

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / NULIDADES CONTRACTUALES / NULIDAD DE OTROS ACTOS CONTRACTUALES / GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / COBRO DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

[N]i en las cláusulas del contrato de seguro ni en el Decreto 4828 de 2008 se exigió un acto administrativo previo para dar apertura al procedimiento que culminó con el acto que declaró el siniestro y este último se dictó [...] después de dar la oportunidad de contradicción a la contratista y a la compañía de seguros [...]. [...] [E]n este caso está probado que no existió un cobro automático de la póliza de seguro ni se vulneró el derecho de audiencia y contradicción de la compañía de seguros. [...] [D]ebe destacarse que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso, para los contratos que se rigen por el estatuto general de la contratación de la administración pública contenido en la Ley 80 de 1993, que el acaecimiento del siniestro sería comunicado mediante “acto administrativo” [...]. [...] [F]rente a la aseguradora garante, la reclamación y el cobro de la póliza de seguros no constituye una actuación de carácter sancionatorio, dado que esas actuaciones se corresponden con el ejercicio del derecho de la entidad beneficiaria de la póliza, en orden a hacer valer la garantía de cumplimiento.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 17 / DECRETO 4828 DE 2008 – ARTÍCULO 14 NUMERAL 3

FONADE / RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LA EMPRESA PÚBLICA

[P]or virtud del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 la contratación de FONADE se ubicó bajo la normativa de la Ley 80 de 1993 [...]. [...] [E]l artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, contentiva del plan nacional de desarrollo “Todos por un nuevo País”, derogó el referido artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, con lo cual FONADE quedó regulado, para efectos de su contratación ordinaria, por las normas propias de las entidades financieras de carácter público, esto es bajo las reglas del derecho privado, sin perjuicio de la observancia de los principios de la gestión administrativa y fiscal, así como del sometimiento a las inhabilidades e incompatibilidades previstas para los contratos estatales. [...] [M]ediante el Decreto 495 de 20 de marzo de 2019, se modificó la denominación y estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade) [...].

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 26 / LEY 1450 DE 2011 – ARTÍCULO 276 / DECRETO 495 DE 2019

ENTIDAD FINANCIERA ESTATAL / CONTRATO DE ENTIDAD FINANCIERA ESTATAL

La Ley 1150 de 2007 tuvo por objeto hacer más eficiente y transparente la función pública y en el caso concreto de las entidades financieras de carácter estatal adoptó un régimen exceptuado por la situación de competencia en la que desarrollan su objeto social, por lo cual las sustrajo de las reglas de la Ley 80 de 1993, en tanto que se justificaba implementar la equidad en las normas de su contratación con respecto a las entidades privadas con las cuales competían. [...] [D]e acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105 del CPACA, todas las controversias surgidas en los contratos que celebran las entidades financieras de carácter público cuando correspondan al giro ordinario de los negocios fueron sometidas a la jurisdicción ordinaria [...].

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 / LEY 80 DE 1993 / LEY 1437 DE 2011

COMPAÑÍA DE SEGUROS / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO

Teniendo en cuenta que la compañía de seguros no discute en este caso el incumplimiento del contrato de obra y solicita la nulidad de los actos acusados únicamente en lo que la afecta, se acepta su legitimación activa individual, sin que la contratista constituya un litis consorte necesario en el presente proceso, por cuanto el litigio se concentra en la decisión que hizo efectiva la garantía única de cumplimiento y en el valor por el cual se afectó la respectiva póliza de seguros.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 20001-23-33-000-2012-10143-02(59771)

Actor: ALLIANZ SEGUROS S.A.

Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE

Referencia: ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Ley 1437 de 2011)

Temas: *FONADE- Régimen legal – jurisdicción competente para conocer de la nulidad de los actos administrativos expedidos en un contrato que se rigió por la Ley 80 de 1993 - se establece que en este litigio le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de la nulidad de los actos administrativos acusados / **PÓLIZA DE SEGUROS** – procedimiento para hacer efectiva la póliza antes de la Ley 1474 de 2011 / citación de la compañía de seguros / **ANTICIPO** – cobertura del anticipo no invertido / revoca la sentencia de primera instancia.*

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 2 de febrero de 2017, mediante la cual se dispuso (se transcribe en forma literal):

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 1143 del 22 de agosto de 2011 y 006 del 29 de marzo de 2012, proferidas por el Fondo

Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, en relación con todo aquello que afecta negativamente a ALLIANZ SEGUROS S.A., esto es, respecto de los valores exigidos correspondientes a la cláusula penal pecuniaria con cargo a la garantía única de cumplimiento contenida en la Póliza CEST – 2477 expedida por Aseguradora Colseguros S.A. hoy ALLIANZ SEGUROS S.A.; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO: Como restablecimiento del derecho, **DECLARAR** que ALLIANZ SEGUROS S.A. no tiene obligación de pago para con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, con fundamento en los actos administrativos nulitados.

"TERCERO: Asimismo, **ORDENAR** al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE reconocer y pagar a ALLIANZ SEGUROS S.A. las sumas de dinero debidamente indexadas que ésta última ha debido cancelar por causa de los actos administrativos objeto de nulidad, sólo en el evento de haberse efectivamente realizado.

"CUARTO: Las sumas que resulten a favor del demandante, serán reajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$$

"QUINTO: CONDENAR en costas al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE. Por la Secretaría, una vez ejecutoriada la sentencia se liquidarán.

"SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 190, 192, y 195 del CPACA.

"SÉPTIMO: En firme esta providencia, archívese el expediente"¹.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

Aseguradora Colseguros S.A.² expidió en favor del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE³ la garantía única de cumplimiento para el contrato No. 2100024 de 7 de enero de 2010, cuyo objeto fue la construcción de una infraestructura educativa "Tipo A" en el predio La Nevada del municipio de Valledupar. Al término del

¹ Folios 1636 y 1637, cuaderno principal segunda instancia.

² Sociedad que posteriormente pasó a denominarse Allianz Seguros S.A.

³ En esta providencia se denominará FONADE. De acuerdo con el Decreto 495 de 20 de marzo de 2019. FONADE "se denominará, en adelante, Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio)".

plazo contractual, por no haberse ejecutado la totalidad de la obra, FONADE declaró el incumplimiento, hizo efectiva la cláusula penal y el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

La compañía de seguros solicita la nulidad de los actos administrativos en lo que afecta a la aseguradora; alega que se violó el debido proceso, por cuanto no fue citada ni se respetó el procedimiento contractual y afirma que al resolver el recurso de reposición se le impuso el cobro de perjuicios sin la debida contradicción y por valor superior al que fue liquidado en el acto administrativo inicial.

2. La demanda

Mediante demanda presentada el 23 de noviembre de 2012⁴, la sociedad Allianz Seguros S.A.⁵, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Fondo de Proyectos de Desarrollo – FONADE (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos)⁶:

“Se DECLARE LA NULIDAD DE LAS [los] SIGUIENTES actos administrativos:

“4.1. Resolución No. 1143 de 22 de agosto de 2011, ‘POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA No. 2100024 CELEBRADO ENTRE FONADE Y UNIÓN TEMPORAL VALLEDUPAR 2010 (JECR S.A. 70% - CLIMAJE S.A. 30%) PARA LA CONTRUCCIÓN DE UNA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA TIPO A EN EL PREDIO LA NEVADA DEL MUNICIPA DE VALLEDUPAR – CESAR’, proferida por la Subgerente de Contratación del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade.

“4.2. Resolución No. 006 de 29 de marzo de 2012, ‘POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA UNIÓN TEMPORAL VALLEDUPAR 2010 (JECR S.A. 70% CLIMAJE S.A. 30%) Y COMPAÑÍA ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 1143 DEL 22 DE AGOSTO DE 2011, POR LA CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. 2100024’, proferida por la Subgerente de Contratación del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade.

⁴ Demanda presentada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

⁵ Antes denominada Aseguradora Colseguros S.A., según consta en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, folio 1, cuaderno 1. En adelante se podrá denominar Allianz Seguros o la compañía de seguros.

⁶ Se transcribe de acuerdo con el texto de la demanda inicial.

“4.3. Que se restablezca el derecho y para el efecto se ordene la desanotación del incumplimiento decretado a los miembros de la unión temporal UNIÓN TEMPORAL VALLEDUPAR 2010 (JECR S.A. – CLIMAJE S.A.) tanto en el SECOP como en la Cámara de Comercio de Bogotá”⁷.

En la reforma a la demanda que fue integrada en un solo escrito, presentado dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término del traslado de la demanda, se invocaron las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare la nulidad de la Resolución 1143 del 22 de agosto de 2011, en todo lo que afecte negativamente a mi representada.

“2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 006 del 29 de marzo de 2012, en relación con todo lo que afecte negativamente a mi representada.

“3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, o de cualquiera de ellas, se declare a título de restablecimiento del derecho, que ALLIANZ SEGUROS S.A. no tiene obligación de pago para con FONADE, con fundamento en los actos administrativos señalados.

“4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, o de cualquiera de ellas, se condene a FONADE a reconocer y pagar a mi representada, las sumas de dinero, debidamente indexadas, que, acreditadas dentro del proceso, la demandante ha debido cancelar a favor de la demandada, por causa de los actos administrativos antes identificados.

“5. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento de la sentencia, en los términos de los artículos 190. 192 y 195 del CPACA; con el debido reconocimiento y pago de los intereses a los que haya lugar.

“6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada (art. 188 CPACA)”⁸.

En la reforma a la demanda, la demandante corrigió la naturaleza de la acción, invocando el medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del CPACA.⁹

3. Los hechos

⁷ Folios 138 y 139, cuaderno 1.

⁸ Folios 219 y 220, cuaderno 1.

⁹ Como se verá en el recuento de la actuación procesal de la primera instancia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección C, evidenció la naturaleza de la acción incoada en este proceso como contractual, al conocer del recurso de apelación contra el auto que, inicialmente, rechazó la demanda.

En el escrito de demanda, la parte actora narró los hechos que se resumen a continuación:

3.1. Previa licitación pública, entre FONADE y la Unión Temporal Valledupar 2010 se celebró el contrato No. 2100024 de 7 de enero de 2010, cuyo objeto fue la construcción de una infraestructura educativa “*Tipo A*”, en el predio La Nevada del municipio de Valledupar, por valor de \$5.777’790.278.

3.2. En la cláusula décima del contrato se pactó la cláusula penal a favor de FONADE, para el caso del incumplimiento, parcial o definitivo, o de la declaratoria de caducidad, por el monto equivalente al “*20% del valor de la etapa que se incumpla, suma que se estipula como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se le causen*”.

3.3. En la cláusula novena contentiva del procedimiento “*para imposición de multas*” al que remitió la cláusula décima antes citada, se estableció que FONADE, mediante “*acto administrativo motivado*”, señalaría al contratista los hechos “*para rendir las contradicciones y explicaciones correspondientes*”.

3.4. El contrato fue suspendido en dos oportunidades y se presentaron acuerdos de prórroga, por lo que el plazo de ejecución finalmente venció el 28 de abril de 2011. Según narró la demandante, el “*objeto contractual no se pudo cumplir por causas no imputables al contratista*”¹⁰.

3.5. El 22 de agosto de 2011, FONADE expidió la Resolución No. 1143, mediante la cual declaró el incumplimiento del contrato 2100024 y la responsabilidad de los integrantes de la Unión Temporal Valledupar 2010. En la misma resolución FONADE ordenó la liquidación del contrato, declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, ordenó hacer efectiva la cláusula penal por la suma de \$264’160.637,30, con cargo al amparo de cumplimiento contenido en la garantía única CEST -2477 -*expedida por Aseguradora Colseguros*-. También, se declaró la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo por valor de \$636’275.243, correspondiente al anticipo no amortizado por el contratista y a \$120’590.012,18 por concepto de recursos de anticipo no invertidos en la ejecución de la obra y no devueltos a FONADE por el contratista.

¹⁰ Folio 130, cuaderno 1 y folio 223 cuaderno 3.

3.6. La compañía de seguros presentó recurso de reposición contra la citada resolución, argumentó que la imposición de la multa no atendió el porcentaje de participación de cada una de las integrantes de la Unión Temporal y que la Resolución 1143 de 22 de agosto de 2011 declaró el incumplimiento después de que venció el término de ejecución del contrato.

3.7. Según afirmó la demandante, para resolver el recurso de reposición, los funcionarios de FONADE realizaron una visita técnica el 20 de octubre de 2011 y solicitaron el concepto de la interventoría el 16 de noviembre de 2011, en respuesta a lo cual la interventoría indicó que el porcentaje de ejecución real de la obra fue del 73,40% y no del 81.76%, situación que se generó porque las instalaciones eléctricas no cumplían con el reglamento técnico de instalaciones eléctricas (RETIE).

3.8. Mediante Resolución 006 de 29 de marzo de 2012, FONADE modificó los artículos tercero y cuarto de la parte resolutive de la Resolución 1143, declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento por la suma de \$413'387.373, discriminada así: \$385'234.262,73 por concepto de cláusula penal *–aplicando la proporcionalidad ajustada–* y \$28'153.110,27 que corresponden a los demás perjuicios que exceden el valor de la cláusula penal proporcional.

3.9. La demandante reseñó que FONADE liquidó perjuicios adicionales a la cláusula penal, que no habían sido incluidos en la Resolución 1143 del 22 de agosto de 2011, correspondientes a la actualización de precios para terminar el contrato, servicios de interventoría y de vigilancia.

3.10. De igual forma, según indicó la demandante, FONADE modificó el valor del amparo de anticipo cobrado por la suma de \$636'915.971,81, de los cuales, \$636'274.243 correspondían al valor del anticipo no amortizado y \$1'641.728, 81 al anticipo consignado en la cuenta de anticipo y no devuelto.

3.11. Finalmente, en la reforma a la demanda la parte actora informó que el 6 de febrero de 2014 tuvo que pagar a órdenes de FONADE la suma de \$1.554'.086.537, de acuerdo con el mandamiento de pago dictado en el proceso ejecutivo que se adelantó en su contra, por concepto del capital e intereses, con fundamento en la

póliza otorgada¹¹. Allegó el comprobante de consignación a órdenes del Tribunal Administrativo del César, por “PAGO DE CONDENAS”¹².

4. Concepto de violación

Allianz Seguros S.A. indicó que se violaron los artículos 23, 29, 31 y 209 de la Constitución Política sobre el debido proceso y los principios de la función administrativa y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que exige la previa citación a una audiencia para debatir lo ocurrido, antes de declarar el incumplimiento.

Igualmente, citó la violación del artículo 4.2.1. del Decreto 4828 de 2008, que establece el contenido del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, dado que en esa norma, en su criterio, no estaba prevista la cobertura del anticipo no amortizado y agregó que, en este caso, el monto recibido y no amortizado sí *“fue invertido en la materialización de las prestaciones contractuales”*¹³.

Afirmó que FONADE, al desatar el recurso de reposición, fundamentó su postura en pruebas que fueron practicadas sin la comparecencia de la compañía de seguros y respecto de las cuales nunca pudo ejercer el derecho de contradicción.

Reseñó que el debido proceso es un principio con raigambre constitucional y que se aplicaba en las actuaciones de las entidades públicas, aun antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007.

¹¹ Citó el proceso ejecutivo que cursó ante el Tribunal Administrativo del Cesar, radicado con el número 2012-00126-00, en contra de Allianz Seguros S.A., para el cobro de la misma póliza a la que se refiere este proceso. En la página <http://www.consejodeestado.gov.co/procesos>, consultada el 24 de julio de 2019, se registra el desistimiento de la apelación de la compañía de seguros en dicho proceso ejecutivo, con la siguiente providencia de la Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, auto de 22 de abril de 2016, radicación: 20001-23-33-000-2012-00126-01 (49.097), actor: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-, demandado: Allianz Seguros S.A., referencia: acción ejecutiva contractual. *“PRIMERO: ACÉPTASE el desistimiento del recurso de súplica interpuesto por la parte demandada contra la providencia dictada el 8 de noviembre de 2013 y del recurso de apelación formulado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 26 de septiembre del mismo año”*. En ese auto se lee: *“Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia dictada en audiencia pública el 26 de septiembre 2013, el Tribunal Administrativo del Cesar negó la prosperidad de las excepciones, ordenó continuar con la ejecución en contra de la demandada, ordenó que se practicara la liquidación del crédito y condenó a Allianz Seguros al pago de las costas del proceso”*.

¹² Folio 432, cuaderno 3.

¹³ Página 41 de la reforma a la demanda, folio 258 cuaderno 3.

Indicó que, “*en todo caso, FONADE omitió los procedimientos contractuales para la declaratoria de incumplimiento del contrato y la afectación de la Póliza*”¹⁴.

Concluyó que las resoluciones acusadas están viciadas por desconocimiento de norma superior, por vulnerar el derecho de contradicción y de defensa, la violación de normas imperativas en que se funda normativamente el principio del debido proceso y la notable irregularidad en la expedición de los actos, aunada a la falsa motivación.

Además, para soportar la pretensión de nulidad de la Resolución 006 de 29 de marzo de 2012, la demandante agregó el desconocimiento del principio de *no reformatio in pejus*, por cuanto, al resolver el recurso de reposición en la vía gubernativa, se agravaron los valores cobrados a la compañía de seguros.

Finalmente, en la demanda se argumentó que FONADE no tuvo en cuenta una compensación que aminoraba el crédito a cargo de uno de los contratistas –*JECR S.A.*- y la consecuente afectación de la póliza. Sobre ese particular explicó que el 5 de agosto de 2010 se profirió un laudo arbitral que impuso una condena a cargo de FONADE y a favor de GDS Ingenieros Ltda, Constructec S.A. y JECR S.A., de la cual correspondía a esta última sociedad –*que a su vez era miembro de la Unión Temporal Valledupar 2010*- un pago por la suma de \$735'912.341,37. Agregó que el recurso de anulación del laudo arbitral fue resuelto en forma desfavorable a FONADE el 9 de abril de 2012¹⁵.

5. Conciliación extrajudicial

Con la demanda presentada el 22 de noviembre de 2012, la parte actora acompañó el auto No. 210 de 7 de septiembre de 2012, dictado por la Procuradora 55 Judicial Administrativa II, en el cual se hizo constar la presentación de la solicitud de conciliación realizada el 24 de agosto de 2012; sin embargo, dicha procuradora no dio trámite a la diligencia y resolvió remitir la solicitud de conciliación a la Procuraduría delegada ante el Tribunal Administrativo del Cesar¹⁶. La demandante

¹⁴ Folio 244, cuaderno 1.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo., radicación: 11001032600020100008100 (40064).

¹⁶ Folios 153 y 154, cuaderno 3

explicó que presentaba la demanda con esa constancia, toda vez que no se había dado el trámite a la audiencia de conciliación.

Con la reforma a la demanda¹⁷, la parte actora allegó el acta No. 169 de la audiencia de conciliación extrajudicial solicitada el 3 de abril de 2014, expedida por la Procuraduría 47 Judicial II Administrativa de Valledupar el 28 de mayo de 2014, en la que se declaró fallida la diligencia de conciliación¹⁸.

6. Actuación procesal

6.1. La demanda, presentada el 23 de noviembre de 2012, fue rechazada mediante auto de 13 de diciembre del mismo año, por haber operado, aparentemente, la caducidad de la acción; sin embargo, el Consejo de Estado, en sede del recurso de apelación, revocó dicha decisión y admitió la demanda mediante auto del 24 de octubre de 2013¹⁹, al considerar que la naturaleza de la acción impetrada era la de controversias contractuales y, por ello, se estimó oportuna la presentación de la demanda, por haberse realizado en el término de caducidad de dos años contado a partir del vencimiento del plazo para liquidar el contrato, de acuerdo con el artículo 164 del CPACA, citado en el auto antes mencionado.

6.2. La audiencia inicial se abrió el 24 de marzo de 2015²⁰ y continuó el 16 de febrero de 2016²¹, una vez que se desató el recurso de apelación contra el auto que, inicialmente, declaró probada la ineptitud de la demanda, pero que fue revocado por el Consejo de Estado al conocer del recurso de apelación contra el referido auto²².

En la audiencia de 16 de febrero de 2016 se decretaron como pruebas los documentos aportados con la demanda y su contestación.

¹⁷ Folio 262, cuaderno 3.

¹⁸ Folios 217 a 219, cuaderno 1.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente. Enrique Gil Botero, radicación 20001233300020120014301 (47824), auto de 24 de octubre de 2013, folios 169 a 173, cuaderno 3.

²⁰ Folios 935 a 943, cuaderno 5-1.

²¹ Folios 979 a 984, cuaderno 1.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, radicación; 20001233300020120014301 (53693), auto de 22 de octubre de 2015, folios 949 a 966.

6.3. La audiencia de pruebas se inició el 4 de mayo de 2016²³ y concluyó el 14 de julio de ese mismo año²⁴.

6.4. Aunque en el expediente no se encuentra constancia de notificación personal del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público, se observa que su delegado se hizo presente en la audiencia inicial.

6.5. Contestación de la demanda

FONADE, en calidad de parte demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los hechos, reseñó que el incumplimiento del contrato se produjo por problemas de orden económico de la contratista, concretamente, por falta de recursos que la contratista tenía que facilitar para impulsar la obra, según lo indicó la misma contratista a FONADE y quedó consignado en la modificación al contrato suscrita el 4 de abril de 2011. Por tanto, advirtió que no es cierto que el incumplimiento hubiera ocurrido por hechos ajenos a la contratista.

Rechazó la imputación de violación al debido proceso y para soportar su oposición allegó las pruebas relacionadas con las comunicaciones y las actas de seguimiento de las reuniones realizadas entre las partes, con la presencia y negociación de condiciones con la Aseguradora Colseguros S.A., dirigidas a procurar el avance de la obra y evitar el incumplimiento del contrato, lo cual no se logró.

Destacó que, solo después de que las soluciones acordadas no fueron efectivas, se decidió la apertura del procedimiento sancionatorio, en el cual, según reseñó FONADE, también se dieron diversas reuniones en las que participaron el contratista y la aseguradora y se les indicó concretamente en qué consistía el incumplimiento.

Indicó que en dos oportunidades fue necesario acudir a la cláusula décima novena del contrato, de acuerdo con la cual la contratista estaba obligada a asumir el pago de la interventoría que se causó por el mayor tiempo de ejecución, debido a los atrasos imputables a la Unión Temporal Valledupar 2010. Explicó que, en virtud de lo

²³ Folios 1028 a 1031, cuaderno 5-1.

²⁴ Folios 1476 y 1478, cuaderno 6.

anterior, la contratista autorizó la compensación de \$77'397.500 por dos meses en la primera prórroga y la cesión de derechos económicos por \$51'250.518 para cubrir los gastos de la interventoría por los 35 días solicitados en la segunda prórroga y que aun así no se cumplió el contrato.

Reseñó que el procedimiento no fue sorpresivo; que tanto a la aseguradora como a la contratista se les garantizó el debido proceso, como prueba de lo cual invocó, entre otras, la comunicación 2011-430-013472-2 del 18 de marzo de 2011, cuya copia allegó, dirigida a FONADE *“frente a todos los incumplimientos del contratista”*, en la que se observa que el Gerente de Indemnizaciones de la Aseguradora Colseguros S.A. manifestó que, después de analizar la situación de incumplimiento, con el fin de evitar la imposición de sanciones, solicitaba a FONADE ampliar en 20% el anticipo y se comprometió a que *“el costo de los servicios de interventoría, durante el período de la prórroga adicional, sería asumido por la aseguradora”*²⁵, además de que indicó que la compañía de seguros le facilitaría a la contratista recursos adicionales a través de la cesión de derecho económicos, todo lo cual demuestra que la aseguradora tuvo noticia del incumplimiento, fue oída y participó activamente en la búsqueda de las soluciones que no lograron evitar el referido incumplimiento.

Explicó que el porcentaje del 81,76% de ejecución de obra fue el que se estableció a la fecha de terminación del objeto contractual (28 de abril de 2011), con fundamento en el documento 2011-430035008-2 del 13 de julio de 2011 suscrito por la interventoría.

En cuanto al contenido del acto administrativo que resolvió la reposición en la vía gubernativa, manifestó que, de conformidad con el artículo 59 del CCA, FONADE debía resolver todas las cuestiones planteadas *“y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes”*, lo cual significaba que estaba habilitada para revisar los hechos ligados a la decisión inicial, es decir, los relacionados con el perjuicio producto del incumplimiento.

Reseñó que la propia aseguradora en su recurso de reposición solicitó *“una revisión detallada de todas y cada una de las actividades que se pretenden como*

²⁵ Folio 462, cuaderno 3.

*incumplidas*²⁶, de manera que no puede alegar la nulidad de la afectación, dado que su solicitud culminó con el ajuste del valor por el que se cobró la póliza.

En relación con el principio de la *no reformatio in pejus*, agregó que la aseguradora no fue “*apelante único*”, puesto que la contratista también presentó su recurso de reposición, de manera independiente.

Sobre el supuesto agravamiento de las condiciones, destacó que no se configuró, dado que en la Resolución No. 006 de 29 de marzo de 2012, al desatar el recurso de reposición, se redujo el valor a pagar por concepto de anticipo no invertido en obra, de acuerdo con los informes de interventoría, el cual pasó de \$120'590.012,81 a \$1'641.728,81 en razón de que se restó la consignación efectuada por la Unión Temporal Valledupar 2010.

Concluyó que FONADE, al resolver el recurso de reposición, no realizó ningún pronunciamiento nuevo, solo actualizó el valor de los perjuicios y destacó que así lo reconoció el Juez 39 Administrativo de Bogotá al resolver sobre la acción de tutela que impetró la contratista²⁷.

En cuanto a la época en que se declaró el incumplimiento, FONADE observó que este solo podía determinarse una vez vencido el plazo contractual e invocó el artículo 4 del Decreto 4828 de 2008, el cual le permitió hacer efectivo el amparo de cumplimiento, incluyendo, “*además*” de la cláusula penal, los “*perjuicios directos derivados del cumplimiento tardío o del cumplimiento defectuoso*”.

7. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Cesar dictó sentencia el 2 de febrero de 2017, en la que declaró la nulidad parcial de las resoluciones acusadas en “*todo aquello que afecta a Allianz Seguros S.A., esto es, respecto de los valores exigidos correspondientes a la cláusula penal*”²⁸ y ordenó a FONADE devolver las sumas que se le hubieran pagado efectivamente por ese concepto.

²⁶ Inciso segundo del artículo 59 del CCA.

²⁷ Se refirió a la sentencia de tutela fallada a favor de FONADE, cuyo texto allegó al plenario, folios 782 a 800 cuaderno 5.

²⁸ Folio 1636, cuaderno principal, segunda instancia.

El Tribunal *a quo* observó que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no resultaba aplicable al procedimiento en cuestión, por virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de dicha ley²⁹, *“comoquiera que la misma ley consagra un régimen de transición para los procesos de contratación estatal, que se encontraban en curso al momento en que entró a regir la misma”*³⁰.

Para resolver acerca de la omisión de los procedimientos contractuales, el Tribunal *a quo* analizó las cláusulas novena y décima del contrato No. 210024 de 7 de enero de 2010, correspondientes a la cláusula penal y a las multas, y concluyó que, por virtud de lo previsto en la última cláusula citada, era imperativo que FONADE dictara un *“acto administrativo motivado”* en el cual se pusieran de presente a la contratista los hechos en que fundaba el procedimiento para la imposición de las multas, que aplicaba igualmente por virtud de la cláusula novena, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

El Tribunal *a quo* observó *“la fuerza vinculante del contrato que contienen los preceptos de un contrato estatal para las partes del mismo y que no se otorgó al contratista la oportunidad de defenderse previamente sobre la conducta atribuida”*³¹.

Como consecuencia, la sentencia de primera instancia aseveró la ostensible violación del derecho fundamental al debido proceso del contratista y de contera de la aseguradora, hoy Allianz Seguros S.A., en lo cual fundó la nulidad parcial de las Resoluciones 1143 de 2011 y 006 de 2012, que se declaró.

8. Los recursos de apelación

8.1. FONADE reseñó una relación de catorce pruebas, cuyo estudio habría omitido el Tribunal *a quo*, contenidas en un CD de antecedentes administrativos que presentó como prueba con la contestación a la demanda, en el cual estaban incluidos los

²⁹ Citó la siguiente disposición de la Ley 1474 de 2011:

“Artículo 96. Régimen de Transición. Los procesos de contratación estatal en curso, a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación.

“No se generarán inhabilidades ni incompatibilidades sobrevinientes por la aplicación de las normas contempladas en la presente ley respecto de los procesos contractuales que se encuentren en curso antes de su vigencia”.

³⁰ Folios 1625 y 1627, cuaderno principal, segunda instancia.

³¹ Folios 1633 y 1634, cuaderno principal, segunda instancia.

requerimientos que le remitió a la contratista y las pruebas relacionadas con las comunicaciones en las que se advirtió a la contratista - *con copia a la compañía de seguros* - sobre sus incumplimientos y las explicaciones que se les solicitaron y que no se dieron, nada de lo cual fue considerado por el Tribunal *a quo*.

FONADE destacó especialmente que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta la comunicación del 28 de julio de 2011, radicada bajo el No. 20115000169941, "*la cual hace parte de las pruebas incluidas en el archivo digital que contiene los antecedentes administrativos aportados con la contestación de la demanda y que forman parte del expediente*", y advirtió que en esa comunicación se le indicó a la contratista que el estado de avance era del 81,76%, "*situación que supone el incumplimiento*", a la vez que se le transcribió la cláusula décima referida al procedimiento de imposición de multas y se le indicaron detalladamente cada una de las obligaciones incumplidas.

Según el apelante, la importancia de esa comunicación "*radica en que es el documento que prueba que FONADE dio cabal cumplimiento a lo establecido en el contrato*" en tanto se dirigió a la contratista de manera amplia y debidamente motivada y, con esta comunicación se acredita que, una vez concluido el plazo contractual, le concedió la oportunidad de controvertir nuevamente sus incumplimientos.

Advirtió que la sentencia de primera instancia incurrió en un defecto fáctico negativo, por cuanto no valoró el acervo probatorio y violó el debido proceso.

8.2. Allianz Seguros S.A. fundó su apelación en lo siguiente:

i) invocó la inclusión de los argumentos de la solicitud de complementación de la sentencia, advirtiendo que se debe extender la sentencia al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, lo cual se respaldó con sus referencias en la demanda; **ii)** indicó que el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia ha debido condenar en concreto al restablecimiento del derecho por la suma pagada, de acuerdo con lo probado en el proceso; **iii)** argumentó que la condena a su favor se profirió "*en relación con todo aquello que afecte negativamente a la compañía de seguros demandante*" y que, por tanto, debía ordenarse el restablecimiento del derecho en todo lo pagado con ocasión del cobro de la póliza; **iv)** transcribió en extenso los hechos de la demanda y observó que la Resolución 1143 de 2011 le

impuso una sanción a la contratista, sin haber liquidado el contrato, sin establecer la existencia y cuantía del daño derivado del incumplimiento; **v)** en cuanto a la Resolución 006 de 2012, insistió en que el valor del amparo de anticipo también fue modificado con violación del debido proceso y que, por tanto, la decisión correspondiente estaba incluida en la nulidad declarada por el Tribunal *a quo*.

En resumen, la compañía de seguros apelante, resaltó que:

“Por consiguiente, resulta claro que, en el fallo en comento se omitió decidir en lo tocante a la afectación del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo de la póliza CEST 2477; el cual se reitera, también fue objetivo y materia de los hechos, pretensiones y argumentos de nulidad planteados en el escrito de reforma a la demanda”³².

9. Otras actuaciones

Allianz Seguros S.A. solicitó aclaración y/o complementación de la sentencia, por falta de pronunciamiento sobre el amparo de anticipo; sin embargo, el Tribunal *a quo* la denegó mediante auto de 6 de abril de 2017³³

El 6 de julio de 2017 se surtió la diligencia de conciliación, la que resultó fallida por falta de ánimo conciliatorio³⁴.

Mediante auto del 20 de septiembre de 2017, el Consejo de Estado admitió los recursos de apelación interpuestos por las partes³⁵.

Una vez se surtió el traslado, las partes presentaron sus alegatos.

En el término del traslado al Ministerio Público, este guardó silencio.

10. Alegatos en segunda instancia

³² Folio 1714, cuaderno principal segunda instancia.

³³ Folios 1683 a 1688, cuaderno principal, segunda instancia.

³⁴ Folios 1755 a 1757, cuaderno principal segunda instancia.

³⁵ Folio 1762 cuaderno principal segunda instancia.

10.1. FONADE insistió en que las pruebas demuestran la participación de los delegados de la aseguradora y el reconocimiento que la compañía de seguros hizo de la situación de incumplimiento del contrato.

10.2. Allianz Seguros insistió en la violación de norma superior por el desconocimiento del derecho de audiencia, expedición irregular y falsa motivación de las resoluciones acusadas.

Citó en extenso el caso de Ferrovías, en el cual, bajo las reglas de los artículos 14 y 28 del CCA, se advirtió que el particular afectado debe ser vinculado a la actuación antes de que se emita la resolución que impone la sanción.

Destacó que la cláusula novena del contrato estableció que la aplicación de la pena pecuniaria debía estar precedida del procedimiento de la cláusula de multas, en la que se indicó que *“FONADE, mediante acto administrativo motivado, señalará al CONTRATISTA los hechos en que se funda el incumplimiento correspondiente e instará al cumplimiento de las obligaciones pertinentes indicando el valor total de la multa que se causa por tales circunstancias”*.

En criterio del apelante, el hecho de que a lo largo del desarrollo del contrato existan escenarios en los que de manera técnica se discutan *“inobservancias obligacionales”*, *“NO necesariamente implica, de forma automática, que los postulados del debido proceso administrativo han sido satisfechos”*³⁶.

Reiteró los argumentos del recurso de apelación y reseñó que el Tribunal *a quo* erró al considerar que el pago de la póliza no se encontraba definido en el proceso.

Insistió en el concepto de violación de norma superior y *“falta de competencia”* al tasar daños que no fueron analizados en la Resolución 1143 de 2011, el desconocimiento del derecho de defensa y contradicción y la falsa motivación puesto que, en su criterio, no existió norma alguna que le permitiera a FONADE empeorar la

³⁶ Folio 1784, cuaderno principal segunda instancia.

situación de la aseguradora, al expedir la Resolución 006 de 2012, mediante la cual resolvió el recurso de reposición.

Repitió los argumentos acerca de la expedición irregular de los actos acusados por violación del principio de *no reformatio in pejus*.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** competencia por cuantía; **3)** oportunidad en la presentación de la demanda; **4)** legitimación activa; **5)** régimen legal para hacer exigible la garantía única de cumplimiento en los contratos celebrados por FONADE, en vigencia de la disposición contenida en el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007; **6)** no aplicación del procedimiento previsto en la Ley 1474 de 12 de julio de 2011; **7)** lo probado en el proceso; **8)** el caso concreto; **9)** conclusiones; **10)** costas.

1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado

1.1. Anotación preliminar sobre el régimen de contratación de FONADE

Aunque en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto-ley 663 de 1993 y sus modificaciones) FONADE es una de las instituciones financieras de carácter público que se rigen por dicho estatuto, es importante hacer notar que la Ley 1150 de 2007, vigente para la época en que se suscribió el Contrato de Obra No. 2100024 de 7 de enero de 2010, sometió los contratos celebrados por esta entidad a la Ley 80 de 1993, a diferencia de lo consagrado para la contratación de las otras entidades financieras con participación de capital público, a las cuales se aplican las normas especiales de su actividad y, en materia de contratación, descansan en el derecho privado, sin perjuicio de la observancia de los principios de la gestión administrativa y fiscal³⁷.

³⁷ Ley 1150 de 2007, Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán

La Ley 1150 de 2007 tuvo por objeto hacer más eficiente y transparente la función pública y en el caso concreto de las entidades financieras de carácter estatal adoptó un régimen exceptuado por la situación de competencia en la que desarrollan su objeto social³⁸, por lo cual las sustrajo de las reglas de la Ley 80 de 1993, en tanto que se justificaba implementar la equidad en las normas de su contratación con respecto a las entidades privadas con las cuales competían.

No obstante, se advierte que por virtud del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 la contratación de FONADE se ubicó bajo la normativa de la Ley 80 de 1993, así:

“Artículo 26. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.

En lo que importa para este caso, debe destacarse que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso, para los contratos que se rigen por el estatuto general de la contratación de la administración pública contenido en la Ley 80 de 1993, que el acaecimiento del siniestro sería comunicado mediante “*acto administrativo*”, en la siguiente forma:

“Artículo 7°. De las garantías en la contratación

“(…).

*“El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador **mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare**”.*

Al margen puede anotarse que, con posterioridad a la celebración del Contrato de Obra No. 2100024 de 7 de enero de 2010 –*en relación con el que se expidieron los*

sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

³⁸ “Los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma **en aras de su competitividad**, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado”. (la negrilla no es del texto). www.imprenta.gov.co/documento: Proyecto de ley 20 de 2005 senado, fecha de consulta 09/08/2017.

actos acusados en este proceso- el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, contentiva del plan nacional de desarrollo “*Todos por un nuevo País*”, derogó el referido artículo 26 de la Ley 1150 de 2007, con lo cual FONADE quedó regulado, para efectos de su contratación ordinaria, por las normas propias de las entidades financieras de carácter público, esto es bajo las reglas del derecho privado³⁹, sin perjuicio de la observancia de los principios de la gestión administrativa y fiscal, así como del sometimiento a las inhabilidades e incompatibilidades previstas para los contratos estatales.

Por último, para completar este recuento normativo, resulta útil mencionar que, mediante el Decreto 495 de 20 de marzo de 2019, se modificó la denominación y estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), así:

“Artículo 1°. Denominación, Naturaleza y Domicilio. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera, se denominará, en adelante, Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio) y tendrá su domicilio en la ciudad de Bogotá, D. C.”.

“A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, todas las referencias y/o disposiciones legales o reglamentarias vigentes relacionadas con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), se entenderán hechas a la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio)”.

1.2. Jurisdicción competente

En relación con la jurisdicción competente para juzgar las controversias contractuales, en el período en que aplicó la Ley 80 de 1993 a la contratación de FONADE, cobró plena aplicación el artículo 75 de la citada Ley, que disponía:

³⁹ Dentro de las cinco estrategias transversales propuestas, en el tema de la competitividad, y de la asignación eficiente del recurso público, puede destacarse lo siguiente:

“Competitividad e infraestructura estratégicas: La estrategia de competitividad e infraestructura estratégicas es la estrategia de crecimiento económico del Plan. Esta estrategia transversal se fija cinco objetivos: (1) el desarrollo productivo, (...) (4) el desarrollo de la infraestructura y servicios de logística y transporte para la integración territorial, (...).

“Buen gobierno: La estrategia transversal de buen gobierno busca que el ciudadano y sus derechos sean la prioridad del Estado, y que las organizaciones públicas logren los efectos esperados de su misión: asignaciones eficientes, respuesta a las necesidades del ciudadano, mitigación de las fallas del mercado y promoción de la equidad. Un buen gobierno planea y ejecuta sus recursos de manera eficiente, eficaz y transparente. Sus objetivos son: (1) el fortalecimiento de la articulación Nación-territorio; (...) (5) la gestión óptima de la inversión y de los recursos públicos, (...). EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PROYECTO DE LEY “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: ‘Todos por un nuevo país’.”.

“Artículo 75º.- Del Juez Competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo”⁴⁰.

Al expedirse la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA⁴¹- , en su artículo 104 se consagró la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos y contratos sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas entidades públicas, así:

“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

“(..).

“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

⁴⁰ En vigencia del CPACA, la aplicación de esta norma ha sido sostenida como regla para establecer la jurisdicción competente en autos recientes de esta Subsección, por ejemplo:

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección “A”, auto de 29 de octubre de 2018, Proceso: 25000-23-36-000-2017-00741-01 (62.305), actor: Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-, referencia: acción de controversias contractuales.

“Ahora, si bien el C.P.A.C.A. se preocupó por enlistar los asuntos que le corresponde conocer a la jurisdicción de lo contencioso administrativo -artículo 104-, así como una serie de eventos que no son de su competencia -artículo 105⁴⁰, tales como “las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras” -como es el caso de FONADE- cuando estos últimos (los contratos) correspondan al giro ordinario de sus negocios, lo cierto es que, para casos como el sub lite, esta última disposición viene siendo una norma general, a diferencia de lo que sucede con el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 que se erige como una norma de carácter especial, que debe prevalecer sobre aquella otra, por cuanto para la fecha en que se suscribió el contrato -1 de octubre de 2008- FONADE se regía por las reglas del estatuto de contratación pública, como ya se dijo, por expresa disposición de la Ley 1150 de 2007”.

⁴¹ En adelante se identificará como CPACA.

Sin embargo, por excepción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105 del CPACA, todas las controversias surgidas en los contratos que celebran las entidades financieras de carácter público cuando correspondan al giro ordinario de los negocios fueron sometidas a la jurisdicción ordinaria, en forma excepcional, de acuerdo con la siguiente disposición:

“Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

*“1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, **cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos**” [la negrilla no es del texto].*

Las pretensiones de la demanda en el presente proceso comprenden el juzgamiento de actos administrativos expedidos por FONADE en el marco de la Ley 1150 de 2007, norma⁴² que autorizó a las entidades estatales para declarar el incumplimiento, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, declarar la ocurrencia de multas y de

⁴² “Artículo 7°. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. (...).

“Las garantías 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 autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

“(…).

*“El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador **mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare**”*

Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

*“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.***

*“Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, **se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva**” (la negrilla no es del texto)*

riesgos asegurados, a través de actos administrativos de carácter contractual que por su naturaleza deben ser analizados en relación con las competencias y el debido proceso que se imponen a la administración pública.

Por lo anterior, aunque en el Contrato de Obra No. 21004 de 7 de enero de 2010 se establezca como permitido a FONADE, dentro de las funciones que le fijó el Decreto 288 de 2004⁴³, la expedición de los actos administrativos que se juzgan en este proceso no se encuentra prevista en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993 y sus modificaciones) ni en el Decreto 288 de 2004, de manera que tales actos no pueden ser calificados como de la actividad financiera ordinaria de esa institución para efectos de su juzgamiento, dado que en dicho estatuto, básicamente, FONADE tiene asignadas actividades de financiamiento, administración de recursos financieros y agenciamiento de proyectos de desarrollo⁴⁴.

Por todo lo anterior, la Sala considera que le asiste la jurisdicción y competencia para resolver la presente controversia en sede de apelación, por cuanto el litigio se relaciona con la legalidad de los actos administrativos acusados.

No sobra agregar a lo dicho que, al inicio de este proceso, en dos oportunidades diferentes, la Sección Tercera del Consejo de Estado asumió el conocimiento para resolver acerca de la oportunidad, admisibilidad e idoneidad de la demanda, sin estimar aplicable la excepción del artículo 105 del CPACA., esto es, encausando el proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y desechando la eventual competencia que pudiera tener la jurisdicción civil por razón del giro ordinario de las actividades de FONADE, de manera que se reafirma ahora que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de la impugnación de los actos administrativos materia del litigio.

⁴³ “Artículo Tercero. Funciones: En desarrollo de su objeto, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo podrá realizar las siguientes funciones:

“3.1. Promover, estructurar, gerenciar, **ejecutar** y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales e internacionales” [la negrilla no es del texto]

⁴⁴ De conformidad con el artículo 286 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF): “2. Objeto. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- tiene por objeto **principal** ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo. De conformidad con el artículo 288 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), FONADE tiene, entre otras, las siguientes funciones: “e. Otorgar avales y garantías para créditos destinados a la fase de preparación de proyectos, **y esquemas de gerencia de proyectos según prioridades y condiciones determinadas por la Junta Directiva**” (la negrilla no es del texto).

2. Competencia en razón de la cuantía

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto por tratarse de un proceso de doble instancia en razón de la cuantía, según lo dispuesto en el artículo 157 del CPACA⁴⁵, dado que la pretensión mayor excede los 500 salarios mínimos mensuales vigentes⁴⁶ a la fecha de la presentación de la demanda⁴⁷.

3. Oportunidad en la presentación de la demanda

La Sala observa que el medio de control impetrado por la demandante –*de acuerdo con la reforma a la demanda*- fue el de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del CPACA.

Para efectos de establecer la oportunidad de la demanda en el presente caso, de acuerdo con lo probado en el proceso, se observa que la Resolución 006 de 29 de marzo de 2012, mediante la cual se modificó parcialmente la Resolución 1143 del 22 de agosto de 2011, fue notificada por edicto desfijado el 25 de abril de 2012⁴⁸.

Por ello, teniendo en cuenta que la oportunidad para presentar la demanda en el medio de controversias contractuales es de dos años contados a partir de “*la ocurrencia de los motivos de hechos o de derecho que le sirvan de fundamento*”, de conformidad con el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, se concluye que la demanda se presentó en forma oportuna, el 23 de noviembre de 2012, dado que el término de caducidad corría hasta el 26 de abril de 2014.

⁴⁵ Artículo 157 CPACA. Competencia por razón de la cuantía. Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda (...).

“Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor”.

⁴⁶ La demanda se presentó el 23 de noviembre de 2012. A la fecha de presentación de la demanda 500 SMMLV equivalen a \$283'350.000. (\$566.700 x 500).

⁴⁷ De conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, la competencia se determina según la norma vigente al momento de la presentación de la demanda.

⁴⁸ Folio 272, cuaderno 7.

A la misma conclusión se llega en el evento de aplicar el supuesto del punto v) del literal j) del artículo 164 del CPACA⁴⁹, para el cómputo del término de caducidad a partir del vencimiento del plazo para liquidar el contrato, dado que la Resolución 1143 de 2011, modificada por la Resolución 006 de 2012, ordenó la liquidación del contrato, lo cual se entiende que debía realizarse dentro de los plazos para liquidar el contrato de forma bilateral⁵⁰ y unilateral, de acuerdo con los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, a partir de la ejecutoria de la Resolución 006 de marzo 29 de 2102, impugnada en este proceso.

4. Legitimación por activa

Teniendo en cuenta que la compañía de seguros no discute en este caso el incumplimiento del contrato de obra y solicita la nulidad de los actos acusados únicamente en lo que la afecta, se acepta su legitimación activa individual, sin que la contratista constituya un litis consorte necesario en el presente proceso, por cuanto el litigio se concentra en la decisión que hizo efectiva la garantía única de cumplimiento y en el valor por el cual se afectó la respectiva póliza de seguros.

Se reitera la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación sobre la legitimación por activa de la compañía de seguros para incoar la acción contractual⁵¹, que si bien se adoptó en vigencia del CCA, resulta aplicable

⁴⁹ Según esta norma, se agregan al cómputo, a partir de la terminación del contrato, cuatro meses previstos para la liquidación bilateral y dos meses para la liquidación unilateral.

⁵⁰ De acuerdo con la cláusula vigésima sexta, el plazo para liquidar por mutuo acuerdo era de cuatro meses (folio 54, cuaderno 1.).

⁵¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P: Enrique Gil Botero. Auto del 18 de julio de 2007:

“Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.// Sostener lo contrario, esto es, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la aseguradora no es parte del contrato estatal, supone desconocer de manera directa el postulado del artículo 77 de la ley 80 de 1993, antes citado, y genera una contradicción lógica en tanto aplica frente a una misma situación jurídica dos consecuencias diferentes que se excluyen entre sí. // Esta posición, ha sido asumida recientemente por la Sala mediante auto de 3 de agosto de 2006, en el cual se desestimó definitivamente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, con sus respectivas caducidades, para controvertir los mismos actos administrativos, en el correspondiente evento, los precontractuales; entonces, dicha argumentación en relación con estos últimos, se hace igualmente extensiva para los actos de naturaleza contractual y postcontractual, en la medida que se garantiza el acceso a la administración de justicia bajo parámetros claros y definidos, sin que existan dicotomías al momento de interponer las acciones contencioso administrativas, dependiendo de la persona que ejercite las mismas. // Adicionalmente,

frente al medio de control de controversias contractuales que consagra en forma similar el CPACA, tal como se expuso en el auto de 24 de octubre de 2013 proferido dentro del presente proceso⁵².

5. Régimen legal para hacer exigible la garantía única de cumplimiento en los contratos celebrados por FONADE, en vigencia de la disposición contenida en el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007

De conformidad con lo ya expuesto, para la fecha en que se celebró el contrato 2100024 de 7 de enero de 2010, la actuación contractual de FONADE y, dentro de esta la exigibilidad de las garantías otorgadas para amparar el cumplimiento del referido contrato, se rigieron por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁵³.

Por otra parte, se identifica que la facultad para declarar el siniestro del contrato estatal se encontró regulada por los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 de 2007, los cuales, para la época en que se celebró el contrato de obra y se otorgó la póliza de seguro referida en la controversia sub júdice, soportaban el presupuesto de la competencia de la entidad contratante para expedir el acto administrativo que declarara la obligación incumplida y referían un procedimiento especial para la actuación orientada a declarar la ocurrencia del siniestro, mediante acto administrativo, en la siguiente forma:

“Artículo 7°. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. (...).

“Las garantías 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 autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

“(…).

dada la estructura, contenido, y alcance de la acción contractual, ésta permite que se formulen de manera conjunta o autónoma pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, situación que permite excluir la acción de nulidad y restablecimiento para el ejercicio de una esas mismas pretensiones (...).”

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, auto de 24 de octubre de 2013, radicación: 20001-23-33-000-2012-00143-01 (47.824), demandante: Allianz Seguros S.A., demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo- FONADE, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho

⁵³ Artículo 26 de la Ley 1150 de 2007.

*“El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador **mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare**”.*

La potestad para declarar el incumplimiento, hacer efectiva la cláusula penal y adelantar el cobro de la garantía, se encontró prevista dentro del proceso sancionatorio regulado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en la siguiente forma:

“Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

*“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.***

*“Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, **se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva**”*(la negrilla no es del texto).

De acuerdo con las normas antes transcritas, es evidente que, en vigencia de la Ley 1150 de 2007, FONADE estaba facultado legalmente para expedir el acto administrativo mediante el cual se declaró el incumplimiento del contrato y la efectividad de la garantía correspondiente.

El Decreto 4828 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, exigió la cobertura de las garantías contractuales, refiriéndose de manera específica al cobro de los perjuicios derivados del incumplimiento, así:

“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 del anticipo cubre a la 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.

4.2.2 Devolución del pago anticipado. (...)

4.2.3 Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato **cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.**

4.2.4 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. (...)

4.2.5 Estabilidad y calidad de la obra. (...).

4.2.7 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. (...).

4.2.8 Calidad del servicio. (...)

4.2.9 Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados” (la negrilla no es del texto).

“Artículo 7°. Suficiencia de la garantía. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2493 de 2009. Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas:

“7.1 Seriedad del Ofrecimiento. (...)

“7.2 **Buen manejo y correcta inversión del anticipo.** El valor de esta garantía deberá ser equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

“(…).

“7.4 **Cumplimiento.** El valor de esta garantía **será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal** pecuniaria, y en todo caso, no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato. El contratista deberá otorgarla con una vigencia igual al plazo del contrato garantizado más el plazo contractual previsto para la liquidación de aquel. En caso de no haberse convenido por las partes término para la liquidación del contrato, la garantía deberá mantenerse vigente por el término legal previsto para ese efecto.

“(…).

Artículo 14. Efectividad de las garantías. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

14.1 En caso de caducidad, (...)

14.2 En caso de aplicación de multas (...).

14.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante **proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante.** Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro” (la negrilla no es del texto).

Descendiendo al caso concreto se destaca que, en el mismo sentido de lo permitido en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 4828 de 2008, en el texto de la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales, que hizo parte de la póliza CEST 2477 expedida por Aseguradora Colseguros S.A., se estableció el siguiente alcance y procedimiento de la “reclamación del siniestro”:

“El amparo de cumplimiento del contrato cubre a la entidad estatal contratante asegurada **de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso.** Cuando ellos son imputables al contratista garantizado. La indemnización total a que hubiere lugar no excederá, en ningún caso la suma asegurada establecida para el efecto. **Además de esos riesgos, este amparo comprenderá el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se haya pactado en el contrato garantizado.** El pago de la cláusula penal pecuniaria será considerado como parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad estatal contratante.

“(…).

“6. RECLAMACIÓN DEL SINIESTRO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1077 en concordancia con el artículo 1080 del Código de Comercio la entidad estatal contratante asegurada deberá demostrar la ocurrencia del siniestro y acreditar la cuantía de la pérdida, previo agotamiento del derecho de audiencia del contratista garantizado y de la Compañía, de la siguiente forma:

“6.1. En caso de caducidad (...)

“6.2. En caso de aplicación de multas parciales (...).

*“6.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista garantizado y de la Compañía, **la entidad estatal contratante asegurada proferirá el acto administrativo correspondiente el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada en el contrato y a ordenar su pago tanto al contratista garantizado como a la Compañía**”* (la negrilla no es del texto).

Habiendo verificado las normas en que se fundó la competencia de FONADE para expedir los actos administrativos acusados y el procedimiento legal y contractual aplicable, bajo ese contexto legal, la Sala analizará los argumentos presentados por cada una de las partes en su apelación.

6. No aplicación del procedimiento previsto en la Ley 1474 de 12 de julio de 2011

El Tribunal *a quo* estableció la no aplicación de la Ley 1474 de 2011 al presente caso, por lo previsto en el artículo 96⁵⁴ para las contrataciones en curso. Este aspecto no fue cuestionado en los recursos de apelación.

Sin embargo, se hace notar que, antes de la Ley 1474 de 2011, la compañía de seguros podía exigir que la entidad pública observara las reglas generales de la actuación administrativa desplegada con anterioridad a la expedición del acto que declaraba el siniestro, de manera que también tenía derecho a un debido proceso.

Lo anterior ha sido observado por la jurisprudencia de esta Subsección, sin perjuicio de advertir que, frente a la aseguradora garante, la reclamación y el cobro de la póliza de seguros no constituye una actuación de carácter sancionatorio, dado que

⁵⁴ Citó la siguiente disposición de la Ley 1474 de 2011:

“Artículo 96. Régimen de Transición. Los procesos de contratación estatal en curso, a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes al momento de su iniciación.

“No se generarán inhabilidades ni incompatibilidades sobrevinientes por la aplicación de las normas contempladas en la presente ley respecto de los procesos contractuales que se encuentren en curso antes de su vigencia”.

esas actuaciones se corresponden con el ejercicio del derecho de la entidad beneficiaria de la póliza, en orden a hacer valer la garantía de cumplimiento⁵⁵.

Además, en el presente caso, la Sala corrobora la no aplicación de la Ley 1474 de 2011, dado que el procedimiento sancionatorio contra la contratista se encontraba en curso para la fecha en que entró a regir dicha ley, por lo siguiente:

i) la actuación orientada a la imposición de una sanción se inició por primera vez con la comunicación de 13 de julio de 2010, en la que FONADE requirió a la contratista para efectos de imponer una posible multa que no llegó a establecer, por cuanto la propia compañía de seguros intervino para obtener una prórroga a favor de la contratista⁵⁶ y ii) la actuación se reinició al vencimiento de la segunda prórroga del contrato, sin que se hubiera logrado el cumplimiento prometido por la contratista, lo que ocurrió el 28 de abril de 2011, de acuerdo con el informe y requerimiento que la interventoría remitió a la contratista con copia a la aseguradora, mediante la comunicación CSA de 28 de mayo de 2011, distinguida con el número CSA-2100069-071 2011, con referencia *“incumplimiento del contrato 2100024”*, y, finalmente, dicha actuación continuó con un nuevo requerimiento, radicado con el número: 20115000169941 de 29 de julio de 2011 dirigido a la contratista, con copia a tres funcionarios de la Aseguradora Colseguros S.A., reseñado con identificación explícita de la póliza de seguros CEST 2477, en el cual FONADE formalizó, nuevamente, el aviso del incumplimiento del contrato, con identificación de la ejecución que se registraba al corte del 28 de abril de 2011.

De acuerdo con lo anterior, se analizarán los argumentos de las partes, a la luz de las normas legales y contractuales que resultan aplicables para el presente caso, a saber: la Ley 1150 de 2007, el Decreto 4828 de 2008 y las cláusulas del contrato de seguro.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 23 de noviembre de 2017, radicación: 25000233600020130206301 (53861), Actor: Seguros Colpatria S.A., demandado: Ministerio de Transporte, referencia: acción contractual (Ley 1437 de 2011).

⁵⁶ En la comunicación de 13 de julio de 2010, suscrita por el gerente del área de ejecución y liquidación de FONADE, dirigida a la Aseguradora Colseguros S.A., en referencia a la póliza CEST 2477, se le informó a la compañía de seguros que esa gerencia había solicitado la imposición de una multa al contratista por la *“mora en la programación de la obra e incumplimiento de sus obligaciones contractuales”* y se le indicó igualmente que la interventoría solicitó la imposición de una multa *“en razón al atraso de tres (3) semanas en la ejecución de la obra y el incumplimiento de sus obligaciones”*.

7. Lo probado en este proceso

7.1. El contrato y sus modificaciones

Se encuentra acreditada en el plenario la existencia del Contrato de Obra No. 2100024 suscrito el 7 de enero de 2010 entre FONADE y la Unión Temporal Valledupar 2010, cuya remuneración se pactó por el sistema de precios unitarios fijos con cantidades variables, en cuya cláusula segunda se acordó un anticipo del 30% del valor del contrato⁵⁷. El valor inicial del contrato fue la suma de \$5.777'790.278.

Se probó que el contrato se adicionó, así: **i)** adición No. 1, suscrita el 28 de julio de 2010, mediante la cual el valor del contrato se incrementó en \$893'749.500 y **ii)** la adición No 2, suscrita el 7 de enero de 2011, contentiva de la adición del valor del contrato en la suma de \$265'880.458⁵⁸.

Obra como prueba el documento suscrito el 3 de febrero de 2011, entre los representantes de FONADE y la Unión Temporal Valledupar 2010, titulado *“ACLARACIÓN AL DOCUMENTO MODIFICATORIO PRÓRROGA, ADICIÓN No. 2 Y CESIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS CONTRATO DE OBRA No. 2100024 SUSCRITO ENTRE FONADE Y UNIÓN TEMPORAL VALLEDUPAR 2010, SUSCRITO EL DIA 7 DE ENERO DE 2010”*, en el cual se aclaró la adición de valor del contrato por la suma de \$265'880.458 *“incluido el AIU, todos los costos, gastos y utilidad”* y se indicó que la contratista se comprometió a modificar la póliza de seguro de acuerdo con la referida aclaración⁵⁹.

Igualmente se observa la comunicación RL 029 – 2011 de 23 de marzo de 2011, dirigida a los representantes de FONADE y de la sociedad interventora y a *“Néstor Javier Puentes Silva- profesional Dirección RC y procesos jurídicos – COLSEGUROS y Juan Carlos Laverde – Ajustador de Seguros”*, en la cual la representante de la Unión Temporal Valledupar 2010 requirió la intervención de las entidades a las que dirigió la comunicación, con el propósito de reestablecer las condiciones económicas

⁵⁷ Folio 502, cuaderno 5.

⁵⁸ Folio 541, cuaderno 5.

⁵⁹ Folios 560 y 561, cuaderno 5.

del contrato, afectadas por el atraso en la aprobación de las modificaciones relativas a los análisis de precios (APU's)⁶⁰.

También se acreditó la modificación del contrato a través del documento suscrito el 4 de abril de 2011, titulado *“REINICIO, MODIFICACIÓN, PRÓRROGA Y ADICIÓN CONTRATO DE OBRA 2100024 SUSCRITO ENTRE FONADE Y UNIÓN TEMPORAL VALLEDUPAR 2010”*, en el cual se incorporó el balance de la ejecución contractual, se acordó ampliar el porcentaje del anticipo en un 12%, *“de manera que el mismo corresponde al 42% del valor inicial del contrato”* y se indicó la obligación de ajustar la garantía única de cumplimiento⁶¹.

7.2. Pruebas acerca de la participación de la compañía de seguros

Existe prueba en el proceso que permite aseverar que la Aseguradora Colseguros S.A. participó activamente en las reuniones de seguimiento del contrato, desde el momento en que se inició la primera actuación destinada a imponer la multa, según se evidencia, por ejemplo, con las siguientes comunicaciones y actas:

7.2.1. La comunicación de 13 de julio de 2010, suscrita por el gerente de unidad – área de ejecución y liquidación de FONADE-, dirigida a la Aseguradora Colseguros S.A., en referencia a la póliza CEST 2477, en la que se le informó a la compañía de seguros que esa gerencia había solicitado la imposición de una multa al contratista por la *“mora en la programación de la obra e incumplimiento de sus obligaciones contractuales”* y se le indicó, igualmente, que la interventoría solicitó la imposición de una multa *“en razón al atraso de tres (3) semanas en la ejecución de la obra y el incumplimiento de sus obligaciones”*⁶².

7.2.2. Posteriormente, en las reuniones de seguimiento del contrato, se evidencia la presencia y participación de los funcionarios de la compañía de seguros, así:

Acta	Planilla de firmas	Extractos
-------------	---------------------------	------------------

⁶⁰ Folio 590 cuaderno 5.

⁶¹ Folio 569, cuaderno 5.

⁶² CD Folio 484, cuaderno 5.

	suscrita por	
Acta de Seguimiento de 19 de octubre de 2010	Néstor Puentes- Aseguradora Colseguros ⁶³	El supervisor del contrato informó (...) <i>“Esta es la tercera reunión, posterior a la adición y prórroga del contrato, en la cual se discute con el contratista el estado de ejecución del contrato y los atrasos que se han acumulado (...)”</i> ⁶⁴
Acta de Seguimiento de 28 de octubre de 2010	Andrea González, Aseguradora Colseguros ⁶⁵	-
Acta de Seguimiento de febrero 22 de 2011	Néstor Puentes en representación de Aseguradora Colseguros y Juan Carlos Laverde en representación de Ajustadores de Occidente.	La interventoría informó que <i>“La contratista no ha terminado ninguna de las áreas para proceder al recibo parcial. De acuerdo con el análisis están atrasadas las siguientes actividades principalmente (...)”</i> ⁶⁶ <i>“La interventoría de La Nevada solicitó, en caso de que se logre el financiamiento de la obra por parte de la aseguradora, que los recursos se manejen en forma similar al anticipo (...) la aseguradora responde que es viable la solicitud”</i> ⁶⁷ .

7.2.3. Consta en el expediente que el 18 de marzo de 2011, mediante comunicación radicada con el número 2011-430013472-2, el señor Alex Fernando Salgado, gerente de indemnizaciones de la Aseguradora Colseguros S.A., manifestó a FONADE (se transcribe de forma literal)

⁶³ Folio 746, cuaderno 5.

⁶⁴ Folio 748, cuaderno 5.

⁶⁵ Folio 739, cuaderno 5.

⁶⁶ Folio 720, cuaderno 5.

⁶⁷ Folio 722, cuaderno 5.

“Después de las conversaciones sostenidas con anterioridad y de analizar la situación actual del contrato indicado en la referencia que presenta atraso en la ejecución de las obras debido, principalmente, a la falta de liquidez de la Unión Temporal Valledupar 2010 (el Contratista) Aseguradora Colseguros S.A. (la Aseguradora) respetuosamente le solicita lo siguiente (...):

“1 (...) ampliar en 20% el anticipo otorgado sobre el valor inicial del contrato, con el fin de llevarlo a la suma de \$1.155'559.804.

“(..).

“6. El costo de los servicios de interventoría durante el período de prórroga adicional solicitada, será asumido por la Aseguradora.

“(..).

“7. La Aseguradora modificará y ajustará los valores y vigencias de las coberturas otorgadas en la Póliza CEST-2477.

“8. Con el fin de facilitar todos los recursos que requiere el Contratista para la adecuada y oportuna terminación del contrato la Aseguradora de facilitará recursos adicionales, con destino a la obra, que también serán manejados por la interventoría.

“9. La Unión Temporal 2010 cederá, en favor de la Aseguradora, derechos económicos correspondientes al rubro de anticipos hasta el monto necesario para pagar los recursos adicionales facilitados por la Aseguradora.

“10. La cesión que se indica en el anterior numeral, tienen por objeto cubrir los recursos que facilite la Aseguradora y pagar a la interventoría y demás gastos que le corresponda pagar a la aseguradora”⁶⁸.

7.2.4. .Se encuentran acreditados en el expediente la póliza No. CEST 2477, expedida por Aseguradora Colseguros S.A. y los certificados que acreditan la extensión de los amparos, de acuerdo con las modificaciones contractuales citadas, entre los cuales se destacan los siguientes:

Número del certificado	Fecha de expedición	Documento indicado en el espacio de observaciones
9	04 de febrero de 2011	Prórroga No. 2
10	23 de marzo de 2011	Acta No. 1 de suspensión del contrato
18	05 de abril de 2011	Reinicio, modificación, prórroga y adición del 4 de

⁶⁸ Folios 703 y 704, cuaderno 5.

		abril de 2011
19 ⁶⁹	05 de abril de 2011	Adición del 04 de abril de 2011, se ajusta el valor asegurado del anticipo quedando en \$3.041'323.127
21 ⁷⁰	06 de abril de 2011	Adición del 04 de abril de 2011, se ajusta el valor asegurado del anticipo quedando en \$2.426'671.916,76
31 ⁷¹	11 de abril de 2011	"se corre la vigencia en un 1 día y se ajusta el valor asegurado"

Los amparos otorgados de acuerdo con los certificados expedidos se extendieron en los siguientes términos finales:

Amparo	Valor	Vigencia
Cumplimiento	\$1.412'249.108	28-10-2011
Buen manejo y correcta inversión del anticipo	\$2.426'671.916	28-10-2011
Pago de salarios y prestaciones sociales	\$362'062.277	28-04-2014
Estabilidad y calidad de la obra		07-01-2015

8. El caso concreto

8.1. Resumen de las apelaciones

Fonade apeló la sentencia de primera instancia por cuanto estimó que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta una serie de pruebas que, en su criterio, demostraban el debido proceso y soportaban los valores por los que se afectó la póliza de seguros.

Allianz Seguros apeló por considerar que el Tribunal *a quo* debió tener en cuenta, en la sentencia de primera instancia, el valor concreto que acreditó como pagado y que el fallo debió extenderse no solo al monto del amparo de cumplimiento, sino también

⁶⁹ Folio 344, cuaderno 3

⁷⁰ Folio 437, cuaderno 3.

⁷¹ Folio 353, cuaderno 1.

al pagado por concepto de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en cuanto esto se pidió con la demanda.

La aludida compañía de seguros reiteró en su recurso de apelación que FONADE determinó los montos “*sin verificar la existencia y cuantía del daño*”⁷² y que modificó el valor de afectación en la Resolución 006 de 2012, con base en una visita técnica y un informe del interventor que no tuvo oportunidad de controvertir⁷³.

8.2. Planteamiento del problema jurídico

El problema jurídico que se plantea para resolver el caso concreto consiste en determinar si ¿los actos administrativos mediante los cuales se hicieron efectivos los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo se profirieron con respeto por el debido proceso o no, en cuanto a la citación de la compañía de seguros, la tasación del perjuicio y la afectación de la póliza de seguros CEST 2477?

8.2.1. Debido proceso

8.2.1.1. Citación a la compañía de seguros

Contrario a lo que afirma el apoderado de Allianz Seguros S.A., al término del plazo contractual la compañía de seguros no solo tenía conocimiento detallado de la situación de incumplimiento, por haber participado en los comités de seguimiento, sino que tuvo acceso directo a los informes de la interventoría en los que se le reportó de manera concreta el estado de ejecución del contrato, como se aprecia en la comunicación CSA de 28 de mayo de 2011, distinguida con el número CSA-2100069-071 2011, referenciado como “*incumplimiento del contrato 2100024*”, cuya copia se le remitió y en la cual la interventoría manifestó (se transcribe de forma literal):

“ (...) desde casi el inicio de las obras (marzo de 2010) expusimos nuestra preocupación por la ejecución del contrato de obra y recalcábamos que no era posible avanzar la meta física del proyecto dentro de las programaciones, con

⁷² Folio 1711, cuaderno principal segunda instancia.

⁷³ Folio 1710, cuaderno principal segunda instancia-

los materiales de obra, los rendimientos y el personal que se mantuvo en la ejecución del contrato.

“Dentro de la ejecución del contrato se hizo necesario llevar a cabo prórrogas (...) y se dio aplicación a la cuarta del contrato y numeral 4.8. ‘multas’...meta que no fue alcanzada por el contratista (...) por otro lado se involucró a la compañía de seguros COLSEGUROS, para que se realizara el seguimiento de las obras que se adelantaban con el contrato y entró como garante, a hacer acompañamiento al contratista e intervino en varias ocasiones para la entrega del contrato e incluso ofreció recursos al Contratista para llegar a la entrega del mismo (...)”⁷⁴.

En esa comunicación, que se remitió a la compañía de seguros, la interventoría presentó el balance a 28 de abril de 2011, adjuntó los documentos de soporte y le informó lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“Se entrega a FONADE un balance conciso de las obras que faltan por ejecutar, de las obras ejecutadas hasta la fecha, el cual se adjunta a la presente, y en vista de que fue imposible dar cumplimiento con el objeto contractual del contrato de la referencia, esta interventoría solicita se aplique lo previsto en el pliego de condiciones y contrato en su cláusula décima ‘Cláusula Penal Pecuniaria’ por los perjuicios causados a FONADE, por la falta de entrega de las obras a la fecha pasada en el contrato de la referencia”.

Por otra parte, se corrobora que en el expediente obra la certificación suscrita por la gerente del área de servicios administrativos de FONADE, en la cual indicó que los archivos consignados en medio magnético “*son fiel copia tomada del archivo de la entidad y corresponden al expediente administrativo del contrato No. 2100024*” y se verifica que en el CD adjunto a la certificación, obrante en el plenario, aparece la comunicación radicada con el número 20115000169941 de 29 de julio de 2011, dirigida a la contratista, con copia a tres funcionarios de la Aseguradora Colseguros S.A., reseñada con identificación explícita de la póliza de seguros CEST 2477, en la cual FONADE formalizó el requerimiento por el incumplimiento del contrato y, de manera expresa, indicó el grado de ejecución que reportaba la interventoría, además de que detalló las obligaciones que se encontraban incumplidas.

Igualmente, en la comunicación acabada de mencionar FONADE advirtió que quedaba atenta a las consideraciones al respecto y demás aspectos que fuera necesario tener en cuenta.

⁷⁴ Folio 687, cuaderno 5.

Dicha comunicación -que obra en el CD allegado como prueba al presente proceso- coincide con el documento físico que se adjuntó al recurso de apelación presentado por FONADE⁷⁵.

A continuación se transcribe la comunicación referida:

“Bogotá D.C. 29-07-2011

*“Señores
UNIÓN TEMPORAL VALLEDUPAR 2010
(...).*

*“Asunto: Contrato 2100024 celebrado entre FONADE y UNIÓN TEMPORAL ANTIGUO IDEMA 2010. **Requerimiento por incumplimiento.***

*“A la fecha de terminación del plazo de ejecución del contrato 28 de Abril de 2011, se evidenció la no ejecución total de la obra. **De acuerdo con los informes de interventoría el avance de ejecución total del contrato fue del 81.76%, situación que supone el incumplimiento del contrato imputable al contratista y la exigibilidad del pago de la cláusula penal pecuniaria establecida en el contrato, la cual señala:***

*“(...) **CLÁUSULA DÉCIMA - CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.** En caso de incumplimiento parcial o definitivo de las obligaciones a cargo del contratista o de declaratoria de caducidad del contrato, FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, por un monto equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de la etapa que se incumpla, suma que se estipula como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se le causen, sin perjuicio del derecho a obtener del contratista y/o de su garante el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. El contratista autoriza a FONADE a descontarle y compensar, de las sumas que le adeuden, los valores correspondientes a la pena pecuniaria aquí estipulada. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, FONADE podrá obtener el pago de la pena pecuniaria mediante reclamación de pago ante la compañía de seguros, dentro del amparo de cumplimiento otorgado con la garantía única. **PARAGRAFO PRIMERO:** El valor de la pena pecuniaria pactada se calculará sobre el valor total de la etapa correspondiente. **PARAGRAFO SEGUNDO:** La aplicación de la pena pecuniaria establecida en el presente numeral deberá estar precedida del procedimiento establecido en la cláusula anterior, y culminará, en cualquier caso, con la expedición de un acto administrativo motivado. **PARÁGRAFO TERCERO:** El acto administrativo, además, declarará el incumplimiento definitivo de las obligaciones y, según corresponda, la terminación o caducidad del contrato (...)*

⁷⁵ Folios 1678 y 1679, cuaderno principal segunda instancia.

“Revisadas las obligaciones, y previa consulta con la interventoría, la UT Valledupar 2010 incumplió las siguientes obligaciones:

“Contravino lo establecido en el numeral 1 de la obligación 4.4.1 – ‘Obligaciones de carácter general’ del pliego de condiciones, referente a “Cumplir el objeto del contrato... dentro del plazo establecido’.

“No garantizó el suministro oportuno y en las cantidades requeridas de los equipos, maquinaria, herramientas, materiales e insumos para cumplir con las actividades programadas, incumpliendo lo establecido en el numeral 4.4.4 – “Obligaciones relacionadas con los equipos, herramientas, maquinaria y materiales de construcción”, numerales 1 y 2.

“No efectuó las pruebas requeridas a las redes hidrosanitarias instaladas, en particular la red contra incendio, pese a las múltiples solicitudes de la interventoría, en contravención con lo requerido en el pliego de condiciones en el numeral 4.4.5 – “Obligaciones relacionadas con la ejecución de la obra”, numeral 2.

“No atendió los numerosos requerimientos de la interventoría y FONADE solicitando las reprogramaciones de obra después de autorizarse las prórrogas en el plazo del contrato, así como los planes de contingencia que permitieran subsanar los atrasos que se iban acumulando en la ejecución de las actividades, lo anterior teniendo en cuenta que en el numeral 4.4.8.1 – “Programas detallados para la ejecución de la obra” del pliego de condiciones se establece que “En caso de que el contratista no cumpla con alguno de ellos, el interventor podrá exigir por escrito, según el caso, el aumento en el número de turnos, en la jornada de trabajo y/o en el equipo y/o en los insumos y, en general, las acciones necesarias para el cumplimiento del programa o plan de que se trate, sin que por la realización de tales acciones se genere costo adicional alguno para FONADE. No obstante el incumplimiento de estos requisitos podrá implicar las sanciones del caso”.

“No ha presentado la totalidad de los soportes que acrediten que esté al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, y las cajas de compensación familiar, cuando corresponda (Obligación N° 2 en el numeral 4.4.1 – “Obligaciones de carácter general” y literal m en el numeral 4.4.6 – “Obligaciones de información” del pliego de condiciones).

“Numeral 2 de la obligación 4.4.3 – “Obligaciones relacionadas con la adecuación del lugar de la obra”, debido a que a la fecha no se han entregado los paz y salvos por concepto del pago de los servicios públicos producto del consumo necesario para la ejecución de la obra.

“A la fecha no se han entregado el informe final, los planos record, el manual de funcionamiento y mantenimiento, según lo establecido en los numerales 2, 4 y 5 de las obligaciones contenidas en 4.4.6 – “Obligaciones de información”.

“Numeral 4.2.5.3 a. El contratista deberá invertir, en forma directa y de manera inequívoca, el anticipo en el objeto contractual, con sujeción al plan de manejo

e inversión. d. El anticipo debe manejarse de acuerdo con el plan de manejo e inversión del mismo aprobado por Fonade, el cual deberá ajustar a los porcentajes indicados en la propuesta.

“El contratista debe amortizar la totalidad del anticipo invertido en la obra y devolver a FONADE el anticipo no invertido en la obra que se encuentra en la cuenta conjunta.

“De acuerdo con lo anterior, y como ya es de su conocimiento, actualmente se están efectuando las actividades concernientes a exigir las cláusulas contractuales y disposiciones de ley a que haya lugar. **Estaremos atentos a sus consideraciones con respecto a esta comunicación y a los demás aspectos con ocasión del contrato que considere deban tenerse en cuenta.**

“Cordialmente,

“CLAUDIA BEATRIZ NIETO MORA

“Subgerente de Contratación de FONADE

“**CC. Aseguradora COLSEGUROS S.A. Alex Salgado (Gerente de Indemnizaciones), Nestor Puentes (Dirección R.C. y procesos jurídicos), Mónica Orjuela (Dirección indemnizaciones) Torre Empresarial Colseguros. Cra. 13a No.29-24, teléfono (1) 5600600, Bogotá. Póliza No. 2477.**

Carlos Acosta, Gerente de Unidad de FONADE.

José Soto, Gestor de Convenio de FONADE.

Arquitecta Nidia Esperanza Garzón, Representante Legal Consultar con Profesionales y Cia. Ltda. Calle 57 No. 7-11, teléfono (1) 210 28 22, Bogotá”
(la negrilla no es del texto).

Para la Sala no existe duda de que el argumento de la violación al debido proceso contractual se derrumba frente a esa prueba, toda vez que, a diferencia de lo que afirmó el apoderado de la parte demandante, FONADE sí comunicó a la contratista y a la Aseguradora Colseguros S.A., de manera motivada y detallada, la circunstancia del incumplimiento del contrato y les dio la oportunidad de controvertir lo que consideraran al respecto.

La Sala estima que esa comunicación equivalía a un acto administrativo, -en su caso a un acto de trámite que se correspondía con el de apertura o reapertura⁷⁶ de la actuación- por lo cual FONADE sí cumplió con el procedimiento previsto en las cláusulas novena y décima del Contrato de Obra No. 2100024 de 2010.

⁷⁶ Si se considera que en vigencia del plazo del contrato se produjo el primer requerimiento por el incumplimiento contractual para hacer efectiva la cláusula de multas, como se ha expuesto en esta providencia.

Además, es importante observar que ni en las cláusulas del contrato de seguro ni en el Decreto 4828 de 2008 se exigió un acto administrativo previo para dar apertura al procedimiento que culminó con el acto que declaró el siniestro y este último se dictó mediante la Resolución 1143 de 22 de agosto de 2011, proferida después de dar la oportunidad de contradicción a la contratista y a la compañía de seguros en la comunicación del 29 de julio de 2011, antes transcrita, que por lo demás no fue la primera noticia del siniestro y se produjo después de dos modificaciones contractuales que fueron apoyadas por la propia compañía de seguros para tratar de superar el incumplimiento del contrato y evitar el cobro efectivo de los amparos otorgados en la garantía única de cumplimiento.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que FONADE siguió el procedimiento contractual y que no vulneró el debido proceso y que, por su parte, el Tribunal *a quo* omitió referirse de manera concreta a todas las pruebas antes citadas, por lo que en este caso está probado que no existió un cobro automático de la póliza de seguro ni se vulneró el derecho de audiencia y contradicción de la compañía de seguros.

8.2.2. Modificación del valor de obra ejecutada

Es importante advertir que, solo después de que se expidió la Resolución 1143 del 22 de agosto de 2011, FONADE pudo lograr el recibo de la obra física, según consta en acta de recibo de octubre 9 de 2011, que fue allegada al proceso en respuesta al requerimiento de las actas relacionadas con el contrato No. 2100024 que el Tribunal Administrativo del Cesar le dirigió a JECR S.A. en liquidación⁷⁷.

En el acta correspondiente se indicó que la contratista y la Aseguradora Colseguros S.A.⁷⁸ fueron citadas el 11 de agosto de 2011 *“para proceder al trámite de entrega del predio”*, en la diligencia que se llevaría a cabo el 23 de agosto de 2011 y que en esa fecha asistieron al sitio de la obra, junto con el representante de la empresa de vigilancia que estaba custodiando el inmueble, pero la entrega no pudo realizarse por cuanto *“se presentaron personas alegando su calidad de subcontratistas o*

⁷⁷ Requerimiento de mayo 16 de 2016, oficio YS0474, folio 1090, cuaderno 5-1.

⁷⁸ Folio 1114, cuaderno 5-1.

*proveedores de la unión temporal Valledupar 2010, aduciendo el no pago por parte de la firma contratista de los suministros*⁷⁹.

Igualmente, consta en el acta que se realizaron otras citaciones el 24 y 26 de agosto de 2011 y que FONADE no pudo lograr que se le entregara la obra por problemas con los presuntos acreedores de la contratista que parecían *“querer tomarse las instalaciones”* y que la llevaron a solicitar la intervención de la alcaldía municipal.

De acuerdo con el acta de recibo que se realizó el 9 de octubre de 2011, la contratista y la compañía de seguros fueron citadas a la respectiva diligencia.

Se observa que, de acuerdo con la planilla de firmas⁸⁰, el acta de recibo aparece suscrita por un delegado de la Unión Temporal Valledupar 2010, además de los representantes de la Secretaría de Educación, la Secretaría de Obras, Fonade y el empleado de la empresa de vigilancia.

Por ello no puede aceptarse la alegada violación del debido proceso por la falta de citación a la *“visita técnica”* que realizó FONADE⁸¹ para definir las cantidades de obra entregadas, puesto que el recibo de la obra se aplazó por varios meses ante las dificultades originadas en las deudas del contratista y solo se realizó el 9 de octubre de 2011, con la presencia de un delegado de la propia contratista, circunstancia que, al parecer, el apoderado de la compañía de seguros desconocía cuando presentó la demanda.

Se agrega que en el acta de recibo FONADE hizo constar que *“las cantidades anotadas en la presente acta no han sido totalmente conciliadas con la interventoría”*⁸².

⁷⁹ Folio 1114, cuaderno 5-1.

⁸⁰ Folio 1116- cuaderno 5-1.

⁸¹ La compañía de seguros ubicó la *“visita técnica”* como realizada el 20 de octubre de 2011, fecha a la que se refiere una comunicación del gerente del área de ejecución y liquidación de FONADE a la interventoría, visita que, según esa carta, fue realizada y reportada internamente por un profesional del área de estudios previos, que se adelantó para establecer las actividades requeridas para la terminación de la obra, a realizarse a través de la nueva contratación, *“cuya cuantificación también afecta”* los perjuicios que se estaban estudiando en el recurso de reposición. Dado que la visita del área de estudios previos se correspondía con una actividad interna para la nueva contratación y que la aludida comunicación solicitaba explicaciones a la interventoría sobre sus actividades, no puede considerarse como una prueba dentro del recurso de reposición, ni exigirse que la aseguradora se encontrara presente en las labores propias de un funcionario del área de estudios previos.

⁸² Folio 115 cuaderno 5-1.

Se entiende que solo con posterioridad a la suscripción del acta de recibo fue posible para FONADE solicitar a la interventoría que procediera a revisar las cantidades relacionadas por la contratista, lo cual sucedió cuando ya se había hecho efectiva la póliza de cumplimiento a través de la Resolución 1143 de 2011.

Es evidente que las demoras en la entrega del bien no impedían el cobro de la póliza de seguro, por cuanto el siniestro ocurrió al vencimiento del plazo contractual sin que se hubiera saneado el incumplimiento advertido fácticamente en las reuniones e informes de los últimos días del plazo contractual. Por otra parte, el balance incorporado en el acta de recibo confirma el incumplimiento, que en ese momento fue calculado con fundamento en las actas de obra.

Ahora, se advierte que la verificación de la interventoría dio lugar a una modificación en el valor de la obra ejecutada, el cual resultó disminuido respecto del balance de ejecución que se había levantado con base en las actas de obra a la fecha de terminación del plazo contractual.

Lo anterior, por cuanto no se aceptaron las cantidades del capítulo de instalaciones eléctricas, como se indicó en la Resolución No. 006 de marzo 29 de 2012.

En la Resolución No. 006 de marzo 29 de 2012 se incorporó el informe del interventor que recomendó “(...) *descontar de las cantidades reportadas en el acta No. 14, con la cual se hizo la primera estimación de perjuicios del contrato, las cantidades correspondientes al capítulo eléctrico y sus adicionales*”, dado que la contratista no hizo entrega de la información que sustentara que los productos utilizados estaban homologados con la norma NTC 2050 y que en esas circunstancias no se podía obtener el dictamen favorable de cumplimiento del reglamento técnico de instalaciones eléctricas (RETIE) para que estas fueran “*energizadas por Electricaribe S.A.*”⁸³.

La compañía de seguros alegó en este proceso que no tuvo acceso a una “*visita técnica*” de los funcionarios de FONADE ni al informe del interventor, pero pasó por alto que esa visita correspondió a la diligencia de recibo, a la que, al decir de los

⁸³ Folio 416, cuaderno 3.

firmantes del acta, fueron citados la contratista y la compañía de seguros, además de que el delegado del contratista sí asistió a la referida “visita”.

Por otra parte, se observa que la misma compañía de seguros solicitó en su recurso de reposición contra la Resolución 1143 de 2011 que se tuvieran en cuenta las cantidades realmente ejecutadas.

Además, en el presente proceso la compañía de seguros no controvertió el rechazo de la obra correspondiente a las instalaciones eléctricas ni la cobertura de la póliza sobre el incumplimiento correspondiente a la obra no ejecutada, de manera que su argumento se enfocó en el procedimiento y, de acuerdo con lo acreditado, en este no se configuró la violación al debido proceso que argumentó la demandante.

8.2.3. Modificación de los valores del anticipo

La Sala observa que la compañía de seguros tiene razón al advertir que el Tribunal *a quo* no consideró sus argumentos acerca del siniestro por anticipo.

Para analizar los referidos argumentos resulta útil mostrar cuál fue el fundamento para declarar la ocurrencia del siniestro por anticipo y cómo variaron los valores entre la Resolución 1143 de 2011 y la Resolución 006 de 2012.

En la Resolución 1143 de 22 de agosto de 2011 se consideró (se transcribe de forma literal):

“Con respecto al anticipo del contrato deberá afectarse el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo contenido en la garantía única póliza No. CEST – 2477 expedida por ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. por el monto del mismo no amortizado por el contratista e invertido en la obra y por la no devolución del anticipo no invertido en la obra

“(…).

“El perjuicio para la entidad corresponde al valor de la amortización del anticipo invertido en la obra y al valor del anticipo no entregado, no invertido en obra y no devuelto, toda vez que corresponde a un recurso público prestado al contratista para la ejecución de la obra, no invertido en la misma y tampoco amortizado ni devuelto. Es importante mencionar que mediante comunicación No. 20112310173071 del 3 de agosto de 2011 enviada al contratista con copia a la aseguradora, se solicitó la devolución del anticipo no

*invertido en el contrato, sin que a la fecha ese requerimiento se haya cumplido*⁸⁴.

Conviene precisar que la Resolución 1143 de 2001 consideró dos conceptos: **i)** *“anticipo invertido en la ejecución de la obra y no amortizado, por la suma de \$636’274.243”*⁸⁵ y **ii)** anticipo que se encontraba en la cuenta bancaria y no había sido devuelto, el cual fue establecido en la suma de \$120’590.012,18, que se advirtió como requerido para su restitución, sin que la contratista lo hubiera restituido. Se observa que los dos valores acumulaban un monto total de \$756’864.255,18 cobrado en la Resolución 1143 de 2011.

Debe hacerse notar que existió un error en presentar dos conceptos de anticipo acumulables, dado que las cifras calculadas por separado darían lugar a dos afectaciones de la garantía, toda vez que lo correcto era entender que el valor en cuenta bancaria *-no invertido y no restituido-* hacía parte del valor del anticipo entregado o desembolsado.

Sin embargo, ese aspecto fue corregido en la Resolución 006 de 29 de marzo de 2012, teniendo en cuenta el siguiente cálculo:

i) En primer lugar, el valor cobrado por anticipo no invertido se redujo en la Resolución No. 006, toda vez que la contratista restituyó a FONADE una parte del anticipo.

ii) Según la Resolución 006 de 2012, el siniestro por anticipo se hizo valer por la suma de \$636’274.243 más \$1’641.728,61, es decir, por un total de \$637’915.971,61, de manera que en este último acto administrativo no se agravó la suma inicialmente cobrada por concepto de anticipo.

Esa reducción obedeció a que se registró el comprobante de ingreso de 21 de diciembre de 2011, mediante el cual se acreditó la devolución del *“saldo de anticipo no invertido en la ejecución de la obra”*, que realizó la Unión Temporal Valledupar 2010, por la suma de \$118’948.261, 64⁸⁶, así:

⁸⁴ Folios 78 y 79, cuaderno 1.

⁸⁵ Folio 81, cuaderno 1.

⁸⁶ El detalle de las cifras aparece en la Resolución 006 de marzo 12 de 2012, folio 635 cuaderno 5.

Valor total en cuenta de anticipo, según extracto bancario de julio de 2011	\$120'569.990,65
Valor consignado a FONADE (devuelto) por el contratista bajo el concepto de devolución anticipo convenio 197050	\$118'948261,84
Saldo del anticipo no invertido en la ejecución de la obra y no devuelto a FONADE	\$1'641.728,61

El valor citado refleja el saldo de la cuenta bancaria a julio de 2011 y que no fue devuelto por la contratista.

iii) A diferencia de lo que sostuvo la compañía de seguros en el recurso de reposición presentado en la vía administrativa, la suma del anticipo fijada en la Resolución 1143 de 2011 no se extrajo por regla de tres, sino con fundamento en el informe del interventor sobre la base del anticipo entregado menos el valor que se reconoció *–amortizó o pagó por compensación–* en cada acta de obra.

Se advierte que en la Resolución No. 006 FONADE mantuvo el cobro del siniestro de anticipo no amortizado en la suma de \$636'274.243, pese a que lo correcto era restar la suma de \$118'948.261,84 del valor por amortizar, lo que, en principio reducía el valor del siniestro por anticipo a \$517'325.981,16.

No obstante, por otra parte, se debe tener en cuenta que el valor del anticipo no amortizado y no invertido en la obra se incrementó en relación con el monto establecido en la Resolución 1143, al reducirse el valor reconocido como obra ejecutada por el descuento de las cantidades del capítulo de instalaciones eléctricas.

Según consta en la Resolución 1143, la obra del capítulo de instalaciones eléctricas tenía un valor total de \$710'929.484, el cual se discriminó inicialmente en \$446'586.779 por obra ejecutada y \$264'342.705 por obra no ejecutada. En el balance ajustado al recibo efectivo de la obra, la Resolución 006 dejó en ceros la obra ejecutada por el capítulo de instalaciones eléctricas, es decir que reversó el valor de \$446'586.779 y, por tanto, la inversión correspondiente del 30% amortizado por concepto de anticipo, monto que se liquidaba de acuerdo con el contrato en cada

una de las actas de obra⁸⁷ y que correspondió a la suma de \$133'976.033⁸⁸, el cual pasó a acrecentar el valor del anticipo no invertido en obra.

iv) Es importante observar que la comparación de las cifras, entre el valor por el que se debió ajustar el siniestro de anticipo y el que efectivamente se estableció en la Resolución 006, indica que FONADE cobró menos de lo que hubiera podido exigir, según se muestra en el siguiente cuadro

Anticipo no invertido (después de la reversión por obra no recibida) \$517.325.981 + \$133'976.033	\$651'302.014,00
Anticipo no invertido según Res 006 \$636'274.243 + \$1.641.728,61	\$637'915.971,61

De esta forma, aunque el monto se estableció con un cálculo distinto al que esta Sala considera correcto, lo cierto es que no se declaró el siniestro por un valor superior al que correspondió al anticipo no invertido en obra.

v) Por otra parte, se tiene en cuenta que la garantía por correcta inversión del anticipo tenía como límite amparado la suma total de: \$2.426'671.916⁸⁹, de manera que la compañía de seguros no sufrió una afectación mayor a la que le correspondía y su valor estaba comprendido dentro del monto de la garantía que otorgó y estaba obligada a honrar.

vi) Regresando sobre los argumentos de la apelación, se observa que la compañía de seguros considera inaceptable que para calcular el anticipo no amortizado se hubiera corregido la base, por cuanto correspondía a un valor "*facturado*" "*injustificadamente*".

Sin embargo, no se puede compartir la apreciación de la compañía de seguros, dado que la Sala encuentra que FONADE sí justificó la corrección de la base de obra ejecutada que había sido calculada antes de su recibo, con fundamento en las actas de obra y sus correspondientes facturas y que resultó reducida después de que se

⁸⁷ De acuerdo con las pruebas, al menos hasta el acta No. 12 de 24 de noviembre de 2010, operó el 30% del porcentaje de anticipo (folio 1313, cuaderno 5-1).

⁸⁸ 446'586.779 x 30 / 100.

⁸⁹ Folio 352, cuaderno 3. Certificado No. 31 de abril 11 de 2011.

logró la diligencia de recibo de obra y que el interventor pudo entrar a revisar el porcentaje de ejecución, de conformidad con las cantidades que fueron recibidas efectivamente.

vii) Aunque FONADE incrementó el valor del anticipo no invertido, ello no se hizo de forma arbitraria, *“ilegal e inconstitucional”* como imputó la apelante, dado que se fundó en la obra recibida y, consecuentemente, en el monto del anticipo que se acreditó como efectivamente invertido en obra.

8.3. Prueba del perjuicio

En su recurso de apelación, Allianz Seguros S.A. afirmó que a través de la Resolución 1143 de 2011 se le impuso una sanción a la contratista, sin haber liquidado el contrato, sin establecer la existencia y cuantía del daño derivado del incumplimiento.

Tal como se ha reseñado en esta providencia, la póliza de seguros CEST 2477 se otorgó con el siguiente objeto (se transcribe de forma literal):

*“El amparo de cumplimiento del contrato cubre a la entidad estatal contratante asegurada **de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso. Cuando ellos son imputables al contratista garantizado. La indemnización total a que hubiere lugar no excederá, en ningún caso la suma asegurada establecida para el efecto. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se haya pactado en el contrato garantizado. El pago de la cláusula penal pecuniaria será considerado como parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad estatal contratante”** (la negrilla no es del texto).*

Como se ha indicado en esta providencia, la aseguradora honró la garantía y realizó el pago, sin perjuicio de alegar en este litigio la vulneración del debido proceso para que se revise ahora en orden a determinar la debida acreditación del valor de afectación de la póliza que hizo parte de la motivación de los actos acusados.

Así las cosas, la Sala pasa a estudiar la prueba sobre el origen y monto de los perjuicios contenido en los actos demandados:

La Resolución 006 de 2012 se respaldó en:

8.3.1. El mayor costo del valor de la obra, para lo cual se fundó en el informe del área de estudios previos de la entidad que calculó el incremento de precios que tendría la contratación faltante, debido al paso del tiempo entre enero de 2010 y febrero de 2012, con base en la variación del índice de costos de la construcción de vivienda reportados por el DANE. Esa actualización arrojó un mayor costo de obra por la suma de \$205'206.601.

8.3.2. El mayor valor por concepto de extensión de la interventoría, que de acuerdo con el contrato se encontraba a cargo de la contratista⁹⁰, el cual se incrementó de acuerdo con el monto de obra pendiente por terminar. La Resolución 006 se soportó igualmente en el informe del área de estudios previos de FONADE, que liquidó un valor de perjuicios por este concepto en la suma de \$165'428.550.

Por otra parte, dentro de las pruebas allegadas al proceso obra el memorando radicado bajo el número 20125300021713 del 29 de noviembre de 2012, mediante el cual se entregaron los estudios previos para el “*desarrollo de la interventoría a la terminación de la infraestructura educativa tipo A, localizada en el predio La Nevada del municipio de Valledupar*”, suscrito por el gerente del área de estudios previos de Fonade, el cual detalló un total de costos estimados de \$166'028.040 por concepto de la nueva contratación de la interventoría⁹¹.

8.3.3. El servicio de vigilancia de la obra que se causó a partir del recibo del predio La Nevada, liquidado de acuerdo con el contrato suscrito con la firma Seguridad Superior Ltda, para cuya extensión, según la Resolución 006, FONADE abrió el proceso de selección correspondiente.

Con base en el precio de ese contrato se liquidó un perjuicio por valor total de \$42'752.222.

⁹⁰ “Cláusula Décima Novena –Prórroga (...). Si, por circunstancias imputables al contratista o cuyo riesgo de concreción fue asumido por este, resulta necesaria la prórroga del plazo para la ejecución de la obra, **éste asumirá y pagará a FONADE el valor de la interventoría durante el mayor tiempo de ejecución que ello implique sin perjuicio de la imposición de las demás sanciones contractuales previstas y de las acciones que pueda iniciar FONADE para la indemnización de perjuicios que tales circunstancias le generen. Para el pago de los honorarios a la interventoría, el contratista acepta que los valores correspondientes le sean descontados de las sumas a su favor presente o futuras que le tenga FONADE**”. Folio 58, cuaderno 7. [la negrilla no es del texto].

⁹¹ Folios 1316 a 1327, cuaderno 5.

La Sala observa que el citado perjuicio se originó por cuanto al vencimiento del plazo contractual la obra no estaba terminada y según el acta de recibo, se presentaron intentos de los acreedores de la contratista para ocupar el predio, lo cual hacía necesario mantener la vigilancia de la obra, mientras se realizaba la contratación de la parte faltante y se le entregaba a la nueva contratista.

De acuerdo con los tres ítems antes detallados, la Resolución 006 liquidó un valor de perjuicios por la suma de \$413'387.373, de los cuales \$385'234.262,63 *“corresponden a la cláusula penal”* y \$28'153.110,27 *“corresponden al valor de los perjuicios adicionales a la cláusula penal”*⁹².

Se recuerda que el amparo de cumplimiento otorgado en la póliza CEST 24477 tenía por objeto los perjuicios directos derivados del incumplimiento, además de la cláusula penal y las multas, en su caso. También, se reitera que el límite de la cobertura era de \$1.412'249.108 y el monto de la cláusula penal era del 20% del valor del incumplimiento presentado⁹³.

Se observa que en este caso FONADE soportó el valor total de los perjuicios y no solamente la parte que excedió el referido 20%.

La Sala considera que el área de estudios previos de la entidad estatal es idónea para determinar los precios de la contratación faltante⁹⁴ y que su informe constituyó un soporte válido para establecer los perjuicios causados más allá del monto de la cláusula penal, los cuales, en este caso, ascendieron a \$28'153.110,27, de acuerdo con lo que se acaba de explicar.

Se observa que el acto administrativo contenido en la Resolución No. 006 de 2012 desglosó los perjuicios que respaldaban el valor de la cláusula penal y los que representaban un mayor valor, que también estaban cubiertos por la garantía única

⁹² Folio 1131, cuaderno 5.

⁹³ En el Contrato de Obra 2100024 se indicó el contenido de la garantía, así: **“De Cumplimiento:** *Por un monto equivalente al 20% del valor total del contrato, por el término de vigencia del contrato y seis (6) meses más Esta cobertura **también** debe incluir el cumplimiento del pago por el asegurador de las cláusulas penal de apremio, penal pecuniaria, multas, en los porcentajes señalados en el contrato”*.

⁹⁴ En el mismo sentido puede citarse la siguiente providencia de esta Subsección: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. sentencia de 3 de agosto de 2017, radicación: 68001233300020120032201 (52531), actor: Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE.

de cumplimiento, con base en el soporte del área competente de la propia entidad, por lo que no se puede imputar falsa motivación.

La compañía de seguros alega que hubo una visita técnica a la que no fue citada, pero lo que arroja el plenario es que la presencia física en el sitio de la obra se dio en la diligencia de entrega y que los cálculos del perjuicio obedecieron a los ajustes y actualizaciones realizados con fundamento en los informes de la interventoría y del área de estudios previos.

Esos informes sirvieron de soporte al perjuicio y no fueron controvertidos en el presente proceso en cuanto a su contenido, dado que la compañía de seguros alegó la supuesta ausencia de soporte, pero no argumentó en contra de la realidad del perjuicio ocasionado por el incumplimiento de la contratista ni desconoció la cobertura a la que estaba obligada por virtud de la garantía única de cumplimiento.

Al constatarse la existencia de los soportes del perjuicio que se podía cobrar de acuerdo con la ley y con la póliza de seguro CEST 2477, no prospera el cargo formulado en el recurso de apelación.

8.4. Otros argumentos de la apelación de parte demandante

Con el fin de agotar el estudio de todos los argumentos de la demandante en su recurso de apelación, la Sala analiza los siguientes:

8.4.1. Se ha debido dictar sentencia condenando a FONADE *“al pago de la suma que pagó ALLIANZ SEGUROS por virtud de los actos acusados (restablecimiento del derecho)”*.

Acerca del referido argumento se hace notar que en el recurso de apelación Allianz Seguros S.A. pretende que se extienda la interpretación que adoptó el Tribunal *a quo* sobre el cobro *“de plano”* de la cláusula penal, al amparo de anticipo y a los otros perjuicios que tuvo que pagar por razón de la póliza.

Sin embargo, como la decisión del Tribunal *a quo* se fundó en que *–supuestamente–* la decisión se adoptó de plano, lo cual resulta contrario a lo evidenciado en el plenario, al no proceder el fundamento que tuvo el Tribunal *a quo* para anular parcialmente los actos acusados, la condena será revocada.

Por la misma razón, no hay lugar a condenar al restablecimiento de ninguno de los valores por los que se hizo efectiva la póliza de seguros.

8.4.2. Dentro de los argumentos que expuso la compañía de seguros en la solicitud de complementación de la sentencia y que reiteró en el recurso de apelación, afirmó que el informe del interventor modificó las cantidades sin sustento y que se le ha debido dar traslado del mismo en forma previa a la expedición de las resoluciones acusadas.

Como se ha mencionado, la modificación de valores está debidamente sustentada a partir de la diligencia de entrega que ocurrió con posterioridad a la fecha en que se declaró el siniestro y por supuesto, debía ser tenida en cuenta para determinar las cantidades efectivamente recibidas.

Sobre ese particular, resulta aceptable la invocación del artículo 59 del CCA que realizó FONADE, en cuanto a que en la vía gubernativa podían tenerse en cuenta todas las cuestiones planteadas *“y las que aparezcan con motivo del recurso aunque no lo hayan sido antes”*.

Puede invocarse también la aplicación de los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, citados en la póliza, que hacían viable el ajuste del siniestro en el procedimiento de reclamación, con base en los hechos acaecidos con posterioridad a su iniciación.

8.4.3. Violación del principio de la no reformatio in pejus

Al interponer el recurso de reposición contra la Resolución No. 1143 de 22 de agosto de 2011, que presentó Aseguradora Colseguros S.A. el 20 de septiembre de 2011⁹⁵, esa compañía observó que correspondía al asegurado, en este caso a FONADE, demostrar con hechos concretos las actividades pendientes y su costo real y alegó que *“de manera alguna se puede aceptar que el valor del siniestro puede ser determinado con base en la aplicación de una regla de tres, pues ello en ninguna forma significa la prueba de los hechos, ni el costo de los mismos”*.

⁹⁵ Folios 598 a 601, cuaderno 5.

La compañía de seguros agregó:

“Lo procedente es una revisión detallada de cada una de las actividades que se pretenden como incumplidas (...) para luego hacer una adición sobre los costos que le corresponden y así poder establecer cuál es el valor real a indemnizar, si a ello hubiere lugar, de lo contrario, ante la carencia de la demostración del siniestro y de su cuantía, no sería procedente el pago de valor alguno por este concepto”⁹⁶.

Por ello, además de que no era adecuado invocar la condición de apelante único para la compañía de seguros⁹⁷, resultaba contrario al artículo 59 del CCA, y al contenido del recurso de reposición presentado por la aseguradora, imputar la ilegalidad del acto que resolvió el referido recurso al ajuste de los valores del siniestro, que se soportó en la entrega efectiva de la obra y en los informes del área de estudios previos y del interventor del contrato.

8.4.4. Para terminar, aunque no fue un argumento planteado en la apelación, se advierte que la compañía de seguros no podía alegar la compensación para aminorar la afectación de la póliza de seguros CEST 2477 por cuenta de un laudo arbitral referido a otro contrato, en el cual no fue parte ni tuvo posición acreedora frente a FONADE.

9. Conclusiones

Con base en las anteriores apreciaciones sobre las pruebas obrantes en el plenario, la Sala considera que le asiste la razón a FONADE, en cuanto a que cumplió con el debido proceso, al poner de presente, mediante comunicación escrita dirigida al contratista con copia a la compañía de seguros, el incumplimiento, el porcentaje de ejecución y solicitar las explicaciones correspondientes.

No se puede admitir la vulneración del debido proceso frente a la compañía de seguros, dado que FONADE obró dentro de sus competencias legales al amparo de la Ley 1150 de 2007, del Decreto 4828 de 2008 y de acuerdo con el procedimiento de las cláusulas del contrato de seguro, que la facultaban, previa citación a la contratista y a la aseguradora, para hacer efectiva la garantía, por el monto de la

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ Dado que no se trataba de un “*apelante único*” ni de un recurso de apelación o de un procedimiento de doble conformidad ante el superior.

cláusula penal, por los perjuicios adicionales debidamente acreditados y por el anticipo no invertido en obra.

Los valores cobrados por FONADE se encontraron dentro de las cuantías amparadas por la compañía de seguros y se liquidaron sobre el monto de la obra no entregada a satisfacción, con fundamento en el balance que se incluyó en el acta de entrega y las revisiones posteriores al recibo de la obra, realizadas por la firma interventora.

La afectación del amparo de anticipo se ajustó a las sumas no invertidas en la obra y no devueltas por la contratista, con fundamento en las actas de ejecución, una vez terminado el contrato y recibida la obra, en forma tal que no se cobró una suma superior a la que se soportó debidamente.

Los perjuicios adicionales al monto de la cláusula penal cuantificados en la suma de \$28'153.110,27 correspondieron al mayor valor de la interventoría que estaba a cargo de la contratista, a los servicios de vigilancia del inmueble cuya necesidad se evidenció desde la diligencia de entrega y al mayor valor que se generó para la nueva contratación, actualizada con el índice de costos de la construcción, sobre los mismos componentes del contrato inicial, de manera que se trató de perjuicios directamente derivados del incumplimiento y soportados en la Resolución 006. .

Por todo lo anterior, el **problema jurídico** se resuelve en el sentido de afirmar que los actos administrativos mediante los cuales se hicieron efectivos los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo se profirieron con respeto del debido proceso en cuanto a la citación de la compañía de seguros, la tasación del perjuicio y la determinación de la afectación de la garantía única de cumplimiento CEST 2477.

Como consecuencia se revocará la sentencia de primera instancia y se denegarán las pretensiones de la demanda.

10. Costas

Habida cuenta de que para este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, en la presente providencia se impondrá la condena en costas a cargo de la parte vencida.

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

Para efectos de la fijación de agencias en derecho, separadas para la segunda instancia, el Despacho conductor del proceso dictará un auto posterior una vez quede en firme la sentencia.

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

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 2 de febrero de 2017 y, en su lugar, se dispone **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a **ALLIANZ SEGUROS S.A.** en favor del Fondo Financiero de Proyecto de Desarrollo FONADE.

Para la fijación de las agencias de derecho de la segunda instancia, una vez en firme la sentencia, se ordena a la Secretaria de la Sección Tercera de esta Corporación regresar el expediente al despacho.

Las costas se tasarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA ADRIANA MARIN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA