



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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: Acción de controversias contractuales
Radicación: 0500-1233-3000-2012-00216-02 (70113)
Demandante: Interconexión Eléctrica S.A. ESP – ISA S.A. ESP
Demandados: Atlas Ingeniería Ltda. y Confianza S.A.

Tema: Se confirma la decisión que accedió a las pretensiones de la demanda porque se acreditó que el contratista sí incumplió el contrato y no probó la existencia de causales eximentes de responsabilidad. Se confirma la decisión de condenar a la aseguradora al pago de la póliza, porque el contratista no demostró la inversión del anticipo entregado por ISA en dicha condición y no operó la prescripción alegada por la aseguradora.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve los recursos de apelación interpuestos por Atlas Ingeniería Ltda. y Confianza S.A. contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 por el Tribunal Administrativo de Antioquia que accedió a las pretensiones de la demanda, así:

<<PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento de la sociedad ATLAS INGENIERÍA LTDA. con Nit. 860.532.314 de las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios ISA-4500036131, suscrito el 29/1/2010 con INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. – ISA S.A. E.S.P. con Nit. 860.016.610.

SEGUNDO: DECLARAR NO probadas las excepciones formuladas por ATLAS INGENIERÍA LTDA. y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A. por lo expuesto en los acápites 98 a 113 de la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad ATLAS INGENIERÍA LTDA. con Nit. 860.532.314 y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.–CONFIANZA S.A. con Nit. 860.070.374 hasta el monto del interés asegurado, a partir de la ejecutoria de esta providencia, a restituir a INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.– ISA E.S.P. con Nit. 860.016.610 el valor del anticipo desembolsado en la suma de \$589.777.498.68, debidamente actualizado, conforme a lo expuesto en los acápites 116 a 120 y 127 de la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad ATLAS INGENIERÍA LTDA. con Nit. 860.532.314 y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.–CONFIANZA S.A. con Nit. 860.070.374 hasta el monto del interés asegurado, a partir de la ejecutoria de esta providencia, a pagar a INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.– ISA E.S.P. con Nit. 860.016.610, la pena pactada en cuantía equivalente al 10% del valor del contrato, esto es, la suma de \$196.592.499,56, debidamente actualizado conforme a lo expuesto en los acápites 121 a 127 de la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.



SEXTO: COSTAS a cargo de la parte demandada, liquídense por secretaría>>.

La Sala es competente para conocer de los recursos de apelación según el artículo 150 del CPACA. El tribunal era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón a la cuantía, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 152 del mismo código.

Los recursos de apelación fueron admitidos mediante auto del 3 de agosto de 2023¹. Según el artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, las partes podían presentar alegatos de conclusión hasta la ejecutoria del auto que admitió el recurso y el Ministerio Público podía rendir concepto hasta la fecha de ingreso al despacho para fallo. Las partes presentaron alegatos y el Ministerio Público no rindió concepto.

I. ANTECEDENTES

A. Posición de la parte demandante

1.- El 14 de agosto de 2012 Interconexión Eléctrica S.A. ESP – ISA S.A. ESP (en adelante, “ISA” o “la demandante”), presentó demanda de controversias contractuales² contra Atlas Ingeniería Ltda. y Confianza S.A. (en adelante, “el contratista” o “Atlas” y “la aseguradora”, respectivamente) para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

<<1. Que se declare que entre ISA y ATLAS INGENIERÍA LTDA. se celebró el contrato ISA-4500036131, cuyo objeto era la elaboración de un modelo digital del terreno y de ortofotomapas de las zonas correspondientes a los cuatro tramos del Proyecto Corporativo Autopistas de la Montaña.

2. Que se declare que dicho contrato tuvo como fecha de inicio el 29 de enero de 2010 y fecha de terminación el 16 de agosto de 2010.

3. Que se declare que ISA entregó un anticipo de SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS (COP 684.141.898,47) IVA incluido.

4. Que se declare que el contratista destinó el anticipo para actividades diferentes de la ejecución del contrato.

5. Que se declare que el contratista incumplió el contrato ISA-4500036131.

6. Que se declare administrativa y contractualmente responsable a la empresa ATLAS INGENIERÍA LTDA. de los perjuicios materiales. en su modalidad de lucro cesante y daño emergente ocasionados a mi representada con ocasión del incumplimiento del contrato No. ISA-1500036131.

7. Como corolario de la anterior declaración, se le ordene a ATLAS INGENIERÍA LTDA. la devolución del anticipo entregado por ISA, el cual asciende a la suma de SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS (COP684.141.898,47) IVA incluido.

¹ Índice 3 de SAMAI.

² Cuaderno 1, Folios 1 – 30.



8. Que como consecuencia del incumplimiento mencionado, se condene a ATLAS INGENIERÍA LTDA. a pagar a ISA las sanciones por incumplimiento establecidas en la cláusula vigésima segunda del Contrato ISA4500036131, que ascienden al 10% del valor del contrato.

9. Que se reconozca y pague efectivamente por parte de la empresa ATLAS INGENIERÍA LTDA. a favor de mi representada, por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, la suma aproximada de CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$4.742.591.862) en razón del incumplimiento del contrato 4500086181, o la suma superior que logre demostrarse en el interior del proceso.

La suma de dinero estipulada en el presente numeral, corresponde a los sobrecostos que tuvo mi representada al tener que contratar nuevamente los servicios que el demandado no ejecutó; al costo del anticipo que mi representada entregó a Atlas Ingeniería Ltda. y las sumas que ISA tuvo que cancelarle a los diseñadores del proyecto por las demoras causadas en la entrega de los insumos fotográficos que la demandada debía suministrar para poder realizar el diseño del Proyecto.

10. Que se declare que ATLAS INGENIERÍA LTDA. contrató, con la Aseguradora Confianza, la Póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares No. 31CU047220 con Certificado 31CU072064, que ampara los daños y perjuicios que la demandada le causó a mi representada en virtud del contrato ISA-4500036131.

11. Que se declare que el valor asegurado por concepto de Anticipo fue la suma de QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$589.777.498,68).

12. Que se declare que el valor asegurado por concepto de Cumplimiento de contrato fue la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON DOCE CENTAVOS (\$393.184.999,12).

13. Que se condene a la aseguradora CONFIANZA S.A. a pagarle a mi representada las sumas de dinero aseguradas por concepto de anticipo y de cumplimiento contractual, pues el incumplimiento de Atlas Ingeniería Ltda dio lugar a la ocurrencia del siniestro.

14. De igual manera, se pretende que la cuantía de los perjuicios deberá ser actualizada hasta la fecha de su pago efectivo, teniendo en cuenta que además, sobre todas las sumas adeudadas se reconocerán intereses de mora hasta la fecha de cancelación total, liquidados a partir del 16 de agosto de 2010>>.

2.- La demandante basó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 29 de enero de 2010 ISA y Atlas suscribieron un contrato de prestación de servicios cuyo objeto era “la prestación de servicios técnicos necesarios para la obtención de un modelo digital del terreno (DTM) y de ortofotomapas de las zonas correspondientes al Proyecto Corporativo Autopistas de la Montaña”.³ En cumplimiento del contrato, Atlas se obligó a entregar fotografías aéreas digitales y de imágenes láser de ciertos municipios de Antioquia.

2.2.- Adicionalmente, para la ejecución del contrato, Atlas se obligó a proveer dos aviones, los cuales tendrían los permisos de la Aerocivil para la toma de fotografías.

³ Cláusula primera del contrato.



2.3.- El valor⁴ del contrato era de mil novecientos sesenta y cinco millones novecientos veinticuatro mil novecientos noventa y cinco pesos con sesenta centavos (\$1.965.924.995,60) y el plazo⁵ de ejecución era de 120 días contados a partir de la orden de inicio del contrato, que se suscribió el 16 de febrero de 2010.

2.4.- En la cláusula quinta del contrato, las partes pactaron que ISA entregaría al contratista el 30% del valor a título de anticipo y la forma en que este debía amortizarlo, así:

“CLÁUSULA QUINTA: FORMA Y CONDICIONES DE PAGO:

El pago del Contrato se efectuará de la siguiente manera:

- a. Anticipo El CONTRATISTA presentará a ISA cuenta de cobro equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del Contrato, a título de anticipo (...)*
- c. Amortización del anticipo: El anticipo será amortizado **descontando del valor de cada factura una suma equivalente al porcentaje del anticipo**, en cualquier caso, el anticipo deberá estar totalmente amortizado con la última factura que presente el CONTRATISTA.*

2.5.- Las partes pactaron la cláusula penal por el 10% del valor del contrato, así:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.

a. Mora o incumplimiento parcial. En caso de mora o incumplimiento parcial por parte del Contratista de las obligaciones establecidas en este Contrato, e ISA considerarlo pertinente, éste autoriza a ISA, para que, sin necesidad de requerimiento judicial previo, le descuente del saldo a su favor, el punto cinco por ciento (0.5%) del valor del contrato, por cada día calendario que transcurra y subsista en la mora o en el incumplimiento parcial, hasta por un máximo de diez (10) días calendario.

b. Incumplimiento Total. ISA podrá declarar el incumplimiento total, previa comunicación escrita al Contratista, en cualesquiera de los siguientes casos:

- 1. Cuando persista la mora o el incumplimiento parcial sin que el Contratista tome acción correctiva en el plazo establecido en el literal a.*
- 2. Cuando se presente reiteradamente la mora o el incumplimiento parcial.*
- 3. Cuando se incurra en incumplimiento del plazo total del Contrato.*

Declarado el incumplimiento total, como Cláusula Penal Pecuniaria, el Contratista se obliga a pagar a ISA a título de pena, el diez por ciento (10%) del valor del contrato, sin perjuicio de las demás acciones legales a que haya lugar, para el cobro de valores adicionales, cuyo monto no excederá el cien por ciento (100%) del valor del contrato”.

2.6.- El contratista adquirió las pólizas de buen manejo y correcta inversión del anticipo y de cumplimiento, expedidas por la aseguradora Confianza S.A., las cuales fueron redactadas en los siguientes términos:

⁴ Cláusula cuarta del contrato, folio 4.

⁵ Cláusula tercera del contrato, folio 4.



“1.2. AMPARO DE ANTICIPO

El amparo de anticipo cubre a las entidades contratantes contra los perjuicios sufridos con ocasión del uso o apropiación indebida que el garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. En tal sentido, se entenderá que existe uso o apropiación indebida de los dineros o bienes entregados a título de anticipo en el evento en que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato.

(...)

Este amparo no se extiende a cubrir el uso de los dineros entregados como pago anticipado al garantizado (...)

1.4 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

El amparo de cumplimiento del contrato cubre a las entidades contratantes por los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al garantizado de las obligaciones emanadas del contrato garantizado”.

2.7.- El 16 de marzo de 2010 ISA entregó al contratista el valor correspondiente al porcentaje pactado por anticipo.

2.8.- ISA requirió en múltiples ocasiones a Atlas para que cumpliera con el objeto del contrato durante el plazo de ejecución, pero el contratista no contó con las aeronaves requeridas para la toma de fotografías. En respuesta a las solicitudes de ISA, Atlas comunicó a la entidad que (i) las aeronaves no contaban con los permisos exigidos por la Aerocivil para que pudieran operar, y (ii) que era necesario reemplazar los aviones ofertados, pues las condiciones meteorológicas en el sitio del proyecto requerían tomar las fotografías con helicópteros y no con aviones.

2.9.- El 3 de junio de 2010 ISA reiteró a Atlas que debía contar con aeronaves disponibles para la ejecución del contrato.

2.10.- El 8 de junio de 2010 las partes ampliaron el contrato hasta el 16 de agosto de 2010 debido a las solicitudes del contratista, quien afirmó que las malas condiciones atmosféricas en el lugar del proyecto le impedían tomar las fotografías. En todo caso, en el documento de ampliación del plazo contractual constaba que, a pesar de las malas condiciones atmosféricas, Atlas no contaba con las aeronaves requeridas para el cumplimiento del objeto contractual y que debía presentar un plan de contingencia a más tardar el 11 de junio de 2010.

2.11.- En comunicaciones del 17 de junio de 2010 y el 6 de julio de 2010, ISA continuó requiriendo a Atlas el cumplimiento de sus obligaciones, entre estas, la presentación de un plan de contingencia y la entrega de las fotografías.

2.12.- El 12 de agosto de 2010 ISA comunicó a Atlas que el plazo del contrato vencía el 16 de agosto de 2010 y que solicitaba el cumplimiento de las obligaciones antes de esa fecha, así:



“Así las cosas nos permitimos informar que ISA no considera viable la modificación de plazo y ni de las condiciones contractuales actuales del Contrato 4500036131 y solicitamos dar cumplimiento a lo estipulado en el Contrato ISA-4500036131 y su Cláusula Adicional antes de finalizar el plazo contractual”.

2.13.- El contrato terminó el 16 de agosto de 2010 por vencimiento del plazo, sin que Atlas hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales.

B.- Posición de la parte demandada

3.- Atlas se opuso a las pretensiones de la demanda⁶.

3.1.- Indicó que ISA no le entregó un anticipo, sino un pago anticipado. Y como este había sido invertido en el objeto contractual, no tenía la obligación de devolverlo.

3.2.- Propuso la excepción de fuerza mayor. Indicó que en la oferta constaba que la toma de fotografías debía realizarse en buenas condiciones meteorológicas. Sin embargo, las precipitaciones anormales y nubosidades, producidas por el fenómeno de El Niño, en su variante, La Niña, impidieron que el contratista ejecutara el contrato.

3.3.- Propuso la excepción de hecho de un tercero. Explicó que Atlas sí contaba con los aviones requeridos. Sin embargo, la Aerocivil solo expidió los permisos el 24 de agosto de 2010, después de vencido el plazo de ejecución del contrato, lo que no era imputable al contratista.

4.- Confianza S.A.⁷ se opuso a las pretensiones en los mismos términos que Atlas. Agregó que (i) no estaba obligada a pagar el monto entregado por ISA al contratista por concepto de anticipo, pues este era un pago anticipado que no fue amparado por la póliza y (ii) que la acción del contrato de seguro había prescrito.

C.- Demanda de reconvención

5.- Atlas presentó demanda de reconvención⁸, pero luego desistió. El desistimiento fue aceptado por el tribunal.

D.- Sentencia recurrida

6.- En la sentencia del 30 de marzo de 2023, el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda. Condenó a Atlas y a Confianza S.A. a que (i) reintegraran a ISA el valor entregado a Atlas por concepto de anticipo y (ii) pagaran lo pactado por cláusula penal porque ISA no probó perjuicios adicionales. Indicó que:

⁶ Cuaderno 1.6, páginas 133 a 298.

⁷ Cuaderno 1.4, páginas 300 – 334.

⁸ Cuaderno 1 B, Folios 1044-1080.



6.1.- Atlas no cumplió con el objeto del contrato: el tribunal señaló que Atlas no contó con los equipos ofrecidos en el plazo de ejecución del contrato, lo que impidió que el contratista aprovechara las condiciones meteorológicas favorables para la toma de fotografías.

6.2.- En todo caso, Atlas no probó las causales eximentes de responsabilidad alegadas. De un lado, no se configuró la eximente de fuerza mayor por malas condiciones meteorológicas, pues ese riesgo había sido aceptado por Atlas con la firma del contrato. Por otro lado, la tardanza de la Aerocivil en expedir los permisos para la operación de las aeronaves no constituyó el hecho de un tercero, porque en la oferta Atlas manifestó que contaba con esos permisos.

6.3.- Condenó a Confianza S.A. porque la acción derivada del contrato de seguro no estaba prescrita y el riesgo asegurado de indebida inversión del anticipo sí se configuró.

6.3.1.- Indicó que el contrato terminó el 16 de agosto de 2010 y la demanda fue presentada el 14 de agosto de 2012, por lo que no transcurrió un término superior a dos años contados desde el incumplimiento hasta el momento de presentación de la demanda.

6.3.2.- Según la cláusula quinta del contrato, el valor entregado al contratista se hizo a título de anticipo, que debía amortizarse con facturas, lo que no sucedió.

E.- Recursos de apelación de Atlas y Confianza S.A.

7.- Atlas solicita revocar la sentencia de primera instancia.

7.1.- Reitera que la fuerza mayor por las malas condiciones meteorológicas sí estaba probada. Explica que el fenómeno de El Niño era un hecho notorio y, además, su ocurrencia quedó demostrada en los informes semanales que el contratista envió a ISA, en los que comunicaba las malas condiciones atmosféricas que no permitieron ejecutar el contrato. Con estos informes, Atlas anexó documentos elaborados por el IDEAM e información obtenida de páginas Web internacionales en los que constaban las circunstancias meteorológicas anormales en las que se efectuaba el contrato.

7.2.- Resalta que se configuró el hecho de un tercero por la demora de la Aerocivil en expedir los permisos de las aeronaves dispuestas para la ejecución del contrato.

8.- Confianza S.A. solicita revocar la sentencia de primera instancia, y repite los argumentos de Atlas. Agrega que:

8.1.- Se configuró la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro porque ISA conoció del incumplimiento de Atlas desde el 22 de abril de 2010,



fecha en la que las partes asistieron a una reunión en la que la entidad puso de presente que el contratista no cumplió sus obligaciones contractuales. No obstante, la demanda se presentó el 14 de agosto de 2012, cuando habían transcurrido más dos años contados desde que la entidad conoció el incumplimiento del contratista.

8.2.- ISA realizó un pago anticipado al contratista y no un anticipo, pues pagó IVA sobre el valor entregado.

II. CONSIDERACIONES

F.- Asuntos procesales

Caducidad

9.- La Sala se pronunciará de fondo sobre las pretensiones de la demanda porque esta fue presentada dentro del término de dos años establecido en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. El contrato terminó el 16 de agosto de 2010 y la demanda fue presentada, oportunamente, el 14 de agosto de 2012.

G.- Decisión a adoptar y plan de exposición

10.- La Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

10.1.- El contratista incumplió sus obligaciones, pues no entregó las fotografías que se obligó a realizar en el objeto del contrato. Y no demostró la configuración de las eximentes de responsabilidad de fuerza mayor o hecho de un tercero. En el proceso no obran medios de prueba que evidencien que el fenómeno de El Niño tuvo lugar durante el plazo y en las zonas de ejecución del contrato; y la demora de la Aerocivil en la expedición de los permisos no constituyó una eximente de responsabilidad: Atlas aseguró en su oferta que contaba con dos aeronaves disponibles que tenían los permisos de la Aerocivil.

10.2.- La Sala confirmará el monto de la condena impuesta por el tribunal y la actualizará. De un lado, Atlas no demostró que hubiera invertido el monto que ISA desembolsó por anticipo: si bien el contratista aportó facturas que, en su concepto, demostraban la inversión del anticipo en la ejecución del contrato, no demostró que estas hubiesen sido destinadas a la ejecución del contrato. La alegación de las demandadas relativa a que el dinero entregado por la entidad se trataba de un pago anticipado y no de un anticipo, no es cierta: claramente está pactado como un pago inicial que debía amortizarse o restituirse a la entidad con las cuentas de cobro que el contratista presentara durante la ejecución del contrato. De otro lado, como el incumplimiento está probado, las demandadas deben ser condenadas al pago de la cláusula penal pactada en el contrato, tal y como se dispuso en la sentencia de primera instancia.



10.3.- A pesar de que Confianza alegó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, lo cierto es que ello no ocurrió. Las partes pactaron que el plazo del contrato vencía el 16 de agosto de 2010, por lo que Atlas podía cumplir con sus obligaciones hasta ese momento. Como ello no sucedió, ISA tuvo conocimiento de que el contratista no cumpliría las obligaciones pactadas el **16 de agosto de 2010**, que fue la fecha de terminación del contrato. La demanda fue presentada el 14 de agosto de 2012, es decir, antes de que se configurara la prescripción, incluso sin contarse que la citación de la compañía a conciliación extrajudicial suspendió el término, según la Ley 640 de 2001.

10.4.- En la primera parte, la Sala se referirá al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y a la falta de acreditación de las eximentes de responsabilidad alegadas. En la segunda, se efectuará la liquidación de los perjuicios.

El contratista no acreditó la inversión del anticipo, no cumplió con el objeto contractual y no probó las eximentes de responsabilidad alegadas

11.- Atlas no acreditó que hubiera invertido el anticipo en el objeto contractual. El contratista presentó facturas por concepto de pagos de nómina, parafiscales, seguridad social, anticipos para la compra de equipos, desplazamiento de equipos, servicios públicos, entre otros. Sin embargo, la Sala no puede determinar que lo anterior estuviera destinado al cumplimiento del objeto contractual. Para demostrar tal inversión, Atlas debió aportar un dictamen pericial que acreditara que los bienes y servicios allí referidos fueron invertidos en el cumplimiento del objeto contractual. Además, en el expediente tampoco obra una prueba contable que acredite lo anterior: Atlas solicitó que su revisor fiscal declarara en el proceso para determinar el monto invertido por el contratista en el objeto del contrato, pero el testigo decidió abstenerse de declarar en la audiencia de pruebas.

12.- Adicionalmente, no se discute que el contratista incumplió su obligación de entregar las fotografías aéreas objeto del contrato suscrito con ISA, la cual era una obligación de resultado. En la cláusula segunda del contrato, las partes estipularon lo siguiente:

“CLÁUSULA SEGUNDA: ALCANCE. El alcance del objeto del Contrato comprende: la obtención de un modelo digital del terreno y de ortofotomapas de las zonas correspondientes a los cuatro (4) tramos del Proyecto Corporativo Autopistas de la Montaña, con base en la tecnología de fotogrametría digital a partir de la toma de fotografías aéreas digitales y/o de imágenes láser (Lidar) (...)

Los resultados específicos son los siguientes: a. Toma de fotografías aéreas digitales con tamaño de pixel sobre el terreno de treinta centímetros (30 cm) (...)
b. Toma de fotografías aéreas digitales con tamaño de píxel sobre el terreno de treinta centímetros (30 cm) (...); c. Generación de fotografías aéreas impresas en la escala original y en formato aproximada de 23 x 23 centímetros que incluya punto principal y punto secundario, además de la información propia de las fotografías aéreas analógicas; (...)
d. Toma de imágenes láser (Lidar) con una



densidad de puntos de 2x2 metros y una precisión vertical entre diez centímetros (10 cm) y treinta centímetros (30 cm) (...) e. Procesamiento Fotogramétrico digital con base en procedimientos, hardware y software adecuados ; (...) f. Generación de un modelo digital de terreno (DTM) con una precisión vertical entre 10 y 50 centímetros en la vertical y la horizontal (...); h. Elaboración de una película digital, con una resolución mínima de 640x480 pixeles, deseables 800x600 en formato mpeg2, con la velocidad mínima de 30 gps (cuadros para los segundos). i. Toda la información digital deberá ser entregada por duplicado en Discos duros externos de un TeraByte. j. La información digital del proyecto suministrada en entregas parciales o finales deberá estar estructurada en programas comerciales y de uso común en Diseño de Vías (Eagle Point, Civil 3d, Inroads, etc). k. Toda la información digital y análoga adquirida para y durante el desarrollo de este proyecto es de propiedad exclusiva de ISA, excepto la que proceda de fuentes secundarias como el IGAC o DANE (...)."

13.- El contratista reconoció que no entregó las fotografías aéreas objeto del contrato, pero señaló que ello se debió a la ocurrencia eximentes de responsabilidad. De un lado, adujo que las fuertes precipitaciones y nubosidades producidas por el fenómeno de El Niño durante el plazo de ejecución del contrato y en el lugar del proyecto, constituyeron fuerza mayor. De otro lado, manifestó que se configuró el hecho de un tercero, pues la Aerocivil expidió los permisos de las aeronaves tardíamente, y, por lo tanto, no pudo operarlas, a pesar de que las tenía dispuestas para ello. El contratista no probó las eximentes de responsabilidad alegadas:

13.1.- No acreditó que la ocurrencia del fenómeno de El Niño le hubiera impedido cumplir con el objeto del contrato.

13.2.- De acuerdo con el contratista, las fuertes precipitaciones producidas por el fenómeno de El Niño le impidieron tomar las fotografías con las aeronaves dispuestas para la ejecución del contrato. La Sala advierte que es cierto que el contratista indicó en su propuesta que requería adecuadas condiciones meteorológicas para el cumplimiento del objeto contractual. En la oferta señaló que:

"Hay que tener en cuenta que los vuelos de las troncales se deben hacer en 20 días y de las variantes tal como están planteadas en no menos de 30 días, en la época de buenas condiciones atmosféricas, desde finales de diciembre de 2009 hasta febrero de 2010. de otra forma no hay tiempo de completar los trabajos"

13.3.- Sin embargo, también es cierto que, para que dichas circunstancias constituyan un eximente de responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, su ocurrencia debía estar debidamente probada, lo que no sucedió.

13.4.- El contratista adujo que, semanalmente, envió informes a ISA en los que informaba que *"no reportamos ningún avance"* en la toma de fotografías y videos por las fuertes precipitaciones y la presencia de nubes en las zonas del proyecto. La Sala advierte que los referidos informes incluían reportes meteorológicos obtenidos de páginas de internet, particularmente de la página de internet



Weather Underground, y boletines de prensa de carácter general elaborados el IDEAM.

a.- La información obtenida de la página Weather Underground no puede ser valorada como prueba técnica, ni de esta se puede concluir la existencia del fenómeno de El Niño, ni su carácter como un hecho de fuerza mayor con repercusiones en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. El contratista incluyó cuadros en los que constaban predicciones meteorológicas, pero de ellos no se desprende que esas hubieran sido las condiciones atmosféricas en las zonas de ejecución del proyecto y durante todo el plazo de ejecución. Adicionalmente, la Sala desconoce (i) su autor y su idoneidad y (ii) la veracidad del contenido.

b.- Los informes enviados por el contratista a ISA también contenían diversos comunicados expedidos por el IDEAM. Algunos de estos documentos referían lo siguiente:

“Bogotá, 16 de marzo de 2010

SE PREVÉ INCREMENTO DE LAS LLUVIAS, ESPECIALMENTE EN LA REGIÓN ANDINA, OCCIDENTE DE LA REGIÓN CARIBE Y EL PIEDEMONTE LLANERO Y AMAZÓNICO

Desde la tarde y noche de hoy se espera un incremento en las lluvias en gran parte del territorio nacional, situación que podría verse marcada durante los días miércoles y jueves, tendiendo a disminuir el fin de semana (...)

Bogotá, 6 de abril de 2010

EL IDEAM ANUNCIA LA LLEGADA DE LA PRIMERA TEMPORADA DE LLUVIAS

Durante el fin de semana anterior (...) se registraron precipitaciones copiosas en diferentes sectores del país, con mayor intensidad en Antioquia, Eje Cafetero, Valle, Tolima y Nariño, donde las precipitaciones eran escasas (...) dando inicio a la primera estacional de lluvias abril-junio, la cual se vio retrasada por la presencia del Fenómeno El Niño (...)

Bogotá, 6 de mayo de 2010

AUMENTA LAS PROBABILIDADES DE DESLIZAMIENTO DE TIERRAS Y CRECIENTES SÚBITAS

(...)

La humedad presente en la atmósfera y los vientos débiles ayudan a que en los siguientes días continúen las lluvias en gran parte de los departamentos Andinos y en los Piedemonte Llanero y Amazónico (...) Se sugiere un aviso por amenazas por deslizamiento de tierra (...)

Bogotá, 26 de julio de 2010



EL INGRESO DE UNA NUEVA ONDA TROPICAL AL TERRITORIO NACIONAL PODRÍA INCREMENTAR NUEVAMENTE LAS LLUVIAS, PARTICULARMENTE EN LA REGIÓN CARIBE, INCIDIENDO EN INCREMENTO DE LOS NIVELES DE LOS RÍOS

Se incrementará la intensidad y frecuencia de las lluvias en gran parte del norte y centro, en especial en la región Caribe y en el área de las cuencas medias y bajas del Río Cauca, en los departamentos de Antioquia, Córdoba y Sucre”.

13.5.- Estos comunicados provenían de páginas de internet y contenían información general sobre la presencia de precipitaciones en varios departamentos del país, la predicción de lluvias y las consecuencias de dichas precipitaciones, tales como deslizamientos de tierra o el incremento de los niveles de los ríos. Los documentos no se referían, de forma precisa, a la existencia de precipitaciones y nubosidades en las zonas de ejecución del contrato, al carácter anormal de las mismas, ni mucho menos, a la influencia de estos en la posibilidad de cumplir el contrato.

14.- Ahora bien, la Sala pone de presente que en el proceso fue decretado un dictamen pericial⁹, pero este no fue practicado, situación sobre la cual no se pronunció la parte demandada. No obstante, sí consta un informe elaborado por el IDEAM, decretado por el tribunal por solicitud de Confianza S.A. El objeto de la prueba era que el IDEAM se pronunciara sobre el comportamiento promedio de las precipitaciones en el departamento de Antioquia durante los años 2000 a 2010, el comportamiento de las lluvias en marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2010 con respecto a los promedios históricos y el comportamiento de la nubosidad durante los meses de marzo a agosto de 2010 en el departamento.

15.- En su respuesta, el IDEAM no se refirió a los periodos solicitados, sino que elaboró un informe sobre el “*comportamiento de la precipitación de los meses de julio a diciembre de 2010*”. En el referido informe, el IDEAM señaló que el fenómeno de El Niño tuvo incidencia particularmente en la segunda mitad del 2010, cuando se agudizaron las precipitaciones en el territorio nacional, entre ellas, en Antioquia. No obstante, el contrato fue firmado el 29 de enero de 2010 y terminó el 16 de agosto de 2010, es decir, en la primera mitad del 2010, por lo que la información del IDEAM no puede concluirse que este tuvo lugar durante el plazo de ejecución del contrato. El IDEAM concluyó lo siguiente:

*“El análisis, a partir del mosaico de mapas de anomalías de precipitación, muestra que para los meses de **julio a diciembre**, las lluvias en las regiones Caribe, Andina - departamento de Antioquia- y Pacífica, registraron un comportamiento por encima de los valores medios mensuales multianuales, respondiendo a la acción del fenómeno frío - La Niña, en dicho periodo. Esto permite estimar que para el periodo de análisis, las precipitaciones fueron afectadas por el Fenómeno La Niña, aumentando representativamente las lluvias en dichas regiones (...)*

⁹ Cuaderno 1, Folio 321.



La intensidad del fenómeno La Niña se determina a partir del valor de la anomalía de la TSM. Es decir, de la disminución de la Temperatura Superficial del Mar, en el centro de la cuenca del Océano pacífico Tropical (...)

De acuerdo a los análisis, para el periodo comprendido entre 2010 y 2011, los efectos climáticos empezaron a sentirse desde mediados de 2010, con un incremento de las lluvias en las regiones Caribe y Andina, sus impactos se manifestaron en un aumento significativo de los niveles de los ríos y con ellos la probabilidad de inundaciones lentas, crecientes súbitas en las zonas de alta pendiente y aumento en la probabilidad de deslizamientos de tierra”.

16.- El contratista también señaló que el fenómeno de El Niño era un hecho notorio caracterizado por las fuertes precipitaciones ocurridas en 2010 y que, incluso, el Gobierno nacional había expedido el Decreto Legislativo 4580 de 2010 para mitigar la emergencia. Sin embargo, en similar sentido a lo señalado en el punto anterior, el decreto legislativo estableció que el fenómeno de El Niño había ocurrido en la segunda mitad del 2010 y no en la primera mitad del año, así:

“1. Hechos sobrevinientes que constituyen grave calamidad pública:

1.1. Que el fenómeno de La Niña, desatado en todo el país, constituye un desastre natural de dimensiones extraordinarias e imprevisibles, el cual se agudizó en forma inusitada e irresistible en el mes de noviembre de 2010.

1.2. Que la magnitud de las precipitaciones inusitadas resulta extraordinaria e imprevisible, como lo demuestran los registros del IDEAM. Estos registros indican que en los quince primeros días del mes de noviembre llovió más de lo que llueve en todo el mes. El nivel superó todos los registros históricos de precipitaciones para el mes de noviembre.

1.3. Que esta agudización inusitada e imprevisible del mes de noviembre de 2010, se sumó al hecho de que durante el segundo semestre del año la lluvia ya había superado los niveles históricos registrados. Que según informe presentado por el IDEAM de fecha 6 de diciembre de 2010, el Fenómeno de La Niña 2010-2011 alteró el clima nacional desde el comienzo de su formación en el mes de junio de este año, ocasionando en los meses de julio y noviembre las lluvias más intensas y abundantes nunca antes registradas en el país, en las regiones Caribe, Andina y Pacífica; además hizo que no se presentara la temporada seca de mitad de año en el norte y centro de la Región Andina. Los meses de agosto y septiembre se comportaron también con lluvias muy por encima de lo normal en la región Caribe y en el norte de la región Andina.

Como consecuencia de ello, las partes baja y media de los ríos Cauca y Magdalena, así como algunos de sus afluentes, han presentado niveles nunca antes registrados en la historia de la hidrología colombiana”.

17.- La Sala pone de presente que era deber de la parte demandada presentar las pruebas para acreditar sus afirmaciones, y que el juez no estaba facultado para relevarla de tal obligación. El artículo 177 del CPC dispone que las partes tienen el deber de *<<probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen>>*, razón por la cual al juez no le está permitido proferir una decisión que no esté sustentada en las pruebas aportadas al proceso, ni suplir el deber de las partes de acreditar sus afirmaciones. El



Consejo de Estado¹⁰ también se ha referido a esta obligación en los siguientes términos:

<<Como lo ha manifestado la jurisprudencia nacional en materia de la carga de la prueba, para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación; pues ninguna de las partes goza de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones. Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes, la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa, resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la demandante, debe anotarse que quien presenta el libelo demandatorio sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, conoce de la necesidad de que así sea, más aun tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos>>.

18.- Por otro lado, Atlas adujo que se había configurado la eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero porque la Aerocivil no expidió oportunamente los permisos para que las aeronaves operaran en la ejecución del contrato. Sin embargo, la demora de la Aerocivil en la expedición de los permisos no constituyó una eximente de responsabilidad, pues el contratista, de acuerdo con la oferta, debía contar con las aeronaves disponibles y los permisos para operar. En su propuesta, Atlas ofertó lo siguiente:

“También queremos recalcar que estamos ofreciendo varios aviones de matrícula nacional y extranjera con disponibilidad inmediata para trabajar en este proyecto, ya que el tiempo indicado para su realización es muy corto, pero con una ventaja estratégica por parte de ISA, ya que la mejor época para realizar los trabajos en las diferentes zonas son los meses de diciembre, enero y febrero, época en la cual se espera favorables condiciones meteorológicas (...)

Contamos con la disponibilidad inmediata del sensor LIDAR con su respectivo permiso del Departamento de Defensa de Estados Unidos para el IMU (ITAR), las Cámaras digitales y de los aviones necesarios, con sus respectivos permisos de la Aeronáutica Civil, la Policía Nacional - Dirección de Estupefacientes y de la DIAN (...)

Toma de fotografías y video: Ofrecemos realizar estos vuelos con dos aviones cuya base es Bogotá y sus matrículas son HK 4368 y HK 850 (...) Tenemos los correspondientes permisos de la Aerocivil para la toma de fotografías aéreas, los cuales se explican y se suministran en el aparte correspondiente a los documentos de las aeronaves (...).”

El pago de los perjuicios causados por el incumplimiento

a.- Consideraciones sobre la prescripción

19.- Confianza S.A. afirmó que no debía ser condenada porque la acción del contrato de seguro estaba prescrita, pues la entidad tuvo conocimiento del

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente 18048. C.P. Enrique Gil Botero.



incumplimiento desde el 22 de abril de 2010 y la demanda fue presentada el 14 de agosto de 2012.

20.- La acción derivada del contrato de seguro no prescribió. Las partes pactaron que el plazo del contrato vencía el 16 de agosto de 2010, por lo que Atlas podía cumplir con sus obligaciones hasta ese momento. Como ello no sucedió, ISA tuvo conocimiento de la configuración del riesgo de incumplimiento el 16 de agosto de 2010. La demanda fue presentada el 14 de agosto de 2012, es decir, antes de que se configurara la prescripción.

21.- El artículo 1081 del Código de Comercio dispone:

<<ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho>>.

22.- Se tiene en cuenta como fecha de conocimiento del incumplimiento la del vencimiento del plazo del contrato, ya que el contratista podía cumplir su obligación de entregar el modelo digital y los ortofotomapas hasta ese momento.

23.- El Consejo de Estado se ha referido al cómputo de la prescripción en aquellos casos en los que el siniestro corresponde al incumplimiento de una obligación en un plazo determinado. Y ha concluido que esta se computa desde el vencimiento del plazo del contrato o desde el vencimiento del plazo previsto para la ejecución de la obligación, si hay una estipulación expresa en ese sentido.

24.- El Consejo de Estado ha sostenido esta posición en diversas sentencias. En la sentencia del 27 de marzo de 2014¹¹ computó la prescripción desde la notificación de la liquidación del contrato, y consideró que el incumplimiento se configuró con dicha liquidación. En la sentencia del 17 de noviembre de 2016¹² la Corporación indicó que el término de prescripción debía contarse desde el momento en que el contratista no cumplió con la entrega de arroz blanco a la entidad, es decir, desde el vencimiento del plazo contractual. En la sentencia del 14 de junio de 2019¹³ la prescripción del contrato de seguro se contó desde la fecha en que el contratista debió entregar una subestación eléctrica, momento en el cual la entidad contratante tuvo certeza del incumplimiento. Finalmente, en la sentencia del 1º de marzo de 2023¹⁴ la prescripción se computó desde el

¹¹ Consejo de Estado, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 29205, C.P. Mauricio Fajardo.

¹² Consejo de Estado, sentencia del 17 de noviembre de 2016, expediente 33786, C.P. Stella Conto.

¹³ Consejo de Estado, sentencia del 14 de junio de 2019, expediente 39363, C.P. Carlos Zambrano.

¹⁴ Consejo de Estado, sentencia del 1 de marzo de 2023, expediente 57276, C.P. Fredy Ibarra.



vencimiento del plazo contractual, pues el Consejo de Estado consideró que la entidad contratante tuvo conocimiento del incumplimiento del contratista en esa fecha.

25.- La Sala resalta que la anterior interpretación del cómputo de la prescripción se aplica a los casos en los que se discute el cumplimiento de una obligación dentro de un plazo, y no se extiende a todos los tipos de siniestro. Por ejemplo, en la sentencia del 1° de marzo de 2023¹⁵, esta Subsección estudió un caso en el que se discutía la ocurrencia del siniestro de estabilidad de la obra¹⁶. En esa oportunidad, la Subsección señaló que la prescripción se contaba desde el conocimiento del hecho generador del siniestro, es decir, a partir del momento en que el Invías tuvo conocimiento de los daños en la obra, y no desde el vencimiento del plazo contractual. La Sala resalta que el supuesto de hecho de la sentencia del 1° de marzo de 2023 es distinto al que se analiza en esta sentencia.

b.- Consideraciones sobre el anticipo

26.- La Sala concluye que el monto del 30% proporcionado por ISA a Atlas se entregó a título de anticipo y su propósito era la inversión de este en la ejecución del contrato, por lo que no constituyó un pago anticipado al contratista para que dispusiera de ese valor libremente, como lo planteó la aseguradora.

27.- Según la cláusula quinta del contrato, las partes pactaron la entrega de un anticipo, cuyo monto ascendía al 30% del valor total del contrato y este se amortizaría “descontando del valor de cada factura una suma equivalente al porcentaje del anticipo”. Las partes acordaron que el anticipo debería estar completamente amortizado con la última factura presentada por el contratista, de la siguiente manera:

“CLÁUSULA QUINTA: FORMA Y CONDICIONES DE PAGO:

El pago del Contrato se efectuará de la siguiente manera:

- b. Anticipo El CONTRATISTA presentará a ISA cuenta de cobro equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del Contrato, a título de anticipo (...)*
- d. Amortización del anticipo: El anticipo será amortizado **descontando del valor de cada factura una suma equivalente al porcentaje del anticipo**, en cualquier caso, el anticipo deberá estar totalmente amortizado con la última factura que presente el CONTRATISTA.*

¹⁵ Consejo de Estado, sentencia del 1° de marzo de 2023, expediente 67240, con ponencia de este despacho.

¹⁶ OICA S.A. celebró con INVÍAS un contrato de obra para el mejoramiento de una carretera, que fue garantizado con una póliza que incluía el amparo de estabilidad de la obra por cinco años. El 28 de noviembre de 2007, la interventora del contrato realizó un informe de daños, y el 3 de diciembre de 2007, INVÍAS remitió dicho informe a la contratista. La contratista no realizó las reparaciones solicitadas, y el 6 de junio de 2008, INVÍAS inició el procedimiento para declarar el siniestro de estabilidad de la obra. Mediante la Resolución 01310 del 5 de abril de 2010, el INVÍAS declaró ocurrido el siniestro, es decir, con posterioridad al vencimiento del término de prescripción, que empezó a correr desde el 28 de noviembre de 2007, momento en que la interventora efectuó el informe de daños.



Todas las facturas deberán presentarse en las oficinas de ISA en Medellín, y tramitarse acompañadas de al Constancia de Cumplimiento a satisfacción de ISA expedida por el Director de Concesiones Viales. La última factura deberá tramitarse con el original de la Garantía de Calidad del Servicio, otorgada en los términos estipulados en la cláusula Décima Séptima de Garantías y Seguros de este Contrato. Las facturas serán canceladas a los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la fecha de su radicación en las oficinas de ISA en Medellín. En aplicación de la Ley 1231 de julio de 2008, el Contratista podrá optar por emitir factura título valor o simple factura.

ISA al momento de recibir la factura verificará que la misma cumpla con los requisitos de título valor o de simple factura, según sea el caso. Si la factura presentada no es título valor, su original será radicado en ISA. Si la factura es título valor, el Contratista (o Proveedor) la presentará en original y dos (2) copias, acompañada de los documentos que se exigieren en esta cláusula. En el original y en las copias de la factura se colocará el sello de "RECIBIDO", que indicará fecha, hora y firma de quién recibió.

El original y una copia de la factura se devolverán al Contratista o Proveedor y la otra copia quedará en ISA. El documento de aceptación de la factura como título valor, se enviará al Contratista o Proveedor dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de recepción de la factura firmado por el Director de Concesiones Viales. Cualquiera sea, la factura presentada, debe cumplir con todos los requisitos exigidos en la ley y la omisión de alguno de ellos tendrá como consecuencia su rechazo. El Contratista declara conocer los requisitos establecidos en la ley para la facturación de bienes o servicios. Cuando el Contratista endose la factura título valor, el legítimo tenedor del título para su pago deberá presentar en las oficinas de ISA en Medellín, como mínimo con tres (3) días calendario de anticipación a la fecha de pago, el original de la factura, acompañada de los siguientes documentos: 1. Persona natural: fotocopia simple de su cédula de ciudadanía. Persona jurídica: original o fotocopia simple del Certificado de Existencia y Representación Legal, expedido por el organismo competente con una antelación no superior a noventa (90) días calendario, con respecto a la fecha de su presentación ante ISA. 2. Comunicación suscrita por el legítimo tenedor o por su representante legal si éste es persona jurídica, en la que se indique el nombre del Banco, tipo de cuenta (ahorros, corriente u otras), número de la cuenta, teléfono y ciudad. ISA sólo recibirá la factura de lunes a jueves, de 8:00 a.m. a 4:30 p.m. ISA pagará a sus Contratistas y tenedores de títulos valores en la fecha de vencimiento de la factura o el primer día hábil siguiente al vencimiento. Original de la factura título valor remitida por correo se radicará en ISA y junto con el documento de aceptación correspondiente, sólo se entregará personalmente al emisor, a su Representante Legal o a su apoderado para el efecto. Cuando ISA no cancele el valor de la factura en el plazo estipulado en esta cláusula, reconocerá sobre el saldo y proporcional al tiempo de la mora, la tasa DTF a noventa (90) días efectiva anual, vigente a la semana de inicio del período moratorio".

28.- En su recurso de apelación, la aseguradora señaló que el dinero que entregó ISA correspondió a un pago anticipado "puesto que calculó impuestos sobre el valor pactado en el contrato como anticipo, y le giró el IVA al contratista, pretendiendo la devolución del supuesto anticipo más el IVA". Sin embargo, la Sala no comparte esa afirmación.

29.- De un lado, la obligación de Atlas de invertir correctamente el anticipo fue garantizada en la póliza que el contratista adquirió con Confianza S.A., la cual



fue redactada en los siguientes términos:

“AMPARO DE ANTICIPO

El amparo de anticipo cubre a las entidades contratantes contra los perjuicios sufridos con ocasión del uso o apropiación indebida que el garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. En tal sentido, se entenderá que existe uso o apropiación indebida de los dineros o bienes entregados a título de anticipo en el evento en que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato.

(...)

Este amparo no se extiende a cubrir el uso de los dineros entregados como pago anticipado al garantizado”.

30.- Además de lo expresamente estipulado en el contrato, la Sala advierte que los documentos obrantes en el expediente demuestran que las partes conocían que el valor entregado por ISA sí fue a título de anticipo. En la cuenta de cobro No. 001-2010 del 26 de febrero de 2010, Atlas comunicó a ISA:

*“Adjunto a la presente estamos haciendo entrega de la cuenta de cobro No. 001-2010 **correspondiente al anticipo del 30%** de acuerdo con el contrato de la referencia. Con gusto será ampliada la póliza de buen manejo del anticipo”.*

31.- Y en la nota crédito 001-20010 consta:

*“Valor recibido de ISA **corresponde a anticipo equivalente al 30%** del valor del contrato ISA No. 4500036131 de 2010”.*

32.- La Sala no comparte el argumento de la aseguradora según el cual el valor que entregó ISA fue a título de pago anticipado, y no de anticipo, pues reconoció el IVA sobre este: se reitera que en el contrato se pactó que el valor entregado por la entidad se haría a título de anticipo, por lo cual una interpretación contraria se apartaría del acuerdo celebrado entre las partes, y el error en el pago del IVA no desnaturaliza su carácter.

33.- Además, esta Subsección ha indicado que las aseguradoras son profesionales expertas en su área, y, por lo tanto, responsables de seleccionar el riesgo que aseguran, según el artículo 1056 del Código de Comercio, que dispone:

“ARTÍCULO 1056. <ASUNCIÓN DE RIESGOS>. Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

34.- En ese sentido, la aseguradora no puede asegurar un riesgo que ha conocido previamente y frente al cual ha estado de acuerdo en asegurar de la manera en que está pactado en el contrato, y luego retractarse de ello al hacer una interpretación unilateral y distinta frente al alcance de este.



35.- La aseguradora conoció el contrato suscrito entre el contratista y la entidad, y, por lo tanto, conoció la forma en que fue pactado el anticipo, y tomó la decisión autónoma de asegurar el riesgo de la forma en que fue descrito en el contrato. La entidad reclama que se le reintegre el valor entregado al contratista por ese pacto (el 30% del valor que le entregó a título de anticipo al contratista y que este aceptó haber recibido). La aseguradora, en consecuencia, no puede argumentar que el dinero recibido por el contratista fue un pago anticipado y no un anticipo, porque el contratista lo recibió en la forma en que estuvo pactado en el contrato.

36.- En la sentencia del 17 de marzo de 2021¹⁷, esta Subsección estudió el caso de una aseguradora que se opuso al pago del siniestro al efectuar una interpretación unilateral del riesgo asegurado. En esa ocasión la Subsección negó el argumento de la aseguradora, que argumentaba que había asegurado un riesgo inexistente, así:

“13.2.- Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que las aseguradoras son entidades expertas que, en virtud del artículo 1056 del Código de Comercio, tienen la facultad de seleccionar los riesgos asegurables. Como resultado de esta autonomía, las compañías de seguro tienen la obligación de evaluar los riesgos y no podrán oponerse al pago del siniestro a través de la redefinición unilateral del riesgo:

“Ahora bien, las compañías de seguros autorizadas para operar en Colombia tienen como regla general la facultad que les asiste de seleccionar los riesgos que deseen asumir de acuerdo con su experiencia y su capacidad técnica y económica si se tiene en cuenta que el artículo 1056 del Código de Comercio dispone que el “asegurador podrá a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados”.

La contrapartida de esa autonomía para delimitar el riesgo en el contrato de seguro y decidir si se emite o no lo póliza de seguro, no puede ser otra que la carga de la compañía de seguros de evaluar y definir en forma completa y clara las condiciones del riesgo para minimizar su exposición al mismo y prestar un adecuado servicio de aseguramiento.

Por lo anterior, delimitado el riesgo por la propia compañía de seguros y expedida la póliza correspondiente, la aseguradora tendrá la consecuente obligación de responder por el siniestro en los términos de la póliza de seguro otorgada (...) sin que le sea permitido en el momento de la reclamación entrar a redefinir el riesgo amparado o recortar el alcance de su cobertura, en forma unilateral y con fundamento en interpretaciones acerca de la naturaleza o alcance del amparo o invocar términos y condiciones que no fueron expresados en la póliza”.

13.3.- Suramericana sí conocía el riesgo que estaba asegurando, tal como se lee en las condiciones de la póliza que garantizaba “la seriedad de la oferta presentada según invitación preferencial a entidades públicas, referente a ofertar para la adquisición de unidades hospitalarias y centros de atención ambulatoria” (...)

13.5.- La aseguradora no puede excusarse y omitir el pago del seguro bajo el argumento de que aseguró un riesgo inexistente o una obligación incumplida. Así, la Sala considera que la compañía de seguros tenía conocimiento del riesgo

¹⁷ Consejo de Estado, sentencia del 17 de marzo de 2021, expediente 52705, con ponencia de este despacho.



asegurado y por lo tanto, desestimaré el argumento presentado por la demandada”.

37.- Por lo anterior, la Sala condenará a Atlas y a la aseguradora a reintegrar el valor que ISA entregó a título de anticipo, el cual correspondía a quinientos ochenta y nueve millones setecientos setenta y siete mil cuatrocientos noventa y ocho pesos (\$589.777.498). El referido valor se actualizará utilizando la siguiente fórmula:

$$Ri * \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}} = Ra$$

37.1.- Donde Ra (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, Ri (renta inicial) es el valor que debe reintegrar Atlas por concepto de anticipo; el $IPC \text{ inicial}$ es el vigente al momento en que venció el plazo de ejecución del contrato y el $IPC \text{ final}$ es el vigente al momento de proferirse la presente providencia, así:

$$37.2.- \$589.777.498 * \frac{142,92}{73} = \$ 1,154,671,233.07$$

37.3.- El valor actualizado de la condena por concepto de devolución del anticipo asciende a mil ciento cincuenta y cuatro millones seiscientos setenta y un mil doscientos treinta y tres pesos con siete centavos. (\$1,154,671,233.07).

Cláusula penal:

38.- Adicionalmente, la Sala confirmará la condena por el valor de la cláusula penal. De acuerdo con la cláusula vigésima segunda del contrato, las partes pactaron como pena el 10% del valor del contrato. Este valor también fue garantizado por Confianza S.A. mediante la póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades particulares. La Sala confirmará el valor de la condena por cláusula penal, que asciende a ciento noventa y seis millones quinientos noventa y dos mil cuatrocientos noventa y nueve pesos con cincuenta y seis centavos (196.592.499,56). Este monto se actualizará utilizando la siguiente fórmula:

$$Ri * \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}} = Ra$$

38.1.- Donde Ra (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, Ri (renta inicial) es el valor de la cláusula penal, el $IPC \text{ inicial}$ es el vigente al momento en que terminó el contrato y el $IPC \text{ final}$ es el vigente al momento de proferirse la presente providencia, así:

$$38.2.- 196.592.499,56 * \frac{142,92}{73} = 384,890,411.47$$

38.3.- El valor actualizado de la condena por cláusula penal asciende a trescientos ochenta y cuatro millones ochocientos noventa mil cuatrocientos once



pesos con cuarenta y siete centavos (\$384,890,411.47).

H.- Condena en costas

39.- La sentencia de primera instancia condenó en costas a las demandadas, decisión que se confirmará porque no fue objeto de los recursos de apelación.

40.- Como el recurso de apelación no prosperó, las apelantes deben ser condenadas en costas y agencias en derecho, de conformidad con lo ordenado en el artículo 188 del CPACA. Estas serán tasadas y liquidadas por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida 30 de marzo de 2023 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

<<PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento de la sociedad ATLAS INGENIERÍA LTDA. con Nit. 860.532.314 de las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios ISA-4500036131, suscrito el 29/1/2010 con INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. – ISA S.A. E.S.P. con Nit. 860.016.610.

SEGUNDO: DECLARAR NO probadas las excepciones formuladas por ATLAS INGENIERÍA LTDA. y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA S.A. por lo expuesto en los acápites 98 a 113 de la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad ATLAS INGENIERÍA LTDA. con Nit. 860.532.314 y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.–CONFIANZA S.A. con Nit. 860.070.374 a partir de la ejecutoria de esta providencia, a restituir a INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.– ISA E.S.P. con Nit. 860.016.610, en mil ciento cincuenta y cuatro millones seiscientos setenta y un mil doscientos treinta y tres pesos con siete centavos (\$1,154,671,233.07), por concepto de devolución del anticipo.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad ATLAS INGENIERÍA LTDA. con Nit. 860.532.314 y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.–CONFIANZA S.A. con Nit. 860.070.374, a partir de la ejecutoria de esta providencia, a pagar a INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.– ISA E.S.P. con Nit. 860.016.610, la pena pactada en cuantía equivalente al 10% del valor del contrato, esto es, la suma de trescientos ochenta y cuatro millones ochocientos noventa mil cuatrocientos once pesos con cuarenta y siete centavos (\$384,890,411.47).

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: COSTAS a cargo de la parte demandada, liquídense por secretaría>>.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas y agencias en derecho a Atlas Ingeniería Ltda. y Confianza S.A., las cuales se fijarán y liquidarán por el tribunal de primera instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.



TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado