro y de las normas superiores invocadas por la compañía demandante, razón que impone declarar nulo el ordinal tercero de la Resolución 133 de 28 de junio de 2017, en tanto ordenó hacer efectivo el amparo de anticipo en contra de La Previsora SA Compañía de Seguros y, de igual manera, de la Resolución 157 de 23 de agosto de 2017 que la confirmó.

13) Por su contenido y alcance, la nulidad que se decreta releva a la Sala de resolver los demás cargos de apelación relacionados con la cuantía del siniestro y la prueba de su ocurrencia. Adicionalmente, se reitera que la liquidación del contrato se limitó a realizar el cruce de cuentas entre las partes del contrato de obra y ninguna obligación le impuso a La Previsora SA Compañía de Seguros, razón por la cual se declarará su falta de legitimación en la causa por activa frente a ese cruce de cuentas y, como consecuencia, no hay lugar a se pronuncie la Sala sobre los reparos concretos formulados en su contra.

5. Restablecimiento del derecho

1) A título de restablecimiento del derecho prosperan las pretensiones segunda y tercera del expediente identificado con el número de radicación 25000-23-36-000-2018-00180-01 encaminadas a que se declare que La Previsora SA Compañía de Seguros no está obligada a pagar las sumas de \$1.138.293.945 con cargo a la garantía de cumplimiento para satisfacer el valor de la cláusula penal pecuniaria del contrato (sin perjuicio de la obligación que le fue impuesta en favor del FDLU mediante las resoluciones que impusieron multa al contratista con cargo a la garantía de cumplimiento) y, tampoco la suma de \$3.214.184.652 por concepto de amparo de anticipo del contrato de obra número 023 FDLU 2014.

¹⁰ En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2023, exp. 47.592, MP Fredy Ibarra Martínez y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección, sentencia de 11 de agosto de 2025, exp. 65.357, MP María Adriana Marín.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Acto: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

2) Las súplicas tendientes al reintegro de dichas sumas de dinero prosperan porque la aseguradora probó haberlas pagado efectivamente mediante abono realizado en el Banco de Occidente (archivo 15. Copia comprobante de pago banco de occidente, anexos demanda 2020-00180, índice 111 SAMAI tribunal), documento que no fue tachado ni discutido en el curso del proceso y cuyo contenido da cuenta del valor y concepto del pago recibido en la mencionada entidad financiera en favor del FDLU. A continuación, la imagen del correspondiente comprobante:

CONCEPTO	ENTIDAD_ORIGEN	ENTIDAD_DESTINO	BASE	PORCENTAJE	VALOR
OTROS INGRESOS(F D LUSME)	FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE USME	FONDO DE DESARROLLO LOCAL DE USME	0	0.000	4,352,478,597
TOTAL A PAGAR:					4,352,478,597
VALOR LETRAS:	CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS milés				

DIRECCIÓN DISTRICTAL DE TESORERÍA NIT 899.999.061-9
 FORMATO DE CONCEPTOS VARIOS
 FECHA: 2019/07/12
 RECIBO 000000111109613

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.
 SECRETARÍA DE HACIENDA

NOMBRE O RAZÓN SOCIAL:
 TIPO DE IDENTIFICACIÓN: NIT
 IDENTIFICACIÓN: 8600024002
 DIRECCIÓN: Calle 57 Nro 9 07
 TELÉFONO: 3485757
 CORREO:

BANCO DE OCCIDENTE 40002 452
 RECIBO CODIGO BARRAS *****0230
 11:20:43 2019/07/12 Normal 235
 7002002400035 4.352.478.597,00 0

OBSERVACIONES: sanción por declaratoria de incumplimiento total del contrato de obra pública No.023-Fondo de Desarrollo Local de Usme-2014 y por la declaratoria del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo

Referencial: 000000111109613
 Referencial2:
 "COPIA"

LIQUIDADOR:
 MROMEROP
 CLIENTE
 Pagar en Banco de Occidente

(415)7707202605035(8020)000000111109613(3902)00435247859700(96)20190717

3) Sin embargo, solo hay lugar a reconocer los pretendidos intereses moratorios sobre estos valores a partir de la ejecutoria del presente fallo por cuanto la obligación de reintegrarlos surge a partir de esta; entonces, el FDLU no ha incurrido en mora que justifique imponerlos desde un momento anterior; en ese contexto, estos solo se causarán en los términos del artículo 192 del CPACA.

4) Las sumas de dinero que deben ser reintegradas se actualizan con base en el IPC con el fin de mantener su poder adquisitivo, esto es, para garantizar que se mantenga su valor a pesar del paso del tiempo, con la consideración de que se trata de la misma suma de dinero pagada por la demandante, pero traída a valor actual, con aplicación de la siguiente fórmula matemática de cálculo:

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)

Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00

Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros

Controversias contractuales

VA = VH * índice final
índice inicial

VA = \$4.352.478.597 151,76 (octubre de 2025)
102,71 (julio de 2019)

VA = \$6.431.040.325

6. Costas

El tribunal de primera instancia se abstuvo de imponer condena en costas, decisión que no fue recurrida por lo cual se mantiene; por su parte, en los términos de los numerales 1 y 5 del artículo 365 del CGP la Sala se abstiene de imponer costas en segunda instancia toda vez que prosperó parcialmente el recurso de la compañía aseguradora y no se analizó por sustracción de materia el formulado por el FDLU.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA –SUBSECCIÓN B-**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º) Modifícase la sentencia de 23 de marzo de 2023 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Subsección A, la cual queda así:

PRIMERO. Declárase probada, de oficio, la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de La Previsora SA Compañía de Seguros para controvertir la liquidación unilateral del contrato y las obligaciones y derechos del contratista frente a las súplicas del expediente con radiación número 25000-23-36-000-2020-00180-00.

SEGUNDO. Declárase parcialmente nulo el artículo segundo de la parte dispositiva de la Resolución número 133 de 28 de junio de 2017 expedida por el alcalde local de Usme por la cual se declaró el

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)
Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00
Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros
Controversias contractuales

incumplimiento definitivo del contratista, únicamente en tanto ordenó hacer efectivo el amparo de cumplimiento del contrato con el fin de cubrir el valor de la cláusula penal pecuniaria por parte de La Previsora SA Compañía de Seguros.

TERCERO. Declárase parcialmente nula la Resolución número 157 de 2017 proferida por el alcalde local de Usme, en tanto confirmó el artículo segundo de la parte dispositiva de la Resolución número 133 de 28 de junio de 2017, únicamente en cuanto ordenó hacer efectivo el amparo de cumplimiento del contrato con el fin de cubrir el valor de la cláusula penal pecuniaria por parte de La Previsora SA Compañía de Seguros.

CUARTO. Declárase parcialmente nulo el ordinal tercero de la parte dispositiva de la Resolución 133 de 28 de junio de 2017 emitida por el alcalde local de Usme, en tanto ordenó hacer efectivo el amparo de anticipo en contra de La Previsora SA Compañía de Seguros.

QUINTO. Declárase parcialmente nula la Resolución 157 de 23 de agosto de 2017 dictada por el alcalde local de Usme por la cual se confirmó la Resolución 133 de 28 de junio de 2017, únicamente en tanto confirmó la nulidad parcial del numeral tercero del acápite resolutivo que ordenó hacer efectivo el amparo de anticipo en contra de La Previsora SA Compañía de Seguros.

SEXTO. A título de restablecimiento del derecho **declárase** que La Previsora SA Compañía de Seguros no está obligada a pagar el valor del amparo de cumplimiento por la cláusula penal pecuniaria ni el amparo de anticipo del contrato de obra número 023 FDLU 2014, amparados con la póliza número 3009013 y, en consecuencia, **condénase** al Fondo de Desarrollo Local de Usme a reintegrarle la suma de SEIS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CUARENTA MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$6.431.040.325), correspondiente al valor pagado con ocasión de las decisiones que se anulan, debidamente actualizado.

SÉPTIMO. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Exp: 25000-23-36-000-2018-00180-01 (70.039)
Acumulado: 25000-23-36-000-2020-00180-00
Actor: La Previsora SA Compañía de Seguros
Controversias contractuales

OCTAVO. Abstíñese de imponer condena en costas.

2º) Abstíñese de imponer condena en costas de segunda instancia.

3º) En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Presidente de la Subsección B

(firmado electrónicamente)
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado

(firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado Ponente

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.