

PROCESO DE CONTRATACIÓN ESTATAL – Fases – Precontractual – Contractual – Postcontractual – CLASES DE OBLIGACIONES –

[...] el esquema general del proceso de contratación estatal se desarrolla a través de las fases precontractual, contractual y postcontractual, en donde puede identificarse diferentes clases de obligaciones dependiendo del tipo de contrato, modalidad de selección, naturaleza del negocio jurídico, etc.

En tal virtud, existen obligaciones principales, las cuales apuntan a la consecución directa del acuerdo negocial, y, obligaciones accesorias, que son contraídas para el cumplimiento de las principales y generalmente vinculadas a la fase de ejecución del contrato. También pueden existir obligaciones que permanezcan incluso después de terminado y/o liquidado el contrato. En punto de análisis, ha señalado la jurisprudencia de esta Sección: "(...) En el campo de la contratación pública tampoco resulta extraño que luego de la liquidación del contrato pervivan obligaciones entre las partes (...)".

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Obligación - Constitución amparo de calidad y estabilidad de obra – CONTRATO DE OBRA PÚBLICA – Efectos del amparo de calidad y estabilidad de obra – Vencimiento del contrato – Liquidación del contrato

Respecto del contrato de obra pública, una de las obligaciones que debe ser prevista a cargo del contratista, es el amparo de la calidad y estabilidad cuya cobertura, por regla general, inicia desde la entrega a satisfacción de las obras, hasta el término acordado ex post; por lo tanto, el referido amparo se da por fuera del período de ejecución y puede extenderse aún una vez el contrato haya sido liquidado.

GARANTÍAS – Constitución – Ley 1150 de 2007 – GARANTÍAS – Garantía única de cumplimiento -

[...] el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece que el contratista debe prestar garantía para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, consistente en "pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral (...)".

AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA – Inclusión en garantía – Decreto 4828 artículo 4 y 7

Los artículos 4 y 7 del Decreto 4828 de 2008, también vigente para la fecha de celebración y ejecución del contrato (31 de agosto de 2011), incluyó como riesgo objeto de amparo de la garantía única el de estabilidad de la obra.

CONTRATO DE SEGURO Definición jurisprudencial- Figura jurídica- Acuerdo de voluntades

Este contrato es una figura jurídica concebida como un acuerdo de voluntades por el cual una persona llamada tomador –en algunas ocasiones también beneficiario- se obliga al pago de una prima a favor de otra llamada asegurador, con el fin que esta última cubra los daños causados por la ocurrencia de riesgo –siniestro- que afecta la integridad física o el patrimonio del primero.

SEGURO DE CUMPLIMIENTO - Irrevocabilidad -imposición

[...] la irrevocabilidad del seguro de cumplimiento es una norma de orden público, que impone a los contratistas contar con una garantía que avale el cumplimiento de sus obligaciones, como es apenas obvio, durante el tiempo que permanezca el riesgo de su incumplimiento, esto es, todo el curso de la relación comercial, incluso después de ello (por ejemplo, el riesgo de impago de salarios y/o prestaciones sociales y el de inestabilidad de la obra); lo cual se halla directamente vinculado a la necesidad de proteger el patrimonio público y de contera el interés general.

OBLIGACION DEL CONTRATISTA EN MANTENER VIGENTE LOS AMPAROS POSTERIORES A LA TEMRINACIÓN DEL CONTRATO – Debe de mantener amparo de estabilidad y calidad de la obra

Considera esta Subsección que las obligaciones del contratista no se agotaban con la constitución y aprobación de los seguros pactados, ni con la ampliación de la garantía, sino que, en el caso específico de la póliza de cumplimiento, le asistía el deber permanente de mantener la vigencia de los amparos posteriores a la terminación del contrato, es decir, los relativos a la estabilidad y calidad de la obra entregada.

Lo anterior obedece a la superioridad del interés asegurable que persigue la póliza de cumplimiento y la obligatoria observancia de las normas de orden público que no admiten que el contrato estatal quede desprovisto de protección patrimonial, pues establece como imperativo que el cumplimiento de las obligaciones se avale por una garantía única y que ésta tenga vigencia durante todo el negocio jurídico, incluso posterior a ello, en este caso, frente al riesgo de inestabilidad y/o mala calidad de la obra.

AUSENCIA PARCIAL DE LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO - Exoneración de responsabilidad del contratista – LIQUIDACIÓN FORZOZA POR SUPERINTEDECENCIA FINANCIERA – Notificación del acto administrativo – Publicación por una sola vez en el diario de circulación nacional – Artículo 9.1.3.1.2 del Decreto 2555 de 2010

Sobre el proceso de liquidación forzosa administrativa [...] solo se allegó copia de la Resolución expedida por el Superintendente Financiero (E), en la cual se resolvió que “todos los contratos de seguro de cumplimiento celebrados por la

compañía y que no sean sujetos de cesión a otra compañía aseguradora, terminarán de forma automática en un plazo de seis meses contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo”.

Ahora bien, se ordenó notificar personalmente el contenido de la Resolución al agente especial de la Compañía de Seguros y al Banco de la República, a la Bolsa de Valores de Colombia, a los Depósitos Centralizados de Valores, a los sistemas de negociación y/o registro de operaciones sobre valores y/o divisas, a los sistemas de compensación y/o liquidación de valores, a la cámara de compensación de divisas, y a la cámara de riesgo central de contraparte y publicarla en el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; sin que exista evidencia en el plenario que se notificó y publicó el referido acto administrativo.

En conclusión, las piezas probatorias que obran en el expediente no otorgan la certidumbre requerida para colegir que la Resolución [...] fue publicada en un diario de circulación nacional y en el boletín del Ministerio de Hacienda, pues nada se probó al respecto por parte de la entidad demandante.

Al hilo de lo anterior, cabe señalar que no se tiene certeza cuándo cobró ejecutoria el citado acto administrativo, por cuanto no se allegó el expediente administrativo del procedimiento de liquidación forzosa de la Compañía de Seguros, a fin de contabilizar el término de seis (6) meses para que terminara de forma automática el contrato de seguro de cumplimiento objeto de litis, pues contra la resolución procedía el recurso de reposición.

La Sala estima pertinente mencionar que tampoco se demostró que la Superintendencia Financiera o la Compañía de Seguros liquidada comunicaran al contratista sobre la terminación automática de la Póliza de Seguro de [...] y tampoco que la entidad accionante haya requerido al Consorcio [...] para que tomara una nueva garantía para el periodo que presuntamente quedó desamparado, y por el tiempo restante de su obligación, de manera que el incumplimiento aducido no se configuró en el sub examine, pues no probó que se haya constituido en mora al demandado.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Incumplimiento atribuible al contratista – Conducta contraria a derecho

En consecuencia, si como resultado de la liquidación forzosa administrativa de la compañía aseguradora no se mantuvo presuntamente, durante un determinado periodo, la vigencia del amparo de estabilidad y calidad de la obra, ello no configura un incumplimiento jurídicamente atribuible al contratista. Al respecto, la Sala precisa que el incumplimiento corresponde a una conducta contraria a derecho, es decir, a la insatisfacción del interés del acreedor causada por el hecho o la culpa del deudor, o por un acontecimiento ajeno o propio que, aunque no culposo, le es atribuible por estar comprendido dentro de los riesgos que asume, bien por mandato legal, ora por estipulación contractual.

TOMA DE POSESIÓN DE ASEGURADORA – Terminación del contrato de seguro - Deber de devolución al tomador del porcentaje no devengado de la prima – Artículo 9.1.3.1.3. Decreto 2555 de 2010

Al respecto, no se probó que con ocasión a la terminación del contrato de seguro se haya devuelto la prima no devengada al tomador -contratista-, antes de la interposición de la presente demanda, por lo que tampoco es posible tener por acreditada la notificación por conducta concluyente, por lo que no le era exigible al demandado la obligación postcontractual de mantener la vigencia de los amparos posteriores a la terminación del contrato.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Bogotá, D.C., cuatro (04) de abril de dos mil veinticinco (2025)

Radicación: 15001- 23-33-000-2015-00731-01 (64.241)
Accionante: Instituto Nacional de Vías (INVIAS)
Accionado: Consorcio Vial Tunja

***Temas:** CONTRATO DE OBRA: No se acreditó el incumplimiento contractual. ETAPA POSTCONTRACTUAL: la obligación de constitución del amparo llevaba implícita la de mantener su vigencia atendiendo el interés superior contenido en normas de orden público / Sin embargo, la liquidación de la compañía aseguradora que presuntamente interrumpió el amparo contractual no es imputable al tomador del seguro y tampoco se probó que se le haya notificado o publicado el acto administrativo que ordenó la liquidación forzosa administrativa.*

1. La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante -INVIAS- en contra de la sentencia del 14 de mayo de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

2. El Instituto Nacional de Vías¹ demandó en controversias contractuales al Consorcio Vial Tunja, pretendiendo que se declare el incumplimiento parcial de las obligaciones pactadas en el contrato de obra No. 1259 del 31 de agosto de 2011, referente a la vigencia de la garantía única (en punto del amparo de calidad y estabilidad de la obra) y se condene a responder por las multas contempladas en el contrato e indemnizar los perjuicios causados.

ANTECEDENTES

La demanda

3. El 15 de octubre de 2015², el INVIAS, promovió demanda contra el Consorcio Vial Tunja³, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas⁴ (transcritas en su tenor literal con los posibles errores):

“Que se declare que el Consorcio Vial Tunja incumplió parcialmente las obligaciones derivadas del contrato No. 1259 del 31 de agosto de 2011, y que dicho incumplimiento lo obliga como garante a responder contractualmente por las sanciones contempladas en la CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: MULTAS Y

¹ En lo adelante también se hará referencia como INVIAS, el actor o la parte demandante.

² Fl. 40 Cuaderno No. 1.

³ En lo adelante también se hará referencia como “el consorcio” o la parte demandada.

⁴ Fls. 28-29 Cuaderno No. 1.



Radicación: 15001-23-33-000-2015-00731-01 (64.241).
Accionante: INVÍAS
Accionado: Consorcio Vial Tunja
Medio de control: Controversias Contractuales

CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA: en caso de **incumplimiento parcial** de las obligaciones que le corresponden al CONTRATISTA, EL INSTITUTO aplicará multas por las causales y en las cuantías previstas en la Resolución 3662 del 13 de agosto de 2007.

Que se declare que el Consorcio Vial Tunja **incumplió parcialmente** las obligaciones derivadas del contrato No. 1259 del 31 de agosto de 2011, y que dicho incumplimiento lo obliga como garante a responder contractualmente por las sanciones contempladas en la CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: GARANTÍA ÚNICA. Para cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento el CONTRATISTA se compromete a constituir a favor del INSTITUTO una garantía que ampare lo siguiente: PARÁGRAFO CUARTO: El CONTRATISTA está obligado a restablecer el valor de la Garantía cuando esta se vea reducida por razón de las reclamaciones que efectúe el INSTITUTO, así como, a ampliar en los eventos de adición y/o prórroga del presente contrato, a la actualización de las sumas debidas o que se logren probar en el transcurso del proceso, intereses moratorios de las sumas deprecadas a la tasa más alta permitida por ley, conforme a la ley 80 de 1993 y Decreto 679 de 1994 y resarcimiento de los perjuicios causados a la entidad pública demandante, por los incumplimientos generados en la ejecución del contrato No. 1259 de 2011, e indemnizar los perjuicios infringidos al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS.

Que se declare que el Consorcio Vial Tunja infringió lo contemplado en lo estipulado en el Artículo 2 (sic) en los contratos de obra numeral 1 de la Resolución No. 03662 del 13 de agosto de 2007, actualización de las sumas debidas o que se logren probar en el transcurso del proceso, intereses moratorios de las sumas deprecadas a la tasa más alta permitida por la ley, conforme la Ley 80 de 1993 y Decreto 679 de 1994 y resarcimiento de los perjuicios causados a la entidad pública demandante, por los incumplimientos generados en la ejecución del contrato No. 1259 de 2011, e indemnizar los perjuicios infringidos al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS.

Que se ordene por parte del despacho como obligación de hacer al Consorcio Vial Tunja a realizar el mantenimiento y restablecimiento de la garantía contenida en la póliza de cumplimiento No. 300022444 y de responsabilidad civil extracontractual No. 300003296 del contrato No. 1259 de 2011 al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS.

Que se condene al Consorcio Vial Tunja identificado con Nit – 900.454.581-0, a pagar a favor del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, por concepto de capital por incumplimiento de las obligaciones contenidas en la resolución No 03662 del 13 de agosto de 2007, artículo 2. Respecto a lo señalado en los contratos de obra que celebre el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) Numeral 1. Por incumplimiento de las obligaciones de constitución o prórroga de la Garantía Única o el seguro de responsabilidad civil extracontractual, el 0.10% del valor del contrato por cada día de retraso. Suma que, a 31 de agosto de 2015, asciende a UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES VEINTISÉIS PESOS CON NUEVE CTVOS (\$1.372.000.026,09) MONEDA CORRIENTE.

Que se condene al Consorcio Vial Tunja identificado con Nit – 900.454.581-0, a pagar a favor del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, el capital antes pretendido de UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES VEINTISÉIS PESOS CON NUEVE CTVOS (\$1.372.000.026,09) MONEDA CORRIENTE, debidamente actualizada desde el 20 de junio de 2014, fecha en que se comienza a generar el incumplimiento, hasta la fecha efectiva del pago, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de compra del peso colombiano, índice de precios al consumidor -IPC, al momento de la expedición de la sentencia, más los intereses



moratorios, conforme a la Ley 80 de 1993 y Decreto 679 de 1994, desde la misma fecha hasta cuando se haga efectivo el pago a la entidad pública demandante.

Que se condene al Consorcio Vial Tunja, al pago de las costas y costos del proceso y las agencias en derecho a que haya lugar.”

4. En síntesis, sustentó sus pretensiones en los siguientes fundamentos fácticos⁵:

5. El INVIAS y el Consorcio suscribieron el 31 de agosto de 2011 el contrato de obra No. 1259, cuyo objeto fue “*El mejoramiento y mantenimiento carreteras zona centro oriente grupo 2, mejoramiento y mantenimiento de la carretera Chiquinquirá – Tunja Ruta 60*”, con valor inicial de \$2'477.591.641,00, adicionado en la suma de \$654'828.511,00.

6. El contratista tomó la garantía única para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato de obra con la Compañía de Seguros Cóndor S.A, mediante la póliza No. 300022444 y de responsabilidad civil extracontractual No. 30003296.

7. El contrato de obra No. 1259 fue prorrogado por las partes en varias oportunidades -la última de ellas- hasta el 14 de agosto de 2012; y en atención a esto, el contratista gestionó las modificaciones de las citadas pólizas, las cuales fueron aprobadas por el INVIAS. El 27 de mayo de 2013 se efectuó la liquidación bilateral del contrato, conforme a la cual se hizo efectiva la entrega definitiva de la obra a satisfacción.

8. Posteriormente, la Superintendencia Financiera ordenó la liquidación de la compañía de seguros Cóndor S.A. a través de la Resolución No. 2211 de 2013; y en tal sentido, las pólizas terminaron de forma automática desde el 20 de junio de 2014, momento a partir del cual considera que el Consorcio Vial Tunja incumplió la obligación de mantener, o en su defecto, sustituir la póliza No. 300022444, ya que en ella se estipuló un término de garantía por concepto de calidad y estabilidad de la obra, amparo que finalizaba el día 14 de octubre de 2017.

9. Finalmente, señaló que el desamparo de la estabilidad de la obra llevó a que se incurriera en un incumplimiento de las obligaciones pactadas en la cláusula décimo octava, que estableció todo lo correspondiente a las garantías del contrato y, por lo tanto, el contratista era merecedor de las multas previstas en la cláusula décima quinta, cuya cuantía quedó regulada en el artículo 2°, numeral 1°, de la Resolución No. 3662 del 13 de agosto de 2007, según lo cual se le debía el pago del 0.10% del valor del contrato por cada día de retraso.

Contestación

10. El 19 de diciembre de 2016⁶, el Consorcio Vial Tunja a través de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, por cuanto los

⁵ Fls. 29-32 Cuaderno 1.

⁶ Fls 120 – 128 Cuaderno No. 1.



fundamentos de hecho y de derecho fueron determinaciones en las que el accionado no tuvo participación alguna y, por el contrario, la ausencia del respaldo de la póliza correspondió a una decisión que adoptó la Superintendencia Financiera al liquidar la compañía aseguradora.

11. En relación con este hecho, señaló que dicha situación “*cae en el terreno de la teoría de la imprevisión*”, dado que fue extraordinaria, ajena a las partes, imprevisible y ocurrió con posterioridad a la celebración, ejecución y liquidación del contrato de obra. Además, indicó que el objeto del contrato se ejecutó correctamente y se recibió de manera satisfactoria por la entidad contratante, tal como se acreditó con las actas de recibo final y liquidación.

12. En cuanto a las multas, consideró que estas solo podrán ejercerse por la administración con el objeto de constreñir al contratista al acatamiento de lo pactado, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo de ejecución contractual, lo cual no ocurrió en el *sub examine*.

13. Finalmente, alegó que el contratista cumplió con todas y cada una de sus obligaciones contractuales; y una vez fue requerido por la entidad contratante realizó la sustitución de las garantías, dado que tomó con la compañía Seguros del Estado, pólizas identificadas con los números 14-44-101083079 y 14-44-101083080, las cuales fueron aprobadas por el INVIAS según consta en comunicación enviada por el director de contratación de la entidad demandante.

Audiencia inicial y alegatos de primera instancia

14. El 15 de agosto de 2017⁷ se llevó a cabo la audiencia inicial⁸ prevista en el artículo 180 del C.P.A.C.A. en la cual el Tribunal *a quo* formuló como problema jurídico el siguiente: “*¿Si la entidad demandada, incumplió parcialmente el contrato de obra No. 1259 – 2011, al no restablecer, mantener, prorrogar o sustituir las pólizas de garantía de la obra contratada (cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual) al momento en que la aseguradora Cóndor fue sometida a proceso de liquidación forzosa; debiendo, como consecuencia responder pecuniariamente por las sanciones contenidas en la Resolución No. 03662 del 13 de agosto de 2007 conforme a la cláusula décima quinta del contrato No. 1259 -2011 por el tiempo en que duró desamparado el contrato?*”

15. En calidad de alegatos de conclusión, el Consorcio Vial de Tunja⁹ reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, en el sentido que el desamparo del contrato fue producto de la decisión administrativa de la Superintendencia Financiera de liquidar la compañía de seguros Cóndor S.A.; situación que fue extraordinaria, imprevisible, ajena a su voluntad y posterior a la celebración del contrato, lo cual no imposibilitó su ejecución. Además, que una vez requerido por la

⁷ Fls 155 – 158 Cuaderno No. 1.

⁸ La audiencia fue suspendida, y reanudada el 20 de septiembre de 2017. Luego de constatar la ausencia de ánimo conciliatorio, el tribunal decretó las pruebas y prescindió de la audiencia de alegaciones, para que tanto la intervención del Ministerio Público como los alegatos de las partes fueran presentados por escrito.

⁹ Fls 218 – 221 Cuaderno No. 2.



entidad se actuó con celeridad para constituir las nuevas pólizas, lo que evidencia su compromiso con el cumplimiento de sus prestaciones.

16. Por su parte, el INVIAS¹⁰ reafirmó que, a pesar del cumplimiento posterior de las obligaciones del contrato, se debía tener en cuenta que las pretensiones fueron de carácter resarcitorio y reafirmó la solicitud de condena en costas a cargo del accionado.

17. El Ministerio Público guardó silencio.

Sentencia de primera instancia

18. El Tribunal Administrativo de Boyacá profirió sentencia el 14 de mayo de 2019¹¹, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la parte demandante.

19. El *a quo* sostuvo que la terminación automática de la póliza de cumplimiento No. 300022444, ordenada por la Superintendencia Financiera con ocasión de la liquidación forzosa de la Compañía de Seguros Cóndor, no se enmarca en un incumplimiento de las obligaciones convenidas por el contratista, pues para que éste se configure se requiere la insatisfacción (inejecución) de una obligación (prestación), y además que dicha inejecución sea imputable al contratista; lo cual no sucedió en el presente asunto.

20. En adición, el Tribunal afirmó que, la responsabilidad que le incumbe al contratista, en este caso al Consorcio Vial Tunja, es lo atinente a las obligaciones accesorias de estabilidad de la obra; no obstante, en el *sub examine* no se alegó el acaecimiento de siniestro alguno, y de la copia del proceso contractual no se observó que se hubiese presentado.

21. Para sustentar la anterior decisión, explicó que previamente había resuelto un caso semejante dentro del radicado 15001-23-33-000-2015-00735-00, el cual utilizó como antecedente para analizar la controversia *sub lite*. Precisó que en los contratos de obra además de las obligaciones principales de hacer una construcción, un mantenimiento, una instalación u otro trabajo sobre bienes inmuebles y el pago del precio por la ejecución de los trabajos, también subsisten obligaciones accesorias (post contractuales) de garantizar la estabilidad, la idoneidad, la seguridad y la firmeza de la construcción, con lo cual se asegura que la obra contratada se mantendrá en condiciones normales de uso para la utilización y el servicio para el que se ejecutó.

22. Reiteró que si bien los riesgos por estabilidad de la obra del Contrato No. 1259 de 2011 quedaron sin amparo por la orden dada por la Superintendencia Financiera en la Resolución No. 2211 del 05 de diciembre de 2013, lo cierto es que el Consorcio Vial de Tunja en nada incidió para ello y éste ya había cumplido con

¹⁰ Fls 222 – 225 Cuaderno No. 2.

¹¹ Fls 259 – 276 Cuaderno No. 2.



su obligación de constituir las pólizas con anterioridad a la liquidación forzosa de la compañía de seguros.

23. De otra parte, afirmó que las pretensiones de imposición de la multa no estaban llamadas a prosperar, pues si bien es cierto que en el contrato 1259 de 2011 se estipuló su procedencia, ello únicamente obedecía a situaciones de incumplimiento en la etapa contractual, pero, para el *sub examine*, quedó suficientemente claro que en el acta de liquidación del contrato no se hizo anotación alguna de inconformidad de las partes en la observancia de sus obligaciones, requisito de procedibilidad para acudir a esta jurisdicción.

24. En el mismo sentido, explicó el Tribunal *a quo*, que la falta de amparo afectó únicamente las obligaciones accesorias que subsisten luego de la ejecución del contrato; pues de haberse materializado los riesgos que amparaban la estabilidad de la obra, la póliza no los cubriría, y en tal evento, el Consorcio como principal responsable entraría a responder directamente por el siniestro, y la entidad contratante se encontraría legitimada para reclamar vía judicial dicha responsabilidad en virtud del artículo 2060 del Código Civil.

25. No obstante, en el caso bajo estudio, no se reclamó la responsabilidad del contratista por el acaecimiento de siniestro alguno, ya que se aportó un certificado mediante el cual se acreditó que no se presentó un hecho que afecte la estabilidad de la obra.

26. Sostuvo que se probó la correcta conducta del Consorcio, el cual, con posterioridad a la presentación de la demanda, constituyó la garantía de las obligaciones accesorias del contrato, dejando la observación de que esta póliza sustituye los amparos post contractuales que estuvieron inicialmente a cargo de la liquidada compañía de seguros Cóndor S.A.

27. Por último, el Tribunal *a quo* condenó en costas a la parte demandante en razón a que fue vencido en el proceso, aparece probada la causación de gastos y la parte accionada mantuvo actividad procesal durante el trámite del litigio.

Recurso de apelación

28. El 29 de mayo de 2019¹², la parte demandante interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia del Tribunal *a quo*, solicitando que la misma fuera revocada, y que, en su lugar, se concedieran las pretensiones.

29. En primer lugar, señaló que en el contrato (cláusula décima octava) se pactó que era deber del contratista constituir las pólizas para garantizar la estabilidad de la obra, conforme a lo dispuesto en los artículos 4 y 7 del Decreto 4828 de 2008; y, además, según la cláusula décima quinta, en caso de incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del consorcio, el INVIAS aplicaría las multas dispuestas en la Resolución No. 03662 del 13 de agosto de 2007.

¹² Fls 279 – 284 Cuaderno No. 1



30. Al respecto, expresó que todos los medios probatorios dieron cuenta que, efectivamente, la demandada dejó sin amparo la obra porque la Superintendencia Financiera dio la orden de liquidar la compañía aseguradora y ello se tradujo en la terminación de las pólizas que respaldaban el contrato, por lo que era su obligación mantener o, en su defecto, ceder o sustituir la póliza de cumplimiento, tal y como se consignó en la cláusula décima octava del contrato.

31. Asimismo, el recurrente se opuso a la interpretación que realizó el Tribunal frente a la falta de cumplimiento del requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial, puesto que, si bien en el acta de liquidación no se hizo salvedad alguna, la terminación automática de las pólizas que amparaban los riesgos del contrato ocurrió con posterioridad a la firma del acta de liquidación bilateral, hecho que la entidad en dicho momento no pudo prever.

32. Refirió el apelante que la entrega definitiva y la liquidación no extinguieron la obligación del contratista de mantener vigente la póliza y, aunque con ocasión a la presentación de la demanda, el Consorcio aportó la nueva garantía, ello no la exoneraba del pago de la multa.

33. Finalmente, solicitó que, en caso de confirmarse la providencia de primera instancia, no se le condene en costas, porque la entidad debió presentar la demanda con el propósito de que el Consorcio Vial Tunja cumpliera con la obligación de restablecer las garantías.

Trámite en segunda instancia¹³

34. Mediante auto del 11 de julio de 2019¹⁴, el Despacho Sustanciador admitió el recurso de apelación incoado por la parte demandante.

35. El INVIAS¹⁵ presentó sus alegaciones en esta instancia, en las que reiteró los argumentos expuestos, en especial insistió que el contratista incumplió su obligación de mantener las pólizas hasta la vigencia que estipuló el contrato, situación que dio cabida a la configuración de la causal para la imposición de la multa, aun cuando con posterioridad se presentaron las respectivas pólizas y fueron aprobadas.

36. Por su parte, el Consorcio Vial Tunja¹⁶ solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, arguyendo que la parte actora no probó un incumplimiento contractual y, por el contrario, se acreditó que la ejecución de sus prestaciones fue “impecable”, tanto así, que a la fecha la obra ejecutada no sufrió afectación alguna o daño, puesto que la carretera permanecía incólume.

¹³ El Tribunal Administrativo de Boyacá a través de auto de fecha del 13 de junio de 2019, concedió el recurso de apelación, y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que decidiera sobre su admisibilidad (FI 286 Cuaderno No. 1).

¹⁴ FI 292 Cuaderno No. 1.

¹⁵ FIs 299 – 300 Cuaderno No. 1.

¹⁶ FIs 302 – 309 Cuaderno No. 1.



37. Agregó que la contraparte realizó una lectura errada de la cláusula décima octava del contrato de obra No. 1259 del 31 de agosto de 2011, que trató sobre el mantenimiento y restablecimiento de la garantía, cuyas hipótesis no se adecuan a los hechos referentes a la liquidación forzosa de la compañía aseguradora; además que era imposible prever la liquidación de la entidad que expidió las garantías, pues tal hecho se enmarcó en la denominada “teoría de la imprevisión”.

38. Por último, el Ministerio Público rindió su concepto, señalando que las obligaciones a cargo del contratista fueron cumplidas a satisfacción, porque se suscribió la póliza de estabilidad de la obra por el término que se pactó, pero fueron circunstancias ajenas a su conducta y por fuera de la ejecución del contrato las que produjeron el desamparo de la obra. Destacó que en el proceso no se aportó medio de prueba que acreditara que al Consorcio se le notificó de la finalización del amparo y que, por el contrario, la entidad demandante solicitó el restablecimiento de la póliza con la actual demanda de controversias contractuales. De manera que, al no serle imputable a la demandada la carencia de la póliza era imposible atribuirle un incumplimiento contractual, por lo que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, pero bajo el entendido de que no se logró demostrar que el contratista fue informado o requerido para atender la irregularidad y, en contraposición, se acreditó que, una vez conoció de esa situación, constituyó las pólizas correspondientes.

39. A través de auto de fecha 03 de octubre de 2024¹⁷, el expediente fue remitido al Despacho con el propósito de que se elaborara la nueva ponencia¹⁸.

CONSIDERACIONES

40. Como no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado y evidenciado el cumplimiento de los presupuestos procesales: jurisdicción, competencia, oportunidad de la demanda, legitimación en la causa por activa y pasiva, procede la Sala a decidir la segunda instancia de la presente *litis*.

Problema jurídico

41. Corresponde a la Sala determinar si, como lo plantea el apelante, la falta de amparo de la estabilidad de la obra, derivada de la liquidación forzosa de la compañía aseguradora que expidió la póliza, constituye una condición suficiente para afirmar la ocurrencia de un incumplimiento imputable al contratista, respecto del cual no era exigible la formulación de salvedades en el acta de liquidación, por tratarse de una obligación de naturaleza postcontractual. Y, en caso afirmativo, si el contratista está obligado al pago de las multas previstas en el contrato de obra No. 1259 del 31 de agosto de 2011, así como a la indemnización de los perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

¹⁷ Índice 25 SAMAI.

¹⁸ Lo anterior atendiendo que el proyecto de fallo fue derrotado por la Sala en sesión celebrada el 27 de septiembre de 2024.



42. En ese sentido, el itinerario de análisis abordará los siguientes aspectos: (i) examen de la estabilidad y calidad de la obra como riesgo amparable bajo la garantía de cumplimiento, (ii) estudio del caso concreto conforme a lo probado en el plenario, y (iii) el pronunciamiento sobre las costas procesales.

Estabilidad y calidad de la obra

43. La Constitución Política, en el artículo 150 inciso final, establece que *“Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”*. En cumplimiento de este mandato constitucional, el legislador expidió la Ley 80 de 1993 a través de la cual estableció el marco normativo general que regula la actividad contractual pública.

44. Del contenido del estatuto en comento (y especialmente de su reglamentación), -en concordancia con la jurisprudencia de esta Corporación¹⁹-, el esquema general del proceso de contratación estatal se desarrolla a través de las fases precontractual, contractual y postcontractual, en donde puede identificarse diferentes clases de obligaciones dependiendo del tipo de contrato, modalidad de selección, naturaleza del negocio jurídico, etc.

45. En tal virtud, existen obligaciones principales, las cuales apuntan a la consecución directa del acuerdo negocial, y, obligaciones accesorias, que son contraídas para el cumplimiento de las principales y generalmente vinculadas a la fase de ejecución del contrato. También pueden existir obligaciones que permanezcan incluso después de terminado y/o liquidado el contrato. En punto de análisis, ha señalado la jurisprudencia de esta Sección: *“(...) En el campo de la contratación pública tampoco resulta extraño que luego de la liquidación del contrato pervivan obligaciones entre las partes (...)”*²⁰.

46. Respecto del contrato de obra pública, una de las obligaciones que debe ser prevista a cargo del contratista, es el amparo de la calidad y estabilidad cuya cobertura, por regla general²¹, inicia desde la entrega a satisfacción de las obras, hasta el término acordado ex post; por lo tanto, el referido amparo se da por fuera del período de ejecución y puede extenderse aún una vez el contrato haya sido liquidado. Sobre este asunto de examen, la Sección Tercera de esta Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(...) Por ejemplo, esta Corporación ha precisado que en los contratos de obra pública la garantía de estabilidad necesariamente puede hacerse efectiva luego de la liquidación del contrato y durante la vigencia de ese amparo. Lo anterior es claro si se tiene en cuenta que el amparo de estabilidad de la obra empieza a regir una

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia de 24 de julio de 2013.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12.724, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

²¹ La Sala no desconoce que las partes pueden acordar el recibo parcial de las obras y su puesta en funcionamiento, por lo que la garantía de amparo de calidad y estabilidad se activaría dentro de la ejecución del contrato de obra; y no únicamente a su finalización o liquidación.



vez se terminen y se entregan las obras objeto del contrato, cuando ha terminado el mismo, con la finalidad de asegurar a la entidad contratante “que durante un período de tiempo determinado, la obra objeto del contrato, en condiciones normales de uso no sufrirá deterioros que impidieran la utilización y el servicio para el cual se ejecutó ni perderá las características de armonía, seguridad y firmeza de su estructura”.

En este orden de ideas, si bien es cierto que con el acto de liquidación final del contrato, ya sea por mutuo acuerdo de las partes o por decisión unilateral de la Administración Pública, regularmente se extinguen las relaciones jurídicas entre las partes, también lo es que subsisten algunas obligaciones a cargo del contratista, quien pese a haber entregado la obra, los trabajos o los bienes objeto del contrato, responderá no obstante haberse liquidado por los vicios o defectos que puedan aparecer en el período de garantía o de los vicios ocultos en el término que fije la ley (artículo 2060 Código Civil).

De acuerdo con la legislación contractual, debe el contratista salir al saneamiento de la obra, de los bienes suministrados y de los servicios prestados; amparar a la Administración de las posibles acciones derivadas del incumplimiento de obligaciones laborales o de los daños causados a terceros, obligaciones posibles de garantizar con el otorgamiento de pólizas de seguros, cuya vigencia debe extenderse por el tiempo que determine la Administración, de acuerdo con la reglamentación legal. De tal manera que, si se presentan vicios inherentes a la construcción de la obra, a la fabricación e instalación de los equipos y a la calidad de los materiales, surge una responsabilidad postcontractual que estará cubierta con las garantías correspondientes.”²²

47. Sobre esa misma comprensión hermenéutica, en recientemente providencia del 8 de abril de 2024²³, esta Subsección indicó: “(...) *En concordancia con la norma precitada, esta Sala ha considerado que la estabilidad de la obra es una obligación accesoria y de resultado “consistente en entregar una obra estable, capaz de brindar el servicio para el cual fue solicitada, de suerte que, evidenciada la ausencia de estabilidad, el (...) contratista está en el deber de subsanar las fallas que la obra presente después de su entrega y que afecten o impidan su uso”²⁴. En ese sentido, si se prueba que el daño se originó por la existencia de vicios de la construcción, de los materiales o del suelo, que el contratista debió conocer debido a su oficio, las fallas de la obra le son imputables, con independencia de cualquier consideración sobre su culpa o diligencia.”.*

48. Así las cosas, el deber asumido por el contratista de responder por la calidad y estabilidad de la obra contratada, es distinto de las obligaciones principales o específicas del negocio jurídico, de manera que, al exigirse su cumplimiento, no se cuestiona si las obligaciones axiales del contrato fueron satisfechas -o no- en la forma y tiempo debidos; lo que está en discusión es el incumplimiento de una

²² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección A, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 29 de septiembre de 2011, Radicación: 25000-23-26-000-1996-02565-01(18242)

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: María Adriana Marín, sentencia del 08 de abril de 2024, Radicación: 25000-23-36-000-2013-00680-01 (53.211).

²⁴Cita en original: “Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 20 de febrero de 2020. Radicación No. 25000-23-26-000-2006-01957-01 (43.766), C.P: María Adriana Marín.”



prestación accesoria posterior a la extinción de aquéllas, es decir, se trata de una obligación postcontractual.

49. Ahora bien, el artículo 7²⁵ de la Ley 1150 de 2007 establece que el contratista debe prestar garantía para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, consistente en *“pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral (...).”*

50. En el mismo sentido, los artículos 4 y 7 del Decreto 4828 de 2008, también vigente para la fecha de celebración y ejecución del contrato (31 de agosto de 2011), incluyó como riesgo objeto de amparo de la garantía única el de estabilidad de la obra, cuyas condiciones deben determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato:

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

1.2 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales:

4.2.5 Estabilidad y calidad de la obra. El amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista.

(...)

Artículo 7°. Suficiencia de la garantía. Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas: [...]

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

*7.6 Estabilidad y calidad de la obra. El valor de esta garantía se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. **Su vigencia se iniciará a partir del recibo a satisfacción de la obra por parte de la entidad y no será inferior a cinco (5) años**, salvo que la entidad contratante justifique técnicamente la necesidad de una vigencia inferior.”*

51. Por su parte, el artículo 9 ibidem modificado por el artículo 2 del Decreto 2493 de 2009 dispuso:

“Artículo 9°. Excepciones al principio de indivisibilidad de la garantía. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2493 de 2009. En los contratos de obra, operación,

²⁵ Vigente para la época de la celebración del contrato *sub examine*.



concesión y en general en todos aquellos en los cuales el cumplimiento del objeto contractual se desarrolle por etapas subsiguientes y diferenciadas o cuya ejecución en el tiempo requiere de su división en etapas, la entidad podrá dividir la garantía, siempre y cuando el plazo del contrato sea o exceda de cinco (5) años. En este caso, el contratista otorgará garantías individuales por cada una de las etapas a ejecutar.

La garantía así constituida deberá tener por lo menos la misma vigencia del plazo establecido en el contrato para la ejecución de la etapa correspondiente. En el evento en que el plazo de ejecución se extienda deberá prorrogarse la garantía por el mismo término.

Los riesgos cubiertos serán los correspondientes al incumplimiento de las obligaciones que nacen y que son exigibles en cada una de las etapas del contrato, incluso si su cumplimiento se extiende a la etapa subsiguiente, de tal manera que será suficiente la garantía que cubra las obligaciones de la etapa respectiva.

(...)

Antes del vencimiento de cada una de las etapas contractuales, el contratista está obligado a prorrogar la garantía de cumplimiento o a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la etapa subsiguiente. En todo caso, será obligación del contratista mantener vigente durante la ejecución y liquidación del contrato, la garantía que ampare el cumplimiento. En el evento en que el garante de una de las etapas decida no continuar garantizando la etapa siguiente, deberá informarlo por escrito a la entidad contratante con seis meses de anticipación a la fecha de vencimiento de la garantía correspondiente. En caso contrario, el garante quedará, obligado a garantizar la siguiente etapa.

En caso de que el contratista incumpla la obligación de prorrogar u obtener la garantía para cualquiera de las etapas del contrato, la entidad deberá prever en el mismo, el mecanismo que proceda para restablecer la garantía, sin que se afecte la garantía expedida para la etapa, en lo que tiene que ver con dicha obligación.”

52. En punto del restablecimiento o ampliación de la garantía, la norma prevé que cuando con ocasión de las reclamaciones efectuadas por la entidad estatal, el valor de la garantía se reduce, la entidad contratante debe solicitar al contratista restablecer el valor inicial del amparo. Asimismo, cuando el contrato es modificado para incrementar su precio o prorrogar su plazo, la entidad debe exigir ampliar el valor de la garantía otorgada o su vigencia, según sea el caso (art. 12 Decreto 4828 de 2008)²⁶.

53. De otra parte, el ordenamiento jurídico no tiene una definición exacta sobre lo que debe entenderse por contrato de seguro, pues se limitó a dar cuenta de algunas de sus características, pero sin ofrecer una aproximación conceptual de su naturaleza, contenido y alcance; es así como el Código de comercio en su artículo 1036 define el seguro como “*un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva*”.

²⁶ “**Artículo 12.** Restablecimiento o ampliación de la garantía. El oferente o contratista deberá restablecer el valor de la garantía cuando este se haya visto reducido por razón de las reclamaciones efectuadas por la entidad contratante.

De igual manera, en cualquier evento en que se aumente o adicione el valor del contrato o se prorrogue su término, el contratista deberá ampliar el valor de la garantía otorgada o ampliar su vigencia, según el caso.”



54. La jurisprudencia constitucional le ha dado contenido al contrato de seguro en los siguientes términos: *“Este contrato es una figura jurídica concebida como un acuerdo de voluntades por el cual una persona llamada tomador –en algunas ocasiones también beneficiario- se obliga al pago de una prima a favor de otra llamada asegurador, con el fin que esta última cubra los daños causados por la ocurrencia de riesgo –siniestro- que afecta la integridad física o el patrimonio del primero (...).²⁷”*

55. Bajo la misma línea de comprensión, esta Corporación se ha referido sobre la vigencia del contrato de seguro de cumplimiento durante la suspensión del negocio asegurado y la improcedencia de su revocación unilateral. Al respecto, en la sentencia del 05 de febrero de 2024²⁸, se dijo:

“(...) Se empieza por señalar que el contrato de seguro de cumplimiento no ostenta el carácter de accesorio del contrato que ampara, toda vez que, como ya está suficientemente decantado tanto por la jurisprudencia de esta Corporación como por la de la Corte Suprema de Justicia, se trata de un negocio principal, autónomo e independiente²⁹.

*a. Las razones en las que se funda tal aserto parten de la regulación y estructura de este tipo de negocio, en el que la **aseguradora asume una obligación que le es propia, consistente en cubrir al asegurado y/o beneficiario, a cambio del pago de una prima, de los perjuicios que le puedan ser ocasionados en caso de incumplimiento de las obligaciones de su contratista (siniestro), esto es así, aun cuando el surgimiento de tal obligación de la aseguradora esté condicionado a que se materialice el riesgo**, esto es, a que en el negocio jurídico cuyo cumplimiento ampara el contratista inobserve los compromisos adquiridos y que este comportamiento le genere un perjuicio al beneficiario de la póliza.*

(...)

*Cabe resaltar que el **contrato de seguro se regula como una tipología especial de negocio jurídico, con una estructura y funcionamiento distintivos, enmarcados en la aptitud y especialidad de la empresa aseguradora y la obligación que adquiere de amparar los riesgos asumidos, en el marco de su actuar negocial y experticia en dicho campo**. Dados los negocios que despliega, la compañía aseguradora desarrolla un modelo económico en torno al aseguramiento de eventos futuros e inciertos que asume como mecanismo para preservar el patrimonio del asegurado y/o beneficiario, lo hace así, porque ese es el modelo bajo el cual realiza su actividad mercantil, escenario que tiene un reconocimiento expreso del legislador, al establecer su regulación particular como negocio jurídico independiente.*

(...)

La particularidad del objeto del seguro de cumplimiento, en virtud de su función económica y social, lo ubica como una tipología especial frente a los demás seguros, de

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 2016.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez, Radicación: 130012333000201300328 01 (62.324).

²⁹ Cita en original: *“Cfr. Al respecto se puede consultar, entre otras, las siguientes providencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 2 de mayo de 2002 (Exp. 6785), sentencia del 12 de diciembre de 2006 (Radicado 19980085301), 15 de agosto de 2008 (Rad. 11001310301619940321601). Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 22 de abril de 2009 (Exp. 14667), del 13 de agosto de 2020 (Exp. 60348) Subsección A, del 6 de febrero de 2020 (Exp. 56088) Subsección B, entre otras.*



cara a la cual le resultan inaplicables algunas reglas generales dispuestas para ese segmento de contratos comerciales³⁰.

a. Una de las normas que rehúsa su procedencia en este negocio es la relativa a la revocación unilateral por cualquiera de las partes que en él interviene, en punto a los especiales matices que tocan las obligaciones inmiscuidas en la póliza de cumplimiento, pues en virtud de las prestaciones que avala, como aspecto singular y específico de su esencia, la irrevocabilidad se erige como aspecto imprescindible para asegurar el cabal funcionamiento y propósito de este negocio jurídico.

(...)

c. No obstante, más allá de que se trate de una atribución prevista para la mayoría de los contratos de seguro, las especiales connotaciones inmersas en el de cumplimiento vedan su aplicación respecto de éste, **al contravenir el sentido común que enseña que la garantía respecto del cumplimiento de una obligación no puede quedar al arbitrio y voluntarismo de quien la ampara (el asegurador) o de quien está llamado a cumplirla (el tomador, posición que en el caso de los contratos estatales la ocupa el contratista), desdibujando su propósito, al permitir, por ejemplo, que la aseguradora lo dé por culminado dejando desprovisto de protección al asegurado y ubicándolo en una posición más nociva que la que tenía de forma previa a la suscripción del seguro, pues frustraría la expectativa y confianza adquirida en preservar su patrimonio.**

(...)

45. En suma, el interés asegurable de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales cobra una importancia superior, en tanto se halla directamente vinculado a la necesidad de proteger el patrimonio público que puede verse afectado en el marco de la actividad contractual del Estado para resguardarlo del daño que le puede ocasionar la posible desatención de los compromisos contractuales por parte del contratista³¹; de ahí que la imposibilidad de revocar unilateralmente estas pólizas se halle justificada, no solamente en el hecho de que sirven de aval de cumplimiento de una obligación, sino también y no menos importante, en el hecho de que, por imperativo legal, el patrimonio público debe permanecer protegido durante todo el curso de la relación negocial, y respecto de las obligaciones de garantía, incluso después de ello.” (Resaltado de la Sala)

56. De lo anterior se colige que la irrevocabilidad del seguro de cumplimiento es una norma de orden público, que impone a los contratistas contar con una garantía que avale el cumplimiento de sus obligaciones, como es apenas obvio, durante el tiempo que permanezca el riesgo de su incumplimiento, esto es, todo el curso de la relación negocial, incluso después de ello (por ejemplo, el riesgo de impago de salarios y/o prestaciones sociales y el de inestabilidad de la obra); lo cual se halla directamente vinculado a la necesidad de proteger el patrimonio público y de contera el interés general.

Caso concreto

57. En el *sub examine* se encuentran los siguientes hechos probados y material probatorio relevante:

³⁰ Cita en original: “Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6785 y Rad. 11001 31 03 016 1994 03216 01. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de julio de 2020, Exp. 47630”.

³¹ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, radicación 190012331000199409004-01 (14.667), Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar”.



58. Entre el INVIAS y el Consorcio Vial Tunja se suscribió el contrato de obra No. 1259 del 31 de agosto de 2011³², cuyo objeto fue realizar el mejoramiento y mantenimiento de las carreteras de la zona centro oriente, grupo 2; mejoramiento y mantenimiento de la carretera Chiquinquirá – Tunja, Ruta 60, en el departamento de Boyacá, por un valor de \$2.477'591.641, con plazo hasta el 31 de diciembre de 2011. En el negocio jurídico, se pactaron, entre otras, las siguientes cláusulas:

*“Cláusula décima quinta: multas y cláusula penal pecuniaria. En caso de incumplimiento parcial de las obligaciones que le corresponden al CONTRATISTA, el INSTITUTO **aplicará multas por las causales y en las cuantías previstas en la Resolución No. 3662 del 13 de agosto de 2007.** Para el caso de incumplimiento definitivo de cualquiera de las obligaciones a cargo (sic) CONTRATISTA, se estipula una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato y de forma proporcional al avance de la obra. El pago del valor aquí estipulado a título de cláusula penal pecuniaria se considerará como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados con el incumplimiento; en consecuencia, el INSTITUTO podrá reclamar el pago de los perjuicios que no alcancen a ser indemnizados con el valor de la cláusula penal. **El procedimiento para declarar el incumplimiento parcial o total y la consecuente imposición de las multas y la cláusula penal, respectivamente, será el vigente al momento en el que se inicie el proceso administrativo a través del cual se pretenda hacer uso de esa facultad.** Para obtener el pago de las multas y de la cláusula penal que se impongan al CONTRATISTA, EL INSTITUTO podrá descontar su valor de cualquier suma de dinero que le adeude o hacer efectiva la garantía de cumplimiento. (...)*

*Cláusula décima octava: Garantía Única. Para cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento, el CONTRATISTA se compromete a constituir a favor del INSTITUTO, una garantía que ampare lo siguiente; a) el cumplimiento general del contrato y el pago de las multas y la cláusula penal pecuniaria que se le impongan, por una cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y seis (6) meses más. b) El buen manejo y correcta inversión del anticipo concedido al CONTRATISTA, por el equivalente al cien por ciento (100%) del monto que EL CONTRATISTA reciba en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato. c) El pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales del personal que EL CONTRATISTA haya de utilizar para la ejecución del contrato, por el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y tres (3) años más. **d) La estabilidad y calidad de las obras ejecutadas, por el equivalente al treinta por ciento (30%) del valor final de las obras, con vigencia de cinco (5) años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Recibo Definitivo a Satisfacción de las obras por parte del INSTITUTO.** e) **Calidad de los estudios y diseños, con una vigencia de cinco (5) años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Entrega y Recibo Definitivo a satisfacción de los estudios y diseños.** Parágrafo Primero. Esta garantía deberá presentarse al INSTITUTO dentro de los tres (3) días hábiles siguientes contados a partir de la firma del presente contrato y requerirá la aprobación del INSTITUTO. PARÁGRAFO SEGUNDO. – Teniendo en cuenta la diferencia que existe entre la fecha de perfeccionamiento del Contrato y la fecha de la Orden de iniciación, **EL CONTRATISTA deberá ajustar la Garantía Única y Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, modificando las vigencias en cuanto a su vencimiento, sin modificar la fecha de inicio de los amparos.** PARÁGRAFO TERCERO:*

³² Fls 41 – 46 Cuaderno No. 1.



INDEMNIDAD – El CONTRATISTA se obliga a mantener indemne al INSTITUTO frente a cualquier reclamación proveniente de terceros que tenga como causa las actuaciones del CONTRATISTA, sus subcontratistas o dependientes. **PARÁGRAFO CUARTO: MANTENIMIENTO Y RESTABLECIMIENTO DE LA GARANTÍA** – El CONTRATISTA está obligado a restablecer el valor de la garantía cuando esta se vea reducida por razón de las reclamaciones que efectúe el INSTITUTO, así como, a ampliar las garantías en los eventos de adición y/o prórroga del presente contrato. En el evento de que la garantía otorgada por el CONTRATISTA consista en una fiducia mercantil, en la cual se hayan admitido bienes inmuebles, EL CONTRATISTA estará en la obligación de actualizar el avalúo mínimo una vez cada año calendario, en los términos del artículo 18 del decreto 4828 de 2008”.

59. El contrato de obra No. 1259 de 2011 quedó cubierto por la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 300022444³³ expedida por Condor S.A. el 08 de septiembre de 2011, cuyo objeto fue garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento en desarrollo del referido contrato, con vigencia desde el 31 de agosto de 2011 hasta el 31 de agosto de 2016. Igualmente, obra la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 300003296³⁴, con vigencia desde el 31 de agosto de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012.

60. El 28 de septiembre de 2011³⁵, el INVIAS informó al contratista que aprobó el documento inicial y el anexo No. 1 a la póliza de cumplimiento No. 300022444 y el anexo a la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 300003296, expedidas por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A.

61. Durante el plazo contractual de ejecución se produjeron prórrogas, según se plasma en el siguiente cuadro:

Contrato de obra No. 1259 del 31 de agosto de 2011		
Adición y/o modificación del contrato de obra ³⁶ .	Modificación de la Pólizas por el contratista	Aprobación de las Pólizas por el INVIAS
Adicional No. 1 del 19 de diciembre de 2011 ³⁷ , en el cual se acordó prorrogar el plazo desde el 31 de diciembre de 2011 hasta el 14 de mayo de 2012.	La Póliza de cumplimiento ³⁸ se prorrogó los amparos, entre ellos, el de calidad del servicio y estabilidad de la obra hasta el 31 de agosto de 2016, y la prórroga de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual No.	El 22 de febrero de 2012 ⁴⁰ , el secretario general técnico informó que aprobó el anexo No. 5 a la póliza de cumplimiento 300022444 y el anexo No. 1 a la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 300003296.

³³ FI 59 Cuaderno No. 1.

³⁴ FI 60 Cuaderno No. 1.

³⁵ FI 58 Cuaderno No. 1.

³⁶ En las tres adiciones contractuales se dispuso: “En la cláusula tercera se estipuló: “GARANTÍA ÚNICA Y SEGURO. – Dentro de los tres (3) días siguientes a la suscripción del presente documento, EL CONTRATISTA se obliga a prorrogar la garantía única y el seguro que tiene constituidos, de conformidad con el plazo que se fija en el mismo”.

³⁷ FI 46 Cuaderno No. 1.

³⁸ FI 62 Cuaderno No. 1.

⁴⁰ FI 61 Cuaderno No. 1.



	300003296 ³⁹ con vigencia desde el 31 de agosto de 2011 hasta el 14 de mayo de 2012.	
Adición No. 2 del 04 de mayo de 2012 ⁴¹ , se prorrogó el plazo desde el 14 de mayo de 2012 hasta el 14 de junio de ese año.	El contratista presentó las modificaciones de las pólizas.	El 28 de mayo de 2012 ⁴² , se envió comunicación del secretario general técnico del INVÍAS al representante del Consorcio Vial Tunja, en la que le informó que la secretaría aprobó el anexo No. 6 a la póliza de cumplimiento 300022444 ⁴³ y el anexo 3 a la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual 300003296 ⁴⁴ .
Adición No. 3 del 14 de junio de 2012 ⁴⁵ , se amplió el plazo desde el 14 de junio hasta el 14 de agosto de 2012.	El contratista presentó las modificaciones de las pólizas.	El 11 de julio de 2012 ⁴⁶ , el secretario general técnico del INVÍAS informó al representante del consorcio que se aprobó el anexo No. 7 a la póliza de cumplimiento No. 300022444 y el anexo No. 4 a la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual 300003296. La vigencia de los amparos de calidad del servicio y de estabilidad de la obra se prorrogó hasta el 16 de agosto de 2016 ⁴⁷ .

62. El 23 de mayo de 2013⁴⁸ las partes suscribieron acta de liquidación del contrato de obra No. 1259, en la que se dejó constancia que se firma “*sin observaciones*”, ni salvedades.

63. Posterior a la suscripción del acto de finiquito contractual en comento, la Superintendencia Financiera emitió la Resolución No. 2211 del 5 de diciembre de 2013, mediante la cual se ordenó la liquidación forzosa administrativa de “*Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales*”. Dicho acto administrativo dispuso:

³⁹ FI 67 reverso Cuaderno No. 1.

⁴¹ FI 47 Cuaderno No. 1.

⁴² FI 73 Cuaderno No. 1.

⁴³ FI 66 Cuaderno No. 1.

⁴⁴ FI 66 Cuaderno No. 1.

⁴⁵ FI 48 Cuaderno No. 1.

⁴⁶ FI 68 Cuaderno No. 1.

⁴⁷ FI 69 Cuaderno No. 1.

⁴⁸ FI 49 Cuaderno No. 1.



Radicación: 15001-23-33-000-2015-00731-01 (64.241).
Accionante: INVIAS
Accionado: Consorcio Vial Tunja
Medio de control: Controversias Contractuales

“ARTÍCULO PRIMERO. - Ordenar la liquidación forzosa administrativa de CÓNDROR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, identificada con el NIT 890.300.465-8, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., de conformidad con los motivos expuestos en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. - Además de los efectos previstos en el artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y de acuerdo con lo previsto en los artículos 9.1.1.1.1 y 9.1.3.1.1 del Decreto 2555 de 2010, se disponen las siguientes medidas:

(...)

ARTÍCULO TERCERO. - En cumplimiento de lo dispuesto en el literal d) del artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 9.1.3.1.1. del Decreto 2555 de 2010, **se advierte que todos los contratos de seguro de cumplimiento celebrados por la compañía y que no sean sujetos de cesión a otra compañía aseguradora, terminarán de forma automática en un plazo de seis meses contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo.**

ARTÍCULO CUARTO. - En cumplimiento de lo dispuesto en el literal d) del artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 9.1.3.1.1. del Decreto 2555 de 2010, se advierte que todos los contratos de seguro, distintos a seguros de cumplimiento, celebrados por la compañía y que no sean sujetos de cesión a otra compañía aseguradora, terminarán de forma automática en un plazo de dos meses contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo.

(...)

ARTÍCULO SEXTO. - Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a Mauricio Castro Forero, agente especial de CÓNDROR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, informándole que contra la misma procede el recurso de reposición que deberá ser interpuesto dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, y que el mismo no suspende la ejecución de la medida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 335 del EOSF.

(...)

ARTÍCULO OCTAVO. - Ordenar la publicación de la presente resolución en el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia.

ARTÍCULO NOVENO. - Notifíquese personalmente lo dispuesto en la presente resolución al Banco de la República, a la Bolsa de Valores de Colombia, a los Depósitos Centralizados de Valores, a los sistemas de negociación y/o registro de operaciones sobre valores y/o divisas, a los sistemas de compensación y/o liquidación de valores, a la cámara de compensación de divisas, y a la cámara de riesgo central de contraparte.”

64. El Consorcio tomó la Póliza de Cumplimiento No. 14-44-101083080 contraída con la compañía Seguros del Estado S.A., con fecha de expedición del 13 de mayo de 2016⁴⁹, en la que se amparó la estabilidad de la obra y la calidad del servicio hasta el 14 de octubre de 2017⁵⁰; tal situación se comunicó al Subdirector de la Red Nacional de Carreteras del INVIAS mediante oficio del 18 de mayo de 2016⁵¹.

65. El 1 de junio de 2016⁵², el director de contratación del INVIAS informó al representante del Consorcio sobre la aprobación de la nueva garantía del contrato No. 1259 de 2011. En el citado oficio se indicó que la Póliza Única de Cumplimiento No. 14-44-101083080 se expidió el 13 de mayo de 2016, por la Compañía de

⁴⁹ FI 91 Cuaderno No. 1.

⁵⁰ Vigencia desde 20/01/2016 hasta 14/10/2017.

⁵¹ FI 72 Cuaderno No. 1.

⁵² Igualmente, se aportó el acta de aprobación de garantías contractuales al contrato de obra 1259 de 2011, con fecha del 1 de junio de 2016.



Seguros del Estado S.A., y que por medio de dicha garantía el contratista sustituyó los amparos postcontractuales, que inicialmente estuvieron a cargo de la aseguradora Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales.

66. Asimismo, atendiendo el decreto de pruebas, el Consorcio Vial Tunja, el 4 de octubre de 2017⁵³, allegó certificación mediante la cual manifestó:

“(...) Certifico: que con posterioridad a la ejecución del contrato de obra pública No. 1259 de 2011 y entrega a satisfacción de las obras contratadas, jamás el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, adelantó actuación administrativa alguna en contra del CONSORCIO VIAL TUNJA, con el propósito de imponer multa a nuestra organización empresarial en nuestra condición de contratistas.

Certifico: que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, en su condición de contratante del CONSORCIO VIAL TUNJA y con ocasión de la ejecución del contrato de obra pública 1259 de 2011, jamás, en ningún momento de nuestra relación contractual afectó las pólizas de garantías constituidas por nuestra organización empresarial a favor del INVÍAS y que fueron: póliza de cumplimiento No. 300022444 y póliza de responsabilidad extracontractual No. 300003296

Certifico: que durante la ejecución del contrato de obra pública No. 1259 de 2011, jamás se redujo el valor de la garantía de cumplimiento constituida por el CONSORCIO VIAL, como contratista, en favor del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, en su condición de entidad contratante.

Certifico: que con ocasión de la orden gubernamental de liquidación forzosa de SEGUROS CONDOR S.A., impartida a través de la Superintendencia Financiera, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS, sí nos requirió para que sustituyéramos las garantías originales constituidas a favor de la entidad contratante, lo cual hicimos como se puede constatar con la entrega de las nuevas pólizas expedidas por SEGUROS DEL ESTADO S.A., cuyas copias obran en la foliatura correspondiente. Lamentablemente en nuestro archivo documental no fue hallado el oficio mediante el cual la entidad contratante nos formuló tal requerimiento, pero tenemos la certeza de que copia del mismo puede hallarse en los archivos del INVÍAS.

*Certifico: **Que el CONSORCIO VIAL TUNJA, en su condición de contratista, en el marco de la ejecución del contrato 1259 de 2011, jamás tuvo conocimiento de que las pólizas originales expedidas por SEGUROS CÓNDOR S.A. hubiesen sido cedidas a otra compañía aseguradora.*** (Resaltado de la Sala).

67. De igual forma, la jefe de la Oficina Jurídica del INVÍAS aportó certificación el 23 de octubre de 2017⁵⁴, en la que manifestó que el Grupo de Procesos Administrativos Sancionatorios de la entidad “no registra hasta la fecha actos administrativos de declaratoria de multa o sanción en firme por incumplimiento, ni requerimientos de SINIESTROS por Estabilidad y/o Calidad efectuados por la Unidad Ejecutora”.

68. Por último, en la citada certificación se indicó que la Unidad Ejecutora – Subdirección Red Nacional de Carreteras de la entidad, aportó la siguiente información:

⁵³ Fls 193 – 194 Cuaderno No. 1.

⁵⁴ FI 206 Cuaderno No. 2.



2. *Comunicación de entrada INVÍAS 42569 del 18 de mayo de 2016, suscrita por el ingeniero Juan Carlos Rico Infante, representante del Consorcio Vial Tunja, en la que remite las pólizas de cumplimiento No. 14-44- 101083079 anexo No. 2 y 14-44-101083080 anexo No. 1 de Seguros del Estado S.A.*
3. *Oficio No. DC 25286 del 1 de junio de 2016, suscrito por el señor Adolfo Andrés Parodi Torres, director de contratación del INVÍAS, mediante el cual imparte aprobación a la garantía de cumplimiento, a través del acta de fecha del 1 de junio de 2016.*
4. *Acta de fecha del 1 de junio de 2016.*
5. *Garantía de cumplimiento, anexo No. 2.*

69. Del citado plexo probatorio, es dable afirmar que el Consorcio Vial Tunja constituyó correcta y oportunamente las pólizas pactadas en el contrato de obra; garantías que, además, el INVÍAS aprobó expresamente, tal como lo informó en comunicación del 28 de septiembre de 2011. Asimismo, en cada una de las prórrogas del contrato, el contratista cumplió con la obligación de modificar los seguros que tenía constituidos, en los términos pactados con el INVÍAS; y, a su vez, en todas estas oportunidades, la entidad le informó al Consorcio sobre la aprobación de las prórrogas de los seguros y de sus anexos, por cumplir satisfactoriamente los términos contractuales. Adicionalmente, en el acta de liquidación no se dejó ninguna observación ni salvedad sobre la garantía única.

70. Sin embargo, el recurrente alegó es el hecho de haberse mantenido cesante este último amparo (falta de cobertura por un lapso parcial) con ocasión de la liquidación forzosa de la compañía garante, lo que en su sentir constituye un incumplimiento.

71. Considera esta Subsección que las obligaciones del contratista no se agotaban con la constitución y aprobación de los seguros pactados, ni con la ampliación de la garantía, sino que, en el caso específico de la póliza de cumplimiento, le asistía el deber permanente de mantener la vigencia de los amparos posteriores a la terminación del contrato, es decir, los relativos a la estabilidad y calidad de la obra entregada.

72. Lo anterior obedece a la superioridad del interés asegurable que persigue la póliza de cumplimiento y la obligatoria observancia de las normas de orden público que no admiten que el contrato estatal quede desprovisto de protección patrimonial, pues establece como imperativo que el cumplimiento de las obligaciones se avale por una garantía única y que ésta tenga vigencia durante todo el negocio jurídico, incluso posterior a ello, en este caso, frente al riesgo de inestabilidad y/o mala calidad de la obra.

73. En otras palabras, es una obligación del contratista asegurar la plena y continua vigencia de los amparos postcontractuales, dada la importancia superior del interés asegurable imbricado en la póliza de cumplimiento, lo cual tiene fundamento en la protección del patrimonio público, en tanto denota la preservación de un bien de interés de trascendencia colectiva.



74. Al respecto, la Subsección B⁵⁵ de la Sección Tercera de esta Corporación resolvió previamente un caso similar al que ahora se estudia⁵⁶, en el que el INVIAS demandó al Consorcio Vial Tunja por el incumplimiento del contrato de obra No. 1258-2011. En dicha oportunidad, la demanda también se dirigió a obtener la declaración de incumplimiento del contratista por omisión de la obligación contractual de mantener vigente la garantía de estabilidad de la obra ejecutada, luego de que la póliza que constituyó para tal efecto quedó sin vigencia por la entrada en liquidación de la compañía aseguradora.

75. En esa oportunidad la Corporación sostuvo que el consorcio demandado efectivamente estaba obligado a mantener vigente la garantía de estabilidad de la obra durante el término legal⁵⁷ y, como no lo hizo, incurrió en incumplimiento de sus obligaciones postcontractuales; no obstante, negó las demás pretensiones porque no evidenció que se hubieran causado perjuicios a la demandante.

76. Sin embargo, considera la Sala que, en el *sub examine*, la ausencia parcial de vigencia de la póliza de cumplimiento No. 300022444 que derivó en el desamparo (también parcial) del riesgo de inestabilidad y mala calidad de la obra, no sería imputable al Consorcio Vial Tunja, por las siguientes razones:

77. En la Póliza de Cumplimiento se consignó que la vigencia del amparo de estabilidad y calidad de las obras era de cinco (5) años, desde la fecha de suscripción del acta de recibo definitivo a satisfacción por parte del INVIAS, la cual según el acta de liquidación se firmó el 14 de septiembre de 2012⁵⁸, es decir, la vigencia sería hasta el 14 de septiembre de 2017⁵⁹.

78. Sobre el proceso de liquidación forzosa administrativa de CÓNDROR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, solo se allegó copia de la Resolución No. 2211 del 05 de diciembre de 2013 expedida por el Superintendente Financiero

⁵⁵ Sentencia del 13 de julio de 2022. Radicado No. 15001-23-33-000-2015-00735-01 No. Interno. 64.238. C.P.: Fredy Ibarra Martínez.

⁵⁶ La Sala comparte la regla fijada en esta providencia, en el sentido que le corresponde al contratista el deber de mantener la vigencia de cada uno de los amparos de acuerdo con las previsiones legales y contractuales; sin embargo, en el presente asunto no se probó el incumplimiento de las obligaciones postcontractuales por parte del demandado.

⁵⁷ Al respecto, señaló la Subsección B: "(...) *Contrario a lo que estimó el tribunal de primera instancia, esta Sala considera que el deber de mantener la garantía del contrato no se cumple cabalmente con la sola obtención inicial de la póliza, sino que corresponde al contratista mantener la vigencia de cada uno de los amparos de acuerdo con las previsiones legales y contractuales; de este modo, si el contrato de seguro termina o se extingue antes del vencimiento del plazo previsto, producto de una decisión administrativa o de cualquier otra causa, el contratista tiene la obligación de sustituirla inmediatamente para evitar que los riesgos asociados al contrato queden sin cobertura, obligación que se extiende durante el término por el cual deban subsistir los amparos correspondientes.*

4) Así las cosas, aunque no se configura el evento previsto en el parágrafo cuarto de la cláusula décima octava, porque este es relativo únicamente a los eventos de reducción de la garantía producto de reclamaciones no cabe duda acerca de la obligación del contratista de mantener la vigencia de los amparos de acuerdo con lo pactado y con la finalidad que les asiste en el ámbito de la contratación estatal."

⁵⁸ Fl. 49 Cuaderno No. 1.

⁵⁹ En el ítem de comentario se plasmó: "*El valor total ejecutado por el contratista se toma de conformidad con el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de obra de Fecha 14/09/2012, suscrita por el Representante Legal del contratista Ing. Miguel Ángel Sáenz Robles y el Interventor Ing. Luis Onésimo Rosales Ordóñez*".



(E), en la cual se resolvió que *“todos los contratos de seguro de cumplimiento celebrados por la compañía y que no sean sujetos de cesión a otra compañía aseguradora, terminarán de forma automática en un plazo de seis meses contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo”*.

79. La Sala advierte que en las consideraciones del acto administrativo se indicó que mediante Resolución 1482 del 5 de agosto de 2013, se ordenó tomar posesión de los bienes, haberes y negocios de Seguros Cóndor; además que la decisión se fijó en la puerta de las oficinas del domicilio principal y las sucursales de la compañía, la publicación en un diario de amplia circulación nacional, en la página web de la entidad y en el boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Capítulo Superintendencia Financiera.

80. En este punto, se debe precisar que, de conformidad con el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999, la toma de posesión tendrá por objeto establecer si la entidad vigilada debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones⁶⁰; es decir, no implica *per se* la liquidación forzosa administrativa de la compañía de seguros y, por consiguiente, la terminación automática de los seguros de cumplimiento.

81. Ahora bien, se ordenó notificar personalmente el contenido de la Resolución 2211 de 2013 al agente especial de la Compañía de Seguros y al Banco de la República, a la Bolsa de Valores de Colombia, a los Depósitos Centralizados de Valores, a los sistemas de negociación y/o registro de operaciones sobre valores y/o divisas, a los sistemas de compensación y/o liquidación de valores, a la cámara de compensación de divisas, y a la cámara de riesgo central de contraparte y publicarla en el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; **sin que exista evidencia en el plenario** que se notificó y publicó el referido acto administrativo.

82. El artículo 9.1.3.1.2 del Decreto 2555 de 2010 estipula sobre la notificación lo siguiente:

“ARTÍCULO 9.1.3.1.2 Ejecución y notificación de la medida de liquidación forzosa administrativa. De conformidad con el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999, la decisión de liquidación forzosa administrativa será de cumplimiento inmediato a través del funcionario comisionado para el efecto por el Superintendente Financiero y se notificará por un aviso que se fijará por un día en lugar público de las oficinas de la administración del domicilio social de la intervenida.

*Sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se haga efectiva la medida, la resolución por la cual se **adopte se publicará por una sola vez en un diario de circulación nacional** y en el boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, capítulo de la Superintendencia Financiera de Colombia, así como a través de los mecanismos de información electrónica de que disponga la Superintendencia.*

⁶⁰ ARTÍCULO 9.1.1.1.1 Decreto 2255 de 2010.



83. En conclusión, las piezas probatorias que obran en el expediente **no otorgan la certidumbre requerida** para colegir que la Resolución 2211 de 2013 fue publicada en un diario de circulación nacional y en el boletín del Ministerio de Hacienda, pues nada se probó al respecto por parte de la entidad demandante⁶¹.

84. Al hilo de lo anterior, cabe señalar que **no se tiene certeza** cuándo cobró ejecutoria el citado acto administrativo, por cuanto no se allegó el expediente administrativo del procedimiento de liquidación forzosa de la Compañía de Seguros, a fin de contabilizar el término de seis (6) meses para que terminara de forma automática el contrato de seguro de cumplimiento objeto de *litis*, pues contra la resolución procedía el recurso de reposición⁶².

85. Sin perjuicio de todo lo anterior –que sería suficiente para despachar negativamente este cargo de la apelación–, la Sala estima pertinente mencionar que tampoco se demostró que la Superintendencia Financiera o la Compañía de Seguros liquidada **comunicaran al contratista** sobre la terminación automática de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 300022444; y tampoco que la entidad accionante haya requerido⁶³ al Consorcio Vial Tunja para que tomara una nueva garantía para el periodo que presuntamente quedó desamparado, y por el tiempo restante de su obligación, de manera que el incumplimiento aducido no se configuró en el *sub examine*, pues **no probó que se haya constituido en mora al demandado**.

86. En consecuencia, si como resultado de la liquidación forzosa administrativa de la compañía aseguradora no se mantuvo presuntamente, durante un determinado periodo, la vigencia del amparo de estabilidad y calidad de la obra, ello

⁶¹ La Sala considera que conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del C.G.P., no es posible verificar en la página web del Ministerio de Hacienda se publicó el referido acto administrativo, atendiendo lo expuesto por esta Corporación: “(...) *La disposición citada es clara en indicar que se aplica a las <<resoluciones, circulares y conceptos>>. Ello no es extensible a cualquier documento que esté en la página web de las entidades. Lo contrario conllevaría desconocer que las pruebas deben allegarse al proceso agotando un trámite que comprende necesariamente su decreto. Y esto implica que las partes carezcan de la oportunidad de ejercer la contradicción de dichos medios probatorios. Lo que dispone el 177 del CGP es que las <<normas jurídicas>> de las entidades y los actos precisos indicados en la disposición, cuando estén publicadas en la página web, no requieren de prueba en el proceso, en la medida en que el derecho aplicable para adoptar una decisión no requiere ser acreditado en un proceso, y en la medida en que el medio de publicación general válido de esta normativa particular de tales entidades es su inclusión en su página web. Una cosa es que el juez pueda aplicar una norma publicada en la página web de una entidad para adoptar determinada decisión, o tener por probada una <<resolución, circular o concepto, de una autoridad administrativa>> cuando sobre ella verse la decisión que deba adoptar, y otra cosa es considerar que el juez puede valorar como prueba cualquier información que consiga en la página web de una entidad por considerarla información pública.*” (Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena, M.P. Martín Bermúdez Muñoz, sentencia del 10 de mayo de 2022, radicado: 11001-03-15-000-2019-00771-01).

⁶² Advierte la Sala que presuntamente la garantía única que amparaba la estabilidad de la obra no estuvo vigente entre el **23 de junio de 2014** (fecha en la que se cumplió el plazo definido en la Resolución No. 2211 de 2013, sino se interpuso el recurso de reposición) y el **20 de enero de 2016** (momento desde el cual estuvo vigente la Póliza 14-44-101083080 constituida por el Consorcio para amparar nuevamente la estabilidad de la obra).

⁶³ En efecto, en la certificación de fecha 04 de octubre de 2017, el Consorcio aceptó que el INVIAS los requirió para que sustituyeran las garantías originales; no obstante, no se halló el oficio mediante el cual se formuló tal requerimiento; por lo que considera la Sala que la citada certificación no da certeza del momento en que la entidad estatal interpeló al contratista para tomar una nueva póliza por el término restante de vigencia del amparo de estabilidad.



no configura un incumplimiento jurídicamente atribuible al contratista. Al respecto, la Sala precisa que el incumplimiento corresponde a una conducta contraria a derecho, es decir, a la insatisfacción del interés del acreedor causada por el hecho o la culpa del deudor, o por un acontecimiento ajeno o propio que, aunque no culposo, le es atribuible por estar comprendido dentro de los riesgos que asume, bien por mandato legal, ora por estipulación contractual. En el presente caso, la insatisfacción del interés de la entidad estatal en que se mantuviera vigente la cobertura del riesgo de estabilidad y calidad de la obra no constituye, sin embargo, un incumplimiento imputable al contratista, pues —como se ha analizado— no obra constancia de que este hubiera sido informado, por los medios legalmente establecidos, de la terminación del contrato de seguro como consecuencia de la liquidación de la aseguradora. Se trata, por tanto, de un acontecimiento extraño que impide atribuir el desamparo a su hecho o culpa”.

87. Ahora, el Decreto 2555 de 2010, sobre los efectos de la terminación de los contratos de seguro producto de la toma de posesión de una aseguradora con fines de liquidación, prevé la devolución al tomador del seguro del porcentaje no devengado de la prima:

“ARTÍCULO 9.1.3.1.3 Cesión de contratos de seguros. Para la terminación o cesión de los contratos de seguro en el evento de toma de posesión para liquidar una entidad aseguradora, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se seguirán las siguientes reglas:

(...)

*b) La Superintendencia Financiera de Colombia está facultada para ampliar el mencionado plazo a un máximo de seis (6) meses para el caso de contratos de seguro de vida o cumplimiento. **Vencido este término, el contrato se terminará y dará lugar a la devolución de la prima no devengada, si a ello hubiere lugar, de conformidad con las reglas que para el efecto establece el Código de Comercio;**”*
(Se resalta)

88. Al respecto, **no se probó** que con ocasión a la terminación del contrato de seguro se haya devuelto la prima no devengada al tomador -contratista-, antes de la interposición de la presente demanda, por lo que tampoco es posible tener por acreditada la notificación por conducta concluyente, por lo que no le era exigible al demandado la obligación postcontractual de mantener la vigencia de los amparos posteriores a la terminación del contrato.

89. Así las cosas, lo que se constata es que la parte actora no cumplió con la carga de la prueba que le compelia en torno al aspecto en estudio —*onus probando incumbit actori*—, según lo previsto en el artículo 167 del C.G.P.⁶⁴—, toda vez que no logró acreditar el fundamento en que apoyó su pedimento, dado que no demostró que el Consorcio Vial Tunja haya tenido conocimiento sobre la terminación automática de la Póliza de Cumplimiento.

90. Por el contrario, advierte la Sala que, pese a que el riesgo postcontractual

⁶⁴ “ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.



del acuerdo de voluntades objeto de litis estuvo parcialmente sin cobertura por un período de tiempo, también es cierto que una vez se le puso de presente dicha situación al Consorcio Vial Tunja, este procedió a corregir la situación presentada, con la constitución de nuevas pólizas⁶⁵ con la Compañía Seguros del Estado S.A.; diligencia que no permite acreditar el incumplimiento que aduce el INVIAS.

91. En suma, la Sala reitera que en el *sub lite* quedó demostrado que: (i) se concretó una situación jurídica correspondiente a la liquidación de la Compañía de Seguros que amparaba el contrato No. 1259 del 31 de agosto de 2011, lo que se materializó a través de una decisión de la Superintendencia Financiera -Resolución 2211 de 2013-; (ii) la liquidación forzosa conllevó a la terminación automática del contrato de seguro de cumplimiento (Póliza No. 300022444), seis meses después a la ejecutoria de la citada resolución; (iii) la parte accionada en su contestación manifestó⁶⁶ desconocer el acto administrativo mediante el cual se ordenó la terminación anticipada del contrato de seguro, con ocasión de la liquidación forzosa de la compañía que expidió la póliza; (iv) no se probó que dicha decisión se haya publicado, ni que se haya notificado a las entidades relacionadas en dicho acto, tampoco está acreditado que la referida Resolución fuera comunicada al Consorcio Vial Tunja; (v) por lo anterior, tampoco es imputable a la demandada el incumplimiento de la obligación postcontractual en comento.

92. Así las cosas, y atendiendo que no se configuró el incumplimiento contractual reprochado al Consorcio Vial de Tunja, es improcedente pronunciarse sobre la indemnización de perjuicios solicitada en la demanda.

93. Por lo expuesto, la Sala desestimaré los reparos realizados por el apelante, y confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas y agencias en derecho⁶⁷

⁶⁵ Con fecha de expedición 13 de mayo de 2016, y vigencia de cobertura desde el 20/01/2016 a 14/10/2017.

⁶⁶ Se puede inferir de lo siguiente “(...) *En todo caso, honorables Magistrados, como quiera que hayan ocurrido los hechos sucintamente relatados, resulta una verdad irrefragable que en la producción de los mismos, ninguna participación tuvieron ni podían tener los miembros del CONSORCIO VIAL TUNJA, como ninguna responsabilidad pudieron tener en la decisión de liquidación forzosa tomada por la Superintendencia Financiera, el universo anónimo de afianzados por SEGUROS CONDOR S.A. en aquel momento histórico. (...) 5.8 NO ES CIERTO EL CONSORCIO CONTRATISTA CUMPLIÓ TODAS SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y HA ESTADO ATENTO A LA SUSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS CUANDO FUE REQUERIDO POR EL INVIAS PARA TALES EFECTOS, COMO LO DEMUESTRA LE HECHO DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS RESTANTES QUE OBRAN EN PODER DEL INVIAS, DEBIDAMENTE APROBADAS (...) Sin embargo, como son parcialmente ciertas tales afirmaciones, nos tenemos a lo probado en el proceso, porque lo que resulta incontrovertible es que mis representados cumplieron con la sustitución de las garantías, de manera diligente cuando fueron requeridos para tales efectos por el INVIAS, como está demostrado con las pólizas sustitutivas expedidas por SEGUROS DEL ESTADO S.A.*”

⁶⁷ En asuntos como el presente, el magistrado ponente estima que, para demandar en costas a la demandada (no así a la demandante vencida), debe acudir a un criterio subjetivo, en aplicación del mandato incorporado -con la Ley 2080 de 2021- en el artículo 188 del CPACA, conforme al cual en todos los casos (salvo en litigios relacionados con grave violación de derechos humanos, donde no procede, o en actuaciones gobernadas con reglas especiales, como los recursos extraordinarios), corresponde comprobarse si la demanda careció manifiestamente de fundamento legal. Sin embargo, también reconoce que no es una interpretación pacífica, por lo que -hasta tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no unifique la subregla y sin perjuicio de exponer, vía



Primera instancia

94. De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas del Código de Procedimiento Civil, actualmente CGP. Según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 ibidem⁶⁸, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. proceso y las agencias en derecho.

95. Se advierte que, bajo las reglas del Código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*.

96. Frente a la condena en costas en primera instancia -asunto que se planteó por la parte actora en su recurso de apelación-, debido a que se negaron las pretensiones, no hay a lugar a su revocatoria⁶⁹. Por lo tanto, era procedente la condena en costas en la primera instancia, que se integra por los gastos del proceso y las agencias en derecho.

Segunda instancia

97. La Sala condenará en costas a la demandante en la medida en que el recurso que interpuso se resuelve de manera desfavorable⁷⁰.

98. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que se registrarán por el artículo 6 del Acuerdo No. 1887 de 2003⁷¹ proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para el momento en el que se interpuso la demanda, conforme al cual las agencias en derecho para el trámite de segunda instancia, en materia contencioso administrativa (numeral 3.1.3), pueden fijarse en *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la*

aclaración, el anterior discernimiento- acogerá la actual posición mayoritaria de la Sección Tercera, que se inclina por mantener un criterio objetivo.

⁶⁸ *“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: “1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*.

⁶⁹ Además, no es cierto que, con ocasión a la presentación del libelo introductorio, el Consorcio Vial Tunja cumpliera con la obligación de restablecer la garantía, pues el 13 de mayo de 2016 se tomó Póliza de Cumplimiento No. 14-44-101083080, y la demanda se notificó personalmente al accionado el 23 de noviembre de 2016.

⁷⁰ Según el numeral 1º del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. El numeral 3º también dispone que en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

⁷¹ ACUERDO PSAA16-10554 de 2016: *“ARTÍCULO 7º. Vigencia. El presente acuerdo rige a partir de su publicación y se aplicará respecto de los procesos iniciados a partir de dicha fecha. Los comenzados antes se siguen regulando por los reglamentos anteriores sobre la materia, de manera especial los contenidos en los Acuerdos 1887 de 2003, 2222 de 2003 y 9943 de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”*



sentencia”, en aquellos asuntos con cuantía.

99. En el presente caso, la cuantía de la demanda se estimó en mil trescientos setenta y dos millones con veintiséis pesos m/cte. (\$1'372.000.026)⁷². Así, se establece como agencias en derecho, a cargo del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS, la suma equivalente al cero coma dos por ciento (0,2%)⁷³ del valor de las pretensiones de la demanda, a favor de la parte demandada, correspondiente a la suma de dos millones setecientos cuarenta y cuatro mil pesos m/cte. (\$2'744.000), como consecuencia de la vigilancia que ésta debió realizar al trámite de la segunda instancia del proceso.

100. Ante esta definición, se impone la liquidación de las costas de manera concentrada por parte del Tribunal de origen, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso⁷⁴.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de mayo de 2019 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte actora, en favor del Consorcio Vial Tunja. Para el efecto, las agencias en derecho se fijan en la suma de dos millones setecientos cuarenta y cuatro mil pesos m/cte. (\$2'744.000). Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con salvamento de Voto

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

⁷² Folio 38 Cuaderno No. 1.

⁷³ En vista de que el apoderado de la entidad demandada no intervino en segunda instancia (con impulsión procesal directa), la Sala considera razonable este porcentaje.

⁷⁴ A cuyo tenor: “Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas (...)”.



Radicación: 15001-23-33-000-2015-00731-01 (64.241).
Accionante: INVIAS
Accionado: Consorcio Vial Tunja
Medio de control: Controversias Contractuales

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



VF