**ACTOS ADMINISTRATIVOS - Contratación pública - Controversias contractuales**

El artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece en su inciso segundo que los actos administrativos que se produzcan “con motivo u ocasión de la actividad contractual” solo son susceptibles del recurso de reposición “y del ejercicio de la acción contractual”, mientras que el parágrafo de esa misma norma señala que, por su parte, el acto de adjudicación no es pasible de recursos pero “podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”. […] Al señalarse en el inciso primero [del artículo 87 del CCA] que, mediante la acción de controversias contractuales puede pedirse que “se hagan otras declaraciones y condenas”, se entienden comprendidas en este grupo abierto de pretensiones aquellas encaminadas a cuestionar la validez o legalidad de los actos administrativos proferidos por la entidad estatal, en el marco del contrato ya celebrado y en ejecución, o bien, con ocasión del mismo cuando este ya ha finalizado –v.gr., la liquidación unilateral o la declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra-. En concordancia con ello, el inciso segundo del artículo en cita señala expresamente que, en materia de contratación administrativa, solo los actos previos a la celebración del contrato, proferidos con ocasión de la actividad contractual, son los que pueden demandarse a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

**ACTOS SEPARABLES DEL CONTRATO - Noción**

La jurisprudencia, por su parte, ha esclarecido ampliamente la naturaleza de los actos “separables” del contrato, precisando que estos son los que se profieren con ocasión de la actividad contractual, pero antes de la celebración del acuerdo de voluntades. se expuso: [En el artículo 87 del Decreto 01 de 1984) se distinguió la existencia de actos separables del contrato y de otros que no lo eran, para indicar que los actos separables se controlaban por medio de ‘las otras acciones’ previstas en el Código, es decir las de nulidad (artículo 84) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85), en tanto que los actos contractuales se controlaban mediante las acciones contractuales (artículo 87). De igual manera se dispuso que dichos actos (…) únicamente eran impugnables jurisdiccionalmente ‘una vez terminado o liquidado el contrato’, a excepción del acto de adjudicación que era susceptible de ser impugnado según las reglas generales (artículo 136).

**ASEGURADORAS - Legitimación en la causa - Por activa**

En torno a la legitimación por activa de las aseguradoras que expiden las garantías de los contratos estatales, la jurisprudencia ha sostenido que tales sociedades de seguros se encuentran efectivamente habilitadas o legitimadas para instaurar la acción de controversias contractuales, a efectos de enjuiciar la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la administración pública declare los siniestros amparados por sus pólizas. Incluso, la Sección Tercera sostuvo […] que la aseguradora, […], es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.

**SENTENCIA - Segunda instancia - Congruencia - Alcance**

La Sala destaca que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos aquí señalados, puesto que la parte apelante no manifestó inconformidad alguna respecto de las demás decisiones de la sentencia de primera instancia. Cabe subrayar, además, que esta delimitación de la apelación a los temas indicados en el recurso obedece a que, a través del indicado mecanismo, se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual le corresponde al recurrente confrontar con sus propias consideraciones los argumentos que el juez de primera instancia expuso para resolver el caso, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia y sobre los asuntos que hacen parte del espectro general señalado en el recurso, aunque el apelante no se haya referido a él de manera expresa, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir decisión de mérito.

**COPIAS - Simples - Valor probatorio**

La Sala debe recalcar que, cuando los documentos aportados en copia simple han militado en el proceso sin ser tachados por los sujetos procesales, son susceptibles de valoración probatoria, a la luz de lo que al respecto señaló la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2013 , en la cual se determinó, precisamente, que serían estimables como prueba los instrumentos que las partes allegaran en copia carente de autenticación y que obraran a lo largo de la actuación sin ser tachados de falsos ni controvertidos por ninguno de los extremos de la litis.

**GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO - Objeto - Fundamento**

En desarrollo del principio de economía de la contratación estatal y como un mecanismo de protección del interés general y el patrimonio público, el artículo 25, numeral 19, de la Ley 80 de 1993 –vigente en la época de celebración del contrato-, estableció en cabeza de los contratistas la obligación de prestar garantía única para avalar las obligaciones a su cargo, surgidas del negocio jurídico. Dada la naturaleza de los bienes jurídicos que protege –interés general, patrimonio público, fines estatales perseguidos con la contratación, entre otros-, la cláusula legal que establece la indicada garantía -y que se debe incorporar en los contratos estatales- se erige como de orden público, razón por la cual resulta de imperativo cumplimiento en el ámbito de la contratación estatal. [L]os riesgos que la garantía mencionada se encamina a cubrir consisten, en concreto, en los menoscabos o lesiones patrimoniales que el Estado pueda llegar a sufrir por la acción u omisión –generalmente constitutivas de incumplimiento- del contratista.

**CONTRATO DE SEGURO - Contrato estatal - Cumplimiento - Objeto**

[L]os contratos de seguro celebrados en ejercicio de la actividad contractual estatal se constituyen en una tipología contractual especial dentro de los demás contratos de seguro, pues por medio de éstos lo que se procura es garantizar y respaldar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista (…), para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como también el cumplimiento de las finalidades estatales. Así, se ha entendido que la inclusión de cláusulas de garantías contractuales en los contratos celebrados por la administración, no sólo se erige como un requisito de obligatorio cumplimiento por parte del contratista, sino también en un instrumento para salvaguardar intereses de carácter general [y] garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual (…).

**CONTRATO DE SEGURO - Contrato estatal - Cumplimiento - Normas aplicables**

Atendiendo a la finalidad primordial de esta tipología especial de contrato (…), no solamente le son aplicables las disposiciones que de manera general regulan los contratos de seguro previstas en el Código de Comercio, sino también aquellas que de forma especial regulan algunos de sus aspectos en derecho público, consagradas fundamentalmente en los artículos 5º No. 4º, 18 inciso final, 25 No. 19, 41 inciso segundo y 60 último inciso de la Ley 80 de 1993, así como también los artículos 17 a 19 del Decreto 679 de 1994.

**CONTRATO DE SEGURO - Contrato estatal - Cumplimiento - Partes**

Es pertinente recalcar que, en el seguro de cumplimiento constituido para garantizar el contrato estatal y, bajo lo establecido en el artículo 1037 del Código de Comercio, obran como partes, el asegurador –vale decir, la compañía de seguros que expide la respectiva póliza y que asume la obligación de cubrir el riesgo amparado con la misma- y el tomador –en este caso, el contratista del Estado que celebra el contrato de seguro con la aseguradora, pero no es el titular del interés asegurable, sino que toma el seguro a favor de un tercero que es, precisamente, la entidad pública-. Adicionalmente, toda vez que el contratista–tomador- solicita la constitución de la garantía a favor de la entidad estatal contratante, esta interviene en la relación negocial de la garantía única como sujeto asegurada y como beneficiaria del seguro, por ser la titular del interés patrimonial cubierto con el seguro.

**CONTRATO DE SEGURO - Contrato estatal - Cumplimiento - Riesgo amparado**

En el contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales –es decir, en la garantía  
única-, el riesgo que se cubre es aquel originado en el incumplimiento del contratista tomador, que es el llamado por la ley a constituir la aludida garantía, precisamente para avalar o afianzar sus obligaciones contractuales adquiridas con el Estado.

**CONTRATO DE SEGURO - Contrato estatal - Cumplimiento - Mitigación del riesgo - Deber**

Si […] es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio del asegurado afectado.

**CONTRATO DE SEGURO - Contrato estatal - Cumplimiento - Mitigación del riesgo - Deber - Excepción**

De conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio, “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables”, y cualquier estipulación en contrario no produce efecto alguno. Esta regla encuentra varias excepciones respecto del tomador en algunas tipologías de seguro, como en el seguro de daños y, dentro de esta categoría, en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, en los cuales la garantía procede por la concreción del riesgo provocado por el contratista incumplido, al margen de que este haya obrado o no con culpa -dado que así se desprende de la naturaleza y los fines legales previstos para esa clase de garantía -. Sin embargo, la regla en mención se mantiene incólume frente al asegurado en el marco de la contratación pública, pues siendo el Estado asegurado un sujeto distinto del tomador, su conducta viciada con dolo o culpa grave o sus actos meramente potestativos, determinantes en la provocación del siniestro, no pueden ser cobijados por el seguro, pues ello cohonestaría un inadmisible abuso del derecho de la administración y atentaría contra el principio de la buena fe, el cual, como lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares.

**GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO - Exclusiones - Prueba**

La jurisprudencia del Consejo de Estado, también se ha referido a este aspecto de la garantía única –es decir, la prueba de las exclusiones (algunas, contentivas de las cargas del asegurado)- en los siguientes términos: [P]ara llevar avante la pretensión de liberación de responsabilidad en materia de la controversia frente a la decisión de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, la compañía aseguradora tiene una doble carga probatoria: i) la carga de la prueba referida en el artículo 1077 del Código de Comercio consistente en demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad y ii) también le corresponde probar las causales en que se apoya para lograr la anulación del acto administrativo, en orden a destruir la presunción de legalidad sobre la que descansa la declaratoria de caducidad del contrato (…).

**RIESGO - Mitigación - Deber - Carga de las partes**

Las cargas que las partes asumen en el contrato de seguro pueden ser de variada índole, dependiendo de la naturaleza del riesgo y del interés que se cubre con la póliza, y pueden estar previstas en la ley o en el contrato. Todas estas tienen como finalidad fijar y mantener un determinado estado del riesgo, aminorarlo e, inclusive, “impedir su materialización”. Precisamente, una de las cargas que el seguro de cumplimiento le puede imponer al asegurado es la de procurar evitar la ocurrencia del siniestro, lo cual -para la doctrina- no riñe con el derecho general ni con el derecho de seguros, ni puede soslayarse bajo el pretexto de que el contrato de seguro solo existe para dejar indemne a quien ha sufrido un perjuicio por el siniestro asegurado y no para impedir en forma plena y “a todo trance” que el riesgo amparado llegue a concretarse. Por el contrario, el deber de evitación del daño –o del siniestro, en el caso de los seguros-, asociado a la obligación de mitigarlo, ha cobrado cada vez más preponderancia en el derecho contemporáneo.

**RIESGO - Mitigación - Deber - Principio de solidaridad**

El postulado de la solidaridad –también previsto en la Constitución Política- sirve de base para establecer y concluir que, a la luz del derecho actual, no resulta admisible una conducta pasiva, omisiva y mucho menos permisiva del asegurado, de quien se espera que obre con el propósito de evitar la concreción del riesgo, “obviamente en condiciones de racionalidad, dado que el hecho de que pague [o un tercero sufrague en su favor] una prima de seguro, no lo habilita per se para que (…) se desentienda de su materialización, como si fuera necesario para justificar su pago, el advenimiento del referido siniestro”.

**CONTRATO ESTATAL - Partes - Conducta - Alcance**

La jurisprudencia del Consejo de Estado también ha enfatizado en la conducta de las partes frente al contrato –categoría en la cual se incluye el contrato de seguro- y en la necesidad de que las mismas honren sus compromisos y obligaciones, so pena de que su inobservancia les impida reclamar por el incumplimiento de su contraparte. Así, en torno a este punto y, aplicando la excepción de contrato no cumplido, prevista en el artículo 1609 del Código Civil, se ha dicho: cuando son las partes vinculadas a un contrato bilateral, las que incumplen, es decir, la imputabilidad negocial es de ambos, no se puede obligar a que se imponga la sanción pecuniaria que emana de la indemnización por perjuicios.

**EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Noción**

La excepción de contrato no cumplido debe ser entendida como un recurso dilatorio y temporal, que impide, frente al incumplimiento de recíprocas obligaciones, las consecuencias sustanciales del negocio, en su producción prestacional. Sin embargo, la inobservancia de un contratante de un deber, que es primero en el tiempo, no le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la *bona fides in solvendo*.

**EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Principio de buena fe - Relación**

En cuanto a los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido y su directa relación con el principio de la buena fe, esta Corporación ha señalado: [P]ara que la referida excepción de contrato no cumplido tenga cabida en el ámbito de la contratación estatal, la jurisprudencia ha sostenido que no basta con que se registre un incumplimiento cualquiera de parte de la administración para que su contratista se encuentre excusado de cumplir con sus deberes jurídicos; debe tratarse de inobservancia de tal importancia de sus obligaciones contractuales por parte de la entidad, que realmente atenten contra los principios generales que informan la contratación administrativa como el de la buena fe o el de justicia, que impiden entender que el contratista, a toda costa, debe, a pesar de tal modo de proceder de la Administración, honrar sus propios compromisos contractuales.

**ANTICIPO - Naturaleza jurídica**

[N]o puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102)**

**Demandante: LIBERTY SEGUROS S.A.**

**Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Temas: CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Sujeción a la Ley 80 de 1993 – Obligatoriedad de la garantía única/ GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO – Particularidades del contrato de seguro, celebrado para constituirla / CARGAS DEL ASEGURADO – Previstas en la ley y/o en el contrato – Su inobservancia, cuando es determinante en la ocurrencia del siniestro, genera la pérdida de la garantía – Aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio / MANEJO E INVERSIÓN DEL ANTICIPO – Entidad infringió la ley e incumplió los requisitos previstos en el contrato y en el pliego de condiciones – Entidad facilitó la concreción del riesgo – Culpa grave – Pérdida del derecho a hacer efectiva la garantía única de cumplimiento.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Casanare, que dispuso:

*1. NEGAR las excepciones propuestas por la demandada.*

*2. DECLARAR LA NULIDAD de los artículos segundo y tercero de la Resolución N° 0281 del 20 de junio de 2007, mediante los cuales el señor gobernador de Casanare resolvió lo siguiente:*

*‘Artículo segundo: Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y en consecuencia, hacer efectiva la garantía única presentada por el contratista para los siguientes amparos: 1) Cumplimiento del contrato. 2) Correcto manejo e inversión del anticipo (…).*

*‘Artículo tercero: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (…)’.*

*3. DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución número 0455 del 12 de septiembre de 2007 (…), por la que se confirman, entre otros, los artículos segundo y tercero de la Resolución número 0281 del 20 de junio de 2007 (…).*

*4. DISPONER que como consecuencia de las declaraciones de nulidad decretadas anteriormente, la Compañía Liberty Seguros S.A. no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en los citados artículos segundo y tercero de la Resolución 0281 de junio de 20 de 2007 (…).*

*5. ORDENAR que en virtud de la declaratoria de nulidad de los artículos segundo y tercero de la Resolución número 9281 (sic) del 20 de junio de 2007 (…), se restituyan, actualizados a la fecha de ejecutoria del fallo, los dineros que haya pagado o llegue a pagar Liberty Seguros S.A. en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos (…).*

**I. SÍNTESIS DEL CASO**

El 25 de mayo de 2006, el departamento de Casanare celebró con la sociedad Constructora JAP Ltda. el contrato de obra N° 292, con el objeto de adelantar la *“construcción infraestructura puente (sic) sobre el río Cravo Sur, vía Algarrobo – Orocué”.* El valor del negocio jurídico fue de $2.465’517.155, de los cuales, el 50% correspondería al anticipo.

La empresa Constructora JAP Ltda. constituyó la garantía única del contrato mediante la póliza de seguro de cumplimiento N° 772062 de 2006, contratada con la compañía Liberty Seguros S.A. y en cuyos amparos estaba comprendido el correcto manejo e inversión del anticipo, además del incumplimiento contractual de la constructora.

Tanto en las cláusulas del contrato como en el pliego de condiciones respectivo, quedó establecido que la entrega del anticipo y su manejo se efectuarían en una cuenta bancaria conjunta, de la cual serían titulares el departamento de Casanare y el contratista. Los desembolsos solo tendrían lugar una vez el supervisor y el interventor del contrato aprobaran el respectivo plan de inversión, y se realizarían únicamente mediante cheques firmados por el interventor y el contratista.

Las partes abrieron la mencionada cuenta conjunta en el Banco de Bogotá y, en la misma, se efectuó el giro del anticipo en dos operaciones. Sin embargo, desatendiendo las instrucciones del contrato y del pliego de condiciones, el departamento de Casanare –por petición de la sociedad contratista- le solicitó al establecimiento bancario que transfiriera los mencionados recursos en la cuenta privada, individual y particular de la sociedad Constructora JAP Ltda.

Las partes acordaron la suspensión del contrato después del primer giro del anticipo, medida que luego fue prorrogada hasta el mes de febrero de 2007. No obstante, una vez reanudado el plazo de ejecución de la obra y transcurrida la totalidad del mismo, se evidenció que el contratista solo había adelantado el 12% del objeto contractual.

Mediante Resolución N° 0281 del 20 de junio de 2007, el departamento de Casanare declaró la caducidad del contrato de obra N° 292 de 2006 y ordenó hacer efectiva la garantía única, en sus amparos de incumplimiento y de correcto manejo e inversión del anticipo. Tanto la compañía de seguros como la firma contratista interpusieron recurso de reposición contra el indicado acto administrativo, pero este fue confirmado por la entidad mediante Resolución N° 0455 del 12 de septiembre de 2007.

La compañía Liberty Seguros S.A. demanda la nulidad de las resoluciones mencionadas, únicamente en cuanto dispusieron la efectividad de la garantía única del contrato, por considerar que fue la entidad estatal la que incurrió en incumplimiento y dio lugar a la concreción del riesgo relativo al anticipo, de suerte que no le corresponde a la aseguradora indemnizar al Estado por las consecuencias de su propio e indebido proceder.

**II. A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

El 10 de diciembre de 2007, la compañía Liberty Seguros S.A., obrando a través de apoderado judicial (fls. 65 y 66, c.1), instauró demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales (fls. 1 al 64) contra el departamento de Casanare, a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones:

*1. PRINCIPALES*

*PRIMERA: Que se declare la nulidad de los artículos segundo y tercero de la resolución N° 0281 del 20 de junio del 2007, mediante los cuales el señor Gobernador del Departamento de Casanare resolvió lo siguiente:*

*‘… ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y en consecuencia, hacer efectiva la garantía única presentada por el contratista para los siguientes amparos: 1) Cumplimiento del contrato. 2) Correcto manejo e inversión del anticipo (…).*

*‘ARTÍCULO TERCERO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato (…)’.*

*SEGUNDA: Que se declare la NULIDAD de la Resolución N° 0455 del 12 de septiembre de 2007, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por la compañía Liberty Seguros S.A., y el contratista Constructora JAP Ltda., por la que se confirman, entre otros, los artículos SEGUNDO y TERCERO de la Resolución N° 0281 del 20 de julio de 2007 (…).*

*TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad (…), se declare que la compañía Liberty Seguros S.A. no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en los citados artículos segundo y tercero de la Resolución N° 0281 del 20 de julio de 2007.*

*CUARTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad (…), se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar Liberty Seguros S.A. en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos (…).*

*2. SUBSIDIARIAS*

*PRIMERA: Que se declare la Nulidad de la Resolución N° 0281 del 20 de julio de 2007 (…).*

*SEGUNDA: Que se declare la NULIDAD de la Resolución N° 0455 del 12 de septiembre de 2007 (…).*

*TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 0271 del 20 de junio de 2007 y 455 del 12 de septiembre del mismo año, se declare que la compañía Liberty Seguros S.A. no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en las mencionadas Resoluciones .*

*CUARTA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 0271 del 20 de junio de 2007 y 455 del 12 de septiembre del mismo año y demás declaraciones, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar Liberty Seguros S.A. en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos (…).*

En exposición de los hechos que fundamentaron la demanda, la parte actora refirió que, entre el departamento de Casanare y la sociedad Constructora JAP Ltda. se celebró el contrato de obra N° 292 del 25 de mayo de 2006, cuyo objeto habría de consistir en la construcción de la infraestructura del puente ubicado sobre el río Cravo Sur, vía Algarrobo – Orocué, por el valor total de $2.465’517.155. Se estableció que el plazo de ejecución de las obras sería de seis meses contados a partir de la firma del acta de iniciación.

En el pliego de condiciones respectivo, se había indicado que sería obligación de la contratista gestionar y obtener los permisos, autorizaciones y licencias a que hubiere lugar, antes de iniciar los trabajos de construcción. No obstante tal disposición, el 31 de mayo de 2006, se impartió la orden de comenzar las obras sin que aún se contara con las indicadas habilitaciones. Solo el 10 de abril de 2007, cuando el término de ejecución del contrato ya se había cumplido, la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía otorgó el permiso de ocupación del cauce del río Cravo Sur, necesario para la ejecución del objeto contractual.

El 5 de julio de 2006, el contrato fue suspendido por cinco meses, a solicitud de la contratista. Ese período fue ampliado posteriormente por 60 días más, mediante acta de fecha 4 de diciembre de 2006. Las obras se reanudaron el 2 de febrero de 2007, momento en el cual aún no se habían obtenido los permisos exigidos en el pliego de condiciones.

Según la demanda, la interventoría del contrato de obra no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues durante la ejecución de las obras la entidad designó a cuatro interventores diferentes, todos ellos nombrados sin satisfacer los presupuestos de la aludida norma y con irregularidades que fueron detectadas y expresamente advertidas por la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental de Casanare.

Por otro lado, en lo concerniente al anticipo, las partes habían pactado expresamente que el mismo equivaldría al 50% del valor del contrato y su manejo se efectuaría en una cuenta conjunta autorizada por el departamento, entre la contratista y el interventor. Así, a la luz de la cláusula cuarta, la contratista y el interventor abrirían una cuenta separada a nombre del departamento de Casanare y la manejarían de manera conjunta, bajo la regla de que los desembolsos obedecerían a un plan de inversión previamente aprobado *“por el interventor y el supervisor del contrato”*.

Solo bajo tales estipulaciones, Liberty Seguros S.A. expidió la garantía del contrato, vale decir, bajo la premisa de que el anticipo habría de manejarse correctamente, en la forma como se había previsto en el contrato, y de que la interventoría se designaría al amparo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Indicó la demandante que, no obstante lo anterior, además de no acatarse la ley en la designación del interventor, los recursos del anticipo no fueron debidamente vigilados ni manejados puesto que, el 1 de junio de 2006, el representante de la sociedad contratista y el secretario de Obras Públicas y Transporte de Casanare le solicitaron al Banco de Bogotá – Sucursal Yopal que efectuara un traslado de fondos del anticipo desde la cuenta conjunta constituida para ello, a la cuenta privada de la constructora, por la suma de $986’206.282, correspondiente al primer desembolso de dicho concepto.

Asimismo, el 27 de junio de 2006, la contratista y el secretario de Obras Públicas de Casanare solicitaron un nuevo traslado de fondos hacia la cuenta particular de la constructora JAP Ltda, por el valor de $240’000.000, correspondiente al segundo desembolso del anticipo.

Con los anteriores actos, las partes del contrato desconocieron lo pactado respecto del manejo del anticipo y desacataron la regla según la cual, todo manejo de esos recursos debía hacerse mediante cheques firmados por la contratista y el interventor. En ese contexto, la contratista solicitó la suspensión del contrato por cinco meses, cuando ya había recibido el respectivo anticipo.

Señaló la parte demandante que, con las mencionadas conductas, las partes modificaron las condiciones del contrato y no respetaron las cláusulas sujetas a la garantía expedida por la aseguradora, puesto que no aprobaron debidamente el plan de inversiones del anticipo, le dieron a este rubro un manejo inadecuado, designaron irregularmente al interventor del contrato y no se efectuó una debida vigilancia de los recursos.

De esta manera –prosiguió la actora-, cesó la responsabilidad de la aseguradora y terminó de manera automática el respectivo contrato de seguro, en particular, por haberse agravado el estado de riesgo amparado por la correspondiente póliza.

Mediante los actos acusados, el departamento de Casanare declaró la caducidad del contrato y la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, y ordenó hacer efectiva la garantía única constituida por la sociedad contratista, en los amparos de cumplimiento del contrato y correcto manejo e inversión del anticipo. El recurso de interposición que fue resuelto en el acto de cierre, fue interpuesto por Liberty Seguros S.A.

**1.1. Cargos de nulidad**

La parte demandante señaló como causal de nulidad de las resoluciones enjuiciadas, la violación directa de la ley en cuanto no se efectuó una debida vigilancia del contrato; se designó la interventoría en forma irregular y se desviaron dolosamente los recursos correspondientes al anticipo, además de no haberse gestionado oportunamente la obtención de los permisos y licencias que se requerían para la cabal ejecución del objeto contractual.

Asimismo, adujo falsa motivación de los actos administrativos, por cuanto era palmaria, en su sentir, la inexistencia de responsabilidad de la compañía aseguradora en el incumplimiento del contrato.

**2. Trámite de primera instancia**

2.1. Mediante auto del 22 de mayo de 2008, el Tribunal Administrativo de Casanare admitió la demanda (fl. 104, c.1), la cual le fue notificada al ente demandado el 10 de julio de ese año (fl. 112). En la misma providencia, el *a quo* dispuso vincular a la Constructora JAP Ltda., en los términos del artículo 207, numeral 3 del C.C.A.; la notificación respectiva se efectuó el 10 de julio de 2008 (fl. 113), no obstante lo cual, la indicada sociedad guardó silencio.

2.2. El departamento de Casanare se opuso a las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, aceptó como ciertos algunos hechos allí relatados y negó otros.

Sostuvo que el contrato siempre contó con un interventor y que los cambios que se hicieron en este aspecto no incidían negativamente en el normal cumplimiento del objeto pactado, menos aun porque la cláusula décima del negocio jurídico establecía que la interventoría se habría de ejercer directamente por el departamento, a través de la Secretaría de Obras Públicas y Transporte o mediante un interventor contratado para ese efecto.

Cuestionó que la parte actora centrara la censura de los actos acusados en el tema del anticipo, a pesar de que la principal causa que dio lugar a la declaratoria de caducidad fue el incumplimiento del contrato. Agregó que, en todo caso, las transferencias del anticipo fueron aprobadas por el interventor y la entidad contratante, y nunca cesó la vigilancia de esos recursos.

Precisó que la suspensión de las obras obedeció al invierno que estaba afectando a la región y que elevaba los niveles del río Cravo Sur, al punto de impedir la normal ejecución de las obras y el transporte de los materiales por las vías, igualmente afectadas.

En cuanto a los interventores del contrato, subrayó que lo exigido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 era que estos no pertenecieran a la planta de personal de la entidad estatal, aspecto que se cumplió en el caso concreto.

Propuso la excepción de *“existencia de garantía única de cumplimiento que presta mérito ejecutivo”*, en cuya virtud expuso las normas que regulan esa figura y la posibilidad de hacerla efectiva con la declaratoria de caducidad del contrato.

Asimismo, formuló como excepciones las que denominó *“declaratoria de caducidad del contrato (…) de conformidad con la normativa y jurisprudencia (sic)”* y *“presunción de legalidad de los actos administrativos demandados”*, para lo cual adujo que las resoluciones demandadas se ajustaban a derecho.

Por último, propuso la excepción de *“errónea escogencia de la acción por parte del demandante”*, en la cual manifestó que, si la compañía de seguros se consideraba lesionada con los actos enjuiciados, ha debido interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de controversias contractuales, por cuanto, aunque en la demanda objeto de examen se pretendió debatir una supuesta modificación del contrato, este aspecto se mezcló con la alegación de la *“ineficacia jurídica de las resoluciones atacadas”*. Asimismo, la aseguradora debió tener en cuenta que la declaratoria de caducidad del contrato es un acto *“separable”* de este. Por ello, la sociedad demandante debió instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, indicando allí las normas que estimó violadas y el concepto de la violación.

2.3. El 11 de septiembre de 2008, se dio apertura a la etapa probatoria (fl. 209, c.1) y el 5 de febrero de 2009, se corrió el traslado del proceso a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fl. 207, c.1).

2.4 En esa oportunidad procesal, la sociedad demandante reiteró los hechos, pretensiones y cargos de nulidad formulados en el libelo (fls. 223 al 303, c.1).

2.5. A su turno, el departamento de Casanare subrayó que la efectividad de la garantía del contrato gozaba de presunción de legalidad, puesto que esa figura se hacía de obligatorio cumplimiento cuando se declaraba la caducidad del negocio jurídico. Resaltó el hecho de que Liberty Seguros S.A. hubiera emitido la póliza respectiva *“de manera voluntaria”*, amparando de esa manera los riesgos de cumplimiento, calidad de la obra, seguridad social y correcto manejo el anticipo.

Defendió igualmente la legalidad de la vinculación de los interventores y afirmó que, si bien fueron cuatro las personas que llegaron a desempeñar esa labor, lo cierto fue que siempre hubo un control del contrato por parte de la administración.

Por otro lado, afirmó que la necesidad de gestionar la licencia ambiental no era óbice para que la contratista procediera a cumplir con el contrato y, de cualquier manera, la licencia fue finalmente expedida por la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía (fls. 217 al 222, c.1).

2.6. El Ministerio Público guardó silencio.

**3. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Casanare profirió sentencia el 2 de julio de 2008 (fls. 315 al 335, c. de segunda instancia), oportunidad en la cual acogió las pretensiones de la demanda en la forma indicada al comienzo de esta sentencia.

El *a quo* se pronunció, en primer término, sobre la excepción referente a la vía judicial que resultaba procedente en el presente asunto. Al respecto, señaló que, aun cuando la jurisprudencia no era uniforme al señalar la acción que debían incoar las compañías aseguradoras cuando sus intereses se vieran afectados con la actividad contractual del Estado, en el presente caso se ejerció el derecho de acción dentro de los cuatro meses posteriores a la ejecutoria de los actos enjuiciados, con la enunciación de las normas violadas y el concepto de su violación y bajo el procedimiento ordinario, aplicable tanto a las controversias contractuales como a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual –concluyó-, se observó el debido proceso y no se lesionó el derecho de defensa de ninguna de las partes; además, era necesario hacer prevalecer lo sustancial sobre las formas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Política, razón por la que no había lugar a declarar próspera la excepción propuesta por la parte pasiva.

En cuanto al fondo de la controversia, reprochó que la entidad estatal no hubiera implementado medidas tempranas para evitar la paralización del contrato ni declarara la caducidad tan pronto como comenzaron las irregularidades que impidieron el cumplimiento del objeto contractual, sino que optara por *“dejar para último momento”* el ejercicio de esa potestad excepcional, actuando de manera tardía para *“aparentar”*, según su dicho, el cumplimiento de sus propias obligaciones.

En lo referente al manejo del anticipo, tuvo por demostrado que el 1 de junio de 2006, el Banco de Bogotá S.A. certificó la existencia de una cuenta de ahorros bajo la titularidad conjunta del departamento de Casanare y la sociedad contratista Constructora JAP Ltda., y que en esa misma fecha, tales partes oficiaron al establecimiento bancario para transferir $986’206.282 a la cuenta corriente de la indicada empresa constructora, procedimiento que las partes repitieron con el segundo desembolso del anticipo, el 16 de junio de 2006, por la suma de $240’000.000.

Tal conducta, en sentir del Tribunal, comportó una irregularidad grave, en particular porque, sin que hubiera transcurrido un mes desde la firma del contrato y cuando faltaban *“ocho o diez”* días para que se pactara su suspensión, la sociedad contratista tenía en su cuenta particular la suma de $1.225’000.000, los cuales no fueron ejecutados, ya que en febrero y abril de 2007, la interventoría advirtió la inexistencia en el sitio de la obra, de materiales o elementos que reflejaran la inversión del anticipo.

En esa medida, para el sentenciador de primera instancia, fue la entidad estatal la que, de consuno con la contratista, desconoció en forma abierta lo exigido en el pliego de condiciones y en el contrato mismo, especialmente en lo relativo al plan de inversiones que debía seguirse para la ejecución de los mencionados recursos, pero que en el caso concreto no se materializó. Por tanto, la administración departamental no podía exigir de su contraparte el cumplimiento de sus obligaciones, cuando ella misma desatendió sus propios deberes legales y contractuales.

Bajo esa misma línea de análisis se abordó lo atinente a la gestión y obtención de las licencias y permisos ambientales, los cuales –señaló el Tribunal- solo se obtuvieron casi un año después de la adjudicación del contrato, evidenciándose de esa manera un proceder permisivo de las autoridades departamentales, que también contribuyó a la violación de la ley y a la malversación de los dineros públicos.

El fallo de primera instancia también reprobó la forma como fueron designados los cuatro interventores vinculados por la entidad mediante órdenes de prestación de servicios, mecanismo este que desatendía los fines previstos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, norma que exigió la imparcialidad del interventor al señalar que este debía ser externo a la administración y al contratista.

Por todo lo anterior, consideró el Tribunal que la entidad estatal demandada varió de modo sustancial las condiciones del riesgo asegurado, lo cual la inhabilitaba para exigir el cumplimiento del contrato en ejercicio de las cláusulas exorbitantes, cuando durante toda la vigencia del contrato transgredió sus propios deberes. En tal virtud –señaló-, le asistía razón a la compañía aseguradora al afirmar que la expedición de la póliza de cumplimiento del contrato se había efectuado bajo unos riesgos específicos que luego fueron modificados y agravados por la propia administración, sin que la aseguradora tuviera conocimiento de ello y, por ende, tampoco responsabilidad.

Concluyó (fls. 333 y 334):

*… [E]l consentimiento otorgado para extender el seguro presupone el conocimiento de las condiciones del riesgo, delimitadas por las prescripciones contractuales que imponían un desembolso controlado de los recursos, que solo podía hacerse para atender el objeto del contrato acorde con el plan de inversión; de haberse mantenido esa modalidad (…), era previsible que el interventor solo habría de recomendar y el ordenador del gasto autorizar el giro de dineros, previa comprobación de la inversión, no la simple coincidencia de cifras con lo presupuestado (…).*

*Luego, al situar los dineros en cuenta privada, a merced de la firma única y discrecional del contratista, quedó suprimido el control diseñado para el contrato y este en entera libertad de hacer lo que quisiera con los recursos que se le habían dado en préstamo (pues no fue un pago anticipado). Semejante variación alteró profundamente el estado del riesgo y, como ocurrió sin que el asegurador pudiera considerarla, es legítimo que desaparezca también la fuente jurídica de su responsabilidad.*

**4. La apelación**

El departamento de Casanare, como parte demandada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Casanare.

En primer lugar, señaló que, contrario a lo expresado en el fallo apelado, las partes nunca modificaron las condiciones de riesgo relativas a la entrega y manejo del anticipo, puesto que para tal modificación se requería la solemnidad de un acuerdo elevado a escrito, aspecto que nunca fue previsto ni llevado a cabo por el departamento ni por la firma contratista.

Como segundo aspecto de su inconformidad, expuso que la administración departamental sí había cumplido sus obligaciones atinentes al giro del anticipo, ya que la consignación respectiva se efectuó en la cuenta conjunta N° 646-25575-2, destinada al contrato N° 292 de 2006 y abierta en el Banco de Bogotá.

Por último, insistió en que la compañía Liberty Seguros S.A. escogió la vía procesal equivocada, puesto que, al no ser parte en el contrato de obra N° 292 de 2006, no estaba legitimada para instaurar la acción de controversias contractuales, menos aun cuando sus pretensiones no fueron las previstas en el artículo 87 del C.C.A. sino que se encaminaron a la declaratoria de nulidad de unos actos *“separables del contrato”*, para lo cual habría de acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Afirmó (fl. 343, c. apelación):

*… [T]odos los actos administrativos, sean estos precontractuales o postcontractuales solo pueden ser demandados a través de las acciones contenciosas (nulidad y restablecimiento del derecho), sin tener que hacerlo mediante la acción contractual, acción esta que, como ya se vio, está reservada únicamente para los asuntos que en forma directa se relacionen con el contrato mismo.*

**5. Trámite en segunda instancia**

5.1. Mediante auto dictado en audiencia de conciliación del 17 de noviembre de 2010, fue concedido el recurso de apelación, el cual, a su vez, fue admitido el 27 de enero de 2011 (fls. 352 y 356). Asimismo, mediante auto del 16 de febrero de 2011, se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 358).

5.2. El 23 de marzo de 2011, el Ministerio Público, a través del Procurador Quinto Delegado ante esta Corporación, rindió concepto de fondo en el cual consideró que se debía confirmar íntegramente la sentencia apelada.

Después de reseñar los hechos que estimó demostrados en el proceso, concluyó que los mismos permitían establecer que el departamento de Casanare había modificado el riesgo amparado en la garantía única del contrato objeto de debate, en especial, al disponer el traslado de los recursos del anticipo a la cuenta corriente de la firma contratista, con lo cual infringió las reglas del pliego de condiciones y del contrato mismo.

De otro lado, consideró que la sociedad Liberty Seguros S.A. había empleado la vía procesal adecuada para formular sus pretensiones, toda vez que los actos enjuiciados, dada su naturaleza, no podían ser concebidos *“sin la existencia del contrato”*, razón por la cual su impugnación judicial solo era posible mediante la acción de controversias contractuales. En ese mismo sentido, aun cuando la compañía aseguradora no fue parte en el contrato estatal de obra, sí avaló el mismo con la expedición de la garantía correspondiente, circunstancia que la habilitaba con suficiencia para ejercer la acción contractual efectivamente incoada.

5.3. En sus alegatos de conclusión, la parte actora reiteró lo expuesto en la demanda y en los alegatos de primera instancia y solicitó confirmar el fallo apelado.

5.4. El departamento de Casanare guardó silencio en esta oportunidad procesal.

5.5. El 4 de abril de 2011, la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal adelantó una visita especial para examinar el proceso de la referencia, con el objeto de tomar copia de *“los documentos referidos en el artículo segundo de la parte resolutiva del proveído del 29 de noviembre de 2010”,* emitida dentro del proceso adelantado por ese organismo, según lo indicado en el acta de la visita (fls. 467 y 468, c. de segunda instancia).

**II.- CONSIDERACIONES**

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, toda vez que la demanda se interpuso el 10 de diciembre de 2007, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto.

**1. Presupuestos procesales**

**1.1. Acción procedente**

En la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, la parte demandada manifestó que en el presente caso no se debió instaurar la acción de controversias contractuales sino la de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que las resoluciones que declararon la caducidad del contrato eran *“actos separables”* de este, demandables únicamente a través del mecanismo previsto en el *“artículo 83”*[[1]](#footnote-1) del C.C.A. En torno a este mismo aspecto, adujo, adicionalmente, que la sociedad aseguradora no estaba legitimada para incoar la acción de controversias contractuales, por no haber sido parte en el contrato estatal de obra pública que es materia de controversia.

Esta Sala advierte que no le asiste razón a la entidad demandada, pues, por el contrario, la vía judicial utilizada por Liberty Seguros S.A. era la única que procedía para impugnar la legalidad de los actos que declararon la caducidad del contrato estatal del que fue garante esa compañía.

Así, el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 establece en su inciso segundo que los actos administrativos que se produzcan *“con motivo u ocasión de la actividad contractual”* solo son susceptibles del recurso de reposición *“y del ejercicio de la acción contractual”*, mientras que el parágrafo de esa misma norma señala que, por su parte, el acto de adjudicación no es pasible de recursos pero *“podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”*.

En armonía con lo anterior, el artículo 87 del C.C.A. dispone:

*Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y (…) que se hagan otras declaraciones y condenas.*

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación (…).*

Al señalarse en el inciso primero de la norma aquí citada que, mediante la acción de controversias contractuales puede pedirse que *“se hagan otras declaraciones y condenas”*, se entienden comprendidas en este grupo abierto de pretensiones aquellas encaminadas a cuestionar la validez o legalidad de los actos administrativos proferidos por la entidad estatal, en el marco del contrato ya celebrado y en ejecución, o bien, con ocasión del mismo cuando este ya ha finalizado –v.gr., la liquidación unilateral o la declaratoria del siniestro de estabilidad de la obra-. En concordancia con ello, el inciso segundo del artículo en cita señala expresamente que, en materia de contratación administrativa, solo los actos previos a la celebración del contrato, proferidos con ocasión de la actividad contractual, son los que pueden demandarse a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto, la doctrina ha explicado:

*… [S]in dejar de ser controversias contractuales, podrán impugnarse dentro de estas los actos administrativos denominados contractuales, dictados después de la celebración del contrato por la entidad contratante y que en alguna forma inciden o afectan la relación negocial (…). Se entiende que estos actos son típicamente administrativos, sometidos, por voluntad del legislador, no a las acciones propias de estos sino a las acciones contractuales (…). No sucede igual con los actos previos a su celebración (…)[[2]](#footnote-2).*

La jurisprudencia, por su parte, ha esclarecido ampliamente la naturaleza de los actos *“separables”* del contrato, precisando que estos son los que se profieren con ocasión de la actividad contractual, pero antes de la celebración del acuerdo de voluntades.

Se expuso[[3]](#footnote-3):

*[En el artículo 87 del Decreto 01 de 1984) se distinguió la existencia de actos separables del contrato y de otros que no lo eran, para indicar que los actos separables se controlaban por medio de ‘las otras acciones’ previstas en el Código, es decir las de nulidad (artículo 84) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85), en tanto que los actos contractuales se controlaban mediante las acciones contractuales (artículo 87). De igual manera se dispuso que dichos actos (…) únicamente eran impugnables jurisdiccionalmente ‘una vez terminado o liquidado el contrato’, a excepción del acto de adjudicación que era susceptible de ser impugnado según las reglas generales (artículo 136). La jurisprudencia, por su parte, precisó que los actos separables eran los expedidos con anterioridad a la celebración del contrato y los contractuales propiamente dichos, los que se produjeran con posterioridad a su existencia, esto es, en las etapas de ejecución y liquidación del mismo[[4]](#footnote-4).*

Por tanto, es palmario que las Resoluciones 0281 del 20 de junio de 2007 y 0455 del 12 de septiembre de 2007, acusadas en el *sub lite,* solo eran pasibles de juicio mediante la acción de controversias contractuales, prevista en el artículo 87 del C.C.A., toda vez que se trata de actos administrativos contractuales propiamente dichos, habida cuenta de que, en virtud de los mismos, el departamento de Casanare declaró la caducidad del contrato N° 292 de 2006 y ordenó hacer efectiva su garantía en dos de sus amparos.

En lo concerniente a la vocación procesal de la compañía Liberty Seguros S.A. para fungir como demandante en el presente asunto, la Sala anticipa que la indicada sociedad sí se encontraba legitimada por activa para incoar la mencionada acción, tal y como se precisará en el acápite correspondiente de esta sentencia.

**1.2. Competencia**

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2010 (esta sí es la fecha), puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En efecto, como ya se señaló, en esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la pretendida nulidad de las Resoluciones 0281 del 20 de junio de 2007 y 0455 del 12 de septiembre de 2007, por medio de las cuales el departamento de Casanare declaró la caducidad del contrato de obra N° 292 del 25 de mayo de 2006 y ordenó hacer efectiva la garantía única de cumplimiento que lo amparaba.

Ahora, la actuación que en esta sentencia habrá de resolverse ostenta vocación de doble instancia, puesto que la cuantía fijada en la demanda es superior a los 500 S.M.L.M.V. ($216’850.000[[5]](#footnote-5)) establecidos en el artículo 132 – numeral 5 del C.C.A. En efecto, la cuantía fue estimada por la sociedad Liberty Seguros S.A. en $1.479’310.292 como *“valor de la declaratoria de ocurrencia del siniestro”* (fl. 57, c.1).

**1.3. Legitimación en la causa**

1.3.1. En lo referente a la legitimación en la causa por activa, advierte la Sala que la sociedad Liberty Seguros S.A. tiene vocación procesal para integrar el extremo demandante, por cuanto fungió como garante del contrato de obra N° 292 del 25 de mayo de 2006.

En torno a la legitimación por activa de las aseguradoras que expiden las garantías de los contratos estatales, la jurisprudencia ha sostenido que tales sociedades de seguros se encuentran efectivamente habilitadas o legitimadas para instaurar la acción de controversias contractuales, a efectos de enjuiciar la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la administración pública declare los siniestros amparados por sus pólizas.

En efecto, se ha dicho:

*[E]l acto que declaró la ocurrencia del siniestro tenía un destinatario que podría calificarse como principal, cual es la aseguradora que otorgó la garantía; y otro, también interesado en su cuestionamiento, o sea el contratista de la administración que celebró con aquélla el contrato de seguro. Aseguradora y contratista que fueron debida y oportunamente notificados del acto que declaró la ocurrencia del siniestro.*

*Se hace la precisión precedente para afirmar que tanto la aseguradora como el contratista tenían interés en impugnar ese acto. La primera, para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma asegurada, en los términos del art 1096 del c. de co.*[[6]](#footnote-6)

En providencia posterior, la Sección Tercera de esta Corporación expuso que las aseguradoras emisoras de las garantías de los contratos estatales gozaban de legitimación para instaurar la acción contractual aunque no fueran parte en dichos contratos, no solo porque el acto administrativo que declarara el siniestro afectara sus intereses directos, sino también porque la indicada vía judicial es la única procedente para demandar la nulidad de tales decisiones, en particular porque así lo dispone el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, sin distinciones relativas al sujeto activo de la acción. Esta postura resulta pertinente en el presente caso, puesto que despeja con meridiana claridad las inconformidades que a este respecto planteó la parte apelante.

Así, la Sección Tercera sostuvo en dicha oportunidad*[[7]](#footnote-7)*:

*[L]a Sala, fija su posición (…) 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, 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 esas mismas pretensiones.*

Por tanto, es palmario que la compañía Liberty Seguros S.A. se encuentra facultada para intervenir como demandante en el presente asunto, en cuanto fungió como garante del contrato estatal de obra N° 292 de 2006, de suerte que, en este punto, no hay lugar a acoger los planteamientos del recurso de apelación.

1.3.2. Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva, la Sala advierte que el departamento de Casanare cumplió con ese presupuesto procesal, dada su condición de entidad pública que expidió los actos administrativos enjuiciados.

**1.4. Oportunidad para demandar**

De conformidad con el artículo 136, numeral 10, del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998[[8]](#footnote-8), en las acciones relativas a contratos que requieran liquidación, el término de caducidad de dos años allí establecido comienza a correr desde la firma del acta de liquidación bilateral o desde la ejecutoria del acto que apruebe la liquidación unilateral, según el caso. De no procederse a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al término convenido por las partes o fijado en la ley para la liquidación bilateral, la caducidad comienza a correr desde la expiración del plazo con el que contaba la administración para liquidar unilateralmente el contrato, de conformidad con la norma sustancial aplicable y con las cláusulas que eventualmente hayan pactado las partes sobre este aspecto.

En el presente caso se demanda la nulidad de las Resoluciones 0281 del 20 de junio de 2007 –en sus artículos segundo y tercero- y 0455 del 12 de septiembre de 2007 –confirmatoria de la anterior-, por medio de las cuales el departamento de Casanare declaró la caducidad del contrato de obra N° 292 del 25 de mayo de 2006, así como el siniestro de incumplimiento, y ordenó hacer efectiva la garantía del contrato, junto con la cláusula penal.

El contrato de obra pública N° 292 de 2006 estaba sujeto a liquidación, dado que así fue pactado en la cláusula décima octava (fl. 520, c.2). No obstante, aun al margen del término establecido para liquidar, es palmario que en el *sub lite* no operó el fenómeno de la caducidad, toda vez que la demanda fue presentada el 10 de diciembre de 2007 (fl. 64, c.1), cuando no habían transcurrido dos años, ni aun desde la fecha de expedición de la Resolución N° 0455 del 12 de septiembre de 2007, que dio cierre a la vía gubernativa.

Se concluye entonces que, con amplitud, la demanda fue interpuesta oportunamente.

**1.5. Alcance del estudio en segunda instancia**

Previo a abordar el análisis de fondo, resulta necesario señalar que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se encaminó a cuestionar el fallo de primera instancia, únicamente en cuanto declaró la nulidad de la orden contenida en los actos acusados, de hacer efectivo el amparo del anticipo, cubierto por la garantía única del contrato de obra N° 292 de 2006.

En efecto, además de haberse centrado la inconformidad del apelante en la acción judicial procedente en el *sub lite* –aspecto que ya fue abordado por la Sala de manera precedente-, en la impugnación se discutieron los siguientes puntos: ***i)*** no es cierto que se hubieran modificado las condiciones de riesgo referentes al giro y el manejo del anticipo, puesto que las partes no celebraron acuerdo alguno elevado a escrito que así lo dispusiera; ***ii)*** el departamento de Casanare cumplió sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con el anticipo, puesto que oportunamente consignó los dineros en la cuenta conjunta destinada para ese fin.

Por tanto, la Sala destaca que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos aquí señalados, puesto que la parte apelante no manifestó inconformidad alguna respecto de las demás decisiones de la sentencia de primera instancia.

Cabe subrayar, además, que esta delimitación de la apelación a los temas indicados en el recurso obedece a que, a través del indicado mecanismo, se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual le corresponde al recurrente confrontar con sus propias consideraciones los argumentos que el juez de primera instancia expuso para resolver el caso, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia y sobre los asuntos que hacen parte del espectro general señalado en el recurso, aunque el apelante no se haya referido a él de manera expresa, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir decisión de mérito[[9]](#footnote-9).

**2. Hechos probados en la actuación**

Las pruebas documentales que obran en la presente causa fueron aportadas por las partes, en copia auténtica y en copia simple, y su contenido no fue refutado ni desvirtuado por ninguna de ellas.

Al respecto y, frente a lo resuelto en la sentencia apelada acerca del valor probatorio de las copias simples, la Sala debe recalcar que, cuando los documentos aportados en copia simple han militado en el proceso sin ser tachados por los sujetos procesales, son susceptibles de valoración probatoria, a la luz de lo que al respecto señaló la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2013[[10]](#footnote-10), en la cual se determinó, precisamente, que serían estimables como prueba los instrumentos que las partes allegaran en copia carente de autenticación y que obraran a lo largo de la actuación sin ser tachados de falsos ni controvertidos por ninguno de los extremos de la litis.

De igual manera, se estableció que ese criterio unificado era aplicable para todos los procesos contencioso administrativos, salvo en los eventos en que existiera una disposición en contrario que hiciera exigible el requisito de la copia auténtica.

Por tanto, en el presente caso, los documentos aportados en copia simple serán tenidos como prueba, se reitera, por no haber sido impugnado su valor probatorio, por ninguna de las partes.

Ahora, los indicados medios de prueba permiten tener por acreditados los siguientes hechos:

**a) La licitación pública y el contrato**

-. En abril de 2006, el departamento de Casanare dio apertura a la licitación pública CAS-SO-LP-op-006-2006, con el propósito de contratar la *“construcción infraestructura puente (sic) sobre el río Cravo Sur, vía Algarrobo – Orocué, paso El Cacho, departamento de Casanare”* (fls. 18 al 132, c.2).

En el pliego de condiciones respectivo, la entidad enunció y describió los requisitos que debían reunir las propuestas, entre estos, los documentos jurídicos y técnicos que se debían incorporar en ellas. A su vez, en el conjunto de documentos técnicos se debía incluir un *“programa de obra”*, que definiría, en efecto, el programa de construcción, así como el proceso constructivo, los recursos que se habrían de utilizar, los rendimientos de estos, las cantidades de obra y el plazo establecido y un *“flujo de inversión mensual”*, entre otros ítems; todo ello, de conformidad con el numeral 3.4 del pliego referido (fl. 50, c.2).

Con respecto a la modalidad de pago del contrato, el capítulo VII del documento licitatorio estableció que el negocio jurídico se pactaría a precio unitario fijo y su pago se realizaría mediante varios desembolsos, el primero de los cuales correspondería al anticipo, sobre el cual, a su vez, se dispuso (fl. 84, c.2):

*El Departamento pagará el valor del contrato de la siguiente forma:*

*a) Un anticipo equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor total del contrato, previa suscripción del acta de iniciación de obra, por parte del supervisor del contrato. En cumplimiento del artículo 7 del Decreto 2170 de 2002, el manejo de estos recursos será establecido en cuenta conjunta autorizada por el Departamento, entre el Contratista y el Interventor y sus desembolsos obedecerán a un plan de inversión previamente aprobado por el interventor y el supervisor del contrato. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecerán al Departamento.*

En el capítulo VIII, relativo a las condiciones técnicas para la ejecución del contrato, el documento licitatorio señaló que, previo al inicio de las obras, el contratista tendría la obligación de presentar un programa de inversión del anticipo, *“detallado por rubros y tiempo de ejecución”*. De igual manera, debía entregar un programa de ejecución de la obra, un programa de *“inversión de la obra”* y la lista de insumos básicos de materiales, equipos y mano de obra (fl. 86, c.2).

Acerca de las licencias y permisos, se indicó (fl. 90, c.2):

*Los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones serán tramitados y obtenidos por cuenta y riesgo del Contratista, en forma previa a la iniciación de las actividades respectivas (…).*

*La consecución de permisos y licencias adicionales, serán responsabilidad del Contratista.*

*Será responsabilidad del Contratista adelantar cualquier gestión que sea necesaria para lograr el libre acceso a las zonas de disposición de materiales, negociar y pagar los derechos de utilización de las mismas.*

En lo concerniente al control de la ejecución del contrato, el capítulo I del pliego de condiciones estableció que el departamento de Casanare ejercería la interventoría del contrato, directamente o mediante un interventor contratado para ese efecto (fl. 34, c.2). No obstante, en el capítulo V, señaló el pliego (fl. 79, c.2):

*El Departamento designará la persona natural o jurídica que como interventor, ejercerá el control y vigilancia de la ejecución del contrato, la cual tendrá a su cargo, entre otras funciones, coordinar lo atinente a la ejecución del mismo. El interventor será responsable de aceptar y recibir las obras objeto del presente proceso y autorizará los pagos, en los términos establecidos en los pliegos de condiciones (…).*

*Adicionalmente, el Departamento podrá designar como Supervisor a una persona natural o jurídica que, no cumpliendo con funciones de interventoría y no ejerciendo una relación directa con los contratistas, sino a través del Interventor, tendrá derecho a intervenir en el proyecto cuando se presenten situaciones que puedan afectar la buena marcha del mismo.*

-. El 25 de mayo de 2006, el departamento de Casanare celebró con la sociedad Constructora JAP Ltda. el contrato de obra N° 292, con el objeto de adelantar la *“construcción infraestructura puente (sic) sobre el río Cravo Sur, vía Algarrobo – Orocué”*, por un término de ejecución de seis meses, contados a partir de la firma del acta de iniciación (fl. 634, c.2).

En la cláusula tercera, el valor del contrato fue pactado en la suma de $2.465’517.155, cuyo pago se habría de efectuar con un primer abono del 50%, a título de anticipo, además de las mensualidades causadas durante la ejecución del contrato, las cuales comenzarían a desembolsarse cuando el anticipo se hubiere amortizado y, finalmente, el reconocimiento del último 10% del precio, para cuando se hiciera la entrega final de la obra (fls. 632 – 633, c.2). Todos los pagos se efectuarían en una cuenta conjunta que se habría de constituir a nombre de la entidad estatal y de la sociedad contratista.

Aunque la cláusula tercera señaló en la forma de pago la entrega del 50% del valor del contrato como anticipo, en el parágrafo primero se señaló que el anticipo *“no es pago”* y que su manejo debía sujetarse al Manual de Interventoría y a la cláusula cuarta del negocio jurídico.

A su vez, la cláusula cuarta del contrato estableció (fls. 633-634, c.2):

*El CONTRATISTA y el interventor deberán abrir una cuenta separada a nombre del DEPARTAMENTO DE CASANARE, indicando el número del contrato, la que será manejada de manera conjunta. Una vez abierta la cuenta, la SECRETARÍA DE HACIENDA DEPARTAMENTAL girará el anticipo. El dinero del anticipo solo podrá invertirse de acuerdo al Plan de Inversión y los cheques deben ir firmados por el CONTRATISTA y el interventor.*

Seguidamente, se estipuló que, en el evento en que el anticipo produjera rendimientos financieros, estos debían ser consignados en la cuenta que indicara la Secretaría de Hacienda de Casanare, una vez culminada la amortización correspondiente.

Asimismo, se estableció que la vigilancia del manejo y correcta inversión del anticipo estaría a cargo del interventor del contrato, aunque la contratista estaría obligada a ejercer el *“control de dicho manejo e inversión”* y a brindarle al interventor toda la información que este requiriera.

En virtud de lo establecido en la cláusula sexta, era deber de la contratista entregar un programa de obra, antes de iniciar su ejecución. El mismo no podría modificarse de tal forma que fuera necesario variar el plazo del contrato, y sería el instrumento con base en el cual el interventor ejercería el control respectivo (fl. 634, c.2). Por su parte, la cláusula novena contractual señaló las obligaciones de la contratista, entre estas, la de presentar al interventor, antes de la firma del acta de iniciación, *“todos los documentos previos que de conformidad con el pliego de condiciones se requieran para la iniciación de la obra”* (fl. 635).

En cuanto a la interventoría del contrato, se señaló en la cláusula décima:

*La interventoría será ejercida por el Departamento directamente a través de la Secretaría de Obras Públicas y Transporte o mediante un interventor designado o contratado para este efecto, el que tendrá como función verificar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista (…). El interventor ejercerá un control integral sobre el proyecto, de acuerdo con el manual de interventoría dispuesto mediante Resolución N° 0256 de 2004.*

En virtud de lo estipulado por las partes, la contratista se obligó a constituir la garantía única del contrato, en los amparos de cumplimiento, *“anticipo”*, salarios y prestaciones sociales y estabilidad de la obra. En este último amparo, la vigencia de la garantía debía ser de cinco años contados a partir del acta de recibo final, mientras que, frente a los riesgos relativos al cumplimiento y el anticipo, la póliza correspondiente debía tener una vigencia que cubriera, como mínimo, el plazo del contrato y 4 meses más.

Adicionalmente, la contratista debía tramitar una garantía de responsabilidad civil extracontractual para responder por los daños que se les llegara a causar a terceros por la ejecución del contrato (fl. 637, c.2).

La cláusula décima tercera estableció expresamente la facultad del departamento de Casanare para declarar la caducidad del negocio jurídico. Asimismo, la cláusula décima sexta dispuso lo pertinente sobre las demás potestades excepcionales de la administración, mientras que la cláusula décima quinta contenía la denominada *“cláusula penal”*, fijada en la suma equivalente al 10% del valor del contrato y procedente *“cuando [la contratista] dejare de cumplir totalmente las obligaciones”* contractuales. El valor de la cláusula penal podría ser tomado por el departamento de Casanare, de las garantías del contrato o de los saldos pendientes a favor de la contratista (fl. 639, c.2).

-. La sociedad Constructora JAP Ltda. constituyó ante la compañía Liberty Seguros S.A., la póliza única de seguro de cumplimiento N° 772062, por la cual se amparó el contrato de obra N° 292 de 2006, celebrado con el departamento de Casanare (fl. 141, c.2).

El riesgo de cumplimiento fue cubierto con la suma de $246’551.715, mientras que, para el amparo correspondiente al buen manejo del anticipo, se fijó una cobertura de $1.232’758.577.

La vigencia inicial de la póliza abarcaría el período comprendido entre el 25 de mayo de 2006 y el 23 de marzo de 2007, para los amparos de cumplimiento y correcto manejo e inversión del anticipo. No obstante, el 18 de diciembre de 2006 se ampliaron los indicados términos de vigencia hasta el 25 de octubre de 2007, en razón de las suspensiones de obra que se acordaron durante el plazo de ejecución del contrato (fls. 144 y 145, c.2).

Con respecto al amparo del anticipo, se especificó en la póliza (fl. 147):

*El amparo de manejo del anticipo cubre a la entidad estatal contratante contra los perjuicios sufridos con ocasión del uso o apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo (…). En tal sentido, se entenderá que existe uso o apropiación indebida de los dineros o bienes entregados a título de anticipo en el evento en que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato.*

Entre las exclusiones contenidas en la póliza de cumplimiento N° 772062, se previó la relativa a *“los perjuicios que se refieran al incumplimiento originado en modificaciones introducidas al contrato original, salvo convenio expreso que se conste en el correspondiente certificado de modificación de esta póliza”* (fl. 147, reverso, c.2).

Adicionalmente, ante Liberty Seguros S.A. se constituyó también la garantía de responsabilidad civil extracontractual exigida en el contrato, contenida en la póliza N° 130447 del 25 de mayo de 2006, con vigencia hasta el 23 de noviembre de 2008 (fl. 534, c.2).

Los recursos con los cuales fue financiado el contrato N° 292 de 2006 provinieron del *“superávit fiscal de regalías petroleras”*, según lo certificó la Oficina Jurídica del departamento de Casanare en oficio OAJ 1612 del 23 de abril de 2008, dirigido a la Contraloría General de la República (fl. 602, c.2).

**b) Hechos relativos a la ejecución del contrato**

-. Las partes suscribieron el acta de inicio de la obra, el 31 de mayo de 2006 (fls. 153-153, c.2).

-. El 28 de junio de 2006, la constructora JAP Ltda. le solicitó al departamento de Casanare la suscripción de un acta de suspensión temporal de la obra, por un término de cinco meses, en razón a que la temporada de invierno estaba imposibilitando el traslado de materiales y el tránsito de maquinaria pesada hacia el sitio de la obra (fl. 167, c.2).

En virtud de ello, el 5 de julio de 2006, las partes suscribieron el Acta N° 1 de suspensión del contrato, medida que se levantaría el 4 de diciembre de 2006, fecha en la cual se habría de reanudar la obra contratada (fls. 168 y 169, c.2).

El 28 de noviembre de 2006, la sociedad contratista solicitó la ampliación del término de suspensión del contrato por 60 días más. Expuso como motivo de su petición, el aumento del caudal del río Cravo Sur a causa de las precipitaciones que se estaban presentando en la región, fenómeno que, al aumentar el cauce del río, impedía adelantar el proceso constructivo (fl. 171, c.2).

La entidad estatal accedió a esa solicitud, puesto que el 4 de diciembre de 2006 fue suscrita el *“Acta N° 1 de ampliación a la suspensión del contrato”*, de suerte que la ejecución permanecería paralizada hasta el 2 de febrero de 2007, fecha establecida para el reinicio de las obras (fls. 172 al 174, c.2).

El 2 de febrero de 2007, el departamento de Casanare emitió la *“orden de reiniciación del contrato de obra”,* la cual fue expresamente aceptada por el contratista en el mismo instrumento (fls. 175 -176, c.2). Allí también se estableció como fecha de terminación del plazo contractual, el 26 de junio de 2007.

El 19 de junio de 2007, la constructora JAP Ltda. presentó ante la entidad estatal una nueva solicitud de suspensión de la obra y señaló la necesidad de prorrogar el contrato por 2 meses más, en razón a que, solo en abril de 2007, la autoridad competente otorgó el permiso de ocupación del cauce del río Cravo Sur, sin el cual no era posible adelantar trabajo alguno. Agregó que no había tenido conocimiento del otorgamiento del permiso, sino solo cuando el departamento del Casanare le informó al respecto.

No obra prueba de que la entidad estatal hubiera dado contestación a dicha solicitud ni de que las partes hubieran suscrito una nueva acta de suspensión y/o un acuerdo de prórroga del contrato.

-. En lo que respecta al anticipo, obra en el proceso un acta de fecha 1 de junio de 2006, firmada por el representante legal de la constructora JAP Ltda. y el interventor Boris Alexis Rivera Tarache –quien suscribió el documento como *“interventor SOPT [Secretaría de Obras Públicas y Transporte]”*, en virtud de la cual se aprobó el plan de inversión respectivo. En el acta se especificó que el valor total del anticipo era de $1.232’758.577,50 y que solo se autorizaría para compra de equipo nuevo y repuestos, como máximo, la destinación del 10% de dicho monto (fls. 187 – 188, c.2). En lo restante, el plan de inversión del anticipo se presentó y aprobó con los siguientes ítems:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *N°* | *DESCRIPCIÓN* | *VALOR* | *PORCENTAJE* |
| *1* | *Gastos de administración* | *51’669.824,97* | *4.19%* |
| *2* | *Alquiler de equipos para la obra* | *251’400.000,00* | *20.39%* |
| *3* | *Compra y transporte de materiales* | *720’701.012,53* | *58.46%* |
| *3 (sic)* | *Salarios* | *129’900.000,00* | *10.46%* |
| *4* | *Costo legalización (pólizas, estampillas, gastos legales).* | *79’987.740,00* | *6.49%* |
| *TOTAL:* | | *1.232’758.577,50* | *100,00%* |

El mismo 1 de junio de 2006, el Banco de Bogotá certificó la existencia de la cuenta de ahorros N° 646-25575-2, bajo la titularidad conjunta de la sociedad Constructora JAP Ltda. *“contrato de obra N° 292-06”* y el departamento de Casanare (fl. 246, c.2). Según la certificación, el manejo de la cuenta se efectuaría con las firmas del representante legal de la compañía constructora y del secretario de Obras Públicas y Transporte de Casanare.

También el 1 de junio de 2006, el departamento de Casanare emitió la orden de pago N° 3001, a efectos de abonarle a la constructora JAP Ltda. el valor total del anticipo, esto es, la suma de $1.232’758.577,50, la cual fue consignada en la cuenta de ahorros N° 646-25575-2 el 2 de junio de 2006, según la firma de recibido que fue impuesta en el instrumento de pago, el cheque emitido por el departamento y en el comprobante de consignación expedido por el Banco de Bogotá (fls. 556 y 558, c.2).

No obstante, el 1 de junio de 2006, el interventor Boris Alexis Rivera Tarache –obrando también como *“profesional de ingeniería SOPT”*- solicitó ante la entidad que se efectuara el desembolso del 80% del anticipo, a fin de adelantar la compra y transporte de materiales, los gastos de legalización y el alquiler de equipos (fl. 248, c.2).

A su vez, la sociedad Constructora JAP Ltda. le solicitó al mencionado interventor que autorizara un traslado de fondos desde la cuenta de ahorros N° 646-25575-2, a la cuenta corriente N° 64604379-4 –perteneciente a la contratista-, por la suma de $986’206.282, equivalente al 80% del anticipo; la solicitud también fue presentada el 1 de junio de 2006 (fl. 247, c.2).

El departamento de Casanare, igualmente el 1 de junio de 2006, presentó petición ante el Banco de Bogotá, en Yopal, para que se realizara el traslado de fondos solicitado por la contratista, en un monto de $986’206.282 (fl. 249).

El 16 de junio de 2006, la contratista se dirigió por escrito ante el interventor Boris Rivera, para que autorizara y gestionara el segundo desembolso del anticipo, a fin de cubrir los gastos administrativos y salariales derivados del contrato. Ello por la suma de $240’000.000 (fl. 250, c.2).

El 27 de junio de 2006, el mencionado interventor le solicitó al departamento de Casanare el segundo desembolso, para lo cual adujo allegar los soportes entregados por la contratista, para acreditar la inversión de los recursos entregados con el primer desembolso del anticipo (fl. 251, c.2). Tales soportes no fueron aportados a este proceso.

El mismo 27 de junio de 2006, la entidad estatal contratante le solicitó al Banco de Bogotá la realización de un traslado de $240’000.000, desde la cuenta conjunta de ahorros N° 646-25575-2 hacia la cuenta corriente N° 64604379-4, perteneciente a la sociedad Constructora JAP Ltda. El departamento precisó que el monto objeto de transferencia correspondía al segundo desembolso del anticipo del contrato N° 292 de 2006 (fl. 252, c.2).

El extracto de la cuenta de ahorros conjunta N° 646255752 del Banco de Bogotá, correspondiente al período abril – junio de 2006, evidenció que el 7 de junio de 2006 se había efectuado una *“transferencia en oficina a cuenta corriente”* por el monto de $986’206.282 y que, el 28 de junio siguiente, se realizó la misma operación por la suma de $240’000.000, de suerte que en la cuenta quedó un saldo inicial de $6’543.836,50 el cual luego aumentó a $7’268.522,50, merced a los intereses y rendimientos ganados (fl. 354, c.2).

Al año siguiente, esto es, el 26 de abril de 2007, la entonces interventora Giovana Stella Alonso Herrera puso de presente, ante la gobernación de Casanare, los desembolsos del anticipo y las dos transferencias efectuadas a la cuenta particular de la sociedad contratista. Después de reseñar tales trámites, advirtió (fl. 253, c.2):

*Se autorizó el día 27 de junio el segundo desembolso del anticipo al contratista, una vez revisado el plan de inversión y presentado (sic) facturas, las cuales están a nombre del contratista y no del contrato. Estas facturas debieron ser verificadas en el lugar de la compra y comprobando que el material estuviera en obra antes de este segundo desembolso.*

*En la primer visita (sic) que realicé el día 9 de abril del presente año en compañía de la supervisión, se observó que en el lugar de la obra no se encuentra material suficiente que garantice la inversión del anticipo.*

-. El 19 de junio de 2007 –un día antes de que se declarara la caducidad del contrato-, la Gerencia Departamental de Casanare de la Contraloría General de la República le remitió al gobernador de ese departamento, un memorial de advertencia por las *“presuntas irregularidades en la inversión del anticipo girado en el contrato de obra N° 292 de 2006”* (fls. 509-513, c.2).

El organismo de control señaló que, en desarrollo de la auditoría gubernamental con enfoque integral especial a las regalías, efectuó seguimiento a una denuncia relacionada con la irregular ejecución del contrato de obra mencionado. En el marco de dicha actuación, la Contraloría adelantó una visita en el sitio de la obra y evidenció que solo se habían acopiado y ubicado en el lugar algunos materiales que, para el momento de la inspección -8 de junio de 2007-, se encontraban en estado de abandono y deterioro. Indicó que este y los demás hallazgos realizados en el terreno intervenido, llevaban a concluir que la obra estaba paralizada y que era imposible que se reactivara en el corto plazo (fls. 510-511, c.2).

Reprochó el ente de control que en la carpeta del proceso no figurara acta alguna de recibo parcial de obra y que, para el 8 de junio de 2007, restara el 10% del plazo del contrato sin que se avizorara la posibilidad de su cabal ejecución.

En virtud de lo anterior, advirtió (fl. 513):

*… [E]n busca de prevenir sobre el riesgo derivado del presunto manejo irregular del anticipo girado en el contrato (…) por valor de $1.232’758.577, este despacho lo insta a que se dé aplicación a los correctivos necesarios previstos en la ley 80 de 1993 a fin de evitar un posible daño fiscal, y en consecuencia, adoptar las medidas de control e intervención necesarias que garanticen la ejecución del objeto contratado (…) o en su defecto, la recuperación de los dineros girados por concepto de anticipo en este contrato, en ejercicio de lo cual deberá verificar el manejo que el contratista le ha dado al anticipo girado para la ejecución del contrato de obra (…).*

Agregó que la gobernación de Casanare habría de adelantar gestiones para prevenir el riesgo derivado del posible manejo irregular del anticipo, todo ello en un plan de acción que debía presentar ante la Gerencia Departamental de la Contraloría General de la República.

El 6 de marzo de 2008, la Secretaría de Obras Públicas y Transporte de Casanare informó ante la Contraloría General de la República que, de los $1.232’758.577,50 que fueron consignados a título de anticipo, se ejecutó la suma de $302’201.214, de acuerdo con el informe de la interventoría, de suerte que la contratista debía reintegrarle al departamento el saldo de $924’008.868 (fls. 563-564, c.2). De acuerdo con el cuadro adjunto al respectivo oficio, elaborado por la interventora Giovanna Stella Alonso Herrera, el porcentaje total de la obra ejecutada fue del 12,26% (fl. 565).

-. En relación con los interventores del contrato de obra, encuentra la Sala que, mediante oficio del 1 de junio de 2006, el secretario de Obras Públicas y Transporte de Casanare le informó al señor Boris Alexis Rivera Talache –como *“interventor”* de esa Secretaría, según lo señalado en el encabezado del oficio- que había sido designado para ejercer la interventoría del contrato de obra N° 292 de 2006 (fl. 543, c.2).

El 22 de diciembre de 2006 –fecha en que el contrato se hallaba suspendido-, las partes suscribieron el *“acta N° 1 de cambio de interventor”*. Allí se indicó que el interventor saliente era el señor Rivera Tarache, mientras que la interventora entrante sería la ingeniera Gloria Ester Camacho Reyes, quien habría de efectuar el *“relevo provisional”* de la interventoría, *“en cumplimiento a la circular N° 022 del 17 de octubre de 2006”* (fl. 544, c.2).

Mediante oficio SOPT.DTC 0327 del 6 de marzo de 2007, la Constructora JAP Ltda. fue informada sobre el *“cambio de interventor provisional”*, dispuesto mediante acta N° 2 del 5 de marzo de 2007. En tal virtud, el nuevo interventor provisional del contrato N° 292 de 2006 sería el señor Juan Manuel Fuentes Soler, profesional de la Secretaría de Obras Públicas y Transporte de Casanare (fl. 620, c.2).

En el mismo mes de marzo de 2007, el departamento de Casanare expidió la solicitud de oferta para contratación de menor cuantía N° CAS-OAJ-MC-03-2007, con el fin de contratar, en efecto, la *“consultoría técnica, administrativa, financiera y ambiental de la construcción del puente El Cacho, vía Algarrobo – Orocué”* (fls.390-422, c.2). La entidad señaló que en el proceso de selección podrían participar las personas naturales o jurídicas, nacionales y extranjeras, a las cuales el departamento hubiera hecho extensiva la solicitud de oferta (fl. 391, c.2).

En el anexo de estudios previos, refirió:

*Debido a que las obras del proyecto (…) ya fueron contratadas, es oportuno realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera y ambiental para velar por una buena ejecución de las obras. Actualmente, en la región donde se encuentra localizada la obra para la cual se va a contratar la interventoría, se goza de época de verano, facilitándose la ejecución de obras civiles por el tiempo seco, dejando desarrollar de buena manera los procesos constructivos necesarios, garantizando así un mejor cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas.*

En el proceso de selección participó la señora Giovanna Stella Alonso Herrera[[11]](#footnote-11), con quien el departamento del Casanare celebró el contrato de consultoría N° 07-05-00932 del 23 de marzo de 2007 (fls. 423-426, c.2). El 28 de marzo de 2007, la entidad estatal designó al señor Juan Manuel Fuentes Soler como supervisor de dicho contrato (fl. 434, c.2).

Durante la ejecución del contrato de obra N° 292 de 2006, los interventores Boris Alexis Rivera Talache, Gloria Esther Camacho Reyes y Juan Manuel Fuentes Soler le solicitaron a la sociedad contratista –en ocho oportunidades- que rindiera informes sobre la inversión del anticipo y las razones de paralización de la obra por fuera de los términos de suspensión pactados por las partes (fls, 617 al 625, c.2).

No obra en el proceso, prueba alguna de que los mencionados interventores hubieran rendido informe ante el departamento de Casanare, sobre el avance de la obra y/o el manejo del anticipo.

El 26 de abril de 2007, la interventora Giovanna Stella Alonso Herrera rindió un informe ante la entidad hoy demandada, relativo al contrato de obra, referido. Allí señaló:

*El 1 de junio de 2006 (…) se solicita traslado de fondos de cuenta conjunta de ahorros N° 64625575-2 a la cuenta corriente cuyo titular es la constructora (…), correspondiente al primer desembolso del anticipo (…). No se dio cumplimiento a la cláusula cuarta del contrato, en el mes de junio no se encuentra ningún oficio que indique control de seguimiento al contratista; por lo tanto no se tiene claridad de lo que pasó en ese tiempo en obra, no muestra un avance de obra y sí 35 días después del acta de inicio se realiza un acta de suspensión.*

*Se autorizó el día 27 de junio el segundo desembolso de anticipo (…), una vez revisado el plan de inversión y presentado facturas, las cuales están a nombre del contratista y no del contrato. Estas facturas debieron ser verificadas en el lugar de la compra y comprobando que el material estuviera en obra antes de este segundo desembolso.*

*En la primer (sic) visita que realicé el día 9 de abril del presente año en compañía de la supervisión, se observó que en el lugar de la obra no se encuentra material suficiente que garantice la inversión del anticipo* (fls. 253 y 254, c.2).

El 23 de mayo de 2007, la Gerencia Departamental de Casanare de la Contraloría General de la República le advirtió a la entidad estatal hoy demandada que, en desarrollo de la auditoría efectuada a las regalías, revisó la contratación financiada con tales recursos y evidenció que, aunque el contrato N° 292 de 2006 tenía por objeto una obra pública y, en esa medida, la interventoría respectiva debía ser externa e independiente de las partes -de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993-, lo cierto fue que durante la ejecución del negocio jurídico fueron designados como sucesivos interventores, tres profesionales vinculados a la Secretaría de Obras Públicas y Transporte de Casanare, situación que comportaba una infracción a la ley, razón por la cual se adelantarían las actuaciones disciplinarias correspondientes (fls. 25 -257, c.2).

El organismo de control le solicitó a la administración departamental pronunciarse al respecto en un término de cinco días hábiles, sin embargo, no obra prueba de que el departamento de Casanare hubiera dado respuesta a la mencionada comunicación.

- . Por otro lado, mediante auto del 1 de marzo de 2006 –dictado antes de la apertura de la licitación pública referida-, la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía –Corporinoquía- dispuso dar trámite a la solicitud presentada por el departamento de Casanare, para que se le otorgara el *“Permiso Ambiental de Ocupación de Cauce”* respecto del río Cravo Sur, vía Algarrobo – Orocué, paso El Cacho (fls. 154 y 155, c.2).

La entidad ambiental señaló que el departamento de Casanare había formulado la petición correspondiente el 15 de febrero de 2006, a efectos de adelantar, en el mencionado tramo del río Cravo Sur, el proyecto del puente que luego fue objeto del contrato N° 292 de 2006.

No obstante, el permiso correspondiente solo fue otorgado mediante Resolución N° 200.15.07.0279 del 10 de abril de 2007 (fls. 156 -163, c.2).

**c) Declaratoria de caducidad del contrato**

-. El 20 de junio de 2007, el departamento de Casanare expidió la Resolución N° 0281, mediante la cual declaró la caducidad del contrato de obra N° 292 del 25 de mayo de 2006 (fls. 258 al 261, c.2).

Según las motivaciones expuestas por la entidad, el 2 de mayo de 2007, el supervisor del contrato de obra informó que, de los 180 días pactados como plazo para la ejecución, habían transcurrido 125 –equivalentes al 69.5% del término total- sin que el proyecto hubiera registrado un avance superior al 12%. Por ello, el 3 de mayo del mismo año, el supervisor solicitó ante la Oficina Asesora Jurídica del departamento, hacer efectivas las garantías del contrato, por el incumplimiento en que había incurrido la sociedad Constructora JAP Ltda., pese a haber sido requerida en varias ocasiones para que adelantara la obra en forma oportuna e informara sobre el estado de la misma.

Al respecto, el departamento de Casanare señaló (fl. 254, c.2):

*Conforme a lo anterior, se observa que el comportamiento del contratista deja sin lugar a dudas, muestras de incumplimiento y falta de interés para cumplir con el objeto convenido, ya que de los informes de la interventoría y la supresión que reposan en los archivos del contrato, se desprende que el avance de la obra es mínimo y que amerita por parte de la administración la toma de las medidas necesarias en defensa de sus propios intereses, en razón a que se evidencia un hecho constitutivo de incumplimiento del contratista que afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato y que conlleva a la Administración a declarar la caducidad del contrato (…), dándolo por terminado y ordenando su liquidación en el estado en que se encuentre.*

Luego de reiterar que le asistía la facultad legal para declarar la caducidad del contrato, advirtió que, en caso de que la sociedad contratista no pagara las obligaciones derivadas de esa decisión, ordenaría hacer efectiva la garantía del contrato, contenida en la póliza N° 772062, contra la compañía Liberty Seguros S.A.

La entidad estatal no se pronunció en las motivaciones del acto administrativo, respecto del manejo del anticipo.

Sin embargo, adoptó el acápite resolutivo en los siguientes términos:

*ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad del contrato N° 292-06, cuyo objeto es la CONSTRUCCIÓN INFRAESTRUCTURA PUENTE SOBRE EL RÍO CRAVO SUR VÍA ALGARROBO – OROCUÉ, PASO EL CACHO, DEPARTAMENTO DE CASANARE, suscrito con la CONSTRUCTORA JAP LTDA (…).*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y en consecuencia, hacer efectiva la garantía única presentada por el contratista para los siguientes amparos: 1. Cumplimiento del contrato. 2. Correcto manejo e inversión del anticipo. Para tal efecto, se librarán los oficios respectivos a la Compañía de Seguros Liberty Seguros S.A., donde fue expedida la póliza N° 772072.*

*ARTÍCULO TERCERO: Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, conforme quedó estipulado en la cláusula décima quinta del mismo.*

*ARTÍCULO CUARTO: Una vez en firme la presente resolución, ordénese liquidar por intermedio de la Secretaría de Obras Públicas y Transporte del Departamento, el contrato N° 292-06, dándose estricta aplicación a los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones concordantes (…).*

-. La sociedad Liberty Seguros S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución N° 0281 del 20 de junio de 2007, y centró su inconformidad en el alegado incumplimiento contractual de la administración departamental, especialmente en lo relativo al debido desembolso y correcto manejo del anticipo. De igual manera, alegó que el departamento de Casanare había modificado el contrato de obra sin el consentimiento del asegurador, con actos viciados de dolo y culpa grave, los cuales no eran asegurables. Por último, manifestó que no se había cumplido con el deber de conservación del estado de riesgo, además de no habérsele notificado a la compañía de seguros sobre los cambios introducidos al contrato de obra, lo cual daba lugar, según su dicho, a la terminación del contrato de seguro.

Consideró que, por las anteriores razones, Liberty Seguros S.A. carecía de responsabilidad por la declaratoria de caducidad del contrato de obra.

En cuanto al anticipo, reprochó que el plan de inversión solo hubiera sido aprobado por el interventor –irregularmente designado- sin la participación ni el visto bueno del supervisor del contrato, además de haberse gestionado el traslado de los recursos a la cuenta privada e individual de la firma contratista, cuando el pliego de condiciones y el contrato mismo habían previsto que el manejo se efectuara a través de una cuenta conjunta en la que el departamento figurara como titular y cuyas operaciones estuvieran previamente autorizadas por la interventoría.

-. Al dar cierre a la vía gubernativa, el departamento de Casanare indicó que la sociedad Constructora JAP Ltda. también había impugnado el acto administrativo; sin embargo, el recurso respectivo no fue aportado a este proceso.

-. En efecto, mediante Resolución N° 0455 del 12 de septiembre de 2007, la entidad estatal resolvió los recursos interpuestos contra el acto de declaratoria de caducidad del contrato, el cual fue confirmado en todas sus partes.

Con respecto al manejo del anticipo, reprochado por Liberty Seguros S.A., el departamento de Casanare señaló (fl. 318, c.2):

*Si bien es cierto [que] el manual de interventoría establece que con cargo al anticipo no se autorizan traslados de suma alguna a otras cuentas, persona, o entidad (sic) ni ingresos por ningún concepto, ya que todo movimiento se da por medio de cheques, lo que busca esta reglamentación es controlar la adecuada inversión del anticipo y llevar un registro que demuestre el saldo y las bases de estos gastos, esto es, confrontar el plan de inversión del anticipo aprobado por la entidad con los gastos generados en desarrollo del contrato mediante soportes (…). [L]e corresponde a la interventoría verificar y realizar el control de estos gastos, para lo cual solicitará los soportes documentales y extractos bancarios (…). [E]n el desarrollo del presente contrato, la interventoría ejerció este control, comparando la ejecución con el valor de los recursos asignados por concepto del anticipo, según se demuestra con el oficio SOPT-DTC N° 1108 del 25 de mayo de 2007, de igual forma, la administración departamental, mediante los oficios SOPT-DTC 1108 y SOPT-DTC 1214[[12]](#footnote-12) de la Dirección Técnica de Construcciones y del supervisor del contrato, ejercieron el control a la inversión de esos recursos, en igual sentido procedió la interventoría a informar a la administración departamental de la inconsistencia de los soportes que presentaba el contratista (…), según oficio de la Ing. Giovanna Stella Alonso Herrera (…). Por lo tanto, la administración departamental y la interventoría jamás dejaron de controlar la inversión de los recursos del anticipo (…).*

Por otro lado, la entidad negó que la sucesiva designación de interventores para el contrato de obra N° 292 de 2006 hubiera desatendido lo previsto en la ley –pues, según su dicho, los interventores siempre fueron ajenos a la entidad y no integraban su planta de personal-, y adujo que la administración departamental no dio lugar a incumplimiento alguno en lo referente a la gestión y obtención de las licencias que estuvieron a cargo de la contratista.

**n) Liquidación unilateral del contrato**

-. Mediante Resolución N° 812 del 5 de noviembre de 2008[[13]](#footnote-13), el departamento de Casanare adoptó la liquidación unilateral del contrato de obra N° 292 de 2006. Dicha liquidación había sido efectuada por la entidad, en acta de fecha 28 de julio de 2008, en la cual se dejó consignado que la sociedad contratista había ejecutado la obra parcialmente, cubriendo la suma de $305’412.326.

Las obras ejecutadas consistieron en las actividades preliminares de replanteo y localización para puentes y *“descapote a máquina”*, así como algunas labores iniciales en el componente de la infraestructura, que consistieron en algunas excavaciones y la instalación de pilotes en concreto (fl. 699, c.2).

Se indicó en el acta de liquidación unilateral, que el valor del anticipo había sido de $1.232’758.577,50, de los cuales se amortizaron $305’412.326, correspondientes al valor de la obra ejecutada. Asimismo, se señaló que en la cuenta conjunta destinada al manejo del anticipo obraba un saldo de $6’648.495,50, de suerte que la contratista debía reintegrarle a la administración un monto de $920’697.756.

En la parte resolutiva del acto administrativo de liquidación, el departamento de Casanare le ordenó a la sociedad Constructora JAP Ltda. el reintegro de la suma mencionada -$920’697.756- y advirtió que, de no efectuarse el pago correspondiente dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la decisión, se haría efectiva la garantía única contenida en la póliza N° 772062, en el amparo de correcto manejo e inversión del anticipo (fl. 696, c.2).

**3. Problema jurídico**

En el presente asunto, le corresponde a la Sala establecer si las Resoluciones 0281 del 20 de junio de 2007 y 0455 del 12 de septiembre del mismo año vulneraron el principio de legalidad, en cuanto dispusieron declarar el siniestro de incumplimiento y hacer efectiva la garantía del contrato de obra N° 292 del 25 de mayo de 2006, en el amparo de buen manejo e inversión del anticipo.

En tal virtud y, de acuerdo con lo expuesto en el recurso de apelación, se deberá determinar si el riesgo referente al anticipo, amparado con la mencionada garantía, fue provocado o modificado indebidamente por la entidad estatal hoy demandada y si, en esa medida, la compañía de seguros quedaba exonerada de cubrir dicho ítem con cargo a la póliza respectiva.

**3.1. La garantía de cumplimiento del contrato estatal y las cargas del Estado asegurado**

El contrato N° 292 del 25 de mayo de 2006, materia de la presente controversia y del cual surgieron los actos administrativos hoy enjuiciados, tuvo como objeto la construcción de una obra pública y fue celebrado por una entidad del Estado, a saber, el departamento de Casanare. Por tal razón y, dado que el negocio jurídico surgió en vigencia de la Ley 80 de 1993 –Estatuto General de Contratación Estatal- es esta la normativa que le resulta aplicable, máxime cuando el contrato de obra fue previsto expresamente como de carácter estatal –a la luz del artículo 32- y la entidad contratante está comprendida en la clasificación del artículo 2 de la citada ley[[14]](#footnote-14).

En desarrollo del principio de economía de la contratación estatal y como un mecanismo de protección del interés general y el patrimonio público, el artículo 25, numeral 19, de la Ley 80 de 1993 –vigente en la época de celebración del contrato[[15]](#footnote-15)-, estableció en cabeza de los contratistas la obligación de prestar garantía única para avalar las obligaciones a su cargo, surgidas del negocio jurídico[[16]](#footnote-16). Dada la naturaleza de los bienes jurídicos que protege –interés general, patrimonio público, fines estatales perseguidos con la contratación, entre otros-, la cláusula legal que establece la indicada garantía -y que se debe incorporar en los contratos estatales- se erige como de orden público, razón por la cual resulta de imperativo cumplimiento en el ámbito de la contratación estatal.

A su vez, los riesgos que la garantía mencionada se encamina a cubrir consisten, en concreto, en los menoscabos o lesiones patrimoniales que el Estado pueda llegar a sufrir por la acción u omisión –generalmente constitutivas de incumplimiento- del contratista[[17]](#footnote-17).

Ahora bien, con miras a garantizar las obligaciones del contrato estatal, se ha acudido de manera preponderante a la figura del contrato de seguro de cumplimiento, especialmente bajo la vigencia del artículo 25, numeral 19, de la Ley 80 de 1993, en cuyo texto solo se preveía la constitución de las garantías mediante *“pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o (…) garantías bancarias”*.

Sobre estas materias y, en referencia concreta al contrato de seguro de cumplimiento como mecanismo de garantía del contrato estatal, la jurisprudencia ha señalado[[18]](#footnote-18):

*[L]os contratos de seguro celebrados en ejercicio de la actividad contractual estatal se constituyen en una tipología contractual especial dentro de los demás contratos de seguro, pues por medio de éstos lo que se procura es garantizar y respaldar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista (…), para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como también el cumplimiento de las finalidades estatales[[19]](#footnote-19).*

*Así, se ha entendido que la inclusión de cláusulas de garantías contractuales en los contratos celebrados por la administración, no sólo se erige como un requisito de obligatorio cumplimiento por parte del contratista, sino también en un instrumento para salvaguardar intereses de carácter general [y] garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual (…).*

*Ahora bien, atendiendo a la finalidad primordial de esta tipología especial de contrato (…), no solamente le son aplicables las disposiciones que de manera general regulan los contratos de seguro previstas en el Código de Comercio, sino también aquellas que de forma especial regulan algunos de sus aspectos en derecho público, consagradas fundamentalmente en los artículos 5º No. 4º, 18 inciso final, 25 No. 19, 41 inciso segundo y 60 último inciso de la Ley 80 de 1993, así como también los artículos 17 a 19 del Decreto 679 de 1994.*

Es pertinente recalcar que, en el seguro de cumplimiento constituido para garantizar el contrato estatal y, bajo lo establecido en el artículo 1037 del Código de Comercio[[20]](#footnote-20), obran como partes, el asegurador –vale decir, la compañía de seguros que expide la respectiva póliza y que asume la obligación de cubrir el riesgo amparado con la misma- y el tomador –en este caso, el contratista del Estado que celebra el contrato de seguro con la aseguradora, pero no es el titular del interés asegurable, sino que toma el seguro a favor de un tercero que es, precisamente, la entidad pública-. Adicionalmente, toda vez que el contratista –tomador- solicita la constitución de la garantía a favor de la entidad estatal contratante, esta interviene en la relación negocial de la garantía única como sujeto *asegurada* y como beneficiaria del seguro, por ser la titular del interés patrimonial cubierto con el seguro.

Así entonces, como lo explica la doctrina, el seguro de cumplimiento *“existe como seguro patrimonial de daños, cuyo interés asegurable es que el acreedor en una relación contractual [el Estado contratante] sea indemnizado en caso de incumplimiento del deudor [particular contratista]”*[[21]](#footnote-21).

Tal identificación de las partes resulta de particular relevancia en el examen del presente caso, dada la necesidad de establecer con claridad que, en el contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales –es decir, en la garantía única-, el riesgo que se cubre es aquel originado en el incumplimiento del contratista tomador, que es el llamado por la ley a constituir la aludida garantía, precisamente para avalar o afianzar sus obligaciones contractuales adquiridas con el Estado.

En esa medida, si, por el contrario, es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio del asegurado afectado.

De conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio, *“el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables”*, y cualquier estipulación en contrario no produce efecto alguno. Esta regla encuentra varias excepciones respecto del tomador en algunas tipologías de seguro, como en el seguro de daños y, dentro de esta categoría, en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, en los cuales la garantía procede por la concreción del riesgo provocado por el contratista incumplido, al margen de que este haya obrado o no con culpa -dado que así se desprende de la naturaleza y los fines legales previstos para esa clase de garantía[[22]](#footnote-22)-.

Sin embargo, la regla en mención se mantiene incólume frente al asegurado en el marco de la contratación pública, pues siendo el Estado asegurado un sujeto distinto del tomador, su conducta viciada con dolo o culpa grave o sus actos meramente potestativos, determinantes en la provocación del siniestro, no pueden ser cobijados por el seguro, pues ello cohonestaría un inadmisible abuso del derecho de la administración y atentaría contra el principio de la buena fe, el cual, como lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares.

Bajo esta línea, la doctrina expone que, además de las obligaciones pactadas por las partes en el contrato de seguro, los sujetos de la relación aseguraticia –incluyendo al asegurado no tomador- están llamados a cumplir unas cargas o *“deberes de conducta”*, establecidos por la ley o en el contrato, o derivados del principio de la buena fe, pero siempre orientados a facilitar o garantizar la obtención de la ventaja que pretenden obtener del seguro. En esa medida, la carga opera a favor de quien debe cumplirla –a diferencia de la obligación, que grava al deudor a favor del acreedor[[23]](#footnote-23)- y su observancia o no, tiene incidencia directa en la concreción del riesgo y en la posibilidad de obtener por su ocurrencia la respectiva indemnización.

En torno a este punto, explica el tratadista Carlos Jaramillo Jaramillo:

*[L]as partes deben observar, mientras dura el contrato de seguro, diversas conductas, en gran medida orientadas a preservar, prevalentemente, el estado de cosas preexistente al momento de su celebración y también el equilibrio del contrato (…), el que se podría ver profundamente alterado y, en veces, dislocado, si ellas no se verifican, por lo demás, en forma oportuna. Por eso en la doctrina (…) se alude a obligaciones –o deberes- precontractuales y contractuales y más concretamente ‘presiniestrales y posiniestrales’ (…). De su cumplimiento dependerá, en buena parte, la satisfacción del interés jurídico que, en tratándose del tomador asegurado, va a contratar y, de paso, a autolimitarse (…).*

*[En la obligación,] el deber de prestación es impuesto en beneficio e interés del titular del crédito; el interés tutelado es un interés ajeno. En cambio, en la carga, el comportamiento es impuesto en beneficio del gravado con ella, pues es a él, en forma preponderante, a quien perjudica el incumplimiento de la carga y a quien, lógica y correlativamente, beneficia su cumplimiento y observancia. El gravado [con la carga], por tanto, es libre para decidir si la ejecuta o no, solo que, de no hacerlo, se seguirán para él consecuencias adversas, pues, finalmente, podrá hasta ser privado del beneficio deseado, total o parcialmente, efecto que, en el seguro, cada vez más a menudo, equivale a la indemnización o prestación a cargo del asegurador (…).*

*La noción de carga se encuentra íntimamente ligada a su funcionamiento en el plano operativo e indudablemente al grado de incidencia que su cumplimiento tenga en relación con el efecto jurídico perseguido por el gravado. De esta forma (…), algunos estiman que la carga opera a título de presupuesto para obtener determinada ventaja, mientras que otros la conciben, no como presupuesto de existencia sino como presupuesto del ejercicio de un derecho ya formado, pero, en todo caso, como presupuesto que de manera indefectible debe ser observado, principalmente en interés de quien debe llevar a cabo la conducta o comportamiento*[[24]](#footnote-24)*.*

Las cargas que las partes asumen en el contrato de seguro pueden ser de variada índole, dependiendo de la naturaleza del riesgo y del interés que se cubre con la póliza, y pueden estar previstas en la ley o en el contrato[[25]](#footnote-25). Todas estas tienen como finalidad fijar y mantener un determinado estado del riesgo, aminorarlo e, inclusive, *“impedir su materialización”*[[26]](#footnote-26)*.*

Precisamente, una de las cargas que el seguro de cumplimiento le puede imponer al asegurado es la de procurar evitar la ocurrencia del siniestro, lo cual -para la doctrina- no riñe con el derecho general ni con el derecho de seguros, ni puede soslayarse bajo el pretexto de que el contrato de seguro solo existe para dejar indemne a quien ha sufrido un perjuicio por el siniestro asegurado y no para impedir en forma plena y *“a todo trance”* que el riesgo amparado llegue a concretarse. Por el contrario, el deber de evitación del daño –o del siniestro, en el caso de los seguros-, asociado a la obligación de mitigarlo, ha cobrado cada vez más preponderancia en el derecho contemporáneo. Con fundamento en ello, destaca el profesor Jaramillo:

*No en vano, en el marco de la responsabilidad civil o del derecho de daños, cada vez más se alude a la existencia insoslayable de un deber no solo de mitigar los daños, de por sí relevante, sino de evitarlos. Por ello, ahora se aboga por su evitación racional, al amparo del principio solar de la buena fe, acerca del cual, la Corte Constitucional colombiana, subrayando su significado actual, expresó que debe considerársele ‘(…) un postulado constitucional’.*

Al lado de la buena fe, según el referido autor, el postulado de la solidaridad –también previsto en la Constitución Política- sirve de base para establecer y concluir que, a la luz del derecho actual, no resulta admisible una conducta pasiva, omisiva y mucho menos permisiva del asegurado, de quien se espera que obre con el propósito de evitar la concreción del riesgo, *“obviamente en condiciones de racionalidad, dado que el hecho de que pague [o un tercero sufrague en su favor] una prima de seguro, no lo habilita per se para que (…) se desentienda de su materialización, como si fuera necesario para justificar su pago, el advenimiento del referido siniestro”*[[27]](#footnote-27)*.*

La buena fe y solidaridad, entonces –y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-, se contraponen a la eventual pasividad del asegurado, la cual no es propia de quien hace parte de una relación negocial, menos aun cuando sobre tal relación *“gravita (…) un deber correlativo* *de colaboración”* y un *“criterio de reciprocidad referido a la buena fe objetiva”*[[28]](#footnote-28).

Sobre los deberes de las partes, también ha destacado la Corte:

*Entre la declaración del estado del riesgo (art. 1058 del C. de Comercio) y la conservación del estado del riesgo (art. 1060 ibídem), existen sustanciales diferencias (…). [E]n tanto la declaración del riesgo es un deber precontractual, la conservación del riesgo se impone como tal durante la vigencia del contrato de seguro. Por lo demás, la declaración incumbe al tomador, mientras que la conservación corresponde al asegurado o al tomador, según sea éste o aquél el que cuente con la posibilidad de cumplir con el deber; la declaración es un deber de información y la conservación deber de conducta; el incumplimiento del deber de informar verazmente genera nulidad del contrato o reducción de la prestación asegurada y el incumplimiento del deber de conservar el estado del riesgo da lugar a la terminación del contrato (…).*

*[L]a carga de mantener el estado del riesgo, tiene el confesado propósito de preservar, durante la ejecución del contrato mismo, las condiciones esenciales que condujeron a que ese asentimiento fuera expresado y, por tanto, a la contratación del seguro*[[29]](#footnote-29)*.*

La jurisprudencia del Consejo de Estado también ha enfatizado en la conducta de las partes frente al contrato –categoría en la cual se incluye el contrato de seguro- y en la necesidad de que las mismas honren sus compromisos y obligaciones, so pena de que su inobservancia les impida reclamar por el incumplimiento de su contraparte. Así, en torno a este punto y, aplicando la excepción de contrato no cumplido, prevista en el artículo 1609 del Código Civil[[30]](#footnote-30), se ha dicho:

*[C]uando son las partes vinculadas a un contrato bilateral, las que incumplen, es decir, la imputabilidad negocial es de ambos, no se puede obligar a que se imponga la sanción pecuniaria que emana de la indemnización por perjuicios (…).*

*La excepción de contrato no cumplido debe ser entendida como un recurso dilatorio y temporal, que impide, frente al incumplimiento de recíprocas obligaciones, las consecuencias sustanciales del negocio, en su producción prestacional. Sin embargo, la inobservancia de un contratante de un deber, que es primero en el tiempo, no le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo*[[31]](#footnote-31).

En cuanto a los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido y su directa relación con el principio de la buena fe, esta Corporación ha señalado:

*[P]ara que la referida excepción de contrato no cumplido tenga cabida en el ámbito de la contratación estatal, la jurisprudencia ha sostenido que no basta con que se registre un incumplimiento cualquiera de parte de la administración para que su contratista se encuentre excusado de cumplir con sus deberes jurídicos; debe tratarse de inobservancia de tal importancia de sus obligaciones contractuales por parte de la entidad, que realmente atenten contra los principios generales que informan la contratación administrativa como el de la buena fe o el de justicia, que impiden entender que el contratista, a toda costa, debe, a pesar de tal modo de proceder de la Administración, honrar sus propios compromisos contractuales[[32]](#footnote-32).*

Ahora bien, la inobservancia de las cargas que les corresponde a las partes, especialmente al asegurado, acarrea determinadas consecuencias jurídicas, que pueden también estar previstas en la ley o en el contrato. Cuando es el acuerdo de voluntades el que establece tales cargas y su respectiva sanción, las cláusulas que así lo establecen van generalmente pactadas como exclusiones, es decir, causales que dan lugar a la pérdida del derecho a la cobertura y cuyos supuestos deben ser probados por el asegurador, aunque en todo caso, se trata de exclusiones que, en múltiples casos, envuelven o entrañan determinadas cargas para el asegurado.

Al respecto, refiere la doctrina:

*En cuanto a la carga de probar las exclusiones del riesgo, es una carga que, naturalmente (…), corresponde a la aseguradora, pero que no se limita a las exclusiones pactadas convencionalmente dentro de la identificación del riesgo que se hace en la póliza del seguro. El artículo 1077 [del Código de Comercio] se refiere a los ‘hechos o circunstancias’ que excluyen la responsabilidad del asegurador (…). En ese orden de ideas, los hechos o circunstancias pueden referirse a la presencia de verdaderas exclusiones de la cobertura, pactadas convencionalmente en el contrato, pero en general, a todas las excepciones que son oponibles por el asegurador a la acción del beneficiario del seguro*[[33]](#footnote-33)*.*

La jurisprudencia del Consejo de Estado, también se ha referido a este aspecto de la garantía única –es decir, la prueba de las exclusiones (algunas, contentivas de las cargas del asegurado)- en los siguientes términos:

*[P]ara llevar avante la pretensión de liberación de responsabilidad en materia de la controversia frente a la decisión de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, la compañía aseguradora tiene una doble carga probatoria: i) la carga de la prueba referida en el artículo 1077 del Código de Comercio consistente en demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad**y ii) también le corresponde probar las causales en que se apoya para lograr la anulación del acto administrativo, en orden a destruir la presunción de legalidad sobre la que descansa la declaratoria de caducidad del contrato (…)*[[34]](#footnote-34).

**3.2. Caso concreto**

Con respecto a la orden impartida por el departamento de Casanare en los actos enjuiciados, consistente en hacer efectiva la garantía única del contrato N° 292 de 2006 en el amparo del anticipo, la parte demandante manifestó que, con su proceder, la entidad estatal infringió el artículo 7 del Decreto 2170 de 2002, en cuanto disponía que los recursos entregados a título de anticipo –y cuyo monto superara el porcentaje señalado en la norma- debían manejarse en una cuenta constituida a nombre del contratista y de la entidad estatal.

Agregó que, con sujeción a dicha disposición, tanto en el pliego de condiciones como en el contrato se estableció, justamente, que el anticipo sería consignado en una cuenta conjunta y que los desembolsos se sujetarían al plan de inversión, previamente aprobado por el interventor y el supervisor del contrato, no obstante lo cual, el plan mencionado solo fue aprobado por el interventor –indebidamente designado-, sin la participación del supervisor, y los dineros fueron trasladados a la cuenta particular e individual del contratista, por gestión y solicitud del propio departamento de Casanare.

Tal situación generó, según sus palabras, la cesación de responsabilidad de la aseguradora, particularmente por haberse modificado el contrato sin que de ello tuviera conocimiento la compañía de seguros y, por haber obrado la administración con *“dolo y culpa grave”* al admitir y gestionar el traslado de los recursos y causar de esa manera el siniestro reclamado, agravando el estado del riesgo. En este punto, la demandante subrayó que, de conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio, el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del asegurado, tomador o beneficiario, son *“inasegurables”*.

**Análisis de la Sala**

Como lo ha indicado en anteriores oportunidades la jurisprudencia, el anticipo es el recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado[[35]](#footnote-35).

En ese sentido, se ha subrayado:

*[N]o puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro*[[36]](#footnote-36).

Por tanto, al permitirse que el anticipo sea manejado exclusivamente por el contratista, se genera el riesgo de que los recursos así entregados escapen totalmente de la vigilancia y control del Estado y salgan indebidamente del patrimonio público.

Los hechos probados en la presente actuación evidenciaron de manera palmaria que el departamento de Casanare dio lugar a la concreción del riesgo relativo a la inversión y correcto manejo del anticipo del contrato, puesto que, en abierto desconocimiento de las reglas previstas en las cláusulas y en el pliego de condiciones, impartió aprobación al plan de inversión del anticipo, únicamente con el visto bueno de un interventor –que, por lo demás, no era externo ni independiente de la entidad estatal contratante sino que se hallaba vinculado a esta-, sin contar con la firma del supervisor del contrato, el cual no solo estaba llamado a ejercer funciones técnicas frente al objeto del mismo, sino también a efectuar su vigilancia en los componentes jurídico, económico y administrativo, de suerte que también se requería su aprobación del plan de inversión, para garantizar y afianzar el control directo de la entidad estatal –y no solo la aprobación técnica del interventor- sobre los mencionados recursos.

Además de lo anterior, los días 1 y 27 de junio de 2006 –fechas para las cuales estaba vigente el artículo 7 del Decreto 2170 de 2002[[37]](#footnote-37), que ordenaba el manejo del anticipo en una cuenta conjunta a nombre de la entidad y del contratista-, el departamento de Casanare, bajo su propia potestad y sin manifestar o evidenciar justificación alguna, le solicitó al Banco de Bogotá, que trasladara a la cuenta privada de la Constructora JAP Ltda. las sumas de $986’206.282 y $240’000.000, respectivamente, operación que debía efectuarse desde la cuenta conjunta N° 646-25575-2, constituida a nombre de la entidad estatal y de la contratista para la consignación y manejo del anticipo.

De esta manera, aunque a la luz de la normativa vigente, los recursos del anticipo seguían siendo públicos en razón de su naturaleza y no ingresaban al patrimonio del contratista hasta tanto fueran debidamente amortizados por este, justificando la inversión de dichos recursos en la ejecución de las obras objeto del contrato, la entidad misma dio lugar a que los montos dinerarios entregados bajo tal concepto quedaran al mero arbitrio de la Constructora JAP Ltda. y bajo su exclusivo manejo, el cual, finalmente, no se efectuó en debida forma, puesto que la obra no llegó a ejecutarse sino en un 12%, como lo precisó en su momento el supervisor del contrato, según lo que en tal sentido expuso el departamento de Casanare al declarar la caducidad del negocio jurídico.

Como consecuencia, los recursos del anticipo, transferidos a la cuenta privada del contratista, no se ejecutaron y quedaron abonados en su haber patrimonial, merced a una decisión adoptada por la entidad pública contratante y, aunque dicha decisión no fue exclusiva de la administración, esta tenía la carga de evitar el inadecuado manejo de los recursos, especialmente porque estaba dentro de su margen de acción impedir que dicho traslado de dineros se llevara a cabo. El hecho de no haber evitado la materialización del riesgo y, más aun, la circunstancia de haberlo propiciado -pues el departamento de Casanare fue el que permitió e hizo gestiones para que los recursos del anticipo pasaran únicamente a manos del contratista, desprovistos de vigilancia por parte del interventor y del supervisor del contrato-, fue determinante para que ocurriera el siniestro referente al buen manejo e inversión del indicado concepto.

Así, no se debe desconocer que la sociedad contratista también desatendió las obligaciones que había asumido respecto del anticipo, puesto que se limitó a mantener los dineros generando rendimientos en su cuenta bancaria, sin ejecutarlos oportunamente bajo los requisitos e instrucciones que habían quedado establecidos en el pliego de condiciones y en el contrato. Sin embargo, es palmario que, en esta oportunidad, tal incumplimiento fue facilitado voluntariamente por la entidad estatal, que, en desconocimiento de las obligaciones legales y contractuales al respecto, le brindó a la empresa constructora la posibilidad de que los recursos fueran manejados exclusivamente por esta sin la aprobación previa del interventor, como estaba previsto en los documentos y cláusulas del negocio jurídico. Por ello, el incumplimiento de la contratista no tiene la virtud de devolverle a la entidad estatal el derecho a hacer efectiva la garantía única del contrato, ya que la autoridad estatal, se reitera, fue quien dio lugar a la agravación del riesgo y a la concreción del mismo.

Ahora, el departamento del Casanare recalcó en la apelación, que había cumplido con todas sus obligaciones relativas al anticipo, no solamente porque lo consignó en la cuenta conjunta que se constituyó para ese efecto, sino también porque los interventores del contrato requirieron a la sociedad Constructora JAP Ltda para que informara sobre el destino dado a esos recursos. Sin embargo, aunque estos hechos se demostraron en el proceso, los mismos no justifican jurídicamente el proceder de la entidad estatal, al solicitarle al establecimiento bancario el traslado de dineros públicos a una cuenta particular, diferente a la que se había dispuesto en el pliego de condiciones y en el contrato para el manejo del anticipo, y al permitir que los recursos fueran abandonados al total y pleno arbitrio del contratista, dejando su adecuado y oportuno control lejos del alcance de la autoridad pública.

Con fundamento en lo anterior resulta claro que, contrario a lo afirmado por la parte apelante, el departamento de Casanare incumplió sus deberes legales y contractuales e infringió, con su conducta, el artículo 7 del Decreto 2170 de 2002, así como el pliego de condiciones y las cláusulas mismas del contrato de obra N° 292 del 25 de mayo de 2006, pues impidió que el anticipo se manejara siguiendo las directrices contenidas en la norma mencionada y en los aludidos instrumentos contractuales.

De esta manera, el departamento incurrió en culpa grave en los términos previstos en el artículo 63 del Código Civil[[38]](#footnote-38), toda vez que, sin justificación jurídica ni contractual alguna, agravó el riesgo del anticipo del contrato y facilitó la ocurrencia del siniestro. En esa medida, habría de operar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 1055 del Código de Comercio, en cuanto establece que *“el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del (…) asegurado o del beneficiario, son inasegurables”*.

Debe tenerse en cuenta que, de conformidad con los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, aplicables al seguro de cumplimiento, los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a lo que en ellos se expresa sino también a lo que emana de su naturaleza, la ley aplicable, la costumbre o la equidad natural[[39]](#footnote-39).

Resultaba contrario a la buena fe, el que la administración departamental de Casanare gestionara la transferencia de dineros públicos a la cuenta privada de su contratista y trazara de esta manera el riesgo inherente al anticipo, facilitando su concreción, para luego disponer mediante acto administrativo la efectividad de la garantía única del contrato, en el amparo respectivo. Lejos de cumplir la carga que le competía, de procurar impedir la materialización del riesgo, el ente estatal abonó el terreno que facilitaba ampliamente la ocurrencia del siniestro, razón por la cual no le era dable que, por un hecho atribuible a su culpa, pretendiera hacer efectiva la póliza que lo amparaba frente a las eventuales contingencias que pudieran presentarse sobre el anticipo.

Vistas las indicadas circunstancias y, con fundamento en el presente análisis, la Sala confirmará la sentencia apelada, especialmente en cuanto declaró la nulidad de los artículos segundo y tercero de la Resolución N° 0281 del 20 de junio de 2007 y del acto administrativo que confirmó tales disposiciones, en las cuales el departamento de Casanare, como consecuencia de la caducidad del contrato allí declarada, dispuso también declarar la ocurrencia del siniestro de correcto manejo e inversión del anticipoy ordenó hacer efectiva la garantía única en dicho amparo.

En este punto, se reitera que, si bien la nulidad declarada en la sentencia de primera instancia recayó también sobre la decisión adoptada por el ente demandado, de hacer efectiva la garantía única en el amparo correspondiente al incumplimiento del contratista, lo cierto es que en el recurso de apelación no se hizo referencia ni pronunciamiento alguno sobre ese punto de la controversia, el cual no es un asunto íntimamente relacionado con el análisis del amparo del anticipo –en los términos del artículo 357 del CPC[[40]](#footnote-40), sino que constituía un tema separado, independiente y distinto a este. Cabe agregar que, en el recurso, la parte apelante centró su argumentación en el manejo del anticipo y en el amparo respectivo, contenido en la garantía única del contrato, de manera que la inconformidad expuesta por el recurrente no recayó sobre la globalidad o generalidad de la sentencia impugnada, sino sobre un punto específico y claramente delimitado de la misma, circunstancia esta que evidencia aún más que el punto referente al amparo del incumplimiento no es consustancial al del amparo del anticipo[[41]](#footnote-41).

Por otro lado y, sin perjuicio de las anteriores conclusiones, no está de más precisar que no le asistió razón a la sociedad demandante en cuanto afirmó que, con su conducta, el departamento de Casanare *“modificó”* el contrato estatal de obra sin darle oportuno aviso a la compañía de seguros. No resulta de recibo tal aseveración, porque el incumplimiento de deberes legales y contractuales, aunque naturalmente conlleva a cambios en las condiciones pactadas y previstas en el negocio jurídico, no entraña una modificación del mismo –la cual está sometida a determinadas formalidades- sino la inobservancia de deberes reglados, pasible de sanciones y de específicas consecuencias legales y contractuales. No debe, pues, equipararse la modificación del contrato con su incumplimiento.

Por lo demás, se establece entonces que, lo que aconteció en el caso *sub judice* fue un incumplimiento de la entidad estatal contratante respecto de sus obligaciones legales y contractuales, circunstancia que es la que da lugar a la nulidad de los numerales segundo y tercero de la Resolución N° 0281 de 2007 y de su acto confirmatorio, como ya se anotó.

**4. Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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 y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 23 de septiembre de 2010, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. La parte demandada refirió el artículo 83 del C.C.A., pero se precisa que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, invocada por la entidad, está prevista en el artículo 85 de dicho estatuto. [↑](#footnote-ref-1)
2. Carlos Betancur Jaramillo, *Derecho procesal administrativo* (Medellín: Señal Editora, 2015), 669. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. N°11001-03-26-000-1994-9807-01(9807). C.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-3)
4. En otra providencia, esta Sección también destacó: *“… [C]on las modificaciones que introdujo la Ley 446 de 1998 al art. 87 del C.C.A, particularmente en cuanto señaló ‘que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación’ (…), se volvió a la teoría de los actos separables y quedó claro que los actos previos a la celebración del contrato son susceptibles de la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho (arts. 84 y 85 C.C.A) con un término de caducidad particularmente señalado para ellos y que los dictados luego de adjudicado el contrato (caducidad, terminación, modificación, interpretación, liquidación y todos aquellos que la entidad contratante expida en ejercicio de sus potestades administrativas y sancionatorias inherentes a la operación contractual) están sometidos a la acción prevista en el art. 87 del C.C.A.*” (Sentencia del 10 de mayo de 2001, exp. N° 07001-23-31-000-1995-0169-01(13347). C.P. Ricardo Hoyos Duque). En ese mismo sentido, ver, entre otras, la sentencia de fecha 26 de abril de 2006, exp. N° 15188, C.P. María Elena Giraldo Gómez y la proferida el 28 de septiembre de 2015, exp. N° 32749. C.P. Danilo Rojas Betancourth [↑](#footnote-ref-4)
5. El salario mínimo legal mensual que rigió en 2007 era de $433.700 (Decreto 4580 del 27 de diciembre de 2006). [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 1997, expediente 9286, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado - Sección Tercera, auto del 18 de julio de 2007, expediente 33476, C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, consultar, entre otras, la sentencia proferida el 13 de abril de 2016 por la Sección Tercera – Subsección A, exp. N° 25000-23-26-000-1999-02026-01(33580). C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-7)
8. Norma que ya se encontraba vigente para las fechas de expedición de los actos administrativos acusados. [↑](#footnote-ref-8)
9. Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 17.160, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Asimismo, la sentencia del 6 de de abril de 2018, exp. 46.005, M.P.: Danilo Rojas Betancourth*.*  [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. N° 25.022 C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-10)
11. Carta de presentación de la propuesta, obrante a folio 359, c.2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ninguno de los oficios mencionados en dicha misiva fue aportado a esta causa judicial. [↑](#footnote-ref-12)
13. Para la fecha en que se expidió el acto administrativo en mención, el presente proceso se encontraba en etapa de pruebas, las cuales habían sido decretadas mediante auto de fecha 11 de septiembre de 2008, como anteriormente se indicó. [↑](#footnote-ref-13)
14. *“Para los solos efectos de esta ley:*

    *“1. Se denominan entidades estatales:*

    *“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias,**el distrito capital**y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos (…)”*. [↑](#footnote-ref-14)
15. El numeral 19 del referido artículo 25 fue posteriormente derogado por la Ley 1150 de 2007, artículo 32. No obstante, la obligatoriedad de la garantía fue mantenida por la misma Ley 1150 en su artículo 7, que amplió las modalidades de afianzamiento más allá de la póliza prevista en la norma derogada, en cuanto admitió *“los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto”*. Tal reglamentación se encuentra hoy contenida en el Decreto 1082 de 2015. [↑](#footnote-ref-15)
16. *“19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.*

    *“Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.*

    *“La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral (…)”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. *“El espíritu de la Constitución y la ley, al consagrarlas y fijar sus parámetros, es la protección del (…) patrimonio público y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, para lo cual se estipulan estas garantías, con el fin de asegurar, en lo posible, el cumplimiento de las obligaciones del contratista y que este desarrolle y ejecute el objeto contractual para que entregue la obra o servicio en forma oportuna, eficiente y guardando las calidades exigidas”* (COHECHA L. César. *Teoría general del contrato estatal y régimen de declaración de siniestros*. Bogotá D.C., Editorial Ibáñez, 2016).

    Sobre este mismo punto, ha destacado la jurisprudencia: *“[P]or vía del marco normativo al que se alude se le exige a los contratistas particulares la obligación de constituir una garantía única por medio de la cual se aseguren los posibles riesgos o siniestros que se puedan generar con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación de los contratos celebrados con la administración e incluso los generados en la etapa post contractual”* (Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. N° 25000-23-26-000-2010-00892-01 (48.459). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. N° 25000-23-26-000-2010-00892-01 (48.459). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cita original: *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. 24.609”*. [↑](#footnote-ref-19)
20. *“Son partes del contrato de seguro: 1) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello (…), y 2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos”.* [↑](#footnote-ref-20)
21. COHECHA L. César. *Teoría general del contrato estatal y régimen de declaración de siniestros*. Bogotá D.C., Editorial Ibáñez, 2016 (p-186). [↑](#footnote-ref-21)
22. Como lo ha puntualizado la jurisprudencia: *“[E]n materia de la garantía única de cumplimiento del contrato estatal se otorga cobertura al riesgo de incumplimiento, no solamente al evento originado en la conducta culposa del tomador. En ese sentido es improcedente la invocación por parte de la compañía aseguradora en torno a la ausencia de culpa de la contratista para conseguir anular el acto de declaratoria de caducidad.*

    *“La posibilidad de asegurar los riesgos derivados del hecho culposo del tomador se encuentra permitida en varias modalidades del contrato de seguro, entre ellas en el seguro de cumplimiento para el contrato estatal, debido a la naturaleza de la póliza: Por ejemplo, en relación con el seguro de responsabilidad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (…) consideró que la culpa grave es asegurable para el caso del citado seguro, por expresa disposición del artículo 1127 del Código de Comercio (…), de acuerdo con el cual el daño ocasionado por la culpa grave del propio asegurado es susceptible de ser amparado a favor de la víctima afectada o del asegurado, con motivo de determinada responsabilidad en la que incurra de acuerdo con la ley, bien sea en materia de responsabilidad civil contractual o extracontractual (…).*

    *“En relación con el seguro de cumplimiento la ley exige el amparo de todo riesgo que afecte el cumplimiento del contrato, sobre lo cual observó la doctrina que* ***el contratista es el principal generador del riesgo, toda vez que en su conducta estriba el cumplimiento del contrato****. Empero, por virtud del contrato, el contratista tiene unos riesgos a su cargo cuya ocurrencia también pueden ocasionar el incumplimiento, con independencia de su culpa en la materialización de dicho riesgos”* (Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de noviembre de 2015, exp. N° 05001233100020060257901 (43324). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico)*.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Sobre la diferencia entre obligación y carga, especialmente en el contrato de seguro, acota el tratadista Jaramillo: *“[L]a primera de las doctrinas [que distingue los conceptos mencionados], con arreglo a (…) los vocablos obligación (deber de prestación) y carga, ha optado decididamente por su diferenciación, señalando que, mientras en la obligación el deber de conducta es impuesto al sujeto pasivo en interés de otro, es decir, en el sujeto activo, en la carga el deber de conducta se impone para tutelar el interés de quien debe observarla. Es por ello por lo que esta disociación de intereses se refleja en la diversidad de consecuencias legales nacidas al amparo del incumplimiento de una y de otra, toda vez que, al contrario de lo que acaece con las obligaciones, en donde el acreedor puede exigir del deudor el cumplimiento de su deber, en las cargas la conducta del gravado no es legalmente exigible, pues su inobservancia provoca otro resultado que solo a él perjudica: la pérdida –o menoscabo- del derecho pretendido”* (JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos, T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis, 2012). [↑](#footnote-ref-23)
24. JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos,* T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis, 2012. En esta obra, citando a otros doctrinantes, expone el referido autor: *“Francesco Carnelutti indica que ‘cuando el ejercicio de una conducta es configurado como presupuesto para obtener una determinada ventaja’, se está en presencia de una carga, la cual (…) se diferencia de la obligación porque en ella ‘el vínculo es impuesto para tutelar un interés ajeno, mientras que en la carga se protege el interés propio’ (…). Del mismo modo, el profesor Francesco Messineo, manifiesta en su tratado que ‘la carga es la imposición de un comportamiento, el cual equivale a la premisa para conseguir un determinado efecto de carácter útil (caso de auto-responsabilidad)’ (…).*

    *“El distinguido profesor Rubén Stiglitz, por su parte, en el concreto ámbito del derecho de seguros, sostiene que ‘(…) las cargas legales son aquellas que, establecidas por la ley de seguros, requieren del asegurado una conducta de realización facultativa, establecida en su propio interés y* ***de cuya inobservancia resulta, en los supuestos en que expresamente ha sido previsto, la pérdida (caducidad) del derecho’****”.* [↑](#footnote-ref-24)
25. Respecto de estas últimas –las cargas impuestas en el contrato-, refiere la doctrina: *“De acuerdo con el estado y el tipo de riesgo (…), el número de cargas impuestas al asegurado por el contrato mismo, será mayor en cantidad como en intensidad, precisamente porque la ejecución de determinadas conductas por el asegurado tiene como finalidad primordial el evitar que las condiciones que sirvieron de base para la celebración del contrato se alteren en forma tal que el equilibrio de la relación aseguraticia termine por desaparecer (…)”* (JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Op. cit.*). [↑](#footnote-ref-25)
26. HALPERIN, Isaac, *Curso de derecho comercial.* Citado en: JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos*, T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2012. [↑](#footnote-ref-26)
27. JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Op. cit*. Continúa exponiendo el autor: *“Este deber de evitación, íntimamente vinculado con la bona fides, con todo lo que ello implica, va más allá de la floración del siniestro, comoquiera que se anida en la etapa presiniestral**y se extiende hasta la siniestral, según el caso, ora con arreglo a la ley, cuando exista en forma expresa, ora con fundamento en la buena fe, principio que en forma sucedánea servirá de apoyadura a las actuaciones y conductas que se espera tengan fluidez y oportuna cabida. En aquella [la etapa presiniestral], se traducirá en su evitación (…), [todo ello] acorde con los genuinos postulados de la lealtad contractual […que] exigen algo más que la inercia, en veces hasta cómplice y atentatoria de granadas garantías: la buena fe, la solidaridad, la cooperación, la prohibición de abusar de los derechos propios y ajenos, etc”.*

    El autor también refiere que, de acuerdo con la opinión de otros autores, *“la prevención – evitación del daño (…) es misión irrenunciable del derecho civil” y que “el derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a su prevención”, puesto que ello equivaldría y/o conduciría, entre otras cosas, a “crear y justificar un derecho a perjudicar”.* [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, sentencia CSJ SC 02 del 2 de agosto de 2001, exp. N° 6146. [↑](#footnote-ref-28)
29. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de julio de 2007, exp. N° 05001 31 03 002 1999 00359 01. [↑](#footnote-ref-29)
30. *“En los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 1984, exp. N° 2509. Referido en fallo de la misma Sección, dictado el 14 de septiembre de 2000, exp. N° 13530. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En esta última providencia, también se precisó: *“La exceptio non adimpleti contractus, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 del C.C.), es una regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del art. 13 de la Ley 80 de 1993”.* [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. N° 80001-23-31-000-2000-00057-01(22714). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-32)
33. ORDÓÑEZ, Andrés E. *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro.* Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2004. [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de noviembre de 2015, exp. N° 43324. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-34)
35. Al respecto, consultar, entre otras, la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2015 por la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, exp. N° 25000-23-26-000-2004-01002-01(36878). C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz. Asimismo, la sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, exp. N° 25000-23-26-000-2003-01705-01(29205), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2004, exp. N° 25000-23-26-000-1993-8696-01(10779), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-36)
37. Norma que posteriormente fue derogada por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008, a su vez, conservado por el Decreto 2474 de 2008. [↑](#footnote-ref-37)
38. *“La ley distingue tres especies de culpa o descuido:*

    *Culpa grave, negligencia grave o culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale a dolo”.* [↑](#footnote-ref-38)
39. Código de Comercio, artículo 871: *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.*

    Código Civil, artículo 1603: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”.* [↑](#footnote-ref-39)
40. *“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y, por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”.* [↑](#footnote-ref-40)
41. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 6 de abril de 2018, señaló: *“En tanto la parte demandada fue la única en apelar la decisión, la Sala se limitará a resolver –con plena observancia del principio de la non reformatio in pejus– sobre los argumentos expuestos en su medio de impugnación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 357 del C.P.C. (…) En relación con el alcance de esta disposición, la Sala ha acogido dos posturas que, en principio, parecen opuestas o contradictorias entre sí, pero que realmente no lo son porque ambas se sustentan en el principio de congruencia (…) Conforme a la primera postura, la competencia del ad quem está limitada a los aspectos que expresamente señale el recurrente (…) La segunda postura plantea que la competencia del juez de segunda instancia comprende los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone expresamente en su escrito de apelación, de manera que nada obsta para que el juez de segunda instancia corrija o modifique aquellos que, por su naturaleza, se encuentran comprendidos o son consustanciales a los asuntos mencionados. (…) En ambos casos, la Sala buscó salvaguardar el principio de congruencia pues limitó la competencia del juez de segunda instancia a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único. (…) Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único”* (exp. N° 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005). C.P. Danilo Rojas Betancourth). [↑](#footnote-ref-41)