



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

Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 52001-23-31-000-2011-00324-02 (60417)
Demandante: Compañía Mundial de Seguros S.A.
Demandado: Instituto Nacional de Vías
Referencia: Acción de controversias contractuales

Tema 1: Competencia del juez de segunda instancia.

Tema 2: Configuración de la violación del derecho al debido proceso administrativo.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por ambas partes en contra de la sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño—Sala de Decisión del Sistema Escritural, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SINTESIS DEL CASO

El INVÍAS y un consorcio celebraron contrato de obra para el diseño, reconstrucción, pavimentación o repavimentación de una carretera en el departamento de Nariño. La compañía aseguradora demandante amparó el cumplimiento de las obligaciones del contrato, así como el buen manejo y la correcta inversión del anticipo. El INVÍAS, mediante acto administrativo, declaró el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo porque, a su juicio, el consorcio contratista no lo amortizó ni reintegró al ente contratante. La aseguradora que amparó este siniestro demandó el acto administrativo declarativo, entre otras razones, porque no fue vinculada al procedimiento administrativo anterior a la expedición de la resolución con la que fue declarado el siniestro cubierto con el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo —acto este que fue confirmado mediante resolución que desató el recurso interpuesto por la aseguradora actora y por el Consorcio—, proceder con el que, protesta, violó su derecho al debido proceso.

El Tribunal halló configurada la violación al debido proceso al considerar que, si bien fue probada la convocatoria del contratista al procedimiento administrativo anterior a la expedición de la resolución con la que fue declarado el siniestro cubierto con el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, no fue acreditado el requerimiento previo a la aseguradora.

El INVÍAS apeló el fallo porque, a su juicio, honró el debido procedimiento. Mientras que la actora apeló porque el Tribunal, al pronunciar sobre la nulidad parcial de los actos, habría proferido un fallo incongruente.



II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

2.1.1. El dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011), la sociedad Compañía Mundial de Seguros S.A. (en adelante, CMS)¹ formuló demanda² en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra del Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), con la que deprecó:

«1. Se declare y se deje sin efectos de hecho y en derecho, los [sic] efectos jurídicos derivados de la Resolución Administrativa No. 07384 del 22 de Diciembre de 2009, como consecuencia del ejercicio de la Acción Contractual (Art. 87 C.C.A.), (Anexo 2), proferida por el Asesor de la Dirección General-Coordinador Plan 2500 del INVÍAS [...]

2. Se declare que es nula la Resolución Administrativa No. 03511 de 5 de Agosto de 2010, confirmatoria de la Resolución Administrativa No. 07384 del 22 de Diciembre de 2009 (Anexo 3), proferida por el Asesor de la Dirección General Coordinador Plan 2500 [...]

3. Que se declare que la Compañía Mundial de Seguros S.A. no esta llamada al pago de las sumas de dinero exigidas por el INVÍAS con cargo al amparo de ANTICIPO, en atención a que el objeto de la Garantía Única de cumplimiento No. NA-0054437 expedida por MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y de acuerdo a las Condiciones Generales de la misma y según la definición que se hace del amparo de anticipo, cláusula 1.2 del Clausulado General, el objeto del amparo es: "Garantizar la CORRECTA INVERSIÓN del Anticipo"; sumas de dinero que fueron correctamente invertidas por el Consorcio INECON-TE PUCALPA G-93 en la adquisición de logística para la obra, pago de salarios y prestaciones sociales, compra y alquiler de equipos, tal y como lo ha certificado la firma interventora CONSORCIO VIAS 2500 VCG-93.

4. Se declare, que en atención a que la Garantía Única de Cumplimiento No. N-A 0054437, ostenta el carácter de accesoria frente al contrato principal, no está llamada mi representada **MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, a cancelar a INVÍAS suma alguna de dinero con cargo al Amparo de Anticipo, por estar correctamente invertido el mismo.

5. Que se declare que la Resolución Administrativa No. 07384 del 22 de Diciembre de 2009 y su confirmatoria la No.03511 del 5 de Agosto de 2010, son violatorias del debido proceso, en atención a que fueron proferidas por fuera del Marco Legal y Constitucional establecido en los artículos 29 de la Constitución Nacional, Decreto Reglamentario 4828 de 2008, por no haber citado el INVÍAS a Audiencia de Descargos a mi representada MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

6. Se declare, la No Afectación del Contrato de Seguro contenido en la Garantía Única de Cumplimiento No. NA -0054437, expedida por Mundial de Seguros S.A. en su amparo de Anticipo, por la suma de OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS UN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$8.980.399.301), por violación al régimen del CONTRATO DE SEGURO contemplado en el TITULO V Capítulo 1 del Libro 4, artículos 1060 y siguientes del Código de Comercio, Y VIOLACIÓN AL Decreto Reglamentario 4828 de 2008 de la Ley 1150 de 2007, y al Art. 29 de la C.N., por no haber citado INVÍAS a Audiencia de Descargos a mi representada.

¹ Certificado de existencia y representación expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia del 8 de abril de 2011: f. 40, c. 2.

² F. 1-37, c. 2.



7. Se declare que mi representada Mundial de Seguros S.A., por haberse iniciado el riesgo antes de iniciar su vigencia la Garantía Única No. NA0054437, el asegurador **NO** está llamada a responder por suma alguna de dinero. (Art.1073 C.Co.)

8. Que se declare que ha operado la Prescripción del Contrato de Seguro contenido en la Garantía Única de Cumplimiento No. NA-054437, en atención a haberse hecho parte el Instituto Nacional de Vías —INVIAS-, en el Proceso de Reestructuración de la firma INECONTE S.A., sin tener en cuenta que el Contrato de Obra No. 1827 de 2005, fue adjudicado al CONSORCIO INECON-TE PUCALPA G-93, pasando por alto INVIAS, que el consorcio era un ente jurídico integrado por varias firmas, no pudiendo olvidar cual era la responsabilidad que competía al otro consorciado PUCALPA G-93, permitiendo la PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO. (Art. 1081 C.CO.).

9. Se declare por parte del Despacho, que al ser hoy el Instituto Nacional de Vías —INVIAS- parte del Proceso de Liquidación Judicial Obligatoria que cursa en la Superintendencia de Sociedades, radicado bajo el Número 28173 de la Sociedad INGENIEROS CONSTRUCTORES TECNOLOGIAS Y EQUIPOS S.A. INECONTE S.A. (Hoy en Liquidación Judicial), y debidamente reconocido INVIAS como acreedor en 50. Grado-, en la suma de OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS UN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$8.980.399.301), como consecuencia, carece de sustento legal, la exigencia que hace a mi representada MUNDIAL DE SEGUROS S.A., del reintegro de las mismas sumas de dinero. [...]

10. Se declare que las Resoluciones Administrativas No.03511 del 05 de Agosto de 2010 confirmatoria de la No. 07384 del 22 de Diciembre de 2009, son nulas al tenor del Art. 84 del Código Contencioso Administrativo por haber violado el Derecho de defensa de mi representada, por no haber liquidado el Contrato de Obra No.1827 de 2005, pretender la exigibilidad de obligaciones no amparadas por el asegurador, y por haber liberado a uno de los consorciados de la responsabilidad que le competía como contratista.

11. Se declare y ordene por el Despacho, la actualización de la condena en los términos del Art. 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente forma:

R = RH $\frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$ (último para cuando se dicte sentencia en firme)
(fecha del primer acto acusado: 22 de Diciembre de 2009)

12. Se ordene por el Despacho, en caso de que INVIAS llegue a recaudar _ forzosamente las sumas objeto de esta demanda, su devolución más los intereses moratorios correspondientes a la tasa más alta permitida por ley, a favor de mi representada». (Subrayas, mayúsculas y negrillas originales de la demanda).

2.1.2. La parte demandante refirió, como fundamento de sus pretensiones los siguientes hechos:

2.1.2.1. Que el cuatro (4) de octubre de dos mil cinco (2005), el Consorcio INECONTE–PUCALPA G-93 (en adelante, el Consorcio) y el INVÍAS celebraron el contrato de obra núm. 1827, con el objeto de adelantar el “DISEÑO, RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN, Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 93, EN EL TRAMO 1 BARBACOAS-JUNÍN CON UNA LONGITUD DE 25.00 KILMETROS [sic] EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO”; con: un precio de veintitrés mil trescientos diecinueve millones ciento ochenta y tres mil ciento noventa y tres pesos (\$23.319.189.193,00), y un plazo inicialmente pactado de veintitrés (23) meses contados desde la orden de su iniciación, pero que durante su



ejecución se extendió hasta completar cuatrocientos noventa y dos (492) días; y un anticipo de once mil trescientos treinta millones trescientos sesenta y cuatro mil ciento noventa y cinco pesos (\$11.330.364.195,00).

2.1.2.2. Que el cumplimiento de las obligaciones del contrato fue garantizado con la póliza núm. N-A0054437, expedida por CMS. Amparó con esta póliza el buen manejo y correcta inversión del anticipo por una suma igual a la del anticipo pactado.

2.1.2.3. Que, en la ejecución del contrato, se modificó varias veces la forma de entrega del anticipo, y en todas ellas tanto la interventoría como la supervisión del contrato validaron que el Consorcio efectuó una correcta inversión y buen manejo del anticipo.

2.1.2.4. Que, no obstante, el INVÍAS profirió la Resolución 07384 del veintidós (22) de diciembre de dos mil nueve (2009), en la que declaró la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, sin considerar el criterio de la interventoría. En razón a ello, ordenó a la aseguradora devolver la suma de ocho mil novecientos ochenta y nueve millones trescientos noventa y nueve mil trescientos un peso (\$8.989.399.301); acto que, a juicio de la actora, desconoció que el contratista hizo un buen manejo y correcta inversión de los dineros que le fueron entregados como anticipo.

2.1.2.5. Que, de todos modos, la cuantía del perjuicio es menor a la liquidada por la entidad demandada, tomando en cuenta el valor girado y consignado efectivamente por el contratista.

2.1.2.6. Que, si en gracia de discusión, se hubiera realizado un manejo e inversión inadecuados de los recursos del anticipo, la facultad administrativa para actuar contra la aseguradora sólo podría ejercerse:

“[...] una vez agotado el debido proceso y garantizado el Derecho de Defensa y Contradicción, como requisitos previos a proferir la declaratoria de siniestro de Anticipo a través de Audiencia de Descargos, requisito que no fue cumplido por el [INVÍAS]. Pudiendo concluir que para la declaración y efectividad del siniestro de anticipo deberá darse pleno cumplimiento a las formas previas establecidas para cada procedimiento garantizando el debido proceso frente al tercero garante de buena fe; y previa liquidación del contrato que en últimas es la que determinará si hay lugar o no a la afectación del amparo de anticipo, pues es en este momento donde se establecen las sumas que cada una de las partes, que participan en el negocio jurídico, sale a deber a la otra”.

2.1.3. Así las cosas, la aseguradora demandante acusa los actos administrativos de haber incurrido en violación de normas superiores, desconocimiento del principio de congruencia, falsa motivación y vulneración del debido proceso.

2.2. Trámite procesal relevante en primera instancia

2.2.1. El veintinueve (29) de julio de dos mil once (2011), el Tribunal admitió la demanda y ordenó notificar la decisión a la entidad demandada y al agente del Ministerio Público³.

³ F. 517-520, c. 2.



2.2.2. INVÍAS contestó la demanda⁴, oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones formuladas por CMS.

2.2.3. Las partes presentaron alegatos de conclusión en primera instancia⁵. Así mismo, la Procuraduría 156 Judicial Administrativa II ante el Tribunal Administrativo de Nariño rindió concepto en el que sugirió acceder a las pretensiones de la demanda⁶.

2.3. Sentencia de primera instancia y aclaración de fallo

El Tribunal, a través de sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil diecisiete (2017)⁷, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la **Resolución No. 07384 de 22 de diciembre de 2009** por la cual, el INVÍAS declaró la ocurrencia del siniestro en el Amparo del Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo del contrato de obra No. 1827 el 4 de octubre de 2005, celebrado entre el consorcio INECONTE - PUCALPA G-93 integrado por la constructora INECONTE S.A. Y PUCALPA CONSTRUCCIONES LTDA y de la **Resolución No. 03511 de 5 de agosto de 2010**, por la cual, el INVÍAS resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Compañía Mundial de Seguros S.A. contra la declaratoria de ocurrencia del siniestro, confirmándola en su integridad, en lo que respecta a hacer efectivo el amparo de cumplimiento de la garantía única expedida por la Compañía de Seguros Mundial de Seguros, como respaldo del Contrato de obra No. 1827 del 4 de octubre de 2005 por las razones que quedaron expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se dispone que la Compañía Mundial de Seguros S.A. no debe pagar suma alguna al INVÍAS por concepto de ocurrencia del riesgo en el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato de obra No. 1827 el 4 de octubre de 2005, derivado de la declaratoria del siniestro que en esta providencia se anula.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda. [...].”

2.3.1. Consideró el Tribunal, que la entidad demandada violó el debido proceso de la sociedad aseguradora, toda vez que no acató las reglas encaminadas a su correcta vinculación al procedimiento administrativo, y en su lugar:

“[...] se limitó a adelantar dos trámites, el primero relacionado con el incumplimiento del contratista que culminó con la imposición de una multa, decisión que luego fue revocada y por otro lado, aquel cuyo objeto específico fue la declaratoria de ocurrencia del siniestro relacionado con el anticipo, para el cual, simplemente dice haber comunicado a la aseguradora el monto no amortizado, pero en ningún momento la convocó a hacerse parte del trámite, le precisó los cargos o la forma en que se determinó la cantidad por la cual finalmente fue llamada a responder como garante del riesgo y para efectos de la decisión tuvo como soporte principal, el acta de recibo definitivo de la obra en la que señaló cantidades y determinó responsabilidades, documento que fue elaborado en una reunión a la que la aseguradora no fue citada y tampoco existe prueba según la cual, se le haya dado a conocer”.

⁴ F. 562-576, c. 3

⁵ CMS: f. 1137-1183, c. 1; INVÍAS: F. 1183-1189, c. 1.

⁶ F. 1191-1229, c. 1.

⁷ F. 1278-1295, c. ppal.



En ese sentido, consideró que la entidad demandada pareció confundir las “comunicaciones, oficios, citaciones y demás dirigidos al contratista de aquellos que se dirigen a la aseguradora”, sin tener claro que ambos sujetos eran distintos “en lo que respecta al contrato, las obligaciones adquiridas y las responsabilidades que les son adjudicables”. Por lo tanto, “no puede suplirse lo omitido con la aseguradora con las actuaciones que se adelantaron frente al suscriptor del contrato”.

Por otra parte, el *a quo* precisó que los actos administrativos demandados también son diferentes, aunque tengan una causa común (el contrato y la conducta del contratista) ya que uno está relacionado con el incumplimiento del contrato, mientras que en otro se declaró el siniestro del manejo del anticipo, de suerte que:

“[...] no es posible justificar la declaratoria de siniestro en los requerimientos que se hubiesen hecho al contratista y a la aseguradora exclusivamente dirigidos a la expedición de la Resolución Administrativa No. 2431, por la cual, el INVÍAS declarar [sic] el incumplimiento parcial del contrato, menos aún cuando la póliza establece diferentes rubros o riesgos a cubrir y entre ellos, distingue el del anticipo de otros más generales relativos al incumplimiento del contratista”.

2.3.2. La parte actora solicitó la aclaración del fallo de primera instancia⁸ porque, en su parecer, por un error mecanográfico el Tribunal declaró la nulidad parcial de los actos demandados. En auto del dieciséis (16) de agosto de dos mil diecisiete (2017)^[9], el Tribunal negó la aclaración, al considerar que «[...] la nulidad tuvo el carácter de “parcial” y no de total por la simple razón de que las resoluciones acusadas involucran responsabilidades o adoptan decisiones respecto del contratista quien no es parte dentro de este asunto».

2.4. Recursos de apelación

2.4.1. El diez (10) de junio de dos mil diecisiete (2017), el **INVÍAS** apeló la sentencia de primera instancia, la cual censuró porque, a juicio suyo:

2.4.1.1. Están demostradas “la existencia y la cuantía del siniestro” con la relación de pagos emitida por tesorería, y el acta de entrega y recibo definitivo de obra, que brindan los elementos de juicio necesarios para determinar:

*“[...] la existencia y magnitud del daño causado por el contratista que ha incumplido con el manejo y buena inversión del anticipo, **dado que uno de los caracteres especiales del anticipo es la amortización que debe registrarse del mismo, a medida que el contratista vaya desarrollando el objeto contractual y generando créditos a su favor**”.*
(Negrillas originales del recurso).

En ese orden de ideas, critica el fallo, porque no “dio el valor probatorio conducente a las pruebas documentales aportadas por el INVÍAS ni a las testimoniales recaudadas dentro del proceso, que dan fe del incumplimiento” del contratista.

⁸ F. 1298-1299, c. ppal.

⁹ F. 1323-1325, c. ppal.



2.4.1.2. Invías no violó el debido proceso ya que, antes de declarar el siniestro, efectuó “*varios requerimientos, al Contratista y a su garante*”, contenidos en varias comunicaciones¹⁰; y siguió los procedimientos legales y reglamentarios aplicables a ese tipo de actuaciones.

2.4.1.3. Además, su actuación se fundó en la “*prerrogativa especial con la que cuenta el estado para actuar por sí misma [sic] en forma directa*”, en “*aspectos de orden técnico que tienen que ver con la función del objeto contratado, por parte de la interventoría*” del contrato. Agregó que la pretensión de la demandante no tiene sustento, porque el siniestro fue declarado con base en hechos que tuvieron lugar durante la vigencia de la póliza.

2.4.2. Por su parte, **CMS** presentó recurso de apelación¹¹, posteriormente complementado¹², contra el fallo de primera instancia, el cuatro (4) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), porque —aduce— al declarar la nulidad parcial de los actos demandados, el fallo incurrió en dos errores: (i) expedir un fallo “*extra petita*” porque el “*a quo*” carecía de facultades “*para hacer exigible a la Aseguradora [...] el Amparo de Cumplimiento de la Garantía Única NA-0054437*”, cuando en el asunto lo que estaba en discusión era el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y; (ii) confundir dicho amparo con el de cumplimiento.

2.5. Trámite relevante en segunda instancia

2.5.1. El siete (7) de febrero de dos mil dieciocho (2018), el Despacho sustanciador admitió los recursos de apelación¹³. Empero, en la decisión que corrió traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, del trece (13) de abril de dos mil dieciocho (2018), el magistrado sustanciador consideró oportuno aclarar que la impugnación de la actora estaba dirigida contra la sentencia de primera instancia, no contra el auto denegatorio de la solicitud de aclaración del fallo¹⁴.

2.5.3. En la etapa para alegar de conclusión en segunda instancia, la parte demandada guardó silencio. Mientras que la actora¹⁵ se opuso a las aseeraciones de la apelación de su contraparte, insistió en los argumentos de su recurso para cuestionar la declaración de nulidad parcial, inserta en el numeral primero de la parte motiva de la sentencia; y defendió lo decidido en el numeral segundo, que declaró que CMS no tenía la obligación de pagar suma alguna en virtud del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

2.5.4. En su concepto¹⁶, el Procurador Primero Delegado ante esta Corporación solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, con respaldo a sus consideraciones.

¹⁰ Invoca las “*comunicaciones SGT-a 31813 del 24 de julio de 2009, SGT-a 32931 del 31 de julio de 2009 y SGT-A 38519 del 4 de septiembre de 2009*”.

¹¹ F. 1330-1331, c. ppal.

¹² F. 1332-1333, c. ppal.

¹³ F. 1342, c. ppal.

¹⁴ F. 1344-1345, c. ppal.

¹⁵ F. 1346-1354, c. ppal.

¹⁶ F. 1368-1379, c. ppal.



III. PROBLEMAS JURÍDICOS Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

3.1. De acuerdo con el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”), “*el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme*”. Este recurso puede ser interpuesto por la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia (*ejusdem*), a quien le asiste la carga de sustentarlo (parágrafo 1º, artículo 325, CPC), con argumentos que rebatan las consideraciones del juzgador *a quo*, los cuales definen la competencia del de segundo grado (artículo 357, CPC), como lo ha determinado la jurisprudencia unificada de esta Sección¹⁷.

En consecuencia, de acuerdo con las consideraciones de la sentencia recurrida y los cargos de las apelaciones interpuesta, deberán solucionarse en esta instancia estos problemas jurídicos:

3.1.1. ¿Al declarar el siniestro de manejo del anticipo, en ejercicio de la prerrogativa que le asiste, el INVÍAS violó el debido proceso porque, pese a que le hizo saber a la aseguradora la existencia de incumplimientos de la contratista, no le comunicó que se adelantaba el trámite de declaración del siniestro por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, e intentó vincularla a un trámite de declaración de un siniestro distinto?

3.1.2. ¿Al anular parcialmente el acto que declaró la efectividad de la garantía única de cumplimiento, el Tribunal profirió un fallo incongruente, porque, en este proceso, fue demandada la decisión de declarar unilateralmente el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo?

3.2. Los interrogantes planteados serán resueltos a partir del régimen jurídico sustancial desarrollado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, vigente para la fecha de celebración del contrato, del cuatro (4) de octubre de dos mil cinco (2005), esto es, la Ley 80 de 1993 y las normas que para esa fecha la hubieran modificado o reglamentado, debido a que la entidad pública contratante es un establecimiento público del orden nacional¹⁸ cuya actividad contractual está regida por dicha normatividad¹⁹.

IV. HECHOS PROBADOS, RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de unificación de 6 de abril de 2018, exp. 46005.

¹⁸ DECRETO 2171 DE 1992: “Artículo 52. Reestructúrase el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte.”

¹⁹ Ley 80 de 1993 – Artículos 1 y 2 numeral 1, literal a): “ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. // ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: // 1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”



PROBLEMAS ENUNCIADOS²⁰

4.1. El pliego de condiciones²¹ de la licitación pública núm. DG-194-2004 de enero de 2005, denominada “PROGRAMA DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE INTEGRACIÓN Y DESARROLLO REGIONAL – PLAN 2500”, tuvo por objeto la celebración de contratos en los que se pactaría el “DISEÑO, LA RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE 2596 KM. DE VÍA, AGRUPADOS EN 100 GRUPOS DE TRAMOS INCLUIDOS EN EL PROGRAMA DE PAVIMENTACIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE INTEGRACIÓN Y DESARROLLO”. Entre los grupos de los tramos en los que serían ejecutadas las obras que tenía por objeto la licitación, el núm. 93 correspondía a la vía entre los municipios de Barbacoas y Junín, en el departamento de Nariño, con una longitud de 25,00 km.

De este documento, resulta pertinente para el análisis de la problemática jurídica de esta instancia citar las disposiciones referentes a la garantía única de cumplimiento (5.5) y al anticipo en los contratos (5.21), ambas incluidas en el capítulo V del pliego, sobre las condiciones del contrato:

“5.5. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

De conformidad con lo establecido en la Resolución No. 007001 del 18 de noviembre de 1997, emanada de la Dirección General del Instituto, el contratista se obliga a constituir, a favor del Instituto Nacional de Vías, una garantía única, la cual podrá consistir en una garantía bancaria o en una póliza de seguro, que ampare:

a) El cumplimiento general del contrato, el pago de las multas y demás sanciones que se le impongan, por una cuantía equivalente al diez por ciento (10%), del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo del mismo y cinco (5) meses más.

b) Calidad de los estudios y diseños, por una cuantía equivalente al uno por ciento (1%) del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo del contrato y cinco meses más.

c) El pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que el contratista haya de utilizar para la ejecución de las obras, por una cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato y con una vigencia igual al plazo del mismo y tres (3) años más.

d) La estabilidad de la obra ejecutada, por una cuantía equivalente al treinta por ciento (30%) del valor final de la obra y con vigencia de cinco (5) años contados a partir de la fecha de recibo definitivo de cada uno de los tramos de vía.

[...] 5.22 ANTICIPO

El Instituto Nacional de Vías concederá al Contratista un anticipo equivalente a un porcentaje del Valor Total de la Propuesta, de acuerdo a los siguientes parámetros:

²⁰ Los documentos aportados en copia simple serán valorados conforme lo señalado por la jurisprudencia unificada de la Corporación. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Rad. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)

²¹ F. 71-142, c. 2.



Quince por ciento (15%) para los Grupos de Tramos con presupuesto oficial inferior a diez mil (10,000) millones de pesos.

Doce punto cinco por ciento (12.5%) para los Grupos de Tramos con presupuestos que oscilen entre diez mil uno (10,001) y veinticinco mil (25,000) millones de pesos.

Diez por ciento (10%) para los Grupos de tramos con presupuesto oficial superior a veinticinco mil un (25,001) millones de pesos.

El valor de dicho anticipo se comenzará a amortizar en el doble del porcentaje del anticipo en cada Acta de Obra por Hito, una vez se hayan entregado al menos la mitad de los Hitos proyectados a ejecutarse”.

4.2. El cuatro (4) de octubre de dos mil cinco (2005), el INVÍAS y el Consorcio suscribieron el **contrato²² núm. 1827**, con el objeto de realizar el “**DISEÑO, RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 93 EN EL TRAMO 1 BARBACOAS – JUNIN CON UNA LONGITUD DE 25 KILOMETROS EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO**”, con un precio de veintitrés mil trescientos diecinueve millones ciento ochenta y tres mil ciento noventa y tres pesos (\$23.319’183.193,00). Inicialmente fue estipulado un plazo de ejecución de veintitrés (23) meses, contados a partir de la fecha de la orden de iniciación.

4.2.1. En la cláusula octava pactaron el pago del anticipo, así:

«CLAUSULA OCTAVA: ANTICIPO.- Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, EL INSTITUTO concederá al CONTRATISTA previa solicitud, un anticipo del veinte por ciento (20%) del valor básico del contrato, sujeto a la disponibilidad del Plan Anual de Caja — PAC, para lo cual, el Secretario General Técnico del INSTITUTO debe autorizar el pago en el formato “Ordenación del Pago” establecido para tales efectos, que se radicará para el trámite con sus respectivos anexos. Los dineros del anticipo no podrán invertirse sino en la ejecución del objeto del contrato y para los gastos propios del respectivo contrato. Se establece como fecha de entrega del anticipo, la de la consignación en la cuenta conjunta respectiva. La constitución y aprobación de la garantía son requisitos indispensables previos para la entrega del anticipo. Si durante la ejecución del contrato el INSTITUTO, considera procedente otorgar un porcentaje de anticipo mayor al establecido en la presente cláusula, podrá autorizarlo previa solicitud del CONTRATISTA y cumplimiento de los requisitos establecidos por la Entidad, incluida la modificación de la garantía correspondiente. **PARÁGRAFO PRIMERO: MANEJO DE LA CUENTA BANCARIA.** Los recursos entregados al CONTRATISTA se manejarán en cuenta corriente conjunta separada a nombre del CONTRATISTA y de la Entidad de conformidad con lo establecido en el en el Artículo 7°, del Decreto 2170 de 2002. **PARAGRAFO SEGUNDO: AMORTIZACION.** El valor de dicho anticipo se comenzará a amortizar en el doble del porcentaje del anticipo en cada de Obra por hito, una vez hayan entregado al menos la mitad de los hitos proyectados a ejecutarse. **PARÁGRAFO TERCERO:** La iniciación de las obras o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales no se hallan supeditadas, en ningún caso, al recibo del anticipo».

4.2.2. En la cláusula décima novena, convinieron la obligación de establecer garantía única de cumplimiento, en estos términos:

²² F. 144-155, c. 2.



“CLAUSULA DECIMA NOVENA: GARANTIA UNICA. Para cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento a El CONTRATISTA se compromete a constituir, a favor del INSTITUTO, una póliza expedida por Compañía de Seguros autorizada para funcionar en Colombia o garantía bancaria que ampare lo siguiente: **a) El cumplimiento general del contrato,** el pago de las multas y demás sanciones que se le impongan, por el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y cinco (5) meses más. **b) Amparo del buen manejo correcta inversión del anticipo otorgado al CONTRATISTA)** por el equivalente al cien por ciento (100%) del monto que EL CONTRATISTA reciba por este concepto y con una vigencia igual al plazo del contrato y cinco (5) meses más. **c) El pago de salarios,** prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que EL CONTRATISTA haya de utilizar para la ejecución de las obras, por el equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y tres (3) años más. **d) Calidad de los Estudios y Diseños,** por una cuantía equivalente al uno por ciento (1%) del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo del contrato y cinco (5) meses más. **e) La estabilidad de las obras ejecutadas,** por el equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total del contrato, con vigencia de cinco (5) años contados a partir de la suscripción del Acta de Recibo Definitivo las obras a satisfacción del INSTITUTO. La garantía única deberá constituirse dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de suscripción del presente contrato y requerirá la aprobación de la Oficina Asesora Jurídica del INSTITUTO”.

4.2.3. Según la cláusula vigésima cuarta, el contrato debía liquidarse “de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993”. El término para adelantar la liquidación de mutuo acuerdo se computaría a partir de la suscripción del acta de recibo final de la obra, dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes al vencimiento de la ejecución contractual. Si luego de ese lapso no se llegaba a ningún acuerdo, el INVÍAS procedería a realizar la liquidación de forma unilateral, mediante “resolución motivada”.

4.3. Durante la ejecución del contrato, a partir de la orden de inicio impartida por el INVÍAS el veintidós (22) de noviembre de dos mil cinco (2005)²³, las partes suscribieron las siguientes **modificaciones y adiciones:**

F.	Núm.	Objeto
203-204, c. 2	Modificación del contrato del 9 de diciembre de 2005	Adición del anticipo del contrato “en CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS M/CTE, resultando un anticipo total sobre el valor básico del contrato de (\$5.073.688.290,00) CINCO MIL SETENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS”.
169-170, c. 2.	Modificación del contrato del 21 de enero de 2006	Modificación del último inciso de la cláusula cuarta del contrato, referida a la duración de las etapas de estudios y diseños, y de construcción, que quedó estipulada así: “TRES (3) meses para la ETAPA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS y hasta VEINTE (20) meses para la ETAPA DE CONSTRUCCIÓN”.
206-207, c. 2.	Modificación núm. 3 del contrato del 19 de mayo de 2006.	Aumento del monto del anticipo “en (\$3.006.675.905) TRES MIL SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL

²³ Oficio 043411 del 22 de noviembre de 2005: f. 297, c. 2.



		<i>NOVECIENTOS CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE [...] resultando un anticipo total sobre el valor básico del contrato de (\$8.080.364.195,00) OCHO MIL OCHENTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE”.</i>
171-173, c. 2	Modificación núm. 4 del 31 de agosto de 2007	Cambio del literal b) de la cláusula séptima del contrato, referida a la forma de pago de la obra ejecutada.
160-162, c. 2.	Adicional núm. 1 al contrato del 22 de octubre de 2007	Prórroga por setenta (70) días. Fecha estimada de vencimiento del plazo: 31 de diciembre de 2007.
156-159, c. 2.	Adicional núm. 2 al contrato del 28 de diciembre de 2007	Prórroga por ciento veinte (120) días. Fecha estimada de vencimiento del plazo: 29 de abril de 2008.
163-165, c. 2.	Adicional núm. 3 al contrato del 29 de abril de 2008	Prórroga del plazo por tres (3) meses calendario. Fecha estimada del vencimiento del plazo: 29 de julio de 2008.
166-168, c. 2.	Adicional núm. 4 al contrato del 31 de julio de 2008	Prórroga del plazo por ciento veintidós (122) días. Fecha estimada del vencimiento del plazo: 1 de diciembre de 2008.
209-211, c. 2.	Modificación núm. 5 al contrato	<i>Aumento del anticipo en “TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES (\$3.250'000.000.00) M/CTE resultando un anticipo total sobre el valor básico del Contrato de ONCE MIL TRESCIENTOS TREINTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS (\$11.330.364.195,00) monto que no supera la prohibición legal de no conceder anticipos en cuantía superior al 50% del valor básico del contrato.”</i>

4.4. De otra parte, el plazo contractual fue suspendido en cuatro ocasiones:

F.	Núm.	Tiempo de suspensión
353-355, c. 2	1 del 28 de julio de 2008	Dos (2) días
350-352, c. 2	2 del 28 de noviembre de 2008	Un (1) mes y diecisiete (17) días
347-349, c. 2	3 del 20 de diciembre de 2008	Veintiocho (28) días
344-346, c. 2	4 del 18 de enero de 2009	Ocho (8) días

4.5. De acuerdo con la **póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales núm. N-A00054437**, CMS se obligó a asegurar los siguientes amparos del contrato núm. 1827 de 2005: **(i)** cumplimiento del contrato; **(ii)** buen manejo del anticipo; **(iii)** pago de salarios, indemnizaciones y prestaciones sociales; **(iv)** calidad y **(v)** estabilidad de la obra. Esta póliza fue modificada en varias ocasiones, de acuerdo con las estipulaciones que variaron las cláusulas contractuales²⁴:

4.5.1. En particular, el diecinueve (19) de mayo de dos mil seis (2006), CMS expidió el certificado N-A0113814 en la que consta²⁵ el aumento de la suma asegurada con el amparo de buen manejo del anticipo, en virtud de la modificación núm. 3 del contrato, por el monto

²⁴ F. 175-185, c. 2.

²⁵ F. 175, c. 2.



del anticipo en esta pactada: ocho mil ochenta millones trescientos sesenta y cuatro mil ciento noventa y cinco pesos (\$8.080.364.195,00).

4.5.2. Así mismo, el veintiséis (26) de diciembre de dos mil ocho (2008), mediante anexos núm. Veintiuno (21) y veintidós (22) de la póliza²⁶, la suma asegurada con el amparo del buen manejo del anticipo se incrementó a once mil trescientos treinta millones trescientos sesenta y cuatro mil ciento noventa y cinco pesos (\$11.330'364.195,00), correspondiente al monto del anticipo pactado en la modificación núm. Cinco (5) del contrato.

4.5.3. En las condiciones generales de la póliza expedida por CMS²⁷, se especifica que el amparo de "BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO" cubría "A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA EL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ANTICIPADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO".

4.5.4. Mientras que, de acuerdo con las condiciones generales de la póliza, el amparo de "CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO" cubría a la entidad de "LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO. ESTE AMPARO COMPRENDE LAS MULTAS Y EL VALOR DE LA CLÁUSULA PENAL QUE SE HAGA EFECTIVA".

4.6. El catorce (14) de mayo de dos mil nueve (2009), las partes y la interventoría del contrato suscribieron el **acta de entrega y recibo definitivo de la obra**²⁸ objeto del contrato núm. 1827 del 2005, en la que consignaron que el contratista "no presentó documentos necesarios para el cierre de anticipo, informes, soportes de facturas de pago, extractos Bancarios, etc."

4.6.1. Así mismo, fue plasmada la observación de la interventoría en el sentido de que no "se cumplió con la inversión de los recursos del contrato para ejecutar la meta física del proyecto", y que del monto total entregado por anticipo, once mil trescientos treinta millones trescientos sesenta y cuatro mil ciento noventa y cinco pesos (\$11.330.364.195), fueron amortizados cero pesos (\$0):

3. ANTICIPOS

FECHA	ANTICIPOS OTORGADOS	AMORTIZACIONES	SALDO ANTICIPO	DESEMBOLSOS EFECTUADOS
17-Nov-05	4.617.350.968			
22-Dic-05	456.337.322			
07-Jul-06	3.006.675.905			
30-Dic-08	3.250.000.000			
TOTAL	11.330.364.195	0	11.330.364.195	8.818.364.195

4.6.2. En el acta fue plasmada la solicitud al contratista de efectuar "el reintegro inmediato de los recursos del anticipo que se encuentran en la cuenta de manejo conjunto con la

²⁶ F. 184-185, c. 2.

²⁷ F. 286-289, c. 2.

²⁸ F. 930-935, c. 1.



interventoría”, y de los recursos del anticipo que *“aún no han sido amortizado(s) por parte del contratista, descontando el valor de las obras ejecutadas sin facturar”*.

4.7. Mediante **oficio 31813 del veinticuatro (24) de julio de dos mil nueve (2009)**^[29], el **INVÍAS** le comunicó al Consorcio contratista lo siguiente:

“De acuerdo con el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra suscrita el día 14 de Mayo de 2009, se menciona que durante la ejecución del contrato de la referencia, le fue otorgado un anticipo por valor de Once Mil Trescientos Treinta Millones Trescientos Sesenta y Cuatro Mil Ciento Noventa y Cinco (\$11.330.364.195), el cual a la fecha no ha sido amortizado.

Como dicho contrato venció el pasado 27 de Abril de 2009, solicito a usted que en plazo de tres (3) días contados a partir del recibo de la presente comunicación, se sirva devolver al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS el valor del saldo del anticipo otorgado no amortizado por valor de Once Mil Trescientos Treinta Millones Trescientos Sesenta y Cuatro Mil Ciento Noventa y Cinco (\$11.330.364.195), por otra parte le solicito el reembolso del saldo del anticipo no ejecutado que tiene en la cuenta de manejo conjunto con la Interventoría a la Cuenta Corriente [...] a nombre del Instituto Nacional de Vías [...]” (mayúsculas propias del oficio).

4.8. El Consorcio Vías 2.500 VCG-93, que fungía como **interventor** del contrato, solicitó³⁰ al INVÍAS exigir a la aseguradora CMS el pago del siniestro por la suma de *“ocho mil ciento setenta y tres millones ochocientos cuarenta y seis mil doscientos treinta y cinco pesos (\$8.173’846.235), teniendo en cuenta que solo le corresponde al contratista el impuesto del 5% sobre el valor ejecutado y no sobre el total del anticipo concedido, y que hay obras por facturar por parte del contratista, por valor de \$682.034.753, para amortizar el anticipo”*. Además, advirtió que no existía la *“voluntad del contratista”* de devolver el anticipo, *“como lo ha expresado en las reuniones previas y sostenidas ante la superintendencia de sociedades”*.

4.9. El treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009), mediante **oficio C-A-028-117-2009**^[31], el **interventor** del contrato allegó al INVÍAS el *“original de la consignación [...] del saldo del anticipo no ejecutado, del contrato [1827 de 2005] [...] por valor de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$2.349.964.894)”*.

4.10. Mediante la **resolución núm. 7384 del veintidós (22) de diciembre de dos mil nueve (2009)**, el INVÍAS declaró el *“siniestro del anticipo del Contrato de Obra No. 1827 de 2005”*³².

4.10.1. Además del recuento de las modificaciones relacionadas con el monto del anticipo, y con el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo contenido en la póliza expedida por CMS, en el acto, el INVÍAS plasmó como motivos fácticos de la decisión:

²⁹ Archivo en formato .pdf: *“PDF INV No cuenta, consigna, sol siniestro”*, en CD: F. 708, c. 3, carpeta *“audiencia”*.

³⁰ Documento sin fecha en archivo *“PDF INV No cuenta, consigna, sol siniestro”*, en CD: F. 708, c. 3, carpeta *“audiencia”*.

³¹ Ibid.

³² F. 42-48, c. 2.



“Que el valor del anticipo no fue amortizado como lo establece el Contrato de Obra No. 1827 de 2005 en el parágrafo segundo de la cláusula Octava, por lo cual a través de los comunicados radicado INVÍAS No. 23972 del 22 de Abril de 2009, y 247-93-INV-0063 radicado INVÍAS No. 24939 del 24 de Abril de 2009, la firma interventora y la Consultoría de Apoyo a la Gestión Zona 5 respectivamente, solicitaron al INSTITUTO se adelantaran las acciones pertinentes para el cobro del anticipo dejado de amortizar por parte del Contratista.

Que estando vigente la garantía única en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, el Instituto Nacional de Vías mediante el oficio SGT-a 31813 del 24 de Julio de 2009, solicitó al Contratista efectuar la devolución del anticipo sin amortizar, correspondiente a la suma de ONCE MIL TRESCIENTOS TREINTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS (\$11.330.364.195,00) MONEDA CORRIENTE.

Que mediante el oficio SGT-a 32921 del 31 de Julio de 2009, el INSTITUTO informó a la Compañía Garante del Contrato de Obra sobre el saldo dejado de amortizar por parte del Consorcio adjuntando copia de la comunicación SGT-a 31813 del 24 de Julio de 2009 dirigida a éste último. Así mismo, mediante el oficio SGT-a 38519 del 4 de Septiembre de 2009 se reiteró la información a la Compañía de seguros sobre la situación respecto al saldo dejado de amortizar por parte del Contratista.

Que ni el CONSORCIO INECONTE – PUCALPA G-93, ni la Compañía Aseguradora Mundial de Seguros garante del contrato de obra, se pronunciaron al respecto.

Que mediante Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra del 14 de Mayo de 2009 suscrita por el Representante del CONSORCIO [...] el Representante de la Interventoría CONSORCIO VÍAS 2500 VCG-93, la Representante de la Consultoría de Apoyo a la Gestión Zona COMPAÑÍA COLOMBIANA DE CONSULTORES S.A., el Supervisor del Proyecto y el Asesor [...] Coordinador Plan 2500, se deja constancia que el contratista dejó de amortizar el anticipo por un valor de ONCE MIL TRESCIENTOS TREINTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS (\$11.330.364.195,00) MONEDA CORRIENTE.

Que mediante relación de pagos expedida por el Área de Tesorería del [INVÍAS] se determinó el anticipo no amortizado del Contrato [...] por la suma de ONCE MIL TRESCIENTOS TREINTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS (\$11.330.364.195,00) MONEDA CORRIENTE, así mismo señala que se efectuó un reintegro por el valor de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$2.349.964.894,00) MONEDA CORRIENTE.

Que mediante comprobante genérico de ingresos No. 10525 del 4 de agosto de 2009 se estableció como reintegro del valor del anticipo no amortizado del Contrato [...] la suma de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$2.349.964.894,00) MONEDA CORRIENTE.

[...] Por lo anterior, el saldo del valor total del anticipo dejado de amortizar debe ser cancelado por el contratista o reconocido con cargo al amparo de buen manejo del anticipó de la Garantía Única de Cumplimiento No. N-A 0054437 otorgada por [CMS], toda vez que con las presentes declaraciones se constituye el siniestro por hechos acaecidos durante la vigencia de la póliza”.

4.10.2. En consecuencia, el acto resolvió declarar la ocurrencia del “siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato”, y estableció que



el contratista debía cancelar la suma de “OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA MILLONES TRESCIENTOS [sic] NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS [sic] UN PESOS (\$8.980.399.301) MONEDA CORRIENTE”, en la cuenta que ordenara el INVÍAS, dentro del plazo de 10 días siguientes a la ejecutoria del acto, y agregó que

“[...] si no fuere posible la descontará de los saldos pendientes que el INSTITUTO le adeude al contratista o haciendo efectiva la Garantía Única de Cumplimiento a favor de entidades estatales No. N-A 0054437 y sus anexos modificatorios a través del amparo del anticipo y como consecuencia de lo anterior y en caso de permanecer saldos insolutos, ordenar hacer efectivo el amparo de cumplimiento de la Garantías Única antes mencionada por [CMS], como respaldo del cumplimiento del contrato estatal en cuestión”.

4.11. Por medio de la **resolución núm. 3511 del cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010)**³³, el INVÍAS resolvió los recursos de reposición interpuestos por el Consorcio contratista y CMS en contra de la decisión declarativa del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, confirmándola en todas sus partes.

4.11.1. En relación con el buen manejo y la correcta inversión del anticipo, el INVÍAS respondió del siguiente modo al recurso presentado por el contratista:

“Al ser la falta de amortización del anticipo por parte del contratista una negación indefinida, se revierte la carga de la prueba y es al contratista, no a la administración, a quien le corresponde probar que el anticipo ha sido manejado y gastado debidamente de acuerdo a su objeto y al plan de inversión, esto en la medida en que la información que reposa en el expediente es otra absolutamente diferente. La negligencia del contratista durante el proceso para acreditar la amortización del anticipo se prueba a lo largo del expediente y no es pertinente que este alegue que se requiera la liquidación contractual para cumplir con sus obligaciones. Si el contratista no cobra a la entidad, bajo que procedimiento legal establecido para ello, mal haría la administración con tener en cuenta los valores no soportados para la amortización del anticipo.

El contratista debió efectuar la amortización del anticipo a medida que fuera ejecutando la obra, sin embargo, en el momento en el que se suscribió el acta de entrega y recibo definitivo de obra, se verificó que no había amortizado la totalidad del anticipo entregado y posteriormente, de acuerdo a la relación de pagos expedida por el Área de Tesorería del Instituto, el 28 de Agosto de 2009, se verifica el reintegro por parte del contratista por concepto de anticipo no amortizado, lo cual arroja un valor total de anticipo sin amortizar de OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS UN PESOS (\$8.980.399.301,00) MONEDA CORRIENTE. El contratista, se encontraba en la obligación de efectuar la amortización con los extractos, Actas de obra, facturas y conciliaciones bancarias, comprobantes de egreso contable y tributariamente soportados, cosa que hasta la fecha no ha ocurrido. De igual manera, para proceder a la liquidación del anticipo por haber sido invertido totalmente en la ejecución de la obra, se debe agotar por parte del contratista trámites administrativos y contables que soporten la actuación, le extraña al despacho que el contratista no hubiese a la fecha cumplido con estas exigencias fundamentales para el soporte de la cuenta y ahora las alegue sin sustento alguno [...]”.

³³ F. 50-69, c. 2.



4.11.2. En cuanto al recurso interpuesto por CMS, el acto dio cuenta de los argumentos que expuso la aseguradora, a saber, que: **(i)** hubo múltiples vicisitudes durante la ejecución del contrato, que agravaron la situación patrimonial del Consorcio contratista; **(ii)** la entidad incumplió sus obligaciones contractuales; **(iii)** el anticipo fue correctamente manejado e invertido; **(iv)** no podía declararse el siniestro sin liquidar el contrato; **(v)** se violó el debido proceso; **(vi)** fue cuantificado incorrectamente el siniestro; **(vii)** se produjo la prescripción del contrato de seguro.

4.11.3. El INVÍAS respondió a la alegación de violación del debido proceso afirmando que:

“[...] es claro que al contratista y a la compañía aseguradora garante del contrato, se les comunicó oportunamente lo que la administración consideró como ocurrencia del siniestro con ocasión del mal manejo e indebida utilización del anticipo. Del estudio de la documentación en la carpeta de la presente actuación, se observa que al representante del Consorcio contratista se le informó el objeto de la convocatoria, se le dio la oportunidad para expresar sus opiniones y ejercer el derecho de defensa, incluso se le recibió la suma de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$2.349.964.894,00) MONEDA CORRIENTE, por concepto de devolución del anticipo; luego no se entiende la razón de alegar la violación del debido proceso.

De igual manera, mediante la presente providencia se está resolviendo un recurso de reposición, con fundamento en el art. 29 de la Constitución Política de Colombia, lo cual demuestra que la Administración ha sido excesiva en las garantías brindadas al contratista y, por lo tanto, no es de recibo esta acusación.

No obstante lo anterior, obra de manera clara en el expediente que de todas maneras se le comunicó al Consorcio contratista y a la aseguradora, el objeto e inicio de la actuación administrativa que nos ocupa, lo cual desvirtúa la posible negación o vulneración del debido proceso en los términos planteados por el recurrente. Ver comunicaciones SGT-a 31813 del 24 de Julio de 2009, SGT-a 32931 del 31 de Julio de 2009 y SGT-a 38519 del 4 de Septiembre de 2009”.

4.11.3. De acuerdo con la constancia de ejecutoria³⁴, la resolución 03511 del cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010) fue “*notificada mediante edicto fijado en cartelera el día treinta (30) de agosto de 2010, y desfijado el diez (10) de septiembre de la misma anualidad*”. Por ende, esta decisión “*se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada a partir del trece (13) de septiembre de 2010*”.

4.12. Por otra parte, el INVÍAS adelantó **procedimiento administrativo para declarar el siniestro de incumplimiento parcial e imposición de multas** en el marco del contrato núm. 1827 de 2005, procedimiento que, de acuerdo con lo consignado en el expediente, tuvo como resultado la resolución núm. 02431 del veinte (20) de abril de dos mil nueve (2009)³⁵, en la que la entidad: **(i)** declaró el “*incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato que condujeron al no cumplimiento de las ordenes impartidas por la interventoría, y al incumplimiento del programa de inversión*”; **(ii)** impuso multas al Consorcio contratista por “*incumplimiento en el programa de inversiones*”, y por “*no acatar las órdenes de la*

³⁴ F. 306, c. 2.

³⁵ F. 219-278, c. 2.



interventoría"; (iii) para hacer efectivas las sanciones, ordenó al contratista pagar las respectivas sumas dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del acto, y “*si no fuere posible*”, se descontaría de los saldos pendientes a favor del contratista o “*haciendo efectiva la garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. N-A0054437 y sus certificados modificadorios*” expedida por CMS.

Obran en el expediente estas **comunicaciones** del INVÍAS dirigidas a CMS en el marco de esta actuación:

4.12.1. Oficio núm. 43558 del veintiuno (21) de octubre de dos mil ocho (2008)^[36], en el que la entidad informó a la aseguradora del incumplimiento del Consorcio contratista, por no acatar las órdenes de la interventoría en relación con “*la no ejecución del sello de juntas y reparaciones de los daños presentados en las losas para el pavimento rígido*”, y con el bajo rendimiento en los frentes de obra; razón por la que consideraba procedente la aplicación de dos multas, por un monto total que ascendía a mil doscientos treinta y cinco millones noventa y un mil doscientos cuarenta y seis pesos (\$1.235.091.246): (i) por “*incumplimiento del programa de inversiones*” seiscientos cincuenta y dos millones ciento once mil seiscientos sesenta y siete pesos (\$652.111.667) y (ii) por no acatar las órdenes de la interventoría quinientos ochenta y dos millones novecientos setenta y nueve mil quinientos setenta y nueve pesos (\$582.979.579).

4.12.2. Oficio núm. 7268 del veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009)^[37], en el que la entidad convocó a CMS a asistir a una “*audiencia pública obligatoria*”, para discutir los hechos que, a juicio de INVÍAS, constituían incumplimiento contractual del Consorcio contratista: no acatar las órdenes de interventoría y desatender el programa de inversión.

4.12.3. Oficio núm. 8414 del cinco (5) de marzo de dos mil nueve (2009)^[38] en el que se reprogramó la audiencia convocada para discutir el incumplimiento del contratista.

4.13. Durante este proceso se practicaron los siguientes **testimonios**, que serán valorados al dar respuesta a los problemas jurídicos sometidos al estudio de la Sala, en cuanto sean pertinentes:

4.13.1. José Fernando Viteri Muñoz^[39], quien dijo haberse desempeñado como Director Territorial del INVÍAS en el Departamento de Nariño, encargado de la supervisión del contrato núm. 1827 de 2005. En la diligencia sostuvo que, a la fecha de recibo definitivo, el contratista no había reintegrado las sumas de anticipo no amortizado ni facilitado los documentos necesarios para el cierre del anticipo, circunstancia que afirmó haber corroborado a través de los informes mensuales elaborados por la interventoría.

³⁶ F. 72, anexo 2.

³⁷ F. 203-206, anexo 2.

³⁸ F. 209, anexo 2.

³⁹ F. 912-914, c. 1.



4.13.2. Orlando Ortiz Gómez⁴⁰, quien afirmó haberse desempeñado como coordinador del “Plan 2500”, indicó que el contratista no había amortizado el anticipo que le fue entregado al Consorcio contratista, no facilitó los documentos que informaran de su buen manejo y correcta inversión, y que dicha conclusión contó con el apoyo del interventor del contrato.

4.13.3. Óscar Javier Garzón Díaz⁴¹, quien dijo ser el director de la interventoría del contrato, aseguró que requirió en aproximadamente cinco ocasiones al Consorcio contratista, para que allegara los documentos que soportaran los giros realizados (facturas de materiales, mano de obra, equipos, pago de salarios, entre otros), requerimientos que quedaron consignados en el acta de recibo final, en la que consta:

“[...] primero que el contratista no cumplió con la entrega de la totalidad de los soportes requeridos por la interventoría para la legalización del anticipo, lo que dificultó hacer el cierre financiero del anticipo. Segundo se establece cuáles fueron los giros realizados por el INVIAS a la cuenta del anticipo. Tercero se deja claro que no hubo amortización del anticipo en el desarrollo del contrato, los giros obedecen alrededor de dos mil cuatrocientos millones del anticipo se le solicita la contratista que haga su inmediata devolución y se le da un número de cuenta del INVIAS para que consigne la plata, adicionalmente se le dice que los dineros restantes del anticipo, es decir, ocho mil novecientos millones los reintegre teniendo en cuenta que el plazo del contrato se había terminado y que él debería hacer su devolución porque no los amortizó”.

4.14. Según la constancia de no acuerdo⁴² expedida el veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011), CMS presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría 35 en lo Judicial para Asuntos Administrativos de Pasto el treinta (30) de noviembre de dos mil diez (2010), y se programó audiencia de conciliación extrajudicial el nueve (9) de febrero de dos mil once (2011), sin que haya podido llegarse a arreglo alguno.

V. PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

5.1. Competencia

Esta Sala se considera **competente** para conocer del asunto, en virtud del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo (“CCA”) vigente para la fecha de presentación de la demanda⁴³, porque la entidad demandada en el marco de la acción de controversias contractuales es un establecimiento público del orden nacional⁴⁴. Además, según el mencionado Código, esta Corporación conoce de los recursos de apelación contra las

⁴⁰ F. 1020-1026, c. 1.

⁴¹ F. 1027-1033, c. 1.

⁴² F. 414-415, c. 2.

⁴³ CCA. Artículo 82, modificado por la Ley 1107 de 2006: “Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley”.

⁴⁴ DECRETO 2171 DE 1992: “Artículo 52. Reestructúrase el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte”.



sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos⁴⁵, en aquellos procesos que por el factor cuantía tienen doble instancia, como ocurre en el presente caso⁴⁶.

5.2. Oportunidad

De acuerdo con el encabezado del artículo 136, numeral 10, del CCA, el término para demandar en ejercicio de la acción de controversias contractuales “será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”. En asuntos que son iniciados por las aseguradoras garantes del cumplimiento de los contratos estatales y fueron demandados los actos administrativos contractuales declarativos del siniestro, la jurisprudencia ha sentado que el término mencionado debe computarse a partir de la ejecutoria del acto⁴⁷.

Tomando en cuenta que la Resolución 3511 de 2010 quedó ejecutoriada el trece (13) de septiembre de ese año⁴⁸, al haber sido presentada el dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011)⁴⁹, la acción fue formulada oportunamente. Esta conclusión se refuerza considerando la suspensión del término que tuvo lugar entre el treinta (30) de noviembre de dos mil diez (2010) y el nueve (9) de febrero de dos mil once (2011), con ocasión del trámite de conciliación extrajudicial⁵⁰.

5.3. Legitimación en la causa

CMS está legitimada en la causa por activa para demandar las Resoluciones 7384 de 2009 y 3511 de 2010 porque, al verse afectada por estos actos como garante de las obligaciones del contrato núm. 1827 de 2005 a través de la póliza de seguros N-A00054437, es considerada como un tercero con interés directo⁵¹ para impugnar los actos que declararon el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo contenido en la mencionada póliza.

VI. ANALISIS DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

⁴⁵ CCA. Artículo 129 (subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998): “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión”.

⁴⁶ Según el artículo 132-5 del CCA, la competencia de los Tribunales en primera instancia para conocer de controversias relativas a contratos era de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para el año 2011, ese valor equivalía a \$267.800.000, suma sobrepasada por la cuantía fijada por el demandante en este asunto, de \$8.980'399.301.

⁴⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 18 de julio de 2007. Rad. 19001-23-31-000-2006-01050-01(33476).

⁴⁸ Apto. 4.11.3.

⁴⁹ Apto. 2.1.1.

⁵⁰ Apto. 4.14.

⁵¹ Así, la jurisprudencia sentó este criterio: “[...] la aseguradora, [...] es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma”: Auto 18-jul-07, ya citado.



6.1. La sentencia de primera instancia anuló el acto demandado, porque el INVÍAS no vinculó a CMS —aseguradora garante del contrato núm. 1827 de 2005— de manera previa a la decisión de declarar el siniestro de buen amparo y correcta inversión del anticipo. El Tribunal consideró que la accionada confundió: (i) las citaciones hechas al contratista con las que se debían hacer al asegurador, y (ii) el amparo de la garantía de cumplimiento con el de buen manejo y correcta inversión del anticipo⁵².

En su recurso de apelación, el INVÍAS insistió en que el anticipo no fue amortizado, y acusó la sentencia de no haber valorado otros medios de prueba que, a su juicio, demuestran ese “incumplimiento”⁵³. Empero, en lo que refiere al núcleo de la decisión, que es la violación del debido proceso por omitir la citación a la aseguradora antes de adoptar la decisión administrativa unilateral, la entidad limitó su defensa a afirmar la legalidad de su actuación y a invocar las comunicaciones con las que se habría vinculado a la aseguradora en la etapa de formación de los actos demandados⁵⁴.

6.2. Cabe recordar que la limitación legal⁵⁵ de la competencia del superior se contrae a los argumentos concretamente formulados por el recurrente para impugnar la decisión⁵⁶; límite competencial que supone la exigencia de que haya congruencia entre los motivos de la providencia impugnada y las inconformidades expresadas en el recurso de alzada, toda vez que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo”*⁵⁷.

De esta forma, el apelante soporta la carga primordial de atacar los argumentos centrales de la sentencia de primera instancia, sin que, en principio, resulten pertinentes otras consideraciones que no estén relacionadas con las razones empleadas por el fallo para decidir en sentido desfavorable a la parte demandada. Ello se deriva de la competencia del *ad quem*, que únicamente se circunscribe a los argumentos que propone el apelante, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 320 del Código General del Proceso, sin perjuicio de la competencia que, en materia contencioso-administrativa, tiene el juez de segunda instancia para que —pese al silencio del inferior— pueda, en caso de que sea pertinente,

⁵² Aptados. 2.3.1.1. a 2.3.1.3.

⁵³ Aptados. 2.4.1.1. y 2.4.1.3.

⁵⁴ Aptdo. 2.4.1.2.

⁵⁵ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 357, inciso primero: *“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.”*

⁵⁶ En criterio unificado de la Sección Tercera, se sostuvo que: *“[...] por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo”*: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2012. Rad. 50001-23-31-000-1997-06093-01(21060).

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencias SU-327 del 27 de julio de 1995, y C-583 del 13 de noviembre de 1997.



analizar las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la “*no reformatio in pejus*”, en los términos del inciso final del artículo 164 del CCA⁵⁸⁻⁵⁹.

En consecuencia, la decisión de segunda instancia, en este asunto, debe concentrarse básicamente en establecer si hubo una vulneración del debido proceso por las razones referidas por el Tribunal, o si este órgano erró en su decisión por causa de una equivocada apreciación fáctica y/o jurídica de los argumentos expuestos por las partes impugnantes.

6.3. Dicho esto, la Sala debe señalar que, el demandante negó que en sede administrativa se le hubiese permitido el ejercicio de su derecho a la defensa, y configuró con esta protesta una negación indefinida, esto es, una circunstancia imposible de ubicar en el espacio y en el tiempo⁶⁰, circunstancia que trasladaba al INVÍAS la carga de probar el hecho positivo contrario⁶¹⁻⁶², a saber, que sí cumplió con ese deber a su cargo y comunicó a la actora del procedimiento adelantado antes de adoptar la decisión unilateral.

6.4. Ahora, en esta segunda instancia, la demandada se limitó a la enunciación de los supuestos oficios en los que dijo haber convocado a la aseguradora al trámite administrativo (SGT-a 32921 del treinta y uno (31) de julio de dos mil nueve (2009) y SGT-a 38519) sin arrimar prueba de los mismos para dar cuenta de su contenido, y sin traer prueba alguna del enteramiento de tales oficios por su contraparte. Es decir, reprodujo sin más las motivaciones contenidas en la Resolución 7384 de 2009⁶³, demandada dentro del asunto.

6.5. Sin embargo, este déficit de la defensa de la legalidad del procedimiento en sede administrativa no basta para fundamentar la pretensión de nulidad del acto acusado. Como lo ha precisado esta Subsección⁶⁴, en línea con la jurisprudencia administrativa⁶⁵, el artículo

⁵⁸ CCA. Artículo 164: “EXCEPCIONES DE FONDO. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. // En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. // Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. // El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la ‘reformatio in pejus’” (se subraya).

⁵⁹ Regla contenida actualmente en el inciso segundo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “CPACA”) en estos términos: “En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.”

⁶⁰ Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 7 de octubre de 1992. Rad. 4442; y Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de agosto de 2020. Rad. 68001-23-31-000-2002-01065-01(52869).

⁶¹ CPC. “Artículo 177. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. // Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

⁶² Es decir, se invierte la carga de la prueba. En criterio de la Corte Constitucional: “Las excepciones al principio general de “quien alega, prueba”, obedecen corrientemente a circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos. En estos casos, el traslado o la inversión de la carga de prueba hace que el adversario de la parte favorecida con la presunción o que funda su pretensión en hechos indefinidos es quien debe desvirtuarlos. En uno y otro evento el reparto de las cargas probatorias obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona”: CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-070 del 25 de febrero de 1993. Reiterada por la misma Corporación en: Sala Quinta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-680 del 30 de agosto de 2007.

⁶³ Apto. 4.10.1.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 10 de marzo de 2023, exp. 57101.

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 1997, exp. 9286.



68, numerales 4 y 5, del Código Contencioso Administrativo (“CCA”)⁶⁶ —cuyo equivalente actual es el artículo 297.3 del CPACA⁶⁷— facultaba a la Administración para declarar el siniestro a través de acto administrativo impugnabile en vía gubernativa o contencioso-administrativa; y, una vez el acto declaratorio cobrara ejecutoria, prestaba mérito ejecutivo contra la aseguradora, junto con la póliza correspondiente.

Por otra parte, en el régimen común, la póliza presta mérito ejecutivo, transcurridos treinta (30) días contados a partir de aquel en que el asegurado o beneficiario haya entregado al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio, sin que dicha reclamación sea objetada por la aseguradora (artículo 1053, Código de Comercio). En consonancia con la regla general establecida en el artículo 1757 del Código Civil⁶⁸, en dicha reclamación, al asegurado le corresponde demostrar la ocurrencia del siniestro, mientras la aseguradora soporta la carga de demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad (artículo 1077, Código de Comercio).

Así, por la contraposición de estos dos extremos⁶⁹, se determina la configuración de la condición suspensiva que el siniestro envuelve en el contrato de seguros⁷⁰, a partir del evento en sí mismo que, en sentido amplio, constituye el siniestro, y las circunstancias excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, que confluyen para la configuración de la condición suspensiva, con la que surge la obligación del asegurador⁷¹. En caso de que el asegurador objete la reclamación, dentro del plazo legal de sesenta (60) días, la configuración de la condición suspensiva se ventilará en vía jurisdiccional.

De esta forma, por la singularidad que ostenta frente al régimen común, la prerrogativa de la Administración en la declaración del siniestro radica, concretamente, en la constitución unilateral de un título ejecutivo para exigir el pago de la obligación condicional de la aseguradora, sin depender, para ello, de que esta última no objete la configuración de la condición suspensiva. En todo caso, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa⁷², con

⁶⁶ CCA. “Artículo 68. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos: [...] 5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación”.

⁶⁷ CPACA. “Artículo 297. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo: [...] 3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones”.

⁶⁸ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1757. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

⁶⁹ OSSA, Efen, *Teoría General del Seguro: Contrato*, Temis, Bogotá, 1984, p. 376.

⁷⁰ CÓDIGO DE COMERCIO. “Artículo 1045. Son elementos esenciales del contrato de seguro: || 1) El interés asegurable; || 2) El riesgo asegurable; || 3) La prima o precio del seguro, y || 4) La obligación condicional del asegurador. || En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno” (subrayado fuera del texto original).

⁷¹ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1536. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho”.

⁷² «De modo que la derogatoria ocurrida, según lo entendió entonces la Sala⁷², se circunscribe a la atribución de competencias, para los procesos ejecutivos, a la jurisdicción contencioso administrativa, despojando de la misma a la jurisdicción coactiva, pero no se extiende a la posibilidad de dictar los actos administrativos a que dicha norma se refiere, ni a la conformación del título ejecutivo; luego el numeral 4 del artículo 68 sigue vigente, en cuanto al hecho de que indiscutiblemente los actos allí relacionados prestan mérito ejecutivo, pues esto no contraviene la ley 80 de 1993, luego no se ha operado una derogación tácita en este sentido; lo que si quedó derogado fue el hecho de que dichos actos



la expedición de la Ley 80 de 1993, se suprimió el privilegio adicional que suponía el cobro a la aseguradora por vía coactiva, para que tal ejecución sea practicada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en proceso ejecutivo. La prerrogativa que la Administración ejerce mediante acto administrativo —capaz de producir efectos jurídicos heterónomos de forma unilateral— se limita, pues, a la *configuración* del título ejecutivo, con independencia de la posición de la aseguradora, sin que su ejecución por vía coactiva sea procedente.

El debido proceso en la declaración del siniestro, que se regía por el CCA, se agotaba cuando *“la administración antes de formular su reclamo a la aseguradora deb[ía] expedir un acto administrativo unilateral, en el cual declarará ocurrido el siniestro; y frente al mismo, tanto la aseguradora como el contratista pod[ían] agotar la vía gubernativa e impugnarlo jurisdiccionalmente. (art 68, ord 5º del c.c.a). Se adelanta[ba] así el debate en torno a un acto dictado con base en un poder legal”*⁷³. Es por ello que, para ejercer el derecho de defensa contra la decisión adoptada, el acto declarativo del siniestro debe motivarse, expresando los fundamentos jurídicos, fácticos, probatorios y la cuantificación del siniestro⁷⁴. De esta forma, mediante la interposición de recursos administrativos, la aseguradora tiene la oportunidad de presentar sus puntos de vista y allegar los elementos probatorios que estime necesarios (artículo 52, CCA), con lo que ejerce su derecho de defensa⁷⁵, como en efecto procedió la aseguradora demandante en este asunto⁷⁶. En línea con ello, la Ley 1150 de 2007, que reguló en su artículo 17 el debido proceso en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, previó en su artículo 7 que “[e]/

presten mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, pues el artículo 75 de la Ley 80 ha dispuesto que los procesos de ejecución, derivados de los contratos estatales, sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. [...] ‘Lo anterior permite deducir que, una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción (...)’. (Subrayas fuera de texto.) Sentencia de 24 de agosto de 2000, exp. 11318, C.P. Jesús María Carrillo». CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril 2005, exp. 13599; reiterada en la sentencia proferida por la Sección Tercera el 19 de agosto de 2009, exp. 21432.

⁷³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, exp. 9286.

⁷⁴ “[...] la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita, deberá determinarse la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial. || “Lo anterior no significa que la entidad pública pueda, al expedir el acto administrativo correspondiente, sustraerse de las reglas de conducta que le impone el debido procedimiento, para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía, dichas reglas imponen, entre otras, el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto administrativo. Este es el sentido en que se debe aplicarse el art. 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal. De otra parte, al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, tal como lo dispone la norma. || “Con esta lógica resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto administrativo, el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 14667, reiterada en sentencias del 23 de junio de 2010, exp. 16494; y del 7 de septiembre de 2015, exp. 45907.

⁷⁵ “Ahora bien, la garantía del derecho fundamental al debido proceso frente a la Compañía aseguradora dentro del procedimiento de expedición de los actos administrativos mediante los cuales la administración declara la ocurrencia del siniestro se concreta en que previamente a su declaratoria se le otorgue la oportunidad para que presente sus puntos de vista, allegue los elementos probatorios que necesarios y ejerza su derecho de defensa y es por ésta razón que no es suficiente que la referida decisión se encuentre debidamente motivada y se le haya notificado oportunamente”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de septiembre de 2015, exp. 45907.

⁷⁶ Hechos 4.11.2 y 4.11.3.



acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare”, sin prescribir un procedimiento previo para la constituir el siniestro.

No huelga recordar que, como lo ha precisado la “*jurisprudencia administrativa —de vieja data— [...] las garantías contractuales no pueden confundirse con las potestades sancionatorias de la Administración, ni con las penas convencionales, en cuanto las garantías no son una estimación anticipada de perjuicios, ni un medio coercitivo de apremio, sino una facultad concebida para salvaguardar el interés público implícito en la contratación, y para proteger el patrimonio de la Administración, frente a eventuales incumplimientos del contratista*”⁷⁷⁷⁸. No cabe pues aplicar, por analogía, la normativa garante del debido proceso en materia sancionatoria a la declaración del siniestro.

6.6. Adicionalmente, nota la Sala que la actora no trajo al proceso elementos de juicio que permitan inferir que, el hecho de no haber sido convocada al procedimiento administrativo declarativo del siniestro desde la etapa previa a la expedición de la Resolución 7384 de 2009 hubiera tenido trascendencia en la decisión adoptada por el INVÍAS, es decir, que su intervención en esta fase habría variado el sentido de la decisión, de forma tal que no habría lugar a la declaración del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Concretamente, no hay prueba de que las argumentaciones del recurso de reposición que CMS⁷⁹ interpuso en contra de la Resolución 7384 de 2009, o las que fueron empleadas en este proceso judicial⁸⁰, de haber sido formuladas y probadas antes de que la administración declarara el siniestro, debieran traducirse en un pronunciamiento con sentido favorable a los intereses de la aseguradora.

6.7. Por todo lo anterior, el primer problema jurídico se contesta en sentido negativo, lo que conduce a la revocación de la sentencia de primera instancia. Con ello, el cargo por violación del debido proceso, que constituye a su vez el marco de competencia de esta Corporación como juzgadora en segunda instancia, no está llamada a prosperar.

6.8. Por último, encuentra la Sala que, para dar respuesta al segundo problema jurídico⁸¹, atinente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, basta con referir que, de acuerdo con el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el contratista debía presentar una garantía única del cumplimiento de sus obligaciones, una de las cuales es la debida inversión del anticipo, como forma de restituir lo recibido por la entidad⁸²; riesgo este que, por demás, estaba cubierto con la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales núm. N-A00054437, con la que CMS se obligó a asegurar el buen manejo y la correcta inversión del anticipo del contrato núm. 1827 de 2005, ampliado

⁷⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencias del 24 de agosto de 2000, exp. 11318; del 24 de mayo de 2001, exp. 13598, sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20810; Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 25742; y Subsección C, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 48459».

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 21 de octubre 2021, exp. 50623.

⁷⁹ Apto. 4.11.2.

⁸⁰ Apto. 2.1.2. a 2.1.3.

⁸¹ Apto. 3.1.2.

⁸² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp. 29906; Subsección C, sentencia de 14 de octubre de 2021, exp. 50623.



sucesivamente con las convenciones mediante las cuales fue modificado dicho negocio jurídico⁸³.

VII. CONDENA EN COSTAS

En tanto los procesos que dieron inicio bajo el régimen del CCA deberán concluir bajo esta normatividad⁸⁴, la condena en costas deberá seguir lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, precepto que dispone la necesidad de que alguna de las partes actúe de forma temeraria para condenar en costas. En vista de que ese componente subjetivo no se halla acreditado en el asunto, la Sala no condenará en costas.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala de Decisión del Sistema Escritural.

SEGUNDO: En su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS por no ser procedente.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez esta providencia esté en firme.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado
Aclaración de voto
Firmado electrónicamente

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Firmado electrónicamente

VF

⁸³ Aptados. 4.5 a 4.5.3.

⁸⁴ LEY 1437 DE 2011. Artículo 308, inciso final: “Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”