

República de Colombia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
– SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”
ESCRITURAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022)
(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Expediente	250002326000201100257-01
Sentencia	S3C-11-22-2520
Medio de control	CONTROVERSIA CONTRACTUAL
Demandante	SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.
Demandado	INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU
Litisconsorcio necesario	UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A., integrada por TECNOLOGÍA E INGENIERÍA AVANZADA S.A. DE CV, CONDUX S.A. DE C.V., MEGAPROYECTOS S.A., MAINCO S.A., BITACORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LIMITADA y TRANSLOGISTIC S.A.
Asunto	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Tema	LA DECLARATORIA DE NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – NO IMPIDE EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR EL QUE SE DECLARÓ EL SINIESTRO DE BUEN MANEJO DEL ANTICIPO, SUJETO A LAS NORMAS QUE INVOQUE COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN INDICADO POR LA ACTIVA.

Cumplido el trámite previsto para el proceso ordinario en los artículos 206 y siguientes del Código Contencioso Administrativo – C.C.A, encuentra para que la Sala provea

I- ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA Y ARGUMENTOS DE LA ACTIVA

1.1.1. En su libelo introductorio, SEGUREXPO COLOMBIA S.A. por vía de controversia contractual, promueve demanda contra el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, y formula las siguientes pretensiones principales¹:

Declarar la nulidad de la Resolución 889 de 26 de marzo de 2010, de la Directora del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU, por la que se declaró el siniestro del amparo de buen manejo y correcta Inversión del anticipo del Contrato 137 de 2007 cubierto por la póliza de cumplimiento 00008696 expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. en coaseguro con Liberty Seguros S.A. por encontrarse falsamente motivada y expedida con abuso y desviación de poder y de manera irregular.

Declarar la nulidad de la Resolución 2337 de 28 de julio de 2010, del Director del INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO, por la que en sede del recurso de reposición, modifica los artículos segundo y tercero de la precitada Resolución 889, declarando que el valor del anticipo no amortizado en la suma de sesenta y nueve mil doscientos cuarenta y cinco millones doscientos treinta y cuatro mil ciento cincuenta y cuatro pesos

¹ En concurrencia con pretensiones subsidiarias.

(\$69.245'234.154), por encontrarse falsamente motivada y expedida con abuso y desviación de poder y de manera irregular.

En secuencia de la declaratoria de nulidad de las resoluciones 889 y 2237 de 2010, se declare que SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. está exonerada de cancelar cualquier suma, a título de indemnización por el amparo de correcta inversión del anticipo, toda vez que fueron las violaciones a la ley imputables al IDU la causa eficiente que impidió la cumplida ejecución del contrato y la correcta inversión de la totalidad del anticipo.

A título de restablecimiento del derecho, se condene al IDU a devolver la suma de sesenta y nueve mil cuatrocientos setenta y cuatro millones nueve mil quinientos trece pesos (\$69.474.009.513), correspondiente al valor de la Resolución 2237 de 2010, más los intereses moratorios, a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR.

A título de restablecimiento del derecho, se condene al IDU a restituir la suma de que trata la pretensión cuarta principal o su subsidiaria, con sus intereses bancarios corrientes, desde el momento en que se efectuó el pago, 4 de noviembre de 2010 y hasta tanto dicha suma sea restituida a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. - ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR.

Se declare la aplicabilidad del artículo 1609 del Código Civil, toda vez que los incumplimientos legales y contractuales que generaron el desfase en el cronograma de la obra, e impidieron la total y correcta amortización del anticipo, son exclusivamente imputables al IDU.

En secuencia de la anterior declaración, se declare que SEGUREXPO DE COLOMBIA está exonerado del pago de cualquier suma que se pretenda, a título de indemnización por el amparo de correcta inversión del anticipo, toda vez que los incumplimientos primigenios del IDU impidieron la ejecución cumplida del contrato y la amortización de la totalidad del anticipo.

Se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano violó con las Resoluciones proferidas, los artículos 83 de la Constitución Nacional y 1603 del Código Civil.

Se declare la nulidad absoluta del Contrato 137 de 2007, por ilicitud de la causa.

En secuencia de la anterior declaración se declare la nulidad absoluta del contrato de seguro instrumentado en la póliza 00008696, que garantizaba el contrato 137 de 2007.

En subsidio de la pretensión anterior, se declare la terminación del contrato de seguros por agravación del riesgo.

Se condene al IDU al pago de costas y gastos procesales.

1.1.1.1- En fundamento de las enlistadas reclamaciones, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., invocó en el libelo introductorio, supuestos en marco de los cuales y en labor hermenéutica, destacan las siguientes premisas fácticas:

- El IDU, suscribió con la U.T. TRANSVIAL S.A.², el Contrato de Obra número 137 de 2007, para ejecutar las obras de construcción, y actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 al sistema Transmilenio y el posterior mantenimiento en el tramo 3 comprendido entre la transversal 76 y la carrera 42 B y el tramo 4 comprendido entre la carrera 42 B y la carrera 19, grupo 4 de la Licitación Pública Número IDU-LP-DG-022-2007 de Bogotá.
- Para garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por la contratista, así como el buen manejo y correcta inversión del anticipo, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes y equipos y la estabilidad de la obra, entre otras, la U.T. TRANSVIAL S.A., tomó con SEGUREXPO DE COLOMBIA

² Conformado por las firmas TECNOLOGÍA E INGENIERÍA AVANZADA S.A. DE C.V., CONDUX S.A. DE C.V., MEGAPROYECTOS S.A., MAINCO S.A. BITACORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LIMITADA Y TRANSLOGISTIC S.A.

S.A. - ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR, la póliza de cumplimiento, garantía única, No. 0008696, con vigencia de ochenta y seis (86) meses contados a partir del acta de inicio de obra dividida en tres (3) etapas³ y un valor asegurado para el amparo de cumplimiento del contrato de \$315.580.224.330 y de \$85.751.927.394⁴ para el amparo del anticipo.

- El contrato inició su ejecución el 17 de junio de 2008, según acta No. 1, y mediante comunicación -IDU No. 87589 del 21 de diciembre de 2009, se citó a la contratista a audiencia de descargos, que se cumplió el 30 de diciembre de 2009, con participación de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.

- En esta audiencia TRANSVIAL S.A. en calidad de contratista presentó sus descargos y solicitó formalmente al IDU, se abstuviera de realizar la declaración de siniestro por manejo de inversión del anticipo, en tanto había ejercido pleno cumplimiento de los requisitos contractuales previstos, y no existía riesgo sobre la devolución de dichos dineros, los cuales serían amortizados una vez se hubiera presentado las actas de obra que estaban ya avanzando.

- Con fundamento en la cláusula 6º del contrato, así como en los artículos 3 y 18 de la Ley 80 de 1993, la firma interventora solicitó al IDU, mediante oficio con radicación IDU No. 003812 del 20 enero 2010, la declaratoria de caducidad del contrato, habida cuenta de los incumplimientos graves imputables a TRANSVIAL S.A..

- Ante los graves incumplimientos de TRANSVIAL S.A., el IDU notificó a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., en su condición de garante del contrato, la ocurrencia del siniestro de cumplimiento y la aseguradora propuso tres alternativas de solución, que no fueron acogidos por el IDU.

- El 12 de febrero de 2010, mediante oficio 0115 44, el IDU recibe **cesión total del contrato**, suscrito por el representante legal de TRANSVIAL S.A. y el representante legal de CONALVIAS S.A. dirigido a la directora del IDU y al presidente de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., en el que se manifiesta formalmente que TRANSVIAL acepta de manera plena e integra la propuesta presentada por CONALVIAS S.A., como líder de un grupo de empresas, para la cesión del contrato⁵.

- De conformidad con la cesión del contrato de obra IDU 137 de 2007 de febrero 17 de 2010 y el Otrosí No. 6 suscrito el 4 de marzo de 2010, con el cedente, se retoma el análisis de la inversión y manejo del anticipo, sometiendo el diagnóstico final al resultado de la revisión integral y revisión financiera y contable de la cuenta conforme a los términos del Manual de Interventoría del IDU y las Cláusulas del Contrato.

- Entre el 8 y el 19 de marzo de 2010, se realizaron mesas de trabajo integradas por el IDU, la Interventoría del Contrato -INTERCOL, SEGUREXPO S.A. y el CEDENTE en donde se establecieron los valores entregados de anticipo y se determinó el mal manejo de los recursos por TRANSVIAL S.A.

- Mediante la Resolución No. 889 del 26 de marzo de 2010, el IDU declaró la ocurrencia del siniestro de anticipo del contrato de obra 137 de 2007, por el buen manejo y correcta inversión del anticipo, cubierto por la Garantía Única de Cumplimiento No. 00008696, expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y ordenó a la compañía de seguros pagar la suma de setenta y dos mil setecientos noventa y seis millones ciento sesenta y cinco mil trescientos diez y seis pesos (\$72.796.165.316).

³ 1. ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN: tendrá un plazo estimado de 4 meses para cada uno de los dos tramos.

2. ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: Tendrá un plazo estimado de 16 meses para el tramo 3 y 22 meses para el tramo 4.

3. ETAAPA DE MANTENIMIENTO: Tendrá un plazo fijo de 60 meses.

⁴ De dicho monto se realizaron los descuentos de la Ley 1106/06 por un monto de 4.287.596.370, correspondiente a la contribución especial del 5% y un descuento por un embargo a uno de los integrantes de la Unión Temporal (CONDUX S.A. D.C.V. POR VALOR DE 217.500.000)

⁵ Conforme a la realidad procesal probatoria, dicha cesión a efectos de ejecutar hasta la terminación del respectivo Contrato cedido, la totalidad de las actividades comprendidas dentro de su objeto, **con excepción de las obligaciones relacionadas con el anticipo y su buen manejo e inversión que están y estarán a cargo del CEDENTE.**

- TRANSVIAL S.A., MEGAPROYECTOS S.A. y SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., promovieron recurso de reposición, contra la precitada Resolución. 889 del 26 de marzo de 2010, y el IDU con la Resolución No. 2237 del 28 de julio siguiente, modificó sus artículos segundo y tercero, en el sentido de determinar que el valor del siniestro hecho efectivo mediante el acto recurrido, equivalía a la suma de sesenta y nueve mil doscientos cuarenta y cinco millones doscientos treinta y cuatro mil ciento cincuenta y cuatro pesos (\$69.245.234.154).

1.1.1.2. Concurrentemente e igual en soporte de sus pretensiones, la activa invoca en resumen y bajo el rubro CONCEPTO DE VIOLACIÓN por falsa motivación, desviación y abuso de poder y expedición irregular, conforme sigue⁶:

- **Falsa motivación**, bajo la consideración sustancial, que el IDU en la expedición del acto administrativo demandado, oculta las verdaderas causales de la anormal ejecución del contrato de obra 137 de 2007, contrastado que: **(i)** los retrasos se debieron a su conducta negligente e imperita que generó el desfase del cronograma de obra e impidió la ejecución del enunciado negocio jurídico contractual, advertido que no aportó los planos ni diseños para iniciar los trabajos, ni había adquirido los predios necesarios para el desarrollo de los trabajos, y **(ii)** amortizo de manera irregular el anticipo, en cuanto los valores no coinciden con los ejecutados, derivando en un cobro superior al que realmente correspondía.

En panorama donde de una parte, la falta de diseños completos y de diseños aprobados, que persistía para diciembre de 2009, es la adecuada causalidad del trastorno de la cronología contractual y evidencia que el IDU al abrir la licitación del contrato 137 de 2007, actuó a sabiendas que incumplía en su condición de administración la primera de sus obligaciones, y de otra, el cobro que realiza del anticipo no amortizado, es superior al debido, y no dispone de los valores reales, incumpliendo la carga probatoria que le imponía el artículo 1077 del Código de Comercio – C. de Co.

- **Desviación y abuso de poder y expedición irregular**, la activa no desarrolla sustento.

1.1.2- Con posterioridad a la presentación de la demanda, la activa aporta:

El LAUDO ARBITRAL⁶, proferido el 9 de diciembre de 2013, por el que se declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato 137 de 2007, suscrito el 28 de diciembre de 2007, por causa ilícita y consecuentemente, de sus otros sí y adiciones; negó las pretensiones declarativas de la demanda, y ordenó al IDU el pago en favor de la Sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S. como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta y por concepto de restitución de las prestaciones ejecutadas hasta la fecha del Laudo varias sumas dinerarias a saber:

⁶ Advierte la Sala, se excluye del análisis el tópico concerniente de nulidad del contrato y su declaratoria, contrastada la existencia de Laudo Arbitral, en consecuencia, el estudio se centra en los cargos planteados contra el acto administrativo que declara el siniestro del anticipo del Contrato IDU 137 de 2007 cubierto con la póliza de cumplimiento No. 00008696 expedida por la Compañía de Seguros SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.; en resumen, los siguientes argumentos **de derecho o cargos**:

- i) Por factores de Contingencia F1 y F2 la suma de treinta y un mil trescientos treinta y siete millones ochocientos cincuenta y siete mil trescientos veintiocho pesos (\$31.337.857.328).
- ii) Por actualización monetaria sobre la anterior suma hasta el 31 de agosto de 2013, la suma de seiscientos cincuenta y cuatro millones ciento cuarenta y un mil seiscientos cincuenta y un pesos con cincuenta y dos centavos (\$654.141.651,52).
- iii) Por actualización sobre la suma de \$31.337.857.328 a partir del 1º de septiembre de 2013 y hasta la fecha del Laudo, la suma resultante de aplicar la fórmula contenida en la Tabla 17 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen rendidas por el perito financiero.
- iv) Por SISOMA y Tránsito la suma de mil seiscientos sesenta y cuatro millones trescientos cincuenta y tres mil seiscientos ochenta y seis pesos (\$1.664'353.686).
- v) Por actualización monetaria sobre la anterior suma hasta el 31 de agosto de 2013, la suma doscientos trece millones ciento veintinueve mil ciento treinta y dos pesos con noventa y dos centavos (\$213'129.132,92).
- vi) Por actualización sobre la suma de \$1.664'353.686, a partir del 1º de septiembre de 2013 y hasta la fecha del Laudo, la suma resultante de aplicar la fórmula contenida en la Tabla 24 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen rendidas por el perito financiero.

1.1.3- En sus alegatos de conclusión, la demandante destaca la existencia del laudo arbitral proferido el 9 de diciembre de 2013, y en contexto del mismo aduce, que probada la nulidad absoluta del contrato principal por causa ilícita, deviene consecuentemente, la nulidad del contrato de seguro, para la prosperidad de sus reclamaciones, y en esta secuencia indica:

- Declarada la nulidad absoluta del contrato principal No. 137 de 2007, emerge la carencia de objeto de la póliza adquirida en marco del contrato de seguros, toda vez que se presentaron confesiones del personal involucrado en el pago de dádivas a funcionarios públicos incurridos en el carrusel de la contratación, que violando la ley otorgaron contratos, con desconocimiento de los principios de planeación y selección objetiva, pues aquellos recibieron, camionetas marca Toyota, apartamentos y dinero para la adjudicación.
- Consecuentemente, deviene inexistente, el acto administrativo que declara el siniestro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, del contrato 137 de 2007, Resolución 889 de 26 de marzo de 2010, confirmada y modificada por la Resolución 2337 de 28 de julio siguiente, proferidas en el curso contractual.
- Asimismo, y en secuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato 137 de 2007 por causa ilícita, procede la devolución inmediata del monto que pagó con ocasión de la declaratoria de siniestro por el buen manejo del anticipo, la suma de \$69.474'009.513.

- La Contraloría General de la República, constató la carencia absoluta de estudios y diseños que imposibilitó la ejecución del contrato principal, atendiendo el cronograma, pues los plazos se extendieron en razón a que no se entregaron por el IDU, los necesarios estudios y diseños.

1.2- ARGUMENTOS DE LA PASIVA

1.2.1- El IDU en oportunidad de contestar la demanda, opone a las pretensiones de la demanda y arguye que la ocurrencia del siniestro se debió a la ausencia de devolución del anticipo no amortizado y amparado por la póliza expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., y que el valor a cobrar por ese concepto, encuentra sustentado y acreditado, en estudios realizados con anterioridad a la emisión de los actos acusados, y argumenta concurrentemente, bajo el rótulo de **excepciones**, conforme sigue:

- (i) Los motivos que sirvieron de causa a los actos administrativos acusados, no guardan relación con los presuntos incumplimientos imputados al IDU, de forma que su enjuiciamiento, no está sustentado por la activa, y se funda en un supuesto incumplimiento del IDU, siendo que el verdadero motivo que dio origen a las resoluciones demandadas, tuvieron causa en los incumplimientos de TRANSVIAL S.A., al no dar adecuado uso de los recursos correspondientes al anticipo, lo que conllevó a la exigencia de la devolución de la parte no amortizada, haciendo efectiva la garantía única del Contrato IDU 137 de 2007.
- (ii) El proceso licitatorio IDU-LP-DG-022-2007, contó con la información de los estudios y diseños suficientes y necesarios, en especial con los planos, memorias e informes requeridos para la elaboración de la propuesta por parte de los proponentes, dando cumplimiento a la Ley 80 de 1993.
- (iii) Los actos administrativos que declararon la ocurrencia del siniestro obedecieron exclusivamente al incumplimiento contractual de TRANSVIAL S.A., entre otros, de cronogramas de vías de desvío, de inicio de demolición de predios, de metas físicas de la calzada central exclusiva de Transmilenio Norte, de metas físicas para la terminación del pavimento en el tramo 3, de metas físicas demolición y excavación calzada mixta etc., aunado a que en las mesas de trabajo adelantadas entre el 8 y 19 de marzo de 2010, se levantaron las correspondientes actas suscritas por los designados -IDU, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., la interventoría y TRANSVIAL S.A.- con el objeto de realizar la revisión integral y financiera contable del anticipo manejado por TRANSVIAL S.A., que arrojó como resultado el monto cobrado por anticipo no amortizado, que se encuentra debidamente justificado.

- (iv) En improcedente la aplicación de la “exceptio non adimpleti contractus”, advertido que los desfases contractuales fueron producto del propio incumplimiento de la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A., a quien se le efectuaron sendos requerimientos.
- (v) Los actos administrativos que declararon el siniestro, se soportan en las pruebas regular y oportunamente aportadas y practicadas en el procedimiento administrativo dando como resultado la exigencia de la garantía, según fue pactada en el contrato, contrastada su cláusula séptima, por cuanto relacionada con las garantías, prevé bajo el numeral 7.1.1. *amparo de buen manejo, correcta inversión y devolución del anticipo*, y su cláusula décima, dado que bajo el numeral 10.1. *fijó el monto de anticipo*.
- (vi) La aseguradora accionante, tenía conocimiento de la variación del estado de riesgo, por cuanto conforme a la Ley 80 de 1993, entre otra normativa aplicable, los contratos pueden ser modificados en cualquier momento, atendiendo a las variaciones de las condiciones económicas y financieras que presente durante su ejecución.
- (vii) No fue desvirtuada la presunción de legalidad y firmeza de los actos administrativos que declararon la ocurrencia del siniestro, advertido que no se configuran los cargos de falsa motivación y/o desviación de poder, en tanto el acto administrativo que declaró el siniestro encuentra sustentado conforme a la Ley y la Constitución y justificado en las facultades que reviste la administración ante el evidente incumplimiento contractual de la Unión Temporal Transvial S.A.

1.2.2- En alegatos de conclusión reitera la accionada, en punto a la debida motivación y no existencia de desviación de poder, en los actos administrativos acusados, y en esta secuencia, insiste, que la diferencia entre el valor del anticipo pagado y el amortizado asciende a la suma total de \$69.471.009.513, y su reintegró encontraba amparado en la cláusula 7.1.1. del contrato, que se hizo efectiva debido a los constantes incumplimientos del contratista. Asimismo reitera, que desde el proceso licitatorio contó con los estudios y diseños suficientes y necesarios para la elaboración por los proponentes de sus propuestas, habiendo recibido un total treinta (30), distribuidas entre los diferentes grupos de licitación con la adjudicación de cinco (5) grupos, y además, se hizo entrega de DVD, con compendios de aquellos, al momento de la firma del acta de inicio; oportunidad en la que advierte, que TRANSVIAL S.A. indicó conocer y aceptar los estudios y diseños, especificaciones de redes de servicios y documentos que contaron con el proyecto para la correcta ejecución.

Destaca además, que conforme al Otrosí No. 2, el responsable de la actualización de los estudios y diseños era el contratista - Transvial, y de contera, no es dable que la aseguradora invoque presuntas deficiencias o falencias, respecto de circunstancias que en su oportunidad conoció y aceptó el contratista; que no existió ningún incumplimiento

por parte del IDU, frente a la entrega de predios, contrastado que se previó un cronograma de entrega conforme disponibilidad de los mismos, y que la interventora – INTERCOL, le informó de reiterados incumplimientos y retrasos de TRANSVIAL S.A, por incumplimiento de plazos, no adelantó de las obras, no ejecución de los desvíos requeridos, no mantenimiento de equipo ni personal para ejecución de obras, no cumplimiento de aplicación del Manual de Interventoría del IDU para el manejo del anticipo, no entrega oportuna de la actualización de diseños conforme Otrosí No. 2 del Contrato, e incumplimiento de sus obligaciones con subcontratistas y proveedores, derivando en embargo en Juzgado Laboral.

1.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En criterio del Agente del Ministerio Público, las pretensiones de la activa deben prosperar, en razón de la existencia de Laudo Arbitral proferido el 9 de diciembre de 2013, que declaró la nulidad absoluta del contrato No. 137 de 2007, por causa ilícita, por celebración de contratos con expresa prohibición legal y constitucional, razón por la deviene en nula la póliza de cumplimiento No. 00008696 expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., con el objetivo de amparar el buen manejo y correcta inversión del anticipo de dicho contrato, consecuentemente, se debe realizar devolución del valor pagado y pretendido por la Aseguradora demandante, bajo el razonamiento que si deja de existir el contrato principal genera que el accesorio desaparezca, *“porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal, dejando sin efectos el contrato de seguros”*.

En conclusión, Solicita sea declarada nula la póliza de cumplimiento No.00008696 expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. que amparó el buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato No. 137 de 2007, y se ordene al IDU la devolución de la suma pretendida por la Aseguradora, que dio cumplimiento a la Resolución No. 889 de 2010 confirmada y modificada por la Resolución No. 2337 de 2010, acorde con la cual redujo el monto cobrado a la suma de \$69.474.009.513.

II- ACTUACION PROCESAL

2.1- Radicado el libelo introductorio el 23 de marzo de 2011 (fl. 79 C1), con **proveído del 5 de mayo siguiente, se admitió la demanda** (fl. 81) e integrado el contradictorio, se corrió traslado de las excepciones y en oportunidad,⁷ la activa ejerció su contradicción (fls. 165 a 175)

2.2- Con autos del 22 de marzo de 2012, se dispuso por separado, de una parte, **abrir el proceso a pruebas**, agregar la documental arrimada con la demanda y contestación a la misma, y decretar testimonial y documental a solicitud de los extremos procesales (fl. 211 y 213 C1), y de otra,

⁷ Memorial del 19 de julio de 2011

negar por impertinentes, inconducentes y no útiles, pericias, testimoniales e inspección judicial. **Decisión esta última recurrida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.** mediante reposición y en subsidio apelación,

2.3- Con proveído del 3 de mayo siguiente, se rechazaron los referidos recursos por improcedentes; decisión que reiteró mediante auto del 12 de noviembre de 2013, por el que se desató, recurso de súplica y apelación, rechazándoles por improcedentes (fl. 314, C1).

2.4- En diligencias surtidas el 26 de abril (fl. 249, C1) y 21 de junio de 2012 (fl.257), se recibieron testimonios de Claudia Patricia Contreras Fajardo, Directora de Interventoría del Consorcio INTERCOL y de Jorge Alberto Salamanca Rodríguez, representante legal de la misma entidad; persona jurídica quien realizó la interventoría del Contrato de Obra No. 137 de 2007.

2.5- Con memorial de 14 de mayo de 2014, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., solicita la inmediata devolución de la suma de \$69.474.009.513 (fls. 326 y 327. C. 1), bajo la consideración que en enero de esa anualidad, había aportado al proceso, copia del laudo arbitral proferido dentro del proceso iniciado por el grupo empresarial Vías de Bogotá contra el IDU y Transmilenio S.A., que declaró la nulidad absoluta del Contrato de Obra 137 de 2007, y en su criterio, la enunciada decisión, aparece de una parte, carencia de objeto en su póliza 00008696, en cuanto fue otorgada para garantizar el buen manejo del anticipo, y de otra, inexistencia de los actos administrativos acusados.

Petición reiterada mediante memoriales radicados el 29 de mayo de 2014 y 19 de octubre de 2018 (fls. 416 a 419 de C. ppal 2).

2.6- Con proveído del 23 de mayo de 2014, se agregó al proceso, la documental aportada por la activa y relacionada con el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento, y se dejó el expediente a disposición de las partes por el término de cinco (5) días, para que se pronunciaran sobre las pruebas decretadas y practicadas. **Oportunidad en la que se pronunció SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.,** enfatizando en la existencia de laudo arbitral que en su criterio deriva en la ineficacia del contrato de seguro e inexistencia del acto administrativo que declaró el siniestro por mal manejo de anticipo, e insiste a título de restablecimiento del derecho, en su petición para la devolución de la suma de \$69.245.234.154, debidamente indexada (fl.329 y 330),

2.7- Finiquitada la descrita actuación, se dio traslado para alegar de conclusión (fl.332), oportunidad en la que ejercieron su derecho los extremos procesales y el Ministerio Público, como se reseñó en acápite anterior, y en el mismo proveído anuncio que la documental relacionada con el laudo arbitral se tendría en cuenta al proferir sentencia.

2.8- Con auto de 18 de noviembre de 2014, encontrándose el proceso para proferir sentencia, ordenó remitir el expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje

y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, y declaró la nulidad de todo lo actuado, advertida existencia de cláusula compromisoria en el Contrato IDU-137 de 2007.

Decisión recurrida en reposición y en subsidio de apelación, por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., en trámite del cual, surtido su traslado, se rechazó el recurso de reposición por improcedente y concedió ante el Consejo de Estado, el recurso de apelación en efecto suspensivo (fl. 397 y 398, C. ppal 2). **Con proveído de 22 de noviembre de 2017, el Superior desató el precitado recurso alzada, y revocó la decisión impugnada, ordenando devolver el expediente a esta Corporación**, precisando que pro razón a la naturaleza contractual de la cláusula compromisoria, debe contener de manera expresa la voluntad de ambas partes de trasladar la competencia para la resolución de los conflictos que se puedan suscitar entre los contratantes de la jurisdicción contenciosa a un tribunal de arbitramento, y en contraste con la cláusula compromisoria del Contrato IDU No. 137 de 2007, no le era oponible a la accionante - SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., en cuanto esta aseguradora no había sido parte del citado acuerdo de voluntades, y su intervención limitaba a su condición de garante, calidad en la que pretende la devolución del pago que realizó en secuencia de haberse declarado el siniestro por mal manejo del anticipo en el referido Contrato; pago realizado en virtud de la póliza No. 00008696, pactada con TRANSVIAL S.A., en la que no se contempló llevar sus diferencias a la justicia arbitral (fl.407 a 414, C. ppal 2).

2.9. El 19 de octubre de 2018, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., reitera en la existencia de hechos nuevos, advertida la existencia de laudo arbitral que declaró la nulidad absoluta del Contrato No. 137 de 2007, por causa ilícita, en consecuencia, solicita se profiera sentencia acorde con la cual se restituya el monto pagado por esa aseguradora, por cuanto quedó sin objeto el contrato de seguro (fls. 416 a 419, C ppal 2)

2.10 Mediante auto del 13 de diciembre de 2018, se ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el Consejo de Estado, para continuar con el trámite en la jurisdicción contenciosa administrativa (fl. 422, C. ppal 2).

2.11. Con proveído del 8 de agosto de 2019, se ordenó la vinculación de la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A., en calidad de litisconsorcio necesario, y preciso para tal fin, en atención al artículo 61 del Código General del Proceso – CGP, que encontraba integrada por las compañías TECNOLOGÍA E INGENIERÍA AVANZADA S.A. DE CV, CONDUX S.A. DE C.V., MEGAPROYECTOS S.A., MAINCO S.A. BITACORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LIMITADA y TRANSLOGISTIC S.A. Decisión recurrida en reposición por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A (fls. 430 a 432, C. ppal 2). **Mediante proveído de 18 de febrero de 2020, se desató negativamente la impugnación** (fl. 441, C. ppal 2)

III- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1- ASPECTOS DE EFICACIA Y VALIDEZ

3.1.1- Enfatiza del presente asunto, que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente, para conocer de controversia originada en la ejecución de contrato de seguro, que se constituye como garantía única de cumplimiento de contrato estatal; por cuanto por prescripción del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, *es la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales, y decantando en el caso en concreto, asume relevancia que la accionada, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO -IDU, es entidad de derecho público, contratante dentro del Contrato de Obra 137 del 2007, y la accionante, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., entidad de derecho privado, quien fungió como garante del precitado negocio jurídico, en virtud de la póliza de cumplimiento No. 00008696, de la que derivó obligación cuya efectivización asume como génesis de la presente controversia, por consiguiente y conforme viene señalando, es de conocimiento de esta jurisdicción.*

3.1.2- Se reitera la competencia de este Tribunal para conocer en primera instancia del caso en concreto, conjugados en marco del numeral 5) del artículo 132⁸ y del numeral 1) del artículo 134D del Código Contencioso Administrativo – C.C.A, en rigor para la fecha en que se promovió la demanda, los factores funcional y territorial de competencia, contrastado que el contrato de seguro génesis de la pretensión en el presente asunto, se suscribió y ejecutó en Bogotá D.C., y la activa estimó la cuantía, en la suma de sesenta y nueve mil cuatrocientos setenta y cuatro millones nueve mil quinientos trece pesos (\$69.474'009.513).

3.1.3. Advierte probada la legitimación procesal en la causa por activa y pasiva, contrastado en ámbito de la primera, que las aseguradoras encuentran legitimadas para demandar por vía de controversia contractual, los actos administrativos por los que se declara siniestro por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato estatal, como quiera que aunque no son parte del negocio jurídico contractual, tienen un interés directo en el mismo; premisa que fortalece, conjugado que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, determina la idoneidad de la acción de controversia contractual para el enjuiciamiento de tales actos administrativos, sin cualificar el sujeto activo, y en ámbito de la legitimación por pasiva, advertido que la accionada – INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, es la entidad que emitió los actos administrativos por los que se declaró el siniestro de manejo del anticipo en el Contrato de Obra IDU-137 de 2007; decisión génesis de la presente controversia.

⁸“Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:(...) De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los doscientos contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.”

3.1.4. En este orden asume idónea la promovida acción de controversia contractual y destaca que se impetró en oportunidad, como quiera que contabilizando desde el día siguiente a los hechos en que la activa soporta su pretensión indemnizatoria, no se superó respecto de la fecha en que se radicó la demanda, el bienio establecido en el numeral 10) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A., para promover la acción de controversia contractual⁹; por cuanto en hermenéutica comprensiva se tiene que el acto administrativo que declara el siniestro del anticipo del contrato de obra, es un acto dictado con ocasión a la actividad contractual, toda vez que su existencia se justifica y origina en razón de la celebración y ejecución del contrato, y de contera, el término de caducidad es el de dos (2) años, establecido para la fecha de la demanda, en el numeral 10) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A, y en consecuencia asume relevancia, contrastada la situación fáctica en concreto, que la decisión administrativa acusada encuentra integrada por la Resolución No. 889 de 26 de marzo de 2010 y la Resolución 2337 de 28 de julio siguiente, por ende y tomando como fecha de notificación de esta última, aquella de su emisión, que por falta de la comparecencia de la totalidad de las partes, se procedió a fijar edicto el 23 de agosto de 2010, desfijado el 3 de septiembre de 2010, se tiene que la activa contaba hasta el 4 de septiembre de 2012, para a través de la acción contractual controvertir su legalidad, en consecuencia, habiéndose radicado el libelo de demanda el 23 de marzo de 2011, es claro que fue interpuesta dentro del término legal y por ende se entiende presentada en oportunidad.

3.1.5. No se advierte irregularidad en la actuación surtida, menos aún con entidad para refutar nulidad procesal, y en consecuencia el proceso encuentra para proferir decisión de fondo.

3.2- FIJACIÓN DEL DEBATE

3.2.1- Advertido que de la presente decisión y en contraste con las pretensiones de la demanda, se excluye por hecho sobreviniente, configurado con el Laudo Arbitral del 9 de diciembre de 2013, la deprecada declaratoria de nulidad absoluta,

⁹ En las relativas a contratos, el término de caducidad 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 los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

por ilicitud de la causa, del Contrato de Obra IDU - 137 de 2007, se tiene que la controversia en el sub-lite, gravita primeramente en torno a la legalidad de la Resolución 889 de 26 de marzo de 2010, confirmada y modificada en sede de reposición con la Resolución 2337 del 28 de julio siguiente, por las que el IDU, por las declaró el siniestro de buen manejo del anticipo dentro del precitado negocio jurídico contractual, en tamiz del cargo de falsa motivación, por cuanto los cargos de desviación y abuso de poder y expedición irregular, no fueron sustentados.

Teniendo del cargo de falsa motivación, que en tesis de la activa emerge por cuanto las condiciones anormales que se presentaron, tuvieron causa en la conducta negligente del IDU, de la que derivó el desfase del cronograma de obra, por no entrega a la Unión Temporal Contratista, de los predios, estudios y diseños que le permitieran ejecutar el Contrato de Obra No. 137 de 2007; habiendo además realizado inadecuadamente la amortización del anticipo, dado que los valores cobrados por el IDU, no coinciden con los verdaderamente ejecutados.

De prosperar la deprecada declaratoria de nulidad, los juicios que deberá abordar esta Sala, ubican, **(i)** en la pretensión de restablecimiento del derecho, en cuanto la activa solicita el reembolso por el IDU de la suma de \$69.474.009.513, pagados en cumplimiento de los enunciados actos administrativos, y **(ii)** en pretensión de nulidad absoluta del contrato de seguro instrumentado en la póliza 00008696, y en subsidio, su terminación por agravación del riesgo.

3.2.2 En contraste el IDU argumenta, que no se configuran los cargos imputados y advierte en sustento, que la ocurrencia del siniestro tuvo causa en los reiterados incumplimientos de la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A., y no reintegro del valor del anticipo no amortizado, contrastado que el riesgo encontraba cubierto por la póliza de seguro expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y que el valor a cobrar se determinó, sustentó y acreditó mediante estudio, conjugadas las potestades que reviste la administración pública contratante, con fines a recuperar el erario público y teniendo en cuenta los montos amortizados en las Actas 15 y 16 de la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A., bajo los presupuestos de lo pactado en la cláusula séptima del contrato.

3.3.3- En este orden y como quiera que el control jurisdiccional del acto administrativo contractual, se rige por el principio de justicia rogada, en virtud a la presunción de legalidad que lo ampara y en consecuencia, encuentra limitado por las normas que invoque como violadas el demandante y concepto de violación que éste indique, salvo que trate de una violación palmaria a un derecho fundamental de aplicación inmediata, que no es el caso concreto, se tiene como **primer problema jurídico**:

¿Encuentran viciados por falsa motivación, los actos administrativos por los que se declaró respecto del Contrato de Obra IDU - 137 2007, el siniestro de amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo, o fueron legalmente expedidos?

3.4- ASPECTOS SUSTANCIALES

En labor de resolver el interrogante planteado y precisado que la jurisdicción contenciosa-administrativa, encuentra habilitada para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos contractuales, proferidos con ocasión a la ejecución de contrato estatal declarado nulo, como quiera que la decisión administrativa unilateral conserva su validez y persisten sus efectos jurídicos en tanto no se declare su nulidad; **es tesis de la Sala**, que fueron legalmente expedidas, las Resoluciones 889 y 2337 de 2010, por las que se declaró el siniestro del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo, dentro del Contrato de Obra IDU - 137 de 2007, cubierto con la póliza de cumplimiento 00008696, expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.; reiterado que en el sub-lite, el juicio de legalidad se surte frente del cargo de falsa motivación, por cuanto fue el único sustentado, habiendo omitido la activa, fundamentar sus cargos de desviación de poder e irregular expedición, en panorama del que enfatiza, el extremo accionante debía desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo y su fundamentación circunscriben la competencia del juez administrativo, atendidos además el derecho al debido proceso y el principio de congruencia de la sentencia.

En esta secuencia argumentativa, no encuentra la Sala, en el estudio de legalidad, vicios de nulidad por el cargo de falsa motivación de las Resoluciones No. 899 y 2337 de 2010, como quiera que en contexto de la realidad procesal, no encuentra probado que la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A., hubiera amortizado en su totalidad el anticipo y en esta secuencia, no condiciona la declaratoria de siniestro y orden de pago del anticipo no amortizado, que emerge de la exigibilidad de la devolución del mismo, conforme lo efectuó el IDU.

Vicio que además, no es edificable en secuencia de la nulidad absoluta por ilicitud de causa, declarada por Tribunal de Arbitramento, mediante Laudo Arbitral de 9 de diciembre de 2013, respecto del precitado Contrato de Obra IDU - 137 de 2007, y en ámbito del que cabe señalar, que son de carácter autónomo, los contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones derivadas de un determinado contrato estatal, aunque tienen una relación directa e inescindible con éste.

En fundamento previo análisis del caso en concreto, se abordarán los siguientes tópicos:

i) características del decaimiento del acto administrativo contractual, derivada de la declaratoria de nulidad del respecto contrato estatal; **ii)** definición y obligatoriedad del anticipo en los contratos estatales; **ii)** la carga de la prueba como sucedáneo de certeza; **iii)** características centrales del contrato de obra, a modo de **premisas normativas:**

3.3.1. La nulidad del contrato, comporta únicamente decaimiento de los actos administrativos, ello es, dejan de surtir efectos jurídicos hacía futuro, conservando su validez y la persistencia de los efectos jurídicos causados, hasta que el juez de lo contencioso administrativo declare su nulidad; en este orden y conforme ha decantado el Consejo de Estado, no impide realizar el juicio de legalidad¹⁰; advertido que el decaimiento de un acto administrativo se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias sobre las cuales se sustenta o se fundamenta su expedición desaparecen del ordenamiento jurídico, como consecuencia bien de la declaratoria de inexequibilidad o de la nulidad de la norma legal en la cual se sustenta el acto administrativo; este fenómeno también se presenta si los actos administrativos son anulados o suspendidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; una vez ocurre el decaimiento de un acto administrativo, la consecuencia jurídica que se produce es impedir que hacia el futuro siga produciendo efectos.

Secuencia en la que precisa señalar que, el Legislador ha señalado aquellos eventos en los cuales los actos administrativos, a pesar de no haber sido declarados nulos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no son obligatorios, uno de los cuales es el decaimiento del acto administrativo que ocurre una vez desaparecen los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron su expedición.

Regulación que en esquema del Código Contencioso Administrativo – C.C.A., encuentra en su artículo 66, que dispone en el tópico en comento así:

“(...) Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho (...)”

Premisa normativa en marco de la que indica el Consejo de Estado,¹¹ que *“... todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico”,* y precisa conforme a la doctrina actual¹², en relación con la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para declarar la nulidad de actos administrativos respecto de los cuales ha operado el decaimiento, por la

¹⁰ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicado No. 63001-23-31-000-2000-00024-01(31818), advierte que declarada la nulidad absoluta del contrato, generó decaimiento del acto administrativo cuya consecuencia es que deja de surtir efectos hacía el futuro, pero aquel conserva su validez.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de agosto 1 de 1991. Expediente 1948. C.P. Miguel González Rodríguez.

¹² En doctrina anterior, el Consejo de Estado, ha indicado que, no es procedente entrar a dictar fallo de fondo, en tanto resultaría inocuo pronunciarse respecto de actos que no tienen vigencia.

desaparición de su fundamento jurídico, *que el decaimiento del acto administrativo no impide que se realice el juicio de legalidad del mismo por cuanto éste debe realizarse de acuerdo con las circunstancias que se encontraban vigentes al momento de la expedición del acto.* Se cita in extesum la Sentencia del Consejo de Estado, proferida en el mes de julio de 2006, por cuanto recoge la posición de la jurisprudencia de la Corporación en relación con este asunto¹³:

“(...) se ha construido el instituto del “decaimiento del acto administrativo” como una suerte de “extinción” del mismo. Dejando de lado la primera hipótesis consignada en el numeral 2º del artículo 66 citado, la jurisprudencia ha señalado que esta figura jurídica tiene lugar cuando quiera que se presentan circunstancias que comportan la desaparición de los fundamentos jurídicos del respectivo acto administrativo: i) por la derogatoria o modificación de la norma legal en la que se fundó el acto, ii) por la declaratoria de inexecutable de la norma que le sirve de fundamento; iii) por la declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se basa la decisión administrativa de contenido particular o individual¹⁴

“En consonancia con esta norma, el artículo 175 in fine del C.C.A. dispone que cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo “quedarán sin efecto en lo pertinente los decretos reglamentarios”.

“Buena parte de la jurisprudencia administrativa al abordar el estudio de los mandatos legales en cita, termina aludiendo a las diferencias que existen entre la declaratoria de inexecutable de normas con fuerza de ley y la declaratoria de nulidad de actos administrativos, la cual usualmente se hace estribar en que la primera normalmente es pro futuro (ex nunc o ‘desde ahora’)¹⁵ en tanto que la segunda tiene tradicionalmente efectos retroactivos o ex tunc (Kelsen¹⁶)

“Quizás por este efecto retroactivo que tradicionalmente se asigna a las providencias anulatorias de actos administrativos, en ocasiones la jurisprudencia ha entendido que cuando opera el denominado “decaimiento del acto administrativo” por desaparecer su fundamento jurídico, no es procedente entrar a dictar fallo de fondo o, lo que es igual, juzgar la legalidad de una norma que no tiene vigencia y, por el contrario, se impone la inhibición ante la declaratoria del acto que le dio origen, pues “sería inocuo hacer recaer otro pronunciamiento judicial que busca producir los mismos efectos; proteger el orden

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso. Sección Tercera. Sentencia de julio 5 de 2006. Radicado 21.051. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 1 de agosto de 1991, Rad. 949, C.P. Miguel González Rodríguez.

¹⁵ La jurisprudencia de la Corporación ha señalado que los efectos de la nulidad de un acto administrativo y los de la inexecutable de una norma con rango legal son sustancialmente distintos:

“La diferencia de efectos entre la declaración de nulidad, y la de inexecutable, resulta clara porque aquella parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia. En cambio la declaratoria de inexecutable no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexecutable, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma “antinormativa”, de donde se deriva que la sentencia de inexecutable no implique el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad.

“Los partidarios de la equiparación de efectos entre estas figuras jurídicas atemperan el rigor lógico de los efectos de la nulidad, dejando a salvo las situaciones consolidadas y la intangibilidad de la cosa juzgada; pero de todas suertes y dejando de lado la inconsistencia lógica de la salvedad, relativa a las situaciones jurídicas consolidadas, por la contradicción intrínseca que ella encierra, lo cierto es que el principio general entraña el desconocimiento de la unidad del ordenamiento jurídico porque pudo darse la coetaneidad de dos preceptos, que “ab initio”, se consideran contradictorios”: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, 10 de mayo de 1974.

Ahora, el artículo 45 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, prescribe que las sentencias que la Corte Constitucional profiera dentro de procesos de control constitucional “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. Sobre la posibilidad excepcional de modular los efectos del fallo de inconstitucionalidad en el tiempo ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 131 de 1993 y MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro, Tipos de sentencia en el control constitucional de las leyes, Revista Estudios Sociojurídicos Facultad de Jurisprudencia, Colegio Mayor del Rosario, Vol. 2 No. 1, marzo de 2000, pág. 9 a 32.

¹⁶ “El que la Constitución quiera también la validez de la llamada ley inconstitucional surge del hecho de que ella prescribe, no solamente que las leyes deben ser producidas en una forma determinada sino también que, en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescrita o tener otro contenido que el prescrito, de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta tanto sea anulada por una instancia para ello acaso por un tribunal constitucional, en un procedimiento regulado por la Constitución ” (KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2003).

jurídico vulnerado, el cual a través de la sentencia en mención ha sido restablecido.”¹⁷ En otras palabras, conforme a este criterio jurisprudencial, la justicia administrativa sólo conoce de normas administrativas que estén vigentes, de modo que si ha sido derogado el precepto atacado -por ejemplo- no se está delante de un acto administrativo: “constituye historia administrativa que cumplió los cometidos invocados en su momento, pero que en la actualidad no constituye orden legal. No es legalidad vinculante”¹⁸.

“Sin embargo, esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto la desaparición del fundamento jurídico del acto no afecta su validez. Ha dicho el Consejo de Estado:

“Pero si bien es cierto, como lo ha sostenido esta Corporación,¹⁹ que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica.

“En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del DECAIMIENTO, por declaratoria de inexecutable de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

“No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.

“Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992²⁰, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc (sic), desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.

“(…)

“Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo. Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo sobrevive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido una de sus caracteres principales,

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, 23 de enero de 1992, Rad. 1606.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, 12 de octubre de 1999, Rad. 522.

En sentido similar ha señalado la jurisprudencia que a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma legal se torna inaplicable el acto administrativo el acto impugnado judicialmente por carecer de objeto y “adolecer de inconstitucionalidad al igual que la norma para cuya aplicación fue dictado” por lo que “sobre cualquier pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa en este proceso”: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 19 de agosto de 1992, Rad. 1483, C.P. Dolly Pedraza de Arenas.

¹⁹ Auto de fecha junio 28 de 1996. Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo.. Expediente 12005. Sección tercera del Consejo de Estado.

²⁰ Sección Primera. Expediente 1948, Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

cual es el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir.

“Pero, lo anterior, como ya se adujo, no implica que, decretada la nulidad de su fundamento jurídico, tal fallo se extiende con efectos similares a dicha Resolución.”²¹
(subrayas de la Sala)

“En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el “decaimiento” del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo, como tampoco que las situaciones particulares y concretas surgidas al abrigo de una norma que tuvo fundamento en un acto general anulado padezcan una suerte de “decaimiento subsiguiente”. Ha dicho la Corporación sobre este particular:

“En varias oportunidades el Consejo de Estado ha dicho que se produce el decaimiento de un acto administrativo cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen, por alguna razón, del escenario jurídico.

“Para la Sala es claro que si la teoría se entendiera en el sentido de negar valor a un acto administrativo por el sólo hecho de haber desaparecido el o los fundamentos de hecho o de derecho en que se sustentaba, ella no hubiera sido admisible ni antes de la vigencia del Decreto 2304 de 1989 ni después de ella, por la sencilla razón de que el acto administrativo formalmente válido, es decir, el expedido por la administración mediante el procedimiento prescrito por la ley, goza como tantas veces ha dicho la Corporación, de una presunción de legalidad y veracidad que sólo puede destruir el juez de la causa, cuando encuentre que tiene algún vicio por razón del órgano que lo produjo, por la materia sobre la que verse o por el procedimiento que se siguió para producirlo, en lo que coincide con los tres requisitos esenciales que debe reunir una norma jurídica positiva para ser tal, a saber 1. La legitimidad del órgano, 2. La, competencia razione materiae; y 3. La legitimidad del procedimiento.

“Las consideraciones anteriores son las que explican, entonces, la razón del cambio que ocurrió en el artículo 66 del C.C.A. con ocasión de su subrogación por el artículo 9º del Decreto Ley 2304 de 1989. No es, entonces, que por haberse suprimido el ordinal 2º pueda decirse que un acto administrativo del cual hubieren desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho no pueda ser anulado o suspendido por el juez de lo contencioso administrativo sino que lo que significa es que mientras tales suspensión o anulación no se produzcan el acto debe ser aplicado, es decir obedecido, por los particulares y por la misma administración.

“Así entendida la norma, cuando el juez del acto encuentre que los fundamentos de derecho de éste han desaparecido, debe declararlo nulo porque sería absurdo considerar válido lo que la ley considera inválido pues a esto equivaldrá la desaparición de la norma que lo fundamentaba. En este sentido y con este efecto es como debe entenderse correctamente la denominada, impropia, teoría del decaimiento. Naturalmente que lo anterior puede predicarse de los actos de carácter general y de los de carácter particular, en cuanto no se refieran a situaciones concretas pues de estas no podría predicarse decaimiento, en el sentido expuesto.”²² (se subraya)

Con esta misma perspectiva la Sección Quinta ha entendido que si bien cuando el fundamento de un acto es anulado, la misma suerte debe correr éste último, pero sobre la base de que sea el juez del acto quien declare dicha anulación:

“En este orden de ideas, es preciso entender que si expide un acto administrativo de carácter particular con base en un acto de carácter general que se presume válido al momento de la expedición del primero, y el acto que le sirve de fundamento es anulado, y por lo tanto se considera que no ha existido jamás, con mayor razón debe anularse el acto particular, pues el acto que le sirvió de base desapareció del mundo jurídico desde el momento mismo de su creación, y es lógico que el acto particular, al carecer de fundamento, también debe ser eliminado del ámbito jurídico desde el instante mismo de su expedición, es decir, debe ser anulado también, pues solo con dicha medida ‘se logra la plenitud de la tutela jurídica que no se obtendría por la vía de la revocación o de la

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de agosto 3 de 2000, Rad. 5722, C.P. Olga Inés Navarrete.

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, 23 de febrero de 1990, Rad. 5346, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

*derogación, pues estas modalidades de extinción dejan intactos los efectos producidos anteriormente*²³

“Por manera que, no existe en principio una “nulidad ex officio”²⁴ como tampoco una “nulidad consecuencial o por consecuencia”, toda vez que los efectos del fallo de nulidad del acto que sirve de fundamento no se extienden con efectos idénticos al segundo. De allí que si se estima que un acto administrativo es nulo por haber sido declarado nulo el acto normativo que le sirvió de fundamento jurídico, esta decisión de anulabilidad²⁵ con efectos de cosa juzgada sólo compete al juez natural del mismo a términos del inciso primero del artículo 175 del C.C.A. Así lo ha señalado el Consejo de Estado al estimar que:

“El citado memorando fue demandado ante esta Sala y anulado mediante sentencia de 24 de noviembre de 2000, Expediente 5491, con ponencia de este Despacho, según lo puso de presente el Ministerio Público, por lo tanto, dado el efecto retroactivo que por regla general tiene la nulidad de los actos administrativos y encontrándose impugnado el oficio en cuestión, es decir, no estando consolidada la situación que del mismo se desprende, éste corre la suerte del memorando que le sirve de fundamento, tal como lo pone en evidencia el Delegado del Ministerio Público. Así lo reiteró la Sala en sentencia de 6 de mayo de 1999, Expediente número 5260, de la cual fue ponente el Consejero doctor Juan Alberto Polo Figueroa.

“Como quiera que la nulidad de los actos administrativos retrotrae las cosas a su estado inicial, como si el acto no hubiera existido, se desprende de ello que el oficio acusado debe considerarse como expedido sin el fundamento en él invocado, por lo cual la decisión de devolver a la actora su petición, sin que se le diera el trámite debido, vulnera el derecho de petición de la misma. Luego, los cargos tienen vocación de prosperar y, en consecuencia, se decretará su nulidad.”²⁶ (se destaca)

“Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos ex tunc (‘desde entonces’)²⁷, esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo.”²⁸

“En otras palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta de que “la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, 7 de abril de 1995, Rad. 5323.

²⁴ La regla general es entonces la mera anulabilidad del acto administrativo vid. GARCÍA LUENGO, Javier, La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, Civitas, primera ed. 2002, p. 44 y ss.

²⁵ A juicio de Forstthoff: “[e]l acto administrativo no es únicamente una concretización de normas jurídicas referidas a un determinado supuesto de hecho. Su validez y eficacia no radica sólo en ser emanación de las leyes, sino en la propia autoridad que es inmanente al acto administrativo, como se explicó en el lugar oportuno. Sin embargo, en todos sus actos, la Administración está vinculada al Derecho normativo. La incongruencia entre la situación legal y el acto administrativo hace defectuoso a éste. Esta incongruencia no produce necesariamente la nulidad del acto administrativo, en virtud de la autoridad y validez que el obrar de la Administración posee por sí mismo, y por eso el principio del que hay que partir es, más bien, que la contradicción material entre la ley y el acto administrativo produce su anulabilidad. Esto constituye una diferencia esencial respecto del Derecho Civil, la cual tiene que ser reconocida incluso por aquellos que quieren interpretar el acto administrativo con criterios civilistas”: FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid,, 1958, p.337 y ss.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 30 de marzo de 2001, Rad. 5522, C.P. Manuel Santiago Urueta.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 6 de junio de 1999, Rad. 5260, C.P. Juan Alberto Polo.

²⁸ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de 31 de mayo de 1994, Rad. 7245, C.P. Dolly Pedraza de Arenas: “la sanción impuesta como se lee en el texto de la Resolución No. 5082 de 1985 por la cual se sanciona al actor con suspensión de 30 días, sin derecho a sueldo, por no haber atendido el parto de una afiliada del Seguro Social encontrándose de turno en el Instituto, fundamenta la sanción no solamente en el mencionado Acuerdo 158 de 1980, sino en el propio Decreto 1651 de 1977. Pero si ello no hubiere sido así, a pesar de ser cierto que el Acuerdo citado, fue declarado nulo por el Consejo de Estado el 19 de septiembre de 1990, dicha sentencia no toca los efectos de las situaciones concretas e individuales que se produjeron, en este caso, en el año de 1985, en vigencia del citado Acuerdo. En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos erga - omnes, pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya encontraban consolidadas.”

controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado²⁹ ..

“En el presente caso, si bien habría operado el decaimiento del acto administrativo por medio del cual se liquidó el contrato demandado, ello no impide que se efectúe el correspondiente juicio de legalidad solicitado en la demanda, de acuerdo con las circunstancias imperantes al momento de la expedición de las Resoluciones 2050 y 2737 de 1998, por las cuales liquidó unilateralmente el contrato 013 de 1998”.

3.3.2- La institución del anticipo en el contrato estatal, encuentra prevista en el párrafo 3º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y contrae a fijar un límite porcentual al monto que es dable pactar, a saber, un cincuenta por ciento del valor del contrato. En este orden la doctrina como la jurisprudencia han señalado como características conceptuales del anticipo así: **i)** asume como un verdadero préstamo de la entidad contratante al contratista; **ii)** es necesario en ciertos contratos para que el particular cuente con el estatus financiero requerido para dar inicio a la ejecución del objeto contractual; **iii)** los recursos entregados mantienen su naturaleza pública a diferencia de los pagos anticipados, y **iv)** se amortiza paulatinamente en función de los pagos que a favor del contratista se vayan causando.

Señala en esta materia el Consejo de Estado:

“En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato.

(...) “no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de que los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para la utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro.”

En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado su servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de este pago marca la pauta para el computo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo.

Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato.”

En consecuencia, la titularidad sobre los recursos desembolsados por concepto de anticipo encuentra en cabeza del Estado, aun incluso, luego de ser girados al contratista, el legislador y el ejecutivo nacional contemplaron la evidente necesidad de que el buen manejo y la correcta inversión de tales erogaciones fueran incluidos dentro de la garantía única de cumplimiento diseñada para afianzar el buen devenir del contrato estatal, tal

²⁹ Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA, 19 de abril de 1991, Rad. 3151; Sentencia de 13 de octubre de 1995, Rad. 6058, C.P. Delio Gómez Leyva; Sentencia de 23 de marzo de 2001, Rad. 11598, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; 21 de septiembre de 2001, Rad. 12200; Sentencia de 5 de mayo de 2003, Rad. 12248, C.P. María Inés Ortiz B.

cual se preveía en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, que posteriormente fue derogado por el Decreto 4828 de 2008, disposición aplicable al presente asunto, teniendo en cuenta la fecha de suscripción del contrato y la fecha de emisión de los actos acusados, norma que en su artículo 4. 4.2, 4.2.1., con carácter imperativo dispuso:

“Artículo 4. Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de obligaciones. La garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que de manera enunciativa se señalan en el presente artículo:

(...)

4.2 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales: La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:

4.2.1. Buen Manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión de anticipo cubre a entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de i) la no inversión; ii) el uso indebido, y iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.”

Ahora bien, respecto del seguro de cumplimiento de contratos estatales, el Consejo de Estado ha señalado que se trata de un seguro de daños, de carácter patrimonial, porque a través de esta especial categoría de seguro, el asegurador ampara el patrimonio del asegurado contra el incumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato estatal o, lo que es lo mismo, garantizan la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico y garantiza el pago de los perjuicios que experimente la entidad estatal por falta de cumplimiento, total o parcial por parte del contratista, de la obligación asegurada.

Así pues, la póliza de seguro de cumplimiento funge como garantía única de las obligaciones emanadas del contrato y ello implica, que cada amparo deba analizarse de manera independiente, acorde con la naturaleza del riesgo que asume el asegurador. La garantía de cumplimiento está conformada por varias coberturas o amparos, que de acuerdo con el artículo 4.2 del Decreto 4828, son: **i)** buen manejo y correcta inversión del anticipo, **ii)** devolución del pago anticipado, **iii)** cumplimiento, **iv)** pago de salarios y prestaciones sociales, **v)** estabilidad y calidad de obra, **vi)** calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, y **vii)** calidad del servicio.

Ahora, tomando en consideración que, por regla general, los mecanismos de garantía son indivisibles, de forma tal que su cobertura se extiende durante toda la vida del acto jurídico contractual, incluso hasta la etapa de su liquidación y el posterior cumplimiento de las obligaciones derivadas de la misma, el artículo 4.2.1. del mentado Decreto reglamentario 4828 de 2008, prescribe el alcance del amparo del buen manejo y la correcta inversión del anticipo como se señaló en acápites anteriores.

Así las cosas, es forzoso partir de la base de que se está en presencia de un contrato de seguro que opera bajo el sistema de ocurrencia, en donde se hace necesario que el riesgo asegurado se estructure dentro del periodo de vigencia fijado legalmente para la

póliza; el que, valga la pena recordarlo, respecto del amparo en comento, perdura hasta la liquidación del contrato estatal, sin que necesariamente deba hacerse exigible con la liquidación del contrato, pues ello puede suceder antes.

3.3.3. Son de carácter autónomo, los contratos de seguro celebrados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato estatal, y precisa la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, que los contratos de seguro celebrados en ejercicio de la actividad contractual estatal se constituyen en una tipología contractual especial dentro de los demás contratos de seguro, pues por medio de éstos lo que se procura es garantizar y respaldar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista en su calidad de colaborador de la administración con ocasión de un determinado contrato celebrado con ésta, para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como también el cumplimiento de las finalidades estatales³⁰.

De manera que la inclusión de cláusulas de garantías contractuales en los contratos celebrados por la administración, no sólo se erige como un requisito de obligatorio cumplimiento por parte del contratista, sino también en un instrumento para salvaguardar intereses de carácter general, garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual, así como también proteger el patrimonio público de los detrimentos que se puedan causar con ocasión de eventuales incumplimientos en que incurra el contratista.

Ahora bien, atendiendo a la finalidad primordial de ésta tipología especial de contrato tendiente a procurar la satisfacción de los intereses generales o finalidades estatales y de preservar el patrimonio público, no solamente le son aplicables las disposiciones que de manera general regulan los contratos de seguro previstas en el Código de Comercio, sino también aquellas que de forma especial regulan algunos de sus aspectos en derecho público, consagradas fundamentalmente en los artículos 5º No. 4º, 18 inciso final, 25 No. 19³¹, 41 inciso segundo y 60 último inciso de la Ley 80 de 1993, así como también en los artículos 17 a 19 del Decreto 679 de 1994³².

En este entendido, por vía del marco normativo al que se alude se le exige a los contratistas particulares la obligación de constituir una garantía única por medio de la cual se aseguren los posibles riesgos o siniestros que se puedan generar con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación de los contratos celebrados con la administración e incluso los generados en la etapa post contractual, normas que gozan el carácter de orden público, pues por medio de las mismas lo que se busca es proteger el patrimonio público.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. 24.609.

³¹ Este numeral se derogó expresamente por medio del artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

³² Este Decreto fue publicado en el Diario Oficial No. 41287 del 29 de marzo de 1994.

En lo concerniente a las características del contrato de seguro en los contratos estatales, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

“(...) Frente a los contratos estatales, el contrato de seguro presenta las siguientes características:

Si bien el contrato de seguro por naturaleza es derecho privado; la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, puesto que su finalidad es la protección del patrimonio público y la administración no puede renunciar a ella.

b) No es un contrato unilateral en sentido estricto, más bien afecta finalmente, tanto a las dos partes contratantes, como al beneficiario.

c) Es irrevocable por el contratista, por lo tanto, la garantía no expirará por revocación unilateral aun tratándose de mora en el pago de la prima, está tampoco expirará y no podrá la compañía de seguros alegarla como excepción ante la entidad estatal y, por el contrario, deberá reconocer el monto asegurado.

d) Bajo el régimen del Decreto 222 de 1983, los contratos de garantía formaban parte integrante de aquél que se garantizaba, es decir el artículo 70 se ocupó en señalar su carácter accesorio. Esta disposición fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley 80, por lo tanto, no existe un respaldo positivo que asegure dicho carácter.

Ahora bien, bajo la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro constituye un contrato autónomo, pero colabora en el desempeño de la función pública, dado el carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración.

No obstante, su autonomía, el contrato estatal constituye la razón principal que da origen al contrato de seguro y se une de tal modo que su cumplimiento y ejecución dependen del primero. Si bien, el contrato de seguro strictu sensu no es un contrato estatal; y es ser celebrado entre dos particulares en beneficio de un tercero, este tercero siempre es la administración pública. El otorgamiento de la garantía tiene justificación en razón del patrimonio estatal, comprometido por estar afectado directamente, lo cual le confiere un tratamiento especial, distinto de los contratos celebrados en interés de los particulares exclusivamente; tanto es así que la constitución de la garantía y su aprobación son requisitos indispensables para la ejecución del contrato.

De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, y proyecta su eficacia en el tiempo solo si el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato.

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 (...)”³³.

Así las cosas, si bien se entiende que los contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones originadas en la celebración de un determinado contrato estatal, tienen una relación directa e inescindible con éste, son contratos de carácter autónomo que tienen una regulación especial prevista en los artículos 1036 a 1162 del Código de Comercio, aplicables a la actividad contractual del estado por vía del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual mal puede pensarse que le sean aplicables normas que de manera específica regulen los términos para llevar a cabo procedimientos propios de los contratos estatales, tal como lo es el de la liquidación del contrato estatal, para el efecto el Consejo de Estado dispuso:

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de agosto de 2000, Exp. 11.318.

En efecto, si bien la normativa contractual contenida en la Ley 80 de 1993 y el No. 10 del Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establece unos términos específicos para liquidar los contratos estatales, éstos únicamente son aplicables a la realización de dicho procedimiento contractual en específico, sin que pueda entenderse de manera alguna que esos mismos plazos también son aplicables a los contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones originadas en la celebración de un contrato estatal.

Ahora, si bien las normas contractuales contenidas tanto en la Ley 80 de 1993 como en el Decreto 679 de 1994 y las demás normas que lo regulan y complementan establecen la obligación a cargo del contratista de mantener vigentes las pólizas de garantías hasta la liquidación del contrato estatal, no puede entenderse que ante el incumplimiento de dicha obligación el término de vigencia del contrato de seguro es el mismo previsto en la ley para liquidar el contrato estatal.

(...)

Luego, sí lo que ocurre es que en un determinado contrato estatal el contratista constituye una Póliza de seguro con el objeto de garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión de su celebración pero no da cumplimiento a su obligación de mantener su vigencia durante la ejecución y liquidación, es evidente que en estos casos dicha vigencia no se puede ampliar aplicando los términos de liquidación del contrato, pues se repite la regulación de dicho procedimiento es totalmente diversa e independiente de la regulación prevista para el contrato de seguro.

3.3.4. Por regla general corresponde a la activa probar los fundamentos de hecho de sus pretensiones y a la accionada los de su excepción o defensa. Conforme establecía el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la fecha en que se promovió la demanda que nos ocupa y abrió el proceso a pruebas y por consiguiente aplicable en determinación de la realidad procesal emergida de la prueba recaudada y controvertida, antes de la derogatoria de la precitada codificación con la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso – C.G.P. Normativa esta última que reglamenta el tópico de carga de la prueba en su artículo 167, conforme al cual:

“(...) Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

Asimismo, es fuente normativa de la regla técnica de la carga de la prueba, el artículo 1757 del Código Civil, conforme al cual, *incumbe probar las obligaciones o su extinción*

al que alega aquéllas o ésta.

Contexto en marco del cual y tratándose de responsabilidad contractual, caso en concreto, la carga de la prueba es sucedáneo de certeza, de forma que si existe duda sobre los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda, lo por surtir es desestimar las mismas.

3.3.5. Atendiendo el carácter rogado de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en las demandas de nulidad el concepto de la violación se constituye en un parámetro para el ejercicio del control a ser ejercido por el juez de lo contencioso administrativo, quien no puede estudiar más de lo que se le propone en la demanda, es decir, los motivos de violación alegados por el demandante y las normas que él mismo haya señalado como infringidas.

Premisa que armoniza con la obligación del demandante en pretensión de nulidad de indicar las normas y explicarse el concepto de violación, **prevista** en el numeral 4) del artículo 162 del C.P.A.C.A., conforme al cual, *toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contener cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, la indicación de las normas violadas y explicación del concepto de su violación*

En consecuencia, en principio, al juez de lo contencioso administrativo le está vedado examinar pretensiones a la luz de disposiciones diferentes de las invocadas en la demanda, es decir, que sus providencias se circunscriben solo a lo que allí se ha planteado, por ser la demanda el parámetro necesario para que el operador jurídico emita su pronunciamiento judicial según prevé la enunciada disposición, en punto de la que ha decantado el Consejo de Estado³⁴:

“Esta Corporación, por su parte, ha precisado que la carga de indicar la norma violada y exponer el concepto de la violación es trasunto del modelo de justicia rogada que impera en la jurisdicción-contencioso administrativa³⁵. Esta jurisdicción se orienta, así mismo, por el principio dispositivo, por lo que el control de validez de los actos se circunscribe al estudio de las normas aducidas en la demanda y al concepto de la violación que así determina el ámbito de la defensa del demandado, el problema jurídico y el campo de decisión del juzgador³⁶. Además, la presunción de validez del acto administrativo conlleva la carga de demostrar lo precisión la disposición violada o cuando se formulan acusaciones genéricas como concepto de la violación³⁷.

En este orden de ideas, si el juez administrativo se basara oficiosamente en razones de invalidez distintas a las esbozadas como concepto de la violación³⁸ o desentrañara argumentos implícitos³⁹ –que vayan más allá de los fácilmente identificables⁴⁰– estaría decidiendo por fuera de lo pedido (“extra petita”), lo que, además de trasgredir el principio de congruencia (artículo 170, CPC), vulnera el derecho fundamental al debido proceso y a la defensa de la contraparte⁴¹.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 2020, exp. 44414.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 15 de diciembre de 2016, rad. núm. 2013-00374-00. Reiterado en el auto de la Subsección C del 16 de mayo de 2019, exp. 59678.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 18.509, acápite 2º de las consideraciones. Reiterado en el auto de la Subsección C del 13 de marzo de 2017, exp. 57052.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de marzo de 2006, exp. 15471, fundamentos jurídicos III).A.1 y .2.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 19486.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 33934.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 16941, fundamento jurídico 3.1. Reiterado en la sentencia de la Subsección C del 1º de julio de 2015, exp. 34587.

En suma, cuando el pretensor de la nulidad de un acto administrativo no identifique las disposiciones vulneradas con el acto (o estos no puedan identificarse fácilmente) o no exponga el concepto de la violación con cargos claros, ciertos, específicos, pertinentes o suficientes (o estos sean insuficientes pero comprensibles) tendrá que inhibirse⁴² el juzgador. En todo caso, este no podrá fundamentar el juicio de validez del acto en normas o razones distintas a las esgrimidas por el demandante, salvo cuando se advierta una violación palmaria a un derecho fundamental de aplicación inmediata." (se destaca).

En este tópico asume relevancia que, la Corte Constitucional, a través de sentencia C-197 de 1999, analizó la constitucionalidad de la disposición contenida en el numeral 4) del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo - CCA, que en el régimen anterior, reguló los requisitos de la demanda, advertido que la premisa normativa no difiere de la vigente, y en consecuencia, las consideraciones de la Corte Constitucional aplican al en rigor numeral 4) del artículo 162 del C.P.A.C.A, en cuanto contemplaba "*Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.*", y en este orden destaca que, la Alta Corporación concluyó su exequibilidad condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el artículo 4 Superior, ello en aplicación de la prevalencia del derecho sustancial, así lo dispuso:

"2.6. No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que, en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.

2.7. Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

(...)

2.8. Considera igualmente la Corte que la exigencia prevista en el segmento normativo acusado, no puede significar que el juez administrativo pueda sustraerse de la obligación contenida en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", norma esta última que tiende a garantizar la supremacía y defensa del ordenamiento jurídico superior".

3.4. CASO CONCRETO

3.4.1- Aspectos Probatorios

3.4.1.1. En el sub-lite, la comunidad probatoria integrada por documental y testimonial, asume eficaz; advertido que se rige por el Código Contencioso Administrativo - C.C.A y como norma supletoria, por el Código de Procedimiento Civil - C.P.C, como quiera que era el ordenamiento vigente para la fecha de la demanda y de apertura del proceso a pruebas.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 17 de marzo de 2012, exp. 25290; y del 14 de marzo de 2017, exp. 22757, fundamento jurídico 2º.

Secuencia en la que precisa señalar que, *se releva el hecho que la documental obre parcialmente en fotocopia simple*, retomando hermenéutica del órgano de cierre de esta jurisdicción, que sin perjuicio de que el proceso se rija en materia probatoria por el Código de Procedimiento Civil – C.P.C., conjuga el esquema normativo del artículo 246 del Código General del Proceso –C.P.G, para conferir valor probatorio a la documental arrojada en copia simple, cuando no es objeto de tacha, caso en concreto.

3.4.1.2. Finiquitando revisten relevancia para el debate, los siguientes supuestos fácticos y medios de prueba:

- ◆ Contrato de Obra No. 137 celebrado entre el IDU, TRANSMILENIO S.A. y la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL, el 28 de diciembre de 2007, del que destacan en contraste con la controversia los siguientes apartes:

CLÁUSULA 1. OBJETO DEL CONTRATO: *El objeto del presente contrato es la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 al Sistema Transmilenio y el posterior mantenimiento, en el tramo 3 comprendido entre la transversal 76 y la carrera 42B y en el tramo 4 comprendido entre la carrera 42B y la carrera 19, grupo 4 de la licitación público número IDU-LP-DG-022-2007, en Bogotá.*

(...)

CLÁUSULA 3. PLAZO DEL CONTRATO: *El plazo total estimado del contrato es de 86 meses contados a partir de la firma del acta de inicio del contrato por parte del IDU, el interventor y el contratista. La ejecución del mismo, está dividida en tres etapas que tendrán los siguientes plazos:*

1. *Etapas de pre construcción: tendrá un plazo estimado de un mes para cada uno de los dos tramos.*
2. *Etapas de construcción: tendrá un plazo estimado de dieciséis (16) meses para el tramo 3 y veintidós (22) meses para el tramo 4.*
3. *Etapas de mantenimiento: tendrá un plazo fijo de 60 meses.*

Sin embargo, el plazo real de ejecución del contrato corresponderá al que corra entre la fecha de firma del acta de inicio y la fecha de firma del acta de terminación del contrato. Una vez finalizada la etapa de mantenimiento.

(...)

CLÁUSULA 4. ALCANCE Y DESARROLLO DEL CONTRATO. *Esta etapa tiene como finalidad, la preparación por parte del contratista para la adecuada ejecución de la obra contratada. para ello, deberá realizar lo necesario y suficiente en orden a conocer, analizar, estudiar, revisar, evaluar la totalidad de los documentos técnicos, administrativos y legales de este contrato.*

Esta etapa inicia desde la fecha de firma del acta de inicio por parte de la interventoría, el contratista y el IDU y terminará cuando se verifique el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que se establecen en los numerales 4.1.1, 4.1.2, 4.1.3, 4.1.4, 4.1.5, 4.1.6 y 4.1.7. tanto el cumplimiento de los requisitos señalados en este numeral, será condición indispensable para la suscripción del acta de inicio de la etapa de construcción.

- 4.1.1. *Puesta disposición de tramo correspondiente del proyecto (...)*
- 4.1.2. *Puesta disposición de los predios correspondientes al proyecto (...)*
- 4.1.3. *Movilización de equipos, preparación de los frentes de trabajo (...).*
- 4.1.4. *Estudio de conocimiento de los estudios y diseños.*

Durante esta etapa, el contratista deberá realizar lo necesario suficiente en orden a conocer, revisar y estudiar (...) completamente los estudios y diseños que el IDU entregue para la ejecución de las obras objeto este contrato. En consecuencia, finalizada esta etapa, si el contratista no se pronuncia en sentido contrario, se entiende aceptados los estudios y diseños presentados por IDU y asume toda la responsabilidad los resultados de la implantación de los mismos y la ejecución de la obra contratada, con la debida calidad garantizando la durabilidad, resistencia estabilidad y funcionalidad de tales obras.

(...)

CLÁUSULA 7. GARANTÍAS. *Una vez suscrito el contrato por ambas partes, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista deberá presentar para aprobación del IDU una garantía de cumplimiento de las obligaciones contractuales expedida por una Compañía de Seguros o Banco debidamente autorizados para funcionar en Colombia, figurando como asegurados y beneficiarios del instituto de desarrollo urbano IDU y TRANSMILENIO S.A. y como afianzado el contratista, la cual deberá contener todos y cada uno de los siguientes amparos, independientemente del plazo de vigencia que para cada uno de ellos se fije en los numerales subsiguientes:*

7.1.1. AMPARO DE BUEN MANEJO, CORRECTA INVERSIÓN Y DEVOLUCIÓN DEL ANTICIPO. *Este amparo deberá constituirse a favor del IDU y de TRANSMILENIO S.A. para garantizar el buen manejo, correcta inversión del anticipo señalado en el capítulo 10 numeral 10.1 y la devolución de la parte no amortizada. El valor asegurado será del 100% del valor del anticipo.*

Éste amparo deberá tener una vigencia igual al plazo estimado para las etapas de preconstrucción y construcción y seis (6) meses más, es decir una vigencia no inferior a 32 meses calendario, contados desde la presentación de la garantía para su aprobación. En todo caso, la vigencia del amparo deberá prorrogarse a costo y riesgo del contratista, si la vigencia es inicial no cubre seis meses adicionales a la terminación de la etapa de construcción, de tal forma que cumpla con dicha vigencia o si por cualquier otra causa de las etapas de preconstrucción y construcción exceden los plazos previstos en este contrato.

CLÁUSULA 9. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO.

9.1. Valor estimado del contrato. *El valor estimado del contrato será hasta la suma de \$315.580'224.330 de diciembre de 2007, de acuerdo con la sumatoria de los subnumerales siguientes: (...)*

(...)

CLÁUSULA 10. FORMA DE PAGO. *Los pagos a que se obliga Transmilenio S.A. se harán de la siguiente manera, siempre que medie solicitud escrita previa y expresa del IDU. Transmilenio S.A. pagará de acuerdo con el flujo de fondos establecido para el proyecto, de manera que se dispondrá de sumas fijas mensuales para cancelar las obligaciones provenientes de la celebración del presente contrato. Transmilenio S.A. pagará al contratista una suma mensual, que incluye los costos de obras de construcción, labores ambientales y de gestión social, labores de manejo de tránsito y señalización en la etapa de construcción y las obras que se ejecuten a precios unitarios, de acuerdo con lo descrito en el numeral anterior. La interventoría establecerá mensualmente un balance de ejecución del cronograma de metas físicas con el fin de cotejar que los valores facturados correspondan al porcentaje de avance de obra verificado y recibido a satisfacción por la misma.*

10.1. ANTICIPO DEL CONTRATO. *El contratista recibirá a título de anticipo la suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor estimado del contrato, descontando el valor global por mantenimiento y el monto de ajuste establecido para el contrato, sin derecho a ningún tipo de ajustes por el periodo transcurrido entre la presentación de la oferta y la fecha del desembolso del anticipo. Dicho anticipo se tramitará una vez el contratista cumpla con la entrega y aprobación de la interventoría de la información sobre la evaluación y revisión de los estudios y diseños suministrados por el IDU la programación de obra y cronograma metas físicas y el respectivo plan de buen manejo y correcta inversión del anticipo. El pago del anticipo se desembolsará a la cuenta conjunta del proyecto que se constituirá y manejará de acuerdo con lo reglamentado en el decreto 2170/2002.*

Una vez cumplida las condiciones descritas en el parágrafo anterior y el contratista haya presentado valido la totalidad de los documentos necesarios para el trámite

de pago. TRANSMILENIO S.A previa solicitud expresa y escrita del IDU procederá a cancelar al contratista el valor del anticipo dentro de los cuarenta y cinco días (45) días siguientes.

(...)

CLÁUSULA 21. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

(...)

21.3. Arbitramento. Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por tres árbitros, designados de común acuerdo. En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestas por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el domicilio será la ciudad de Bogotá. El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes. (...)

CLÁUSULA 29. CESIÓN Y SUBCONTRATOS. (...) 29.2. Cesión por parte del contratista. El contratista sólo podrá ceder el presente contrato con la previa, expresa y escrita autorización del IDU. En el caso de que esta autorización se obtenga, el cedente en todo caso, seguirá respondiendo solidariamente, conjuntamente con el cesionario, por las obligaciones emanadas del contrato”.

- ◆ Otrosí No. 1. acorde con el cual modifica el numeral 4.1.6 de la cláusula 4 del contrato, relacionada con la programación de obras y con la fecha de entrega de productos del mes tres (3) de la etapa de preconstrucción, prevista en el numeral 4.1, para dejarla a más tardar al 16 de octubre de 2008 (f. 225, c.)
- ◆ Otrosí No. 2. acorde con el cual, entre otros, se modificó el parágrafo del numeral 4. (...) Etapa preconstrucción de la cláusula 4: alcance desarrollo del contrato y cláusula de forma de pago del anticipo (fl. 228 a 240, c)

“Cláusula segunda: modificar el numeral 4.1.4 de la cláusula 4: alcance desarrollo del contrato el cual quedará así:

4.1.4 Estudio y conocimiento de los estudios y diseños: durante esta etapa, el contratista deberá realizar lo necesario y suficiente en orden a conocer, revisar y estudiar cabal y completamente los estudios y diseños que el IDU le entregue para la ejecución de las obras objeto de este contrato. Dentro de los 15 días siguientes al inicio de la etapa de construcción, el contratista deberá presentar el cronograma de actividades a realizar durante los primeros tres (3) meses de esta etapa y la programación de las actividades de complementación, ajuste y actualización de los estudios y diseños entregados por el IDU. Al finalizar este plazo, el contratista deberá entregar los productos finales correspondientes a los estudios y diseños del proyecto.

(...)

CLÁUSULA NOVENA: Modificar el numeral 10.1 de la Cláusula 10: Forma de pago, el cual quedará así:

10.1 Anticipo del Contratista: El Contratista recibirá a título de anticipo la suma equivalente al treinta por ciento (30%) del Valor Estimado del Contrato, descontando el valor global por mantenimiento y el monto de ajustes establecido para el Contratista, sin derecho a ningún tipo de ajuste por el periodo transcurrido entre la presentación de la oferta y fecha del desembolso del anticipo. Dicho anticipo se tramitará una vez se suscriba el Acta de inicio de la Etapa de Construcción y previa aprobación del Interventor del respectivo Plan de inversión del Anticipo. El pago del anticipo se desembolsará a la cuenta conjunta del proyecto que se constituirá y manejará de conformidad con lo reglamentado en el Manual de Interventoría del IDU (...)

- ◆ Otrosí No. 3, acorde con el cual se modifica el numeral 9.1.2 de la cláusula 9 relacionada con el valor estimado del contrato en el sentido de indicar que *“el valor a pagar por precios unitarios estimada está en la suma de \$52.374.127.449 pesos, y comprende la ejecución de las actividades de obras para redes, demolición de predios, adecuación de desvíos incluidos en los apéndices del contrato (...) y actualización de estudios y diseños de qué trata el otro si número 2 del 16 de octubre de 2008, así como las actualizaciones de estudios y diseños que se requiere durante la discusión del contrato. Para este efecto se destinará desde un 5% de la partida para el pago de redes establecidas contractualmente, sin perjuicio dar aplicación a las demás estipulaciones de este numeral (...)”* (fl. 199 y 200)
- ◆ Contrato de seguro, garantía única de cumplimiento No. 00008696 del 25 de enero de 2008 a favor de entidades estatales expedida por Segurexpo de Colombia S.A., acorde con la cual otorga la entidad estatal asegurada, los amparos que se consignan en la carátula de la póliza, con sujeción a la noción de cada uno de ellos como se relaciona a continuación (fls.565 a 569, C):

“(...)”

1.1. Amparo

“(...)”

1.2. Anticipo. *Se ampara a la entidad estatal asegurada por los perjuicios que se le causen, con motivo de la apropiación o uso incorrecto de los dineros o bienes que se le hayan entregado como anticipo del contratista afianzado, para la ejecución del contrato (...)”*

- ◆ Contrato de Cesión del Contrato de Obra No. IDU 137 de 2007, suscrito el 17 de febrero de 2010, por la Unión Temporal Transvial S.A. y el Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S., en razón en que durante la ejecución del Contrato IDU 137 de 2007, se presentaron inconvenientes de diversa índole entre el IDU y la Unión Temporal Transvial S.A., que afectaron el normal funcionamiento del contrato hasta el punto que las obras se encontraban paralizadas y presentaban un retraso significativo en su cronograma de ejecución, por lo que la Unión Temporal Transvial decidió ceder el contrato mencionado. (fls. 271 al 279)

“(...)”

PRIMERA-OBJETO: *Por medio del presente CONTRATO, se efectúa la cesión del Contrato de Obra No. IDU 137 de 2007 por parte de la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL, en su calidad de CEDENTE, al a la Promesa de Sociedad Futura GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ S.A.S en su calidad de CESIONARIO, así:*

"La UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL en su calidad de Contratista, cede a la Promesa de Sociedad Futura GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ S.A.S el Contrato de Obra No. IDU 137 de 2007, suscrito con el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU."

Para dichos efectos las PARTES realizarán, a su costo, las distintas actividades a su cargo teniendo en cuenta los siguientes criterios y definiciones:

1, Por medio de esta cesión del Contrato referido anteriormente, EL CEDENTE, cede y transfiere su posición contractual en calidad de Contratista al CESIONARIO en su estado actual con la excepción de la calidad y estabilidad de las obras realizadas por EL CEDENTE que serán objeto de verificación por las Partes y el IDU.

Parágrafo: Las PARTES entienden que la entrega del Contrato de Obra aquí cedido comprende la entrega de todos los documentos, trámites, permisos y demás actos o actividades ejecutadas por EL CEDENTE para el IDU, en desarrollo del citado Contrato, hasta la suscripción del presente CONTRATO DE CESIÓN, sin perjuicio de lo descrito en el numeral 4 siguiente de la presente Cláusula.

2. Como consecuencia automática de la cesión efectuada por medio de este CONTRATO, el CESIONARIO, ingresará a su patrimonio todos y cada uno de los derechos y obligaciones que se deriven del Contrato de Obra No. IDU 137 de 2007, a efectos de ejecutar hasta la terminación del respectivo Contrato cedido, la totalidad de las actividades comprendidas dentro de su objeto, con excepción de las obligaciones relacionadas con el anticipo y su buen manejo e inversión que están y estarán a cargo del CEDENTE y que se regirán por las disposiciones contempladas en la Cláusula Segunda de este contrato,

3. En virtud del artículo 41 de la ley 80 de 1993 y la Cláusula 29.1 del Contrato IDU 137 de 2007 y como consecuencia del perfeccionamiento de esta Cesión, EL CEDENTE, seguirá respondiendo solidariamente, conjuntamente con EL CESIONARIO, por las obligaciones emanadas del Contrato de Obra a partir de la suscripción del presente CONTRATO.

4. Con la suscripción de este CONTRATO, EL CESIONARIO declara expresamente conocer el estado de ejecución del Contrato. Asimismo, asume en el estado en que se encuentra, el Contrato IDU 137 de 2007 y en consecuencia acepta como tales y ciertas las obras realizadas, más no la responsabilidad constructiva (incluyendo calidad y estabilidad) de las mismas.

Para tal efecto, se deberá llevar a cabo una verificación integral conjunta de la obra objeto del Contrato IDU 137 de 2007, por parte del CEDENTE, EL CESIONARIO, el IDU y la Interventoría del Contrato - Intercol, durante un plazo no superior a dos (2) semanas a partir de la suscripción del presente contrato.

Dicha verificación será encabezada por la Comisión de Topografía del CEDENTE, CESIONARIO y la Interventoría, acompañado de un representante del IDU.

SEGUNDA. ANTICIPO- Con relación al Anticipo, se procederá de la siguiente manera:

1. Se conformará una Comisión integrada por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, la Interventoría del Contrato - Intercol, Segurexpo S.A. y EL CEDENTE, la cual realizará durante un periodo no superior a dos (2) semanas contadas a partir de la suscripción del presente CONTRATO, la revisión integral de la cuenta del Anticipo en los términos establecidos en el Manual de Interventoría del IDU y de las Cláusulas del Contrato IDU 137 de 2007, de la cual resultará un informe.

2. Este informe será sometido a una revisión financiera y contable por parte del IDU dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación del informe por la Comisión.

3. Una vez realizada la revisión financiera y contable en donde se determinen las sumas efectivamente legalizadas y aceptadas del Anticipo; las sumas no legalizadas y aceptadas del anticipo utilizado (girado), serán reembolsadas a la nueva cuenta que abrirá EL CESIONARIO para el Anticipo, por parte del CEDENTE y/o Segurexpo S.A., mediante los mecanismos que la entidad aseguradora determine en un plazo no superior a cuarenta y cinco (45) días contados a partir del Acta de Acuerdo que el IDU, las PARTES y la aseguradora suscribirán para dichos efectos.

Para efectos de asegurar el cumplimiento de la obligación consagrada en este numeral en cabeza de Segurexpo S.A., el presente documento prestará mérito ejecutivo.

4. En el evento de existir sumas no legalizadas, ni aceptadas por la Comisión en la revisión de la cuenta del Anticipo, EL CESIONARIO aceptará como parte del reembolso de dichos recursos, el pago mediante la entrega en propiedad de unos equipos y materiales de construcción pertenecientes a algunos de los miembros del CEDENTE y/o sus empresas filiales, bajo las siguientes condiciones:

- (a) Los equipos y materiales de construcción serán revisados por EL CESIONARIO y únicamente recibirá aquellos que, a su criterio, estén en perfecto estado de funcionamiento y que considere que son necesarios para la ejecución del Contrato IDU 137 de 2007;
- (b) Los equipos y materiales de construcción será recibidos por el valor en libros y/o la transacción comercial y/o la transacción financiera, para lo cual EL CEDENTE deberá entregar copia de la documentación legal correspondiente;
- (c) Respecto del valor comercial de dichos equipos se realizará la depreciación contenida en el Estatuto Tributario.
- (d) Los equipos y materiales de construcción serán recibidos dentro de las dos (2) semanas siguientes a la verificación que haga la Comisión de la legalización del Anticipo.

TERCERA. MANEJO DE LAS GARANTÍAS. como consecuencia de la suscripción del presente CONTRATO DE CESIÓN, EL CESIONARIO deberá sustituir a la parte CEDENTE en todas y cada una de las garantías relacionadas y expedidas con ocasión del Contratos IDU 137 de 2007, por la compañía de seguros Segurexpo S.A, y en las cuales aparece como afianzado la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL y como beneficiario; dichas garantías se describen a continuación:

1. Garantía de cumplimiento de las obligaciones del contrato, expedida mediante la póliza número 00008696 del 25 de enero de 2008 y la cual contiene los siguientes amparos: (...)

- ◆ Resolución No. 889 de 26 de marzo de 2010, expedida por el Director General del IDU, por la cual se declara el siniestro del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato 137 2007 cubierto con la póliza de cumplimiento 00008696 expedida por la compañía de seguros Segurexpo de Colombia S.A., - constancia de notificación del 26 de abril de 2010 a la Compañía de Seguros SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y edicto elaborado de 26 de marzo de 2010, fijado el 13 de abril de 2010 por el término de 10 días, desfijado el 26 de abril siguiente- (fls. 84 a 404 C. 2 de pruebas)

“Que el contrato inició su ejecución el 17 de junio de 2008, según acta No. 1 de inicio del contrato de obra suscrita por el representante de la unión temporal Transvial, un representante de la interventoría consorcio Intercol y el IDU.

Que con relación al buen manejo y correcta inversión del anticipo, mediante oficio No. IDU-174-2017 radicado IDU-10775 de 4 de diciembre de 2009, la interventoría Consorcio intercol, atendiendo lo establecido en la cláusula 7.7.1. El Contrato IDU 137 de 2007, informa que el contratista unión temporal Transvial, continúa sin atender lo requerido en oficios IDU 174-1363 /1554 /1369 /1650/ de 2009, por medio de los cuales se requirió presentar los inventarios y la ubicación de la maquinaria, equipo y los materiales aportados en el proyecto con los recursos del anticipo con la finalidad de verificar la debida inversión del mismo.

Que de igual forma en los oficios enviados al IDU: IDU 174-665/1872/1873 de 2009, la interventoría informa de los indicios de una indebida inversión del anticipo.

Que lo anterior da lugar a que el IDU mediante comunicación IDU No. 87589 del 21 de diciembre de 2009 citara al contratista en la audiencia de descargos que se cumplió el 30 de diciembre de 2009 con participación de Segurexpo S.A.

Quién (...) contratista presentó su descargos y radicó por escrito los mismos solicitando (...) al IDU se abstuviera de realizar la declaración de siniestro por el presunto irregular manejo de inversión del anticipo, en tanto en la unión temporal Transvial ha dado pleno cumplimiento de los requisitos contractuales previstos en este sentido (...)

Que paralelamente la interventoría consorcio intercol da cuenta al IDU de los reiterados incumplimientos y retrasos que en la ejecución contractual se presentan en el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, según obran los informes entregados por la interventoría consorcio intercol así:

- No cumplió cabalmente los plazos previstos con las obligaciones a su cargo en la etapa de construcción debido al incumplimiento reiterado en las metas físicas del cronograma (literal a. Cláusulas 5 y apéndice G del contrato)
- No adelantó las horas de construcción dentro de los tiempos de ejecución pactados, ni asignó los requisitos del personal requerido. (Literal G, cláusula 5 del contrato).
- No adelantó las horas de ejecución de desvío necesarios y requeridos para la ejecución de contrato. (Literal i. Cláusula 5 del contrato)
- No mantuvo los equipos, materiales y personal necesario para la ejecución de las obras. (Literal J. Cláusulas 5 del contrato).
- No cumplió con la aplicación del manual de interventoría del IDU para el manejo del anticipo, particularmente por cuanto el contratista no permitió que la interventoría verificara su inversión (apéndice B numeral 1 del contrato).
- No hizo entrega oportuna de la actualización de los diseños tal como lo prevé el Otro si número 2 del contrato.

Igualmente incumple con sus obligaciones con los subcontratistas y proveedores siendo la principal prueba de hecho los embargos decretadas por el juzgado segundo laborales de Güito de Bucaramanga (...)

(...) que de conformidad con el contrato de cesión del contrato de obra IDU 137 de 2007 de fecha febrero 17 de 2010 y el otro si número 6 suscrito el 4 de marzo de 2010 con excedente, se retoma el análisis de la inversión y manejo del anticipo, sometiendo el diagnóstico final el resultado de la revisión integral y revisión financiera y contable de la cuenta del mismo en los términos establecidos en el manual de interventoría leído en las cláusulas del contrato.

Que teniendo en cuenta el documento de cesión entre la Unión Temporal Transvial y la Promesa de Sociedad Futura Grupo Empresarial Vía Bogotá de fecha 17 de febrero de 2010, el Otrosí No. 6 al Contrato IDU 137 de 2007, y lo establecido en la Resolución No. 587 del 5 de marzo de 2010, aclarada mediante Resolución 606 de la misma fecha, se procedió a constituir una mesa de trabajo integrada por el IDU, SEGUREXPO S.A., la Interventoría y la Unión Temporal Transvial con el objeto de la revisión integral y financiera y contable del anticipo manejada por la Unión Temporal Transvial.

Que estas mesas de trabajo se adelantaron entre el 8 y el 19 de marzo de 2010, levantando las correspondientes actas suscritas por los designados para el efecto por el IDU, SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. la Interventoría Consorcio Intercol y la Unión Temporal Transvial, cuyo resultado se consigna en el informe de legalización de anticipo radicado IDU 022472 del 19 de marzo de 2010, con alcance radicado No. 022732 del 23 de marzo de 2010, el cual forma parte integral de la presente resolución y el que se concluye lo siguiente:

El anticipo a girar corresponde a un monto de \$85.751.927.394 de acuerdo con la cláusula 10 número 10,1 del contrato. El valor realmente consignado la cuenta conjunta de anticipo corresponde un monto de \$81.246.831.024, la diferencia entre estos dos valores corresponde a los siguientes descuentos:

- Contribución especial ley 1106/06 por un monto de \$4.287.596.370.
- Embargo realizado a CONDUX S.A. de CV por un valor de \$217.500.000.

A lo legalizado de anticipo, entendiéndose por este valor del monto del anticipo invertido en obra y cuyos soportes fueron revisados y avalados en las mesas de trabajo corresponde a un monto de \$41.036.806.427. En este orden el valor no legalizado de anticipo asciende a un monto de \$44.715.120.967.

Del anticipo girado, el contratista amortizó la suma de \$12.955.762.078, quedando pendiente por amortizar una suma de \$28.081.044.349, suma que deberá ser reembolsado por cuanto la obra ejecutada con estos recursos fue reconocida a través de actos de obra y no es posible su amortización por parte de la unión temporal Transvial.

Asimismo, será objeto de devolución la suma correspondiente al valor no legalizado de anticipo y que asciende, tal como se expuso anteriormente a un monto de \$44.715.120.967.

Confirma del mal manejo de los recursos girados de anticipo por cuanto la unión temporal destino solo \$12.955.762.078 ejecución de la obra debiendo haber invertido la totalidad de los mismos para que la obra hubiese sido ejecutada en los plazos establecidos contractualmente y esta manera evitar los atrasos que paulatinamente se fueron presentando en desarrollo de la misma.

Evidente con este manejo, que los recursos se encuentran en manos de terceros que no ejecutar una obra, configurándose esto como una apropiación indebida de los recursos.

El contratista para el giró los recursos del anticipo presentó los respectivos soportes, pero nunca presentó los documentos requeridos para su legalización, tales como facturas o documentos que acreditaron la inversión de estos recursos en la obra y que nunca hubiere podido entregar en los informes mensuales siguientes a los giros realizados, cuyos montos representativos se encontraban girados a: i) Baldosines y Materiales de Colombia; ii) Colmena; iii) Acero Estructural de Colombia; iv) MNV Manuel Nulle Veilla S.A.; v) Gas Kpital Gr Ltda.; vi) Tecniciviles S.A.; viii) Unión Temporal Transvial; viii) Espacios y Conceptos, tal como consta en el informe de legalización del anticipo con radicado IDU No. 022 472 del 19 de marzo de 2010, con alcance radicado IDU No. 022732 del 23 de marzo de 2010 anexo a esta resolución.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: *Declarar la ocurrencia del siniestro del contrato IDU 137 de 2007, celebrado con la Unión Temporal Transvial, por el buen manejo y correcta inversión del anticipo de conformidad con lo consignado en la parte motiva de este acto administrativo.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Como consecuencia del anterior, ordenar el pago del siniestro en cuantía de SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS DIEZ Y SEIS PESOS (\$72.796.165.316 m/cte) a favor del IDU.*

ARTÍCULO TERCERO: *Declarar que la ocurrencia del siniestro será cubierto por la garantía única de cumplimiento No. 00008696 expedida por Segurexpo de Colombia S.A. en su amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por un monto igual a SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO SESENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS DIEZ Y SEIS PESOS (\$72.796.165.316 M/CTE).*

ARTÍCULO CUARTO: *Requiere el representante legal de seguro expo de Colombia S.A. para que cumpla con el pago de la garantía única de cumplimiento en su amparo y buen manejo y correcta inversión del anticipo de conformidad con el artículo 10 80 del código de Comercio (...)*

- ◆ **Recurso de reposición interpuesto por SEGUREXPO DE COLOMBIA, acorde con el cual argumenta que la Resolución No. 889 de 2000, fue falsamente motivada por cuanto no se estableció que los incumplimientos del contratista Unión Temporal Transvial obedecieron a la falta de entrega de estudios y diseños por parte del IDU para ejecutar la obra, sumado a que dicho incumplimiento daba para la aplicabilidad del artículo 1609 del Código Civil en atención a que la Entidad incumplió con su obligación y ello deviene en el incumplimiento del contratista. Manifiesta que por medio del otro si número 2 al contrato 137 2007 se le traslada el contratista no sólo la complementación de los diseños insuficientes que tenía, sino la elaboración de la mayor parte de los diseños que permitieran la ejecución de la obra.**

Alude que la verdadera causa eficiente de los de fases de los cronogramas y el incumplimiento del contratista, fue la falta de aprobación de los estudios y diseños por parte del IDU, situación sobre la cual, según el recurrente, la resolución 889-2000 10 guarda silencio.

“La Resolución 889-2000 10 es nula porque además de no estar legalmente motivada, adolece de falsa motivación en los términos del artículo 84 (...) en la medida que, como se advirtió, oculta toda una serie incumplimientos de la entidad, y de hechos que les sean imputables, que además de previos, son los generadores del desfase del que se prevalece la resolución para fundamentar la exigencia económica que hace (...)

El acto administrativo impugnado está falsamente motivado, porque nadie dice del incumplimiento del Instituto de desarrollo Urbano, de la imperativa disposición del numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 (...).

“éstos hechos generadores de retrasos en las obras son sólo imputables al IDU a título de culpa, y parte de la violación de la ley ya que ab initio nos referimos, deviniendo consecuentemente en permanentes demoras en cada uno de los ítems de la contratación, que no hubieran existido de exigir la entidad al consultor que es supuestamente prepararía los diseños para la obra, una cumplida ejecución de sus contratos de consultoría”.

- ◆ Recursos promovidos por la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A. aludiendo violación al debido proceso, en tanto no existió congruencia entre el objeto de la audiencia de descargos y los antecedentes de la misma; Megaproyectos S.A. refirió sobre el buen manejo del anticipo que se realizó conforme lo pactado.
- ◆ Resolución No. 2337 del 28 de julio de 2010, expedida por el Director General del IDU, que confirma y modifica la resolución 889 de 2010, por la que se declara el siniestro del amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato 137 2007, cubierto con la póliza de cumplimiento 00008696, expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., en el sentido de disminuir el monto cobrado por dicho siniestro a \$69.245.234.154, y que consigna con interés para la controversia que ocupa a la Sala, conforme sigue:

“En el caso concreto, afirma el recurrente que la causa de la declaratoria de la ocurrencia del siniestro cubierto por la garantía única del contrato 137 de 2007 (...) fue el presunto incumplimiento del IDU en la entrega de estudios y diseños, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 25, num. 2º de la Ley 80 de 1993.

Al respecto, la entidad desestima esta argumentación, debido a que tal como se analiza de manera exhaustiva (...), el motivo de la declaratoria de siniestro fue el incumplimiento de la Unión Temporal Transvial de dar adecuado uso de los recursos correspondientes al anticipo, lo que imposibilita su amortización y conllevó a que la entidad garantizara la devolución de la parte no amortizado haciendo efectiva la garantía única del contrato 137 de 2007, riesgo que se encuentra cubierto por la póliza de seguro No. 00008696 expedida por Segurexpo de Colombia S.A. (...)

Para la apertura del proceso licitatorio IDU-LP-DG-022-2007, que daría lugar a la suscripción del contrato 137 del 2007, la entidad contó con la información de los estudios y diseños suficientes y necesarias relacionada con los planos, memorias e informes requeridos para la elaboración de la propuesta por parte de los proponentes. Asimismo es necesario precisar que dicho proceso se desarrolló dando cumplimiento a lo establecido por la ley 80 del 93 y sus decretos reglamentarios, y que como parte del desarrollo del proceso licitatorio, para efectos del mayor conocimiento del proyecto, tanto de los interesados en particular en el proceso licitatorio, como de los interesados en

general, se dispuso de cuarto de datos, en el cual se consignó toda la información inherente del proyecto, la cual fue elaborada y provino de las labores adelantadas por la consultoría, contando con la previa validación de la firma interventora, que en su momento llegó dicha documentación a la entidad, y con la cual la administración tuvo la certeza y seguridad, de contar con la información necesaria y suficiente para iniciar el proceso licitatorio de los proyectos de la fase III (troncal calle 26 y carrera 10), y los oferentes pudieron establecer la dimensión del proyecto, en términos de alcance y costas entre otros para efectos de formular su propuesta en el momento de participar en la licitación.

(...) El desarrollo del proceso licitatorio, la entidad dio respuesta todas las inquietudes surgidas y manifestaciones por los interesados, así como a sus solicitudes adicionales de consecución de la documentación, para los cuales fue entregado en medio magnético la información del proyecto, así como el presupuesto, con el propósito de que los oferentes tuvieran la información que de primera mano y pudieran optimizar el recurso del tiempo, para la valoración de su propuesta, lo cual tuvo como resultado la presentación de 36 propuestas distribuidas en los diferentes grupos de la licitación, y el resultado final del proceso con la ubicación de los cinco grupos de licitación de obra.

(...) los estudios y diseños en DVDs junto con listados de planos.

En las etapas de preconstrucción de los contratos de obra, los contratistas debían realizar lo necesario suficiente en orden a conocer, revisar y estudiar cabal y completamente los estudios y diseños entregados por el IDU, con el fin de determinar la necesidad de optar, adecuar, complementar ajustar los mismos, proceso dentro del cual se presentaron observaciones en cuanto es por parte de las firmas contratistas sobre los diseños, donde es el respectivo trámite por parte de la entidad cada una de las disciplinas del diseño, todo dentro del proceso establecido en el alcance del contrato.

En este punto, debemos resaltar el reconocimiento que frente a la existencia y conocimiento de los mismos realizó la Unión Temporal transvial en la carta de presentación de la propuesta, que no pertinente señala:

“que conocemos la información general de los pliegos de condiciones y aceptamos los requisitos en ellos contenidos.

(...)

6. Que conozco los estudios y diseños, las especificaciones particulares y generales de construcción, las especificaciones de las redes de servicios y todos los documentos que conforman el proyecto para su correcta ejecución”

De igual forma, tanto en el contrato 137 2007, como en el Otrosí No. 2, se señaló con claridad la responsabilidad del contratista en relación con los estudios y diseños, de tal manera que resulta totalmente improcedente que el apoderado de la aseguradora invoque ahora como argumento defensivo las presuntas deficiencias o falencias de unos productos que conoció y aceptó el contratista, aún con anterioridad a la suscripción y adjudicación del contrato. Tampoco puede el particular ir en contra de sus actos propios, ni alegar en su favor su propia culpa, la experticia que demandaba la ejecución de las obras objeto del contrato, proponía la valoración técnica y económica de forma presente la presentación de la propuesta dentro de la licitación pública IDU -LP-DG-022-2007”

Respecto de la solicitud de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. relacionada con la aplicabilidad del artículo 1609 del Código de Comercio – C. de Co, el IDU argumentó en el acto administrativo en comento, así:

“De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, la institución prevista en el artículo 1609 del Código Civil se perfila como una regla (...) que orientan los contratos conmutativos es que permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su cocontratante no ejecutar la suya.

El artículo 3 de la ley 80 de 1993 indica que los contratos estatales se rigen por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en las materias particulares reguladas en el estatuto de contratación estatal, razón por la cual se deduce que la previsión dispuesta en el artículo 1609 del código civil tiene plena aplicación y se predica tanto para el particular contratista como para la administración contratante, puesto que en

los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte.

(...) quedó plenamente demostrado que no existe incumplimiento del Instituto de desarrollo Urbano de las obligaciones emanadas del contrato 137 de 2007, debiendo agregar que no existe relación alguna entre (...) incumplimientos alegados por el apoderado de la compañía aseguradora en su recurso, y que fue el incumplimiento de la Unión Temporal Transvial por el inadecuado uso de los recursos correspondientes al anticipo, lo que imposibilita su amortización y conllevó a que la entidad garantizara la devolución de la parte no amortizar haciendo efectiva la garantía única del contrato 137 2007.

(...) se puede concluir que el IDU realizó todas y cada una de las actividades tendientes a dar cumplimiento a los principios de planeación y economía, haciendo especial énfasis en los asuntos relacionados con los estudios y diseños previos.

(...) de esta manera, se concluye que la excepción de contrato no cumplido, alegado en el recurso, no es procedente por cuanto no existe incumplimiento alguno por parte del IDU que haya puesto el contratista en razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones estipuladas contractualmente. De esta forma, se desestima esta argumentación”.

En relación con la solicitud de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., de presentarse incumplimiento del artículo 1077 del Código de Comercio – C. de Co., relacionado con la necesidad de especificidad del monto no amortizado cobrado, el IDU argumentó:

“(...) es claro conforme a esta norma, el deber que subyace sobre las entidades públicas al expedir el acto administrativo que queda a la ocurrencia del siniestro, demostrar la realización del hecho que da origen a la obligación del asegurador, en otras palabras, el incumplimiento del contratista que está amparado por la garantía única contenida en la correspondiente póliza de seguros.

Con fundamento en el informe relativo al anticipo, presentado al IDU mediante oficio No. 022472 del 19 de marzo de 2010, complementado mediante comunicación No. 0227 32 del 23 de marzo de 2010, el cual forma parte integral de la resolución recurrida, y que constituyó el resultado de las mesas de trabajo conformadas por el IDU, Segurexpo de Colombia S.A., la firma interventora Consorcio Intercol, y la Unión temporal Transvial, para revisión integral, financiera y contable del anticipo desembolsado a la unión temporal, el IDU pudo establecer:

1. *Qué de acuerdo con la cláusula 10, número 10,1 del contrato 137 de 2007, el valor del anticipo del contrato 137 de 2007, correspondía a la suma de \$85.751.927.394, de los cuales fue desembolsado a la Unión Temporal Transvial, un monto equivalente a \$81.246.831.024, en razón de los siguientes descuentos: a) contribución especial de la Ley 1106 de 2006 por un valor de \$4.287.596.370 y, b) embargo realizado a Codux S.A. de CV. Por un valor de \$217.5000.000.*
 - a. *Que el valor amortizado por la Unión Temporal Transvial, en cumplimiento de la obligación contenida en la Cláusula 10, núm. 10.2.4.1. del contrato 137 de 2007, correspondió a la suma de \$12.995.762.078, restando por amortización una suma de \$72.796.165.316 equivalente a diferencia entre el valor desembolsado y el valor amortizado.*
 - b. *Que a la Unión Temporal Transvial le corresponde devolver al IDU la suma de \$72.796.165.316 equivalente a lo no amortizado del anticipo que le fue entregado en virtud de la Cláusula 10 del Contrato.*

Teniendo en cuenta que dentro de las notas aclaratorias de la póliza no existió limitación alguna frente al cubrimiento de la evolución de la parte no amortizar el anticipo del contrato, el IDU debe concluir irrefutablemente que la póliza número 00008696 expedida por Segurexpo de Colombia S.A. ampara conforme a sus condiciones especiales, la devolución al asegurado (IDU) el valor del anticipo no amortizado por la Unión Temporal Transvial.

Tal análisis quedó consignado en el oficio 0227 32 del 23 de marzo de 2010 que complementó la comunicación número 022472 del 19 de marzo de 2010, a través de la cual la interventoría presenta al IDU los resultados de las mesas de trabajo para la revisión del anticipo que formaron parte integral de la resolución recurrida, en la cual se señaló: en resumen el valor objeto devolución corresponde a la suma del valor no legalizado anticipo más el valor legalizado anticipo no amortizado, el valor que la fecha asciende a la suma de \$72.796.165.316.00.

En la parte del considera activa de la resolución 889-2000 10, se señaló expresamente: “que el contrato IDU 137 de 2007, dispuso en su cláusula siete garantías, lo siguiente en lo relacionado con la garantía de cumplimiento y el amparo de buen manejo, correcta inversión y devolución del anticipo:

7.1. Garantía de cumplimiento de las obligaciones del contrato (...)

7.1.1. Amparo de buen manejo, correcta inversión y devolución del anticipo. Este amparo deberá constituirse a favor del IDU y del Transmilenio S.A para garantizar el buen manejo, correcta inversión del anticipo señalado en el capítulo 10 numeral 10.1 y la devolución de la parte no amortizada. El valor asegurado será del cien por ciento (100%) del valor del anticipo (...)

Hemos de precisar, sin embargo, que actualmente están pendientes de pago en la unión temporal, las actas número 15 y 16, que corresponden a las obras ejecutadas los meses de enero y febrero de 2010. A la fecha, tenemos los siguientes valores:

Valor del Anticipo	\$85.751.927.394
Menos valor amortizado diciembre 2009	\$13.493.542.510
Saldo por amortizar (1)	\$72.258.384.884
Valor Actas 15 y 16 en trámite	\$7.566.864.032
Menos descuentos interventoría relacionados en el documento de interventoría con radicado IDU 20100526009558-2	\$2.946.567.574
Menos valor a descontar por acero	\$1.607.145.728
Saldo del acta que se aplica para amortizar anticipo (2)	\$3.013.150.730
Valor pendiente de amortización del anticipo (1-2)	\$69.245.234.154

En este punto, la entidad se remite al numeral segundo de la cláusula 1 del acuerdo de cesión del contrato 137 de 2007, el cual señaló que grupo empresarial Vías Bogotá S.A.S. Ingresaría en su patrimonio todos y cada uno de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato de obra No. IDU 137 de 2007 “con excepción de las obligaciones relacionadas con el anticipo (...) Que estarán a cargo del cedente...”

Teniendo en cuenta que el anticipo conserva la naturaleza de dinero público hasta tanto no esté amortizado, y que en el presente caso, en virtud del acuerdo de cesión se excluyó la posibilidad de que el cesionario, grupo empresarial Vías de Bogotá S.A.S., continuara amortizando el anticipo pactado dentro del Contrato 137 de 2007, se concluye que las actas número 15 y 16 que corresponden a las obras ejecutadas por la Unión Temporal en los meses de enero y febrero de 2010, son las últimas que el IDU podrá amortizar. Sin embargo, persiste en cabeza de la unión temporal la obligación de amortizar la totalidad del anticipo pactado en el respectivo contrato, lo que hace procedente que el IDU amortice el 100% del valor pendiente de pago de estas actas, es decir la suma de \$3.013.150.730.

(...) corresponde a la entidad retasar el valor del siniestro conforme a los valores señalados

Así, el valor por el que deberá declararse el siniestro, por ser equivalente a la suma que debe devolverse, por no haber sido amortizar por la unión temporal, es de SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$69.245.234.154)
(...)

Retomando los argumentos del recurrente, se desestima su afirmación en el sentido de que la entidad no demostró la ocurrencia del siniestro cubierto por la garantía, toda vez que tal como ha sido ampliamente desarrollado en este aparte, el IDU si individualizó, precisó y determinó el hecho que motivó la expedición del mencionado acto, es decir, la ocurrencia del siniestro consistente en: el incumplimiento de la Unión Temporal Transvial (...) por inadecuado uso de los recursos correspondientes al anticipo, lo que imposibilitó su amortización y conllevó a que la entidad garantizara la devolución de la parte no amortizada haciendo efectiva la garantía única del contrato 137 de 2007, riesgo que se encontraba cubierto por la póliza de seguro número 00008696 expedida por Segurexpo de Colombia S.A.

Asimismo, se desestima el argumento del recurso según el cual no se cuantificó el valor del siniestro, por cuanto el IDU fue claro en establecer que el valor del mismo correspondía la devolución del valor no amortizado por la unión temporal. En definitiva, el siniestro cubierto por la garantía única asciende a la suma de \$69.245.234.154, valor resultante de la rectas acción efectuada en las partes anteriores.”

En relación con la solicitud de SEGUREXPO S.A. de terminación del Contrato de Seguro por violación de la garantía aludiendo que con el Otrosí No. 2, no fue aceptada por la Compañía Aseguradora, el IDU en el precitado acto administrativo, motivó que aquella conoció e hizo constar su aceptación, y precisa conforme sigue:

“El IDU, acudiendo al certificado número 00030469 el 10 de septiembre de 2009, de modificación la póliza número 00008696 expedido por Segurexpo de Colombia S.A. para garantizar el Contrato 137 de 2007, desestima plenamente la argumentación del recurrente. En efecto, en tal certificado se expresa:

“OBJETO:

POR MEDIO DEL PRESENTE CERTIFICADO SE HACE CONSTAR QUE LA COMPAÑÍA CONOCE Y ACEPTA LO SIGUIENTES OTROSÍ:

*OTROSÍ NO. 1 DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2008
OTROSÍ NO.2. DEL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2008
OTROSÍ NO. 3. DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2008
OTROSÍ NO. 4. DEL 07 DE JULIO DE 2009.*

TODOS LOS DEMÁS TÉRMINOS Y CONDICIONES CONTINÚAN SIN MODIFICACIÓN ALGUNA”.

Queda claro entonces, que la compañía segurexpo de Colombia S.A. no sólo conoció, sino que aceptó de manera expresa la modificación contractual que motivó la suscripción del Otrosí número 2 al contrato 137 de 2007, continuando con la garantía única en los amparos y vigencias originalmente convenidos”.

Frente a la solicitud de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., sobre cifras reales del anticipo y argumento que por razón a la terminación anormal del contrato y cesión aceptada por el contratante, no puede amortizarse en ciento por ciento y procedía realizar una liquidación que refleje con exactitud las sumas de dinero que el contratista invirtió en la obra y que están representadas en actas de obra parcial no pagadas. El IDU en explicó, que la cesión no constituyó terminación sino modificación del contrato y esa circunstancia refuerza el monto arrojado, que no fue amortizado y debía ser devuelto al IDU por el contratista con amparo de póliza de seguros, y precisa en esta secuencia así:

“(…) en el presente caso, la cesión que se propuso al IDU como alternativa para continuar con la ejecución del contrato 137 de 2007, habida cuenta de los incumplimientos graves de la Unión Temporal, que fundamentaron el inicio del procedimiento de declaratoria de caducidad del contrato, no constituyó un modo, ni normal, ni anormal de terminación, sino una modificación al mismo, tal como lo establece el artículo 887 del Código de Comercio.

En cuánto al alegato del recurrente sobre la liquidación como presupuesto para la determinación de la ocurrencia del siniestro, es claro, de las previsiones contenidas en los artículos 60 de la ley 8 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, que la misma no constituye ningún presupuesto procedimental para el inicio de actuaciones administrativas, como en este caso la relacionada con la ocurrencia del siniestro, el deber exigible a la entidad, es tener certeza sobre tal ocurrencia sobre el monto del perjuicio que se hará efectivo a través de la garantía única.

(…) con fundamento en el acervo probatorio existente especialmente, en el informe relativo al anticipo que recoge las conclusiones de las mesas de trabajo en las que participaron la Unión Temporal, el garante, la interventoría y el IDU (el cual hace parte integral de la resolución recurrida y en el informe presentado por la interventoría mediante

oficio IDU-174-2525, con radicado IDU no. 2010 526 009558 2, estableció que de los \$85.751.927.394, que pactaron las partes como anticipo, la unión temporal Transvial sólo amortizó conforme a la cláusula 10, número 10.2., 4.1 del contrato 137 de 2007, la suma de \$13.493.546.510 (más \$3.013.150.730 que equivalen al valor de la amortización de las actas 15 y 16).”

Sí, se logró demostrar que el valor del perjuicio ocasionado en la entidad cubierto por la póliza número 00008696 expedida por Segurexpo de Colombia S.A. ascendió a \$69.245.234.154, suma que corresponde a lo no devuelto al Instituto, por no haber sido amortizado por la unión temporal.

(...) el siniestro fue declarado precisamente por el valor no amortizado, el cual continúa teniendo la calidad de recursos públicos. Así, como quiera que la amortización de los mismos por parte de la Unión Temporal Transvial no es posible, debido a que el acuerdo de cesión que ella misma suscribió con el grupo empresarial Vías de Bogotá S.A. (...) la imposibilitó para ejecutar las obras, se concluye que el valor del siniestro equivale al valor total no amortizado, que no podrá ser devuelto al IDU mediante tal ejecución. El valor del perjuicio para IDU, está precisamente establecido en dicho monto (...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: confirmar la Resolución 889 proferida por el IDU el 26 de marzo de 2010, en el sentido de declarar la ocurrencia del siniestro dentro del contrato 137 de 2007 celebrado con la Unión Temporal Transvial, y hacer efectiva la garantía única contenida en la póliza número 00008696, expedida por Segurexpo de Colombia S.A., en su amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, conforme con lo expuesto en la parte emotiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Modifíquese los artículos segundo y tercero de la Resolución 889 del 26 de marzo de 2010, en el sentido de determinar que el valor del siniestro hecho efectivo mediante el acto recurrido equivale a la suma de sesenta y nueve mil doscientos cuarenta y cinco millones doscientos treinta y cuatro mil ciento cincuenta y cuatro pesos m/cte (69.245.234.154), conforme lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar el presente acto administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, el representante de la Unión Temporal Transvial, los representantes legales de todos sus integrantes, y el representante legal de la Compañía Aseguradora Segurexpo de Colombia S.A.”

- ◆ Comunicaciones dirigidas para notificar la Resolución No. 2337 de 28 de julio de 2010, enviadas a las partes, el 2 de agosto siguiente, y edicto fijado ante la no comparecencia, el 23 de agosto de 2010, desfijado el 3 de septiembre siguiente.
- ◆ Testimonio recepcionado el 26 de abril de 2012, en sede de lo Contencioso Administrativo, a la señora Claudia Patricia Contreras Fajardo, quien fungía como Directora de Interventoría del Consorcio INTERCOL, del Contrato IDU No. 137 de 2007, y manifestó que para dar cumplimiento al Otrosí No. 2 del Contrato, relacionado con la actualización de los estudios y diseños, se reglamentó tanto el pago como el procedimiento para esas actualizaciones, afirmó que se presentaron retrasos por parte de la Unión Temporal Transvial S.A., e incumplimiento con el buen manejo del anticipo además de varias falencias en la ejecución del contrato por dicho contratista, pues desde el inicio ni siquiera contaba con el personal para la revisión de los diseños, no tenía adecuadas las vías, ni los desvíos requeridos, razón por la cual se realizaron varios requerimientos para que el contratista acatará sus obligaciones contractuales, tampoco cumplió con el manual de interventoría para el manejo del anticipo entre otras falencias presentadas por Transvial S.A.
- ◆ Testimonio recepcionado el 21 de junio de 2012, en sede de lo Contencioso Administrativo, al señor Jorge Alberto Salamanca Rodríguez, representante legal del Consorcio INTERCOL, quien manifestó respecto a la entrega de los estudios, que durante la etapa de revisión de los diseños advirtieron que algunos estaban incompletos, específicamente recuerda, la falta del diseño geotécnico del paso deprimido a la altura del Concejo de Bogotá, el Puente vehicular de la Avenida Boyacá entre otros; que la relación de los estudios faltantes se presentó al IDU durante el primer mes de la ejecución del Contrato de Obra IDU-137

de 2007; que en la Fase Tres (3) de Transmilenio las obligaciones del contratista de obra en relación con los diseños era muy amplia y conocida desde la etapa de licitación, encontrando establecido que era su obligación corregirlos y modificarlos según fuera necesario; que teniendo en cuenta que para el momento del inicio, los estudios no se encontraban totalmente completos, mediante los primeros OTROSIS se le adicionó la obligación de completar los diseños que hacían falta; que el IDU se obligó a pagar al contratista UT TRANSVIAL, por la elaboración y complementación de diseños suma de dinero, de la que no recuerdo la cifra exacta, sin embargo, los trabajos adelantados por la UT TRANSVIAL en este aspecto no llegaron a ser útiles para la ejecución del proyecto, es decir no fueron completados ni obtuvieron las aprobaciones necesarias para lograr su ejecución; que la posibilidad de documentar la debida inversión del anticipo por parte del contratista hasta el momento del balance final del anticipo fue una instrucción del IDU para todos los contratistas y no exclusivamente para Contrato 137 de 2007 y en este caso, permitió que el contratista ocultara información importante para acreditar la debida inversión de manera definitiva; que para acreditar la debida inversión del anticipo se cuenta con distintas herramientas aparte de los soportes que presenta el contratista y que según el manual de interventoría, como son las mediciones parciales de obra, la verificación de inventarios en almacén, las remisiones de los proveedores a la obra entre otros y en este caso, fue necesario acudir a todas estas metodologías para establecer de manera indirecta la indebida inversión del anticipo, dificultando el trabajo de la interventoría y solo con las mesas de trabajo mediante intervención del IDU y de la aseguradora fue posible documentar con más precisión el manejo del anticipo por parte del contratista.

- ◆ Laudo Arbitral proferido el 9 de diciembre de 2013, dentro del proceso adelantado por el GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTÁ S.A.S. contra el IDU y TRANSMILENIO S.A., en el que se declaró la nulidad absoluta del contrato 137 de 2007 (CD, fl. 286A, c. 1), y que consigna en su resolutive:

“(…) En mérito de las consideraciones y conclusiones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre la sociedad GRUPO EMPRESARIAL VÍASBOGOTÁ S. A. S., por una parte, y el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S. A., de la otra, derivadas del Contrato de obra pública No. IDU 137 de 2007, celebrado el 28 de diciembre de 2007 entre el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU y la Unión Temporal Transvial y cedido por esta último al GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ S.A.S. el 17 de febrero de 2010, de que da cuenta este proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar probada la tacha del testimonio de la abogada Jhuliana Andrea Sarmiento García, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SEGUNDO. Declarar, de oficio, la nulidad absoluta del Contrato No. IDU 137 de 2007 suscrito el 28 de diciembre de 2007 y, consecuentemente de los siguientes documentos: Otrosí N° 1 de 16 de septiembre de 2008; Otrosí N° 2 de 16 de octubre de 2008; Otrosí N° 3 de 29 de diciembre de 2008; Otrosí N° 4 de 7 de julio de 2009; Otrosí N° 5 de 3 de marzo de 2010; Otrosí N° 6 de 4 de marzo de 2010; Otrosí N° 7 de 9 de abril de 2010; Otrosí N° 8 de 19 de mayo de 2010; Otrosí N° 9 de 25 de agosto de 2010; Otrosí N° 10 de 14 de octubre de 2010; Contrato Adicional N° 1 de 18 de noviembre de 2009; Adición N° 2 de 13 de agosto de 2010; Adición N° 3 de 15 de octubre de 2010; Adición N° 4 de 21 de febrero de 2011, Adición N° 4 de 18 de julio de 2011, que se aclara que corresponde a la Adición N° 5, y Adición N° 6 de 11 de noviembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

TERCERO. Negar las pretensiones declarativas de la demanda de la Primera a la Vigésima y las pretensiones Primera y Segunda de Condena, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato IDU 137 de 2007, sus Otrosíes y Adiciones, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

CUARTO. Ordenar al Instituto de Desarrollo Urbano IDU pagar a la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S., como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del Contrato No. IDU 137 de 2007, sus Otrosíes y adiciones, y por concepto de restitución de las prestaciones ejecutadas hasta la fecha del presente Laudo en beneficio del IDU, dentro de los 3 días siguientes a su ejecutoria, las siguientes sumas de dinero:

4.1. Por Factores de Contingencia F1 y F2 la suma de TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTIOCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$31.337.857.328).

4.2. Por actualización monetaria sobre la anterior suma hasta el 31 de agosto de 2013, la suma SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$654'141.651,52).

4.3. Por actualización sobre la suma de \$31.337'857.328, a partir del 1° de septiembre de 2013 y hasta la fecha del presente Laudo, la suma resultante de aplicar la fórmula contenida en la Tabla 17 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen rendidas por el perito financiero.

4.4. Por SISOMA y Tránsito la suma de MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.664'353.686).

4.5. Por actualización monetaria sobre la anterior suma hasta el 31 de agosto de 2013, la suma DOSCIENTOS TRECE MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL CIENTO TREINTA Y DOS PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$213'129.132,92).

4.6. Por actualización sobre la suma de \$1.664'353.686, a partir del 1° de septiembre de 2013 y hasta la fecha del presente Laudo, la suma resultante de aplicar la fórmula contenida en la Tabla 24 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen rendidas por el perito financiero.

QUINTO. Negar la declaración solicitada en la pretensión Tercera de condena relacionada con gastos, agencias en derecho y costas, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SEXTO. Ordenar al Instituto de Desarrollo Urbano IDU reembolsar a la sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S. A. S., los valores que esta última parte consignó por cuenta de la primera por expensas y honorarios del Tribunal pendientes de reembolsar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo.

SÉPTIMO. Denegar cualquier otra pretensión de la demanda, distinta a las anteriormente resueltas.

OCTAVO. Ordenar la expedición por Secretaría de copia auténtica de este laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

NOVENO. Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

DÉCIMO. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. (...)

UNDÉCIMO. Ordenar protocolizar el expediente en una Notaría de Bogotá y una vez efectuada ésta devolver las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, (...).

DUODÉCIMO. Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, e informarle sobre la terminación del proceso y la escritura de protocolización del expediente. NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. La anterior decisión se notificó en audiencia". (Subrayado y suspensivos fuera de texto)

3.4.3. Bajo el tamiz de la controversia que nos ocupa, se tiene de los reseñados medios de prueba, apreciados en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, como relevantes los siguientes **hechos probados:**

- El Instituto de DESARROLLO URBANO -IDU- y la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A. suscribieron el Contrato de Obra - IDU 137 de 2007, para la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 - Avenida Jorge Eliecer Gaitán, al sistema Transmilenio y el posterior mantenimiento en el tramo tres comprendido entre la transversal 76 y la carrera 42 B y en el tramo cuatro comprendido entre la carrera 42 B y la carrera 19 de Bogotá; grupo cuatro de la licitación pública número IDU-LP-DG-022-2007, en Bogotá.

- La UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A. recibió del IDU como anticipo la suma \$85.751.927.394, de dicho monto se realizaron los descuentos de la Ley 1106/06 por un valor de \$4.287.596.370, correspondiente a la contribución especial del 5% y un descuento por un embargo a uno de los integrantes de la Unión Temporal CONDUX S.A. D.C.V. por valor de \$217.500.000.

- El contrato inició su ejecución el 17 de junio de 2008, según acta No.1, suscrita por el representante de la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A., el representante de la Interventoría CONSORCIO INTERCOL y el IDU.

- El 21 de diciembre de 2009, el IDU, advirtiendo la existencia de múltiples incumplimientos, citó al contratista a audiencia de descargos, mediante comunicación - IDU No. 87589, diligencia que se cumplió el 30 de diciembre de 2009, con participación de SEGUREXPO S.A., y del contratista, quien presentó sus descargos y solicitó formalmente al IDU, se abstuviera de realizar la declaración de siniestro por indebido manejo e inversión del anticipo, en tanto había dado pleno cumplimiento a sus obligaciones contractuales y no existía riesgo sobre la devolución de los dineros del anticipo, en cuanto serían amortizados una vez se hubiera presentando las actas de obra que encontraba avanzando.

- El 12 de febrero de 2010, mediante oficio 0115 44, el IDU recibe **cesión total del Contrato No. 137 de 2007**, suscrito por el representante legal de la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL y ratificado por el representante legal de CONALVIAS S.A., y dirigido a la directora del IDU y al presidente SEGUROEXPO S.A., en el que se consigna que la UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL S.A., acepta de manera plena e integra la propuesta presentada por CONALVIAS S.A., como líder de un grupo de empresas, para la cesión del contrato en los términos y condiciones contemplados en su oficio del 5 de febrero de 2010, a efectos de ejecutar hasta la terminación el contrato cedido y la totalidad de las actividades comprendidas dentro de su objeto, con excepción de las obligaciones relacionadas con el anticipo que estarían a cargo del cedente.

- De conformidad con la cesión del contrato de obra IDU 137 de 2007 de febrero 17 de 2010 y el Otrosí No. 6 suscrito el 4 de marzo de 2010 con el cedente, se retoma el análisis de la inversión y manejo del anticipo, sometiendo el diagnóstico final al resultado

de la revisión integral y revisión financiera y contable de la cuenta conforme a los términos del Manual de Interventoría del IDU y las Cláusulas del Contrato.

- Entre el 8 y el 19 de marzo de 2010, se realizaron mesas de trabajo en donde se establecieron los valores entregados de anticipo y se determinó el mal manejo de los recursos.

- El 26 de marzo de 2010, mediante Resolución No. 889 de 2010, el Director General del IDU, declaró la ocurrencia del siniestro de anticipo del contrato de obra No 137 de 2007, por el buen manejo y correcta inversión del anticipo, cubierto por la Garantía Única de Cumplimiento No. 00008696 expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y ordenó a la compañía de seguros pagar la suma de setenta y dos mil setecientos noventa y seis millones ciento sesenta y cinco mil trescientos diez y seis pesos (\$72.796.165.316).

- La UNIÓN TEMPORAL TRANSVIAL, MEGAPROYECTOS S.A. y SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., promovieron recurso de reposición, contra la precitada Resolución No 889 del 26 de marzo de 2010, del IDU.

- El 28 de julio de 2010, con la Resolución No 2337 suscrita por el Director General del IDU, se confirmó la declaratoria del siniestro y efectivización de la garantía única de buen manejo y correcta inversión del anticipo contenida en póliza No. 00008696 de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. y modificó los artículos segundo y tercero en el sentido de determinar que el valor del siniestro equivalía a la suma de sesenta y nueve mil doscientos cuarenta y cinco millones doscientos treinta y cuatro mil ciento cincuenta y cuatro pesos (\$69.245.234.154), en tanto faltaban descontar la amortización de las Actas 15 y 16.

- El 9 de diciembre de 2013, el Tribunal de Arbitramento profiere LAUDO ARBITRAL, acorde con el cual, se declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato 137 de 2007, suscrito el 28 de diciembre de 2007, por causa ilícita y consecuentemente los otros sí y adiciones al contrato, por otro lado, negó las pretensiones declarativas de la demanda y por último ordenó al IDU el pago en favor de la Sociedad Grupo Empresarial Vías Bogotá S.A.S. como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta y por concepto de restitución de las prestaciones ejecutadas hasta la fecha del Laudo varias sumas dinerarias.

3.4.4. ANÁLISIS DEL CASO Y DECISIÓN

3.4.4.1. La Sala desestima las pretensiones de la demanda al considerar que, habilitada para estudiar la legalidad de los actos administrativos acusados, no se configuran los cargos de falsa motivación, por otro lado, no se aborda el análisis del cargo de desviación de poder y expedición irregular en tanto no fue sustentado por la activa.

3.4.4.1.1- Premisa esta última que explica en que el control jurisdiccional de los actos contractuales en el sub-lite, opera bajo el principio de justicia rogada, y en consecuencia, el juicio de legalidad que acomete esta Sala, encuentra limitado a los cargos y concepto de violación planteados por la activa, como quiera, que no concurre una violación palmaria a un derecho fundamental de aplicación inmediata, y en este orden, no encuentra habilitada para sin mediar la exigida fundamentación de los cargos de desviación de poder e irregular expedición, deducir la alegada causal de nulidad contra la Resolución 889 de 2010, pues no es plausible adecuar ni agregar sustento a los cargos planteados por la activa, extremo procesal que debía contrastar la presunción de legalidad de la que encuentra cobijado el acto por el que se declaró el siniestro de buen manejo de anticipo.

De forma que a juicio de la Sala, no puede estructurarse oficiosamente un cargo de nulidad por desviación de poder y expedición irregular del acto administrativo, por cuanto esta situación sería vulneradora del debido proceso de la accionada y del principio de congruencia⁴³, en la medida que la pasiva se defendió de los argumentos desplegados y presentados en la demanda, de la que reitera, limitó a la sustentación del cargo de falsa motivación.

3.4.4.1.2- En tópico de la procedencia del control de legalidad, es de reiterar, que la declaratoria de nulidad del Contrato IDU 137 de 2007, comporta únicamente el decaimiento de aquellos hacia futuro, en el entendido que al haber desaparecido el fundamento fáctico que los sustentaba, esto es, el precitado contrato estatal, los actos administrativos que declararon el siniestro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, cubierto con la póliza de cumplimiento No. 00008696 de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., ha perdido su fuerza y no se puede ejecutar, no obstante, y a pesar del indicado decaimiento, los referidos actos administrativos encuentran amparados por la presunción de legalidad, por lo que es posible adelantar el análisis del cargo de falsa motivación formulado por la compañía de seguros demandante.

Consideración que sustenta en la doctrina del órgano de cierre de lo contencioso administrativo, antes reseñada y conforme a la cual, el decaimiento del acto administrativo no impide que se realice respecto del mismo, el juicio de legalidad, por cuanto éste debe realizarse de acuerdo con las circunstancias que se encontraban vigentes al momento de la expedición del acto⁴⁴, habida consideración que el

⁴³ C.G.P., "ARTÍCULO 281. CONGRUENCIA. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último."

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso. Sección Tercera. Sentencia de julio 5 de 2006. Radicado 21.051. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto la desaparición del fundamento jurídico del acto no afecta su validez.

3.4.4.1.3- En ejercicio del enunciado control jurisdiccional de legalidad, emergen no prosperas las pretensiones de nulidad contra la Resolución 889 del 26 de marzo de 2010, confirmada y modificada por la Resolución No 2337 del 28 de julio siguiente, que declaró la ocurrencia del siniestro de anticipo del Contrato de Obra IDU - 137 de 2007, como quiera que conforme acredita la realidad procesal, lo cobrado por la accionada se encuentra debidamente sustentado y acreditado.

3.4.4.1.4- En este orden, destaca la Sala, que las compañías aseguradoras, a través de la expedición de la póliza de cumplimiento, garantizan la observancia de las obligaciones a cargo de su afianzado y, eventualmente, son las llamadas a responder patrimonialmente en caso de configurarse el siniestro contenido en los diversos amparos que, por regla general, cubre la garantía única, y que en el sub lite, está demostrado que a través de las Resoluciones 889 y 2337 de 2010, el IDU, entidad contratante, declaró el siniestro por el indebido manejo del anticipo.

En panorama del que reviste importancia, que igual encuentra probado, que se efectuó cesión del contrato con ocasión de los reiterados incumplimientos de TRANSVIAL S.A., y que el cesionario GRUPO EMPRESARIAL VÍAS BOGOTÁ S.A.S., aunque ingreso en su patrimonio todos y cada uno de los derechos y obligaciones derivados del Contrato de Obra IDU 137 de 2007, excluyó las obligaciones relacionadas con el anticipo, que continuaron a cargo del cedente – TRANSVIAL S.A.

Por consiguiente, asume relevante, reiterado que el anticipo conserva la naturaleza de erario público hasta tanto no esté amortizado, que en el sub-lite, en virtud del referido contrato de cesión, se excluyó la posibilidad de que el cesionario, GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTÁ S.A.S., continuara amortizando el anticipo pactado dentro del Contrato de Obra IDU – 137 de 2007.

3.4.4.1.5- Del alcance de las coberturas en materia del anticipo, el Consejo de Estado,⁴⁵ indica en marco del Decreto 4828 de 2008, que comprende tres (3) coberturas: (i) la no inversión; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los bienes que le hayan entregado en calidad de anticipo. Secuencia en la que precisa señalar, en el sub-lite no se discute que TRANSVIAL S.A., no utilizó la totalidad de los recursos del anticipo en la ejecución del contrato, y advierte esta Sala, que no puede indicarse que hubo apropiación indebida del anticipo, por cuanto la precitada normativa es clara en establecer que la apropiación indebida requiere que el contratista destine los bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo, a un asunto ajeno de la ejecución contractual, y en el caso en concreto, por el contrario, encuentra acreditado que el

⁴⁵Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de noviembre de 2020, exp. 47760.

anticipo no pudo ser destinado a un asunto diferente, lo que acaeció fue que, el contratista no lo terminó de ejecutar.

En este sentido, conjugados además los constantes y reiterados incumplimientos de la contratista, insiste la sala, que el riesgo encontraba amparado con la póliza 00008696 expedida por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A, y advierte que satisface los requerimientos fijados en la cláusula séptima del Contrato IDU 137 de 2007, en cuanto cubija el buen manejo, correcta inversión y devolución del anticipo, y el monto asegurado, corresponde a la totalidad del valor del anticipo, que comprende la devolución de la parte no amortizada.

3.4.4.1.6- Del seguro de cumplimiento en ámbito de los contratos estatales, el Consejo de Estado ha señalado, que se trata de un seguro de daños, de carácter patrimonial, porque a través de esta especial categoría de seguro, el asegurador ampara el patrimonio del asegurado contra el incumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato estatal o, lo que es lo mismo, garantiza la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico y garantiza el pago de los perjuicios que experimente la entidad estatal contratante, por falta de cumplimiento, total o parcial, por el contratista, de la obligación asegurada.

Es así, que el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, establece la obligación de los contratistas de presentar garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, las cuales consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizado por el reglamento para el efecto.

Por demás, las circunstancias fácticas, no invalidan la prerrogativa de la administración pública contratante, para proferir acto administrativo de declaratoria de siniestro por amparo del buen manejo del anticipo, pues las entidades públicas están facultadas para declarar el siniestro cuando se da incumplimiento de las obligaciones del contratista y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, aún después de la terminación del contrato, mediante la expedición de actos administrativos.

Advertido que el ejercicio de la indicada prerrogativa, solo se habilita dentro de un lapso de tiempo, del que se fija, retomando la doctrina del Consejo de Estado, dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento.

3.4.4.1.7- Línea argumentativa en la que precisa señalar, en reforzamiento de la fundamentación del juicio de esta Sala, conforme al cual, se configuró el siniestro asegurado y encuentran debidamente sustentados los actos acusados, que encuentra probado, el IDU entregó a TRANSVIAL S.A., a título de anticipo, la suma de

\$85.751.927.394, respecto de la cual, según decantó en la Resolución 2337 de 28 de julio de 2010, modificatoria de la Resolución 889 del 26 de marzo anterior, el valor cobrado a la accionante SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., incluidas las amortizaciones de las Actas 15 y 16, explica así:

Valor del Anticipo	\$85.751.927.394
Valor amortizado a diciembre 2009	\$13.493.542.510
Saldo por amortizar (1)	\$72.258.384.884
Valor Actas 15 y 16 en trámite	\$7.566.864.032
Descuentos documento de interventoría radicado IDU 20100526009558-2	\$2.946.567.574
Valor a descontar por acero	\$1.607.145.728
Saldo del acta que se aplica para amortizar anticipo (2)	\$3.013.150.730
Valor pendiente de amortización del anticipo (1-2)	\$69.245.234.154

De contera y establecido que el valor no amortizado asciende a la suma de \$69.245.234.154, se tiene que fue debidamente cobrada y pagada conforme la garantía única en cumplimiento del pacto suscrito en Contrato de Obra 137 de 2010 y póliza de seguro, de manera que no es dable hacer devolución de la suma pretendida por la activa, como quiera que aquel no fue invertido por el contratista, quedando la legalidad del acto administrativo incólume, pues en este caso la compañía de seguros cubre los perjuicios causados por la contratista TRANSVIAL S.A. con ocasión de la declaratoria de siniestro. Dicho en otras palabras, el litigio se circunscribe a si se constituyó el siniestro que cubría la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, lo cual justamente ocurrió en el presente caso.

3.4.4.2. No hay lugar a condena en costas, por cuanto no se advierte temeridad manifiesta de la parte vencida.

Supuesto normativo de la condena en costas, en voces del artículo 55 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A.

EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA

PRIMERO: Niéguese las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso, devuélvase los remanentes a la accionante, déjense las constancias que sean necesarias y archívese.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado electrónicamente en plataforma SAMAI

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado