

ANTICIPO - Definición - Finalidad del Anticipo - Responsabilidad del Contratista - Ley 1474 de 2011 artículo 91 - Decreto 1082 de 2015 artículo 2.2.1.1.2.4.1-

El anticipo es un mecanismo que se pacta en los contratos para financiar o apalancar la ejecución del contrato, con arreglo a los fines estatales y a lo prescrito en la Constitución, la Ley y el propio negocio jurídico. Se trata de la entrega de recursos públicos al contratista a título de préstamo, razón por la cual estos no ingresan a su patrimonio, sino que siguen perteneciendo a la entidad que los gira y su destinación está sujeta al plan de inversión y amortización que se verificará durante la ejecución del contrato.

De ahí que conforme al artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 sea obligatorio "en los casos previstos en la ley" y en concordancia con lo establecido en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, en contratos como el del presente asunto, en los que se pacta el desembolso de un anticipo, la entidad contratante exija la creación de un patrimonio autónomo que administre dichos recursos así como la constitución de una garantía que proteja a la entidad contratante de los perjuicios derivados de la materialización de los riesgos de: (i) no inversión; (ii) uso indebido, y (iii) apropiación indebida del anticipo, amparo que debe ser del 100% del monto que el contratista reciba por ese concepto con vigencia desde la fecha de desembolso hasta la liquidación o amortización.

AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO - Devolución progresiva de los recursos

Conforme al Decreto 1082 de 2015, la amortización del anticipo no queda comprendida en ninguno de los riesgos antes indicados, porque se trata de un ejercicio contable posterior, consistente en la devolución progresiva de tales recursos, mediante el descuento aplicado a los resultados de cada corte de cuentas pactado, cuyo cumplimiento depende de la forma en la que las partes hayan estipulado tal ejercicio, pero que, generalmente, coincide con la ejecución del 100% del objeto convenido.

ANTICIPO - Interés cierto, asegurable y asegurado - ANTICIPO - Declaratoria del siniestro - Acaecimiento de riesgos

De ese modo, la entrega del anticipo al contratista constituye un "interés cierto, asegurable y asegurado", por encontrarse "pendiente del cumplimiento por parte de la contratista, como forma de restituir lo recibido por la entidad" y en esa medida se faculta a la Administración para declarar el siniestro en los eventos en que se acredite la materialización del riesgo, esto es, su no inversión, uso indebido o apropiación indebida, lo cual puede darse cuando culmine el plazo para el cumplimiento del contrato o cuando se establezca con precisión el valor faltante por reintegrar.

ANTICIPO - Obligaciones del contratista - Buen manejo y correcta inversión

Como la obligación del contratista de garantizar el buen manejo y la correcta inversión del anticipo lleva implícito el cubrimiento del riesgo latente de que esos recursos no sean realmente destinados al objeto contratado, o de que se ejecuten por el colaborador de la administración conductas que desconozcan o incumplan la forma acordada para el manejo de tales recursos y que conduzcan a contrariar los propósitos para los cuales fue estipulado, el contratista está obligado a abstenerse de realizar conductas abiertamente inapropiadas con esos recursos -como apropiárselos o destinarlos a conceptos ajenos al negocio-, y a cumplir el programa de inversión que determina los desembolsos a realizar.

con cargo a éstos, de modo que tiene la carga de asegurar y acreditar que los recursos están efectivamente realizados o invertidos en el contrato.

ANTICIPO – Obligación de inversión del anticipo–Contratos de Obra Publica

En esa línea y respecto de los contratos de obra pública, esta Corporación ha explicado que los contratistas deben acreditar suficientemente la inversión del anticipo en la ejecución de la obra contratada de manera que, por ejemplo, las solas facturas de un servicio o bien relacionado con el negocio no son elemento probatorio que permitan demostrar de forma suficiente la inversión del anticipo en la ejecución del contrato, pues para esos efectos, se debe acreditar, además, que real y materialmente los bienes y servicios referidos en las facturas fueron destinados al cumplimiento de su objeto. Por tanto, la verificación del desembolso de recursos a los subcontratistas encargados de algún bien o servicio relativo al negocio jurídico no determina por sí solo la inversión del anticipo en la obra, en la medida que esto únicamente puede validarse a partir del efectivo suministro de esos bienes, o la real ejecución de esos servicios, en procura de la realización del objeto contratado bajo los términos y condiciones acordadas.

LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL – Pérdida de competencia para liquidar – Términos para liquidar – Presentación de conciliación extrajudicial

(...) el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, aplicable al presente caso, es claro en señalar que si “vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente.

[...] Tampoco resulta justificado el planteamiento de la parte actora, según el cual, la entidad pierde competencia para liquidar unilateralmente el contrato con la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial, toda vez que no existe disposición normativa alguna que así lo determine.



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veinticinco (2025)

Expediente: 250002336000-2022-00384-01 (71577)
Demandante: Consorcio Cibegar Fiscalía 001
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Medio de control: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: *INVERSIÓN DEL ANTICIPO - El desembolso a los subcontratistas encargados de algún bien o servicio relativo al negocio jurídico con los recursos del anticipo no determina por sí solo su inversión en la obra, pues tal circunstancia debe verificarse a partir del efectivo suministro de esos bienes, o la real ejecución de esos servicios, en procura de la realización del objeto contratado / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN - Es presupuesto sine qua non, la referencia clara y concreta frente a los argumentos que el juez de primera instancia consideró para adoptar la decisión recurrida / COMPETENCIA PARA LIQUIDAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO – No se pierde por la administración al vencimiento del plazo inicial previsto para la liquidación bilateral y unilateral / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO – Bajo el CPACA, su condena opera de manera objetiva contra la parte vencida en juicio, sin que se requiera la acreditación de una conducta temeraria o de mala fe.*

Surtido el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

La controversia se circunscribe a la presunta ilegalidad de los actos administrativos mediante los cuales la entidad contratante declaró el siniestro por la no inversión y amortización total del anticipo y liquidó unilateralmente el contrato.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 23 de mayo de 2024, en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A,



negó las pretensiones de la demanda¹ presentada el 8 de julio de 2022² por el Consorcio Cibegar Fiscalía 001, conformado por las empresas Begar Andina S.A.S (33%), Cimenar Inversiones S.A.S (34%) y Brick Colombia S.A.S (33%) (el contratista, parte actora o recurrente), en contra la Fiscalía General de la Nación (la contratante, demandada o entidad pública), cuyos fundamentos de hecho, de derecho y pretensiones se describen a continuación.

Hechos

2. Como hechos relevantes, la parte actora indicó que el 28 de diciembre de 2017 suscribió el contrato de obra 369 con la entidad demandada, con el fin de realizar las obras de adecuación y remodelación de algunas dependencias de la Fiscalía General de la Nación, bajo la modalidad de precios fijos unitarios, con un plazo de ejecución fijado hasta el 31 de julio de 2018.

3. En la cláusula tercera sobre la forma de pago, se acordó que la entidad entregaría al contratista un anticipo correspondiente al 30% (\$1'118.000.000) del valor total del contrato (\$3'812.525.510) una vez se suscribiera el acta de inicio³ y se cumplieran los requisitos del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011⁴; asimismo, se estipuló que el saldo restante se cancelaría en pagos parciales mensuales de acuerdo al avance de obra y frente a cada uno de estos se realizaría la amortización del anticipo en el 30% respecto al valor de cada acta de recibo parcial, hasta completar la suma entregada a ese título. El 10 de enero se suscribió el contrato de fiducia mercantil con el objeto de administrar y pagar las sumas recibidas por el consorcio contratista por concepto de anticipo⁵.

4. El 29 de enero de 2018, la interventoría y el contratista suscribieron el plan de inversión del anticipo, el cual debía ejecutarse en un plazo de 30 días, también se establecieron los siguientes porcentajes de inversión: ⁽ⁱ⁾ para obras preliminares y obras civiles el 22,57%; ⁽ⁱⁱ⁾ para instalaciones eléctricas el 17,82%; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ para carpintería metálica y divisiones el 35,77%; y, ^(iv) para el retiro y suministro de ascensores el 23,83%.

¹ La parte resolutive de la sentencia dispone: PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: Condenar a la PARTE ACTORA, al pago de agencias en derecho en la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$39.000.000), a favor de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, una vez ejecutoriada esta providencia. TERCERO: Sin condena por concepto de costas (expensas y gastos procesales), conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: Por Secretaría de la Sección Tercera, NOTIFICAR esta decisión a los correos de las partes obrantes en el expediente y al Agente del Ministerio Público. QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaria de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo N° 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

² Cuaderno 1, folios 2 - 9.

³ El acta se suscribió el 10 de enero de 2018.

⁴ ARTÍCULO 91. Anticipos. En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista. PARÁGRAFO. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal.

⁵ Expediente digital, Carpeta "INFORME FINAL (ANEXOS)", Archivo PDF "S, página 1- 19.



5. El 15 de mayo de 2018, a través del oficio CE-OB-036-2018⁶, el contratista solicitó la prórroga del contrato por cuatro (4) meses con fundamento en que: ⁽ⁱ⁾ no fue posible dar inicio a los trabajos, pues las oficinas se encontraban ocupadas por funcionarios y la ejecución de obras se postergó al 5 de febrero; ⁽ⁱⁱ⁾ se advirtieron ítems no previstos y mayores cantidades de obra que no estaban presupuestadas; ⁽ⁱⁱⁱ⁾ los diseños arquitectónicos constaban de placas sin detalles, los cuales se ajustaron de manera paralela con la obra; ^(iv) no se entregaron diseños hidrosanitarios; y, ^(v) no había diseños eléctricos y su primera versión se entregó por la entidad el 22 de marzo del 2018.

6. El 18 de junio de 2018 se canceló la cuenta de ahorros a nombre del fideicomiso y se trasladaron a la Dirección del Tesoro Nacional los recursos por concepto de rendimientos del mes de junio y la diferencia por concepto de remanentes⁷.

7. El 27 de junio de 2018, con la comunicación CE-OB-042-2018⁸, el contratista solicitó la suspensión del contrato de obra, alegando que el 65% de las obras ejecutadas correspondía a actividades no previstas y obras complementarias, igualmente, porque se detectaron 30 APU (Análisis de Precios Unitarios) nuevos que no contaban con diseño o especificación clara por parte de la entidad, no se había realizado el pago de las actas parciales 1, 2, 3 y 4, ni elaborado el modificadorio para incluir los ítems no previstos, obras complementarias y ajuste de mayores y menores cantidades de obra.

8. Durante la ejecución del contrato se suscribieron 4 actas de fijación de precios: el 25 de junio de 2018, el 24 de julio de 2018, el 4 de agosto de 2018 y el 30 de agosto de 2018; allí se conciliaron los precios de actividades complementarias según lo discutido por las partes del contrato de obra en mesas de trabajo⁹. El 25 de julio de 2018 la interventoría presentó solicitud de prórroga y legalización de APU complementarios a la entidad contratante¹⁰. En esa misma fecha, el contratista reiteró la solicitud de prorrogar e incluir los precios no previstos¹¹.

9. El 31 de julio de 2018 las partes suscribieron el Modificadorio 1 al contrato, prorrogando el contrato en 105 días calendario, contados a partir del vencimiento del plazo inicialmente pactado. Igualmente, se modificaron las cantidades de obra con base en el balance y el análisis de precios unitarios de ítems complementarios aprobados y firmados, remitidos con el oficio de DCAS-300510 del 25 de julio de

⁶ Expediente digital Archivo PDF, "PARTE 2- SINIESTRO" página 59-61, índice 33, SAMAI, Tribunal.

⁷ Expediente digital, Carpeta "INFORME FINAL (ANEXOS)", Archivo PDF "S" páginas 25-32.

⁸ Expediente digital Archivo PDF, "PARTE 2- SINIESTRO" página 63-65, índice 33, SAMAI, Tribunal

⁹ Expediente digital Archivo PDF "INFORME FINAL CONTRATO 371 DE 2017-VELNEC -INTERVENTORÍA - PERIODO 01 11 18 AL 11 12 18 - TOMO I" página 150-163, índice 33, SAMAI, Tribunal.

¹⁰ Expediente digital Archivo PDF, "DOCUMENTOS CONTRACTUALES PARTE 2" página 213, índice 18, SAMAI, Tribunal

¹¹ Expediente digital, Carpeta "INFORME FINAL (ANEXOS)", Archivo PDF "C" página 2, índice 33, SAMAI, Tribunal.



2018, por el Director del Departamento de Construcciones y Administración de sedes de la entidad, en su calidad de supervisor del contrato¹².

10. En el informe parcial 7¹³, la supervisión del contrato de obra recibió a satisfacción los ítems y cantidades con base en las condiciones contractuales y que se encontraban consignados en el informe presentado por la interventoría y el informe del mes de julio de la contratista; en estos, se reflejaba un porcentaje programado del 96%, pero un porcentaje ejecutado del 66%, lo que evidenciaba un atraso del 30%. Durante el mes de agosto el contratista advirtió la existencia de obras no previstas, pero fueron conciliadas con la interventoría y la entidad contratante¹⁴ a través de las actas de fijación de precios 3 y 4.

11. El 24 de octubre de 2018 la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte de Bogotá profirió la Resolución 532 de 2018¹⁵, por medio de la cual se ordenó la medida correctiva de suspensión de construcción en el inmueble donde se estaban adelantando las obras del contrato, al no contar con la licencia de construcción ni la aprobación del Instituto Distrital de Patrimonio Cultural.

12. El 1 de noviembre de 2018, con el oficio CE-OB-079-2018¹⁶, el contratista solicitó el reconocimiento económico y liquidación del contrato de obra ante la imposibilidad de ejecutar la totalidad del objeto contratado dentro del plazo establecido, por causas que no le eran imputables. En oficio de fecha 2 de noviembre de 2018, dirigido al supervisor, el interventor solicitó se evaluara la posibilidad de suspender el contrato teniendo en cuenta que se había hecho necesario gestionar un permiso de adecuaciones locativas ante el Instituto Distrital de Patrimonio Cultural.

13. El 8 y 9 de noviembre de 2018, ante la posición de la parte actora de no suscribir una prórroga o suspensión del contrato, la interventoría solicitó a la entidad evaluar la posibilidad de realizar la modificación unilateral del plazo hasta el 31 de enero de 2019, en aras de evitar la paralización o grave afectación del negocio jurídico¹⁷. El 9 de noviembre de 2018, el supervisor del contrato consideró pertinente la propuesta presentada por el interventor, por lo que sugirió revisarla desde el punto de vista técnico y jurídico en aras de garantizar el cumplimiento de la necesidad y finalizar las obras¹⁸.

14. El 13 de noviembre, fecha en la que culminó el plazo del contrato, la entidad consideró improcedente la solicitud de modificación unilateral, según lo informó la

¹² Expediente digital, Carpeta "INFORME FINAL (ANEXOS)", Archivo PDF "D" paginas 3-9, índice 33, SAMAI, Tribunal.

¹³ Expediente digital Archivo PDF "8 a 16 DOCUMENTOS CONTRACTUALES PARTE 2" páginas 346- 360.

¹⁴ Expediente digital Archivo PDF "8 a 16 y 19 DOCUMENTOS CONTRACTUALES PARTE 3" páginas 21-49.

¹⁵ Expediente digital Archivo PDF "8 a 16 y 19 DOCUMENTOS CONTRACTUALES PARTE 3" paginas 163- 170 de índice 18 SAMAI, Tribunal.

¹⁶ Expediente digital, Carpeta "INFORME FINAL (ANEXOS)", Archivo PDF "A-B" páginas 533-543, índice 33, SAMAI, Tribunal.

¹⁷ Expediente digital Archivo PDF "INFORME FINAL CONTRATO 371 DE 2017-VELNEC -INTERVENTORÍA - PERIODO 01 11 18 AL 11 12 18 - TOMO I" página 445-446, índice 33, SAMAI, Tribunal

¹⁸ Expediente digital Archivo PDF "8 a 16 y 19 DOCUMENTOS CONTRACTUALES PARTE 3" paginas 15de índice 18 SAMAI, Tribunal



interventoría al contratista en comunicación del 14 de noviembre de 2018 a través del oficio 0108.18. IFBM-GTC¹⁹.

15. El 12 de abril de 2019 el supervisor indicó el porcentaje de amortización del anticipo, advirtiendo que se encontraba pendiente por amortizar un porcentaje del 58,81%²⁰ y el 17 de junio de 2019, con fundamento en dicha comunicación, la Subdirección de Gestión Contractual informó el inicio de una actuación administrativa contra el contratista y la aseguradora, a fin de establecer si los riesgos cubiertos por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo se materializaron²¹.

16. El 8 de octubre de 2019 se llevó a cabo la audiencia con la participación del apoderado del garante y del contratista, quien presentó sus descargos²² y se dispuso la práctica de pruebas. La diligencia fue suspendida y el 7 de febrero de 2020; el supervisor del contrato de obra remitió a la subdirección de gestión contractual, el documento denominado “*Aclaraciones sobre el acta final de obra conciliada entre el consorcio Cibegar fiscalía 001, supervisión e interventoría*”, en donde se indicó la elaboración conjunta del acta final (acta 8) y que el valor amortizado del anticipo, conforme al total acumulado de cantidades finales conciliado, era de \$456.091.485.

17. Del 13 de mayo al 16 de julio de 2020, se reanudaron las diligencias y se realizaron ocho (8) audiencias en el marco del trámite administrativo adelantado por la Fiscalía. El 3 de junio de 2020 se profirió la Resolución 16 con la que se corrigió una irregularidad procesal, y ordenó modificar el numeral tercero del acto administrativo expedido por la Subdirección de Gestión Contractual el 17 de junio de 2019, en el sentido de indicar que la actuación administrativa se continuaría, con fundamento en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011²³.

18. El 26 de junio de 2020, mediante Resolución 000022, la entidad contratante declaró que el contratista no invirtió del monto recibido como anticipo, es decir, \$517.567.964, y que adicionalmente, no amortizó la suma de \$34'359.003, para un total incumplido de \$551'926.967 por concepto de anticipo, contraviniendo las notas 1, 2, 3 y 4 de la cláusula tercera del negocio jurídico celebrado.

19. El 16 de julio de 2020, con la Resolución 000028, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 000022, modificando su numeral tercero en el sentido de excluir de la afectación de la garantía la suma de \$34'359.003, correspondiente a las sumas no amortizadas.

20. El 27 de julio de 2020 la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial para que se declarara la nulidad de esos actos y la liquidación judicial, sin embargo, estando en trámite la misma, la entidad solicitó su aplazamiento.

¹⁹ Expediente digital Archivo PDF “*INFORME FINAL CONTRATO 371 DE 2017-VELNEC -INTERVENTORÍA - PERIODO 01 11 18 AL 11 12 18 - TOMO I*” página 455, índice 33, SAMAI, Tribunal.

²⁰ Expediente digital Archivo PDF “*PARTE 1- SINIESTRO*” página 1-5, índice 33, SAMAI, Tribunal.

²¹ Expediente digital Archivo PDF “*PARTE 1- SINIESTRO*” página 22-31, índice 33, SAMAI, Tribunal.

²² Expediente digital Archivo PDF “*PARTE 2- SINIESTRO*” página 17-23, índice 33, SAMAI, Tribunal.

²³ Expediente digital, Carpeta 3, Archivo PDF “*RESOLUCIÓN No 000016 DE 2020*”.



Posteriormente la conciliación se declaró fallida conforme al acta del 24 de noviembre de 2024²⁴.

21. El 9 de septiembre de 2020 la entidad demandada presentó reclamación de siniestro a Seguros del Estado en su calidad de aseguradora del contrato de obra, por un valor de \$517.567.964. Dicha compañía, a su vez, en correo del 7 de octubre de 2020, informó al contratista el pago de dicha suma, así como el inicio del proceso de recobro, por lo cual, el 23 de noviembre de 2020 el contratista solicitó un acuerdo de pago²⁵ que finalmente se materializó bajo el número 64/2020²⁶.

22. El 7 de octubre de 2020, por medio de la Resolución 1992 la demandada liquidó el contrato unilateralmente, donde determinó un saldo a favor de la entidad y a cargo del consorcio contratista de \$551.926.967, correspondiente a las sumas no amortizadas (\$34.359.003) y no invertidas del anticipo (\$517.567.964), decisión que no fue objeto de impugnación por lo que, tal como lo evidencia la constancia emitida por la Subdirección de Gestión Contractual el 10 de noviembre de 2020, la resolución que liquidó unilateralmente el contrato cobró ejecutoria el 29 de octubre de 2020²⁷. El contratista presentó solicitud de conciliación el 8 de marzo de 2021 respecto de dicha Resolución, cuyo trámite también se declaró fallido en diligencia del 27 de abril de 2021²⁸.

Fundamentos de derecho

23. La parte actora sostuvo que las resoluciones que determinaron la no inversión y amortización de la totalidad de anticipo, y la que liquidó el contrato, están viciadas por violación del debido proceso y falsa motivación, toda vez que la afectada no conoció las pruebas aducidas en su contra y la actuación administrativa definió un aspecto distinto al que motivó su inicio. Además, la entidad contratante afectó la ejecución normal de la obra, y con ello, el cumplimiento del plan de inversión y la amortización del anticipo, por lo que al corresponder tales fallas a circunstancias imputables a la demandada, no podía decidir que era el contratista quien debía asumir las consecuencias de lo ocurrido, ordenándole devolver los dineros recibidos por ese concepto.

24. Afirmó que las actividades contempladas en el plan de inversión del anticipo se llevaron a cabo, así como las obras no previstas. En consecuencia, todo el valor recibido por ese concepto se encuentra en la obra, y si bien no se pudo amortizar como inicialmente se había planeado, fue por culpa exclusiva de la entidad contratante. Finalmente, afirmó que la entidad demandada actuó de forma temeraria y con mala fe, toda vez que solicitó el aplazamiento de la audiencia de conciliación prejudicial y posteriormente profirió el acto administrativo de liquidación unilateral,

²⁴ Expediente digital Archivo PDF "ACTA CONCILIACION FALLIDA NOV24 2020 061 370701 CIBEGAR FISCALIA GRAL"

²⁵ Expediente digital Archivo PDF "27 Ofrecimiento Acuerdo de Pago a SEG DEL ESTADO con documentación"

²⁶ Expediente digital Archivo PDF "28 ACUERDO DE PAGO CONSORCIO CIBEGAR FISCALIA 001 Firmado y autenticado por todos".

²⁷ Expediente digital Archivo PDF "CONSTANCIA DE EJECUTORIA RESOLUCIÓN 0001992 DE 2020" páginas 1- 3.

²⁸ Expediente digital Archivo PDF "ACTA 058 AUDIENCIA DEL 27 DE ABRIL DE 2021 NO CONCILIA Liq Unilateral".



sin que resultara procedente la expedición de dicho acto desde el momento en que se presentó la solicitud de conciliación ante la procuraduría judicial para asuntos administrativos.

Pretensiones

25. Con fundamento en lo anterior, solicitó declarar el incumplimiento del contrato de obra 369 del 2017 por parte de la entidad contratante, la nulidad de la Resolución 0000022 del 26 de junio de 2020 por medio de la cual se resolvió la actuación administrativa por la presunta no inversión del anticipo en el marco del contrato de obra, y consecuencialmente, la nulidad de la Resolución 000028 del 16 de julio de 2020, que resolvió el recurso de reposición interpuesto en su contra. Igualmente, solicitó declarar la nulidad de la Resolución 1992 del 7 de octubre de 2020 por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de obra, y como consecuencia de ello, proceder con la liquidación judicial condenando a la Fiscalía al pago de los valores probados por el incumplimiento del contrato, con corrección monetaria e intereses. Por último, solicitó que se condenara a la entidad contratante al pago de las costas y agencias en derecho²⁹.

La contestación de la demanda

26. La entidad contratante se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y para el efecto propuso las siguientes excepciones: ⁽ⁱ⁾ ausencia de elementos que desvirtúen la legalidad de los actos administrativos demandados e ⁽ⁱⁱ⁾ improcedencia de la liquidación judicial³⁰. Indicó que los actos demandados se fundamentaron en la realidad del contrato celebrado entre las partes y gozan de presunción de legalidad, sin que el demandante hubiese allegado razones para

²⁹ Que se **DECLARE el INCUMPLIMIENTO GRAVE** del Contrato de Obra Pública No.369 de 2017 por parte de la entidad contratante Fiscalía General de la Nación. 2. Que se **DECLARE la NULIDAD** de la **Resolución No.00022 del 26 de junio de 2020** "Por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa de debido proceso por la presunta no inversión del anticipo en el marco del Contrato No.0369 de 2017 suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el Consorcio CIBEGAR FISCALÍA 001", expedida por la Subdirectora Nacional de Gestión Contractual de la Fiscalía General de la Nación, y de contera **la NULIDAD** de la **Resolución No.00028 del 16 de julio de 2020** "Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No.00022 del veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)", "Por medio de la cual se resuelve una actuación administrativa de debido proceso por la presunta no inversión del anticipo en el marco del Contrato No.0369 de 2017 suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el Consorcio CIBEGAR FISCALÍA 001", expedida por la Subdirectora Nacional de Gestión Contractual de la Fiscalía General de la Nación. 3. Que se **DECLARE LA NULIDAD** de la **Resolución No.0001992 del 7 de octubre de 2020** "Por la cual se liquida unilateralmente el Contrato de Obra No.0369 de 2017, suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el Consorcio CIBEGAR FISCALÍA 001, identificado con Nit. 901.142.283-5", expedida por la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación. 4. Que se **LIQUIDE el CONTRATO JUDICIALMENTE**. 5. Que como consecuencias de la liquidación del contrato se **CONDENE** a la Fiscalía General de la Nación al pago de la suma de MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES CIENTO SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$1.324.106.396.00) de acuerdo a la evidencia presentada, actualizados desde la fecha de la liquidación unilateral hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia a favor del Consorcio CIBEGAR FISCALÍA 001, por cuenta del incumplimiento del grave del contrato 0369 de 2017 y la expedición de las resoluciones demandadas. 6. Que se **CONDENE** a la Fiscalía General de la Nación al pago de la corrección monetaria e intereses legales tomando como base para la liquidación la variación del índice de precios al consumidor desde el momento de la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 7. Que se **CONDENE** a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en caso de no efectuar el pago en forma oportuna, a liquidar los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 192 del C.P.A.C.A. <sic> 9. Que se **CONDENE** a la Fiscalía General de la Nación al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.

³⁰ Expediente digital, Archivo PDF "028ED_Cuaderno P_24_RECIBEMEMORIALES_" Índice 28, SAMAI, Tribunal.



desvirtuar los informes de la interventoría y de la supervisión en que se fundaron. Agregó que obró en cumplimiento de un deber legal al intentar liquidar el contrato de manera bilateral, pero el contratista no hizo presencia cuando fue citado para ello, por lo que procedió a hacerlo unilateralmente notificando en debida forma al contratista, sin que éste presentara recurso alguno, lo que a su vez denotaba la improcedencia de la pretendida liquidación judicial.

Alegatos en primera instancia

27. Surtida la etapa probatoria³¹, las partes reiteraron los argumentos expuestos en el libelo inicial y en la contestación de la demanda. El Ministerio Público guardó silencio.

Fundamentos de la sentencia de primera instancia

28. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda y condenó a la demandante a pagar las agencias en derecho, con fundamento en que no es de recibo que el contratista pretenda fundamentar un presunto incumplimiento de la Entidad demandada, bajo el argumento de que se presentaron atrasos en la obra, toda vez que: ⁽ⁱ⁾ a pesar de dichas situaciones, siguió ejecutando el objeto contractual hasta que se notificó sobre la suspensión de las obras por tratarse de un bien de interés cultural, lo que exigía permisos adicionales que debía obtener la Administración; y, ⁽ⁱⁱ⁾ por cuenta de ello, el contrato fue objeto de modificación de mutuo acuerdo en el plazo y APU, precisamente por las actividades no previstas y las obras complementarias, mediante otrosí del 1 del 31 de julio de 2018, en el cual se acordó que no generaría sobre costos para la entidad demandada.

29. Contrario a lo afirmado por el demandante, el hecho de que la contratante no contara con los permisos correspondientes no incidió ni fue el fundamento para dar inicio a la actuación administrativa por la no inversión del anticipo y su falta de amortización, pues tal como se indicó en las resoluciones demandadas, estas tuvieron sustento en que: ⁽ⁱ⁾ el contrato se ejecutó hasta que se ordenó la suspensión de las obras, esto es, 21 días antes de la terminación del plazo contractual; y, ⁽ⁱⁱ⁾ para el momento en que se suspendieron las obras, el monto del anticipo autorizado y desembolsado debía estar invertido en su totalidad por el contratista; aspectos respaldados por las pruebas allegadas al expediente.

³¹ El 12 de septiembre de 2023 se decretaron como medios de prueba de la parte demandante: a) las documentales aportadas con la demanda, de la entidad demandada: a) documentales referidas en la contestación de la demanda, b) el testimonio de la señora LAURA JOCELA TÉLLEZ GONZÁLEZ y c) el interrogatorio de parte de la señora MARTHA ROCÍO PIEDRAHITA VELASCO, no obstante, estas últimas fueron desistidas por la fiscalía el 22 de septiembre de 2023 (048ED_Cuaderno P_044_RECIBEMEMORIALES y 046ED_Cuaderno P_043_RECIBEMEMORIALES) lo cual fue aceptado en auto del 25 de septiembre de 2023 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y se concedió a las partes el término de tres días para que definieran si resultaba necesaria la práctica de una audiencia de pruebas, de lo contrario, se correría traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días comunes a las partes, al Ministerio Público y demás intervinientes (049ED_Cuaderno P_046_AUTOQUEDESISTEDE), providencia que se notificó en estado electrónico el 27 de septiembre de 2023.



30. Aunque se presentaron mayores cantidades de obra, dicha situación no incidió en la amortización del anticipo, y aunque que existió un atraso en la ejecución del contrato por causas no imputables al contratista, esta circunstancia se resolvió con la ampliación del plazo contractual mediante modificatorio del 31 de julio de 2018. Por su parte, los actos administrativos cuestionados no hicieron referencia a un incumplimiento del contratista en la ejecución de la obra con ocasión de dichos imprevistos.

31. Las resoluciones impugnadas guardan relación con la no inversión y no amortización del monto recibido como anticipo, sin embargo: ⁽ⁱ⁾ la parte actora no invoca argumentos enfocados a controvertir la legalidad de los mismos; ⁽ⁱⁱ⁾ un presunto incumplimiento por parte de la Entidad, no da lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos; y, ⁽ⁱⁱⁱ⁾ si bien está acreditado que en el contrato se presentaron mayores cantidades de obra por causas no imputables al contratista, lo cierto es que por dicha razón, se suscribió un modificatorio que las incluyó junto con su pago, sin que se demostrara que el atraso en la ejecución del contrato haya incidido en la amortización e inversión del anticipo.

32. Frente a los argumentos según los cuales se configuró la nulidad por violación al debido proceso, porque se vulneraron los derechos de defensa y contradicción del contratista al no tener éste conocimiento de las pruebas y existir incongruencia entre lo imputado y lo sancionado, el Tribunal consideró a partir de las documentales que dan cuenta de la actuación administrativa, que: ⁽ⁱ⁾ el consorcio sí tuvo acceso a las pruebas, y al momento de realizarse la citación a audiencia (6 de septiembre de 2019), el consorcio solicitó su aplazamiento, sin presentar ninguna objeción frente a la ausencia o falta de conocimiento de medios probatorios; ⁽ⁱⁱ⁾ la actuación administrativa iniciada recaía en el valor no invertido del anticipo y el valor pendiente por amortizar; y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ la parte resolutive de la Resolución 000022 es congruente, por cuanto dispuso que se haría efectivo el amparo de buen manejo e inversión del anticipo (\$517.567.964), y respecto del valor no amortizado por no encontrarse cubierto por la póliza, dispuso que remitiría copia a la dirección jurídica a efectos de proceder con su cobro.

33. De otra parte, señaló que la entidad podía realizar la liquidación unilateral del contrato hasta antes de que el contratista presentara la demanda, lo que en el caso concreto sucedió el 8 de julio de 2022, es decir, con posterioridad al acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato de obra, por lo que, en consecuencia, ese cargo de nulidad formulado por la actora tampoco estaba llamado a prosperar. Además, la solicitud de suspensión de la conciliación prejudicial y la posterior liquidación del contrato no implicaba la configuración de alguna causal de nulidad del acto administrativo, y tampoco acreditaba por sí sola una actuación temeraria o de mala fe de la Fiscalía.

34. Por último, teniendo en cuenta que la Entidad contestó la demanda y participó a lo largo del proceso, concluyó que había lugar a reconocer, por concepto de agencias en derecho, la suma de \$39'000.000, valor que debía pagar el consorcio demandante al ser la parte vencida en el proceso.



II. EL RECURSO DE APELACIÓN

35. El contratista presentó recurso de apelación contra la anterior decisión con fundamento en que el Tribunal desvió el análisis de la discusión, el planteamiento del problema jurídico y su resolución, pues los circunscribió exclusivamente al estudio de la existencia de errores en el debido proceso sancionatorio³², cuando en realidad se presentaban dos (2) problemáticas derivadas de la falsa motivación y falta de competencia que sustentaban sus pretensiones.

La nulidad de las Resoluciones 00022 del 26 de junio de 2020 y 00028 del 16 de julio de 2020

36. Afirmó que no eran claras las razones del Tribunal de primera instancia para concluir que las resoluciones demandadas se encontraban revestidas de legalidad, pues el consorcio contratista constituyó la fiducia requerida para el manejo del anticipo, la cual fue aprobada por el contratante previo inicio de la ejecución del contrato, y además, se relacionaron las cinco (5) órdenes de giro de acuerdo con el plan de inversión y sus fechas de aprobación por parte del interventor por un valor igual al del anticipo; igualmente, de acuerdo con el balance final de cantidades ejecutadas, las actividades contempladas en el plan de inversión del anticipo se llevaron a cabo, así como las obras no previstas, por lo que era evidente que el valor total del anticipo se encontraba en la obra y no era cierto que no se hubiera invertido. Indicó que, al limitarse al análisis del debido proceso, el *a quo* omitió las pruebas que dan cuenta de la existencia de problemas presentados durante la ejecución del contrato, ajenos al contratista, que fueron determinantes para que no se pudiera lograr su amortización total³³.

La nulidad de la resolución 1992 del 7 de octubre de 2020 mediante la cual, la entidad demandada liquidó unilateralmente el contrato

37. Manifestó que la apreciación del *a quo* se aparta de la realidad de lo expuesto en la demanda y de lo que obra en el expediente, puesto que la expedición de la resolución de liquidación unilateral del contrato fue un acto administrativo viciado de falta de competencia por parte del funcionario, en tanto desconoció que cuando la entidad recibe la notificación en calidad de convocada a la conciliación prejudicial donde una de las pretensiones es la liquidación del contrato, pierde la facultad para esos efectos, así como que transcurridos los seis (6) meses que por disposición legal se tienen tanto para la liquidación bilateral como la unilateral, solamente se puede liquidar por vía judicial, por lo que al vencerse dicho plazo, la administración perdió la facultad para hacerlo unilateralmente.

³² “En consecuencia, la falta de conformación del acervo probatorio conlleva a que el análisis del problema jurídico solamente se circunscribe al estudio de la existencia de errores en el debido proceso sancionatorio, sin entrar en el detalle de la verdadera génesis de las resoluciones que es la falta de motivación en la expedición de dichos actos administrativos los cuales redundaron en asuntos propios del manejo del anticipo respecto del cual obra prueba plena (...)”

³³ “Por otro lado, respecto a la amortización, resulta procedente recordar que la dificultad presentada con la imposibilidad de ejecución del contrato por causas ajenas al contratista, fue determinante para que no se pudiera lograr, generando con esa circunstancia ajena y sobrevenida, costos al contratista que no se encontraba en el deber de soportar (...)”



Improcedencia de la condena en agencias en derecho

38. Agregó que en el trámite del proceso no existe prueba siquiera sumaria de la conducta temeraria y de mala fe por parte del demandante, motivo por el cual, resulta improcedente la condena impuesta en primera instancia por concepto de agencias en derecho.

III. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

39. Corresponde a la Sala determinar si el Tribunal incurrió en un error al negar las pretensiones de la demanda, al haberse limitado a analizar el cargo de violación al debido proceso, y si en su lugar debió: ⁽ⁱ⁾ declarar la configuración de la falsa motivación y consecuente nulidad de las Resoluciones 000022 de 2020 y 000028 de 2020, por estar acreditado que sí se invirtió la totalidad el anticipo, mientras que su no amortización completa tuvo origen en circunstancias no imputables al contratista ; ⁽ⁱⁱ⁾ declarar la nulidad de la Resolución 1992 de 2020, toda vez que la entidad no tenía la competencia para liquidar unilateralmente el contrato de obra; y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ abstenerse de condenar por concepto de agencias en derecho al demandante.

Sobre la inversión y amortización del anticipo en el contrato de obra

40. El anticipo es un mecanismo que se pacta en los contratos para financiar o apalancar la ejecución del contrato, con arreglo a los fines estatales y a lo prescrito en la Constitución, la Ley y el propio negocio jurídico. Se trata de la entrega de recursos públicos al contratista a título de préstamo, razón por la cual estos no ingresan a su patrimonio, sino que siguen perteneciendo a la entidad que los gira y su destinación está sujeta al plan de inversión y amortización que se verificará durante la ejecución del contrato.

41. De ahí que conforme al artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 sea obligatorio “*en los casos previstos en la ley*” y en concordancia con lo establecido en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, en contratos como el del presente asunto³⁴, en los que se pacta el desembolso de un anticipo, la entidad contratante exija la creación de un patrimonio autónomo que administre dichos recursos así como la constitución de una garantía que proteja a la entidad contratante de los perjuicios derivados de la materialización de los riesgos de: ⁽ⁱ⁾ no inversión; ⁽ⁱⁱ⁾ uso indebido, y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ apropiación indebida del anticipo³⁵, amparo que debe ser del 100% del monto

³⁴ En el caso concreto, el negocio jurídico que suscita la controversia es un contrato de obra gobernado por lo reglado en el EGCAP y en los aspectos sustanciales no reglados, se rige por las disposiciones civiles y mercantiles conforme lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, comoquiera que la entidad contratante es la Fiscalía General de la Nación, entidad pública del orden nacional listada en el literal b) del numeral 1º del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que no está sujeta a ningún régimen especial o exceptuado, en los términos del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

³⁵ Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.3.1.7: “*Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir: 1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo. (...)*”

que el contratista reciba por ese concepto con vigencia desde la fecha de desembolso hasta la liquidación o amortización³⁶.

42. Conforme al Decreto 1082 de 2015, la amortización del anticipo no queda comprendida en ninguno de los riesgos antes indicados, porque se trata de un ejercicio contable posterior, consistente en la devolución progresiva de tales recursos, mediante el descuento aplicado a los resultados de cada corte de cuentas pactado, cuyo cumplimiento depende de la forma en la que las partes hayan estipulado tal ejercicio, pero que, generalmente, coincide con la ejecución del 100% del objeto convenido³⁷.

43. De ese modo, la entrega del anticipo al contratista constituye un “*interés cierto, asegurable y asegurado*”, por encontrarse “*pendiente del cumplimiento por parte de la contratista, como forma de restituir lo recibido por la entidad*”³⁸ y en esa medida se faculta a la Administración para declarar el siniestro en los eventos en que se acredite la materialización del riesgo³⁹, esto es, su no inversión, uso indebido o apropiación indebida, lo cual puede darse cuando culmine el plazo para el cumplimiento del contrato o cuando se establezca con precisión el valor faltante por reintegrar⁴⁰.

44. El contratista tiene la obligación de manejar e invertir el anticipo adecuadamente, lo que se traduce en que debe asegurar que tales recursos sean invertidos en la ejecución del negocio jurídico, sin que pueda destinarlos para gastos diferentes a aquellos para los cuales se pactó –que son los necesarios para el desarrollo del objeto convenido–, ni apropiarse de él. En función de ello, las partes acuerdan la forma en que deben manejarse los recursos entregados a ese título, bajo un programa de inversión, como un mecanismo de control para procurar que se utilicen según lo estipulado.

45. Como la obligación del contratista de garantizar el buen manejo y la correcta inversión del anticipo lleva implícito el cubrimiento del riesgo latente de que esos recursos no sean realmente destinados al objeto contratado, o de que se ejecuten por el colaborador de la administración conductas que desconozcan o incumplan la forma acordada para el manejo de tales recursos y que conduzcan a contrariar los propósitos para los cuales fue estipulado⁴¹, el contratista está obligado a abstenerse

³⁶ Artículo 2.2.1.2.3.1.10. Suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo. La Garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie.

³⁷ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 3 de noviembre de 2020, Exp. 47760. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al respecto se puede consultar la sentencia del 1 de septiembre de 2022, Exp. SC2840-2022.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, Exp. 29906.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16494; y Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, Exp. 25742.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de julio de 2020, Exp. 62645.

⁴¹ “El contratista, frente al anticipo, que ha sido calificado correctamente como un avance o préstamo que se le hace para que pueda cubrir los gastos iniciales del contrato, tiene dos obligaciones totalmente distintas:

a. De una parte, manejarlo adecuadamente e invertirlo correctamente. Para tal fin en el contrato se debe pactar la manera como debe manejar estos recursos y rendir las cuentas correspondientes. Es posible que la cuenta



de realizar conductas abiertamente inapropiadas con esos recursos -como apropiárselos o destinarlos a conceptos ajenos al negocio-, y a cumplir el programa de inversión que determina los desembolsos a realizar con cargo a éstos, de modo que tiene la carga de asegurar y acreditar que los recursos están efectivamente realizados o invertidos en el contrato.

46. En esa línea y respecto de los contratos de obra pública, esta Corporación ha explicado que los contratistas deben acreditar suficientemente la inversión del anticipo en la ejecución de la obra contratada de manera que, por ejemplo, las solas facturas de un servicio o bien relacionado con el negocio no son elemento probatorio que permitan demostrar de forma suficiente la inversión del anticipo en la ejecución del contrato, pues para esos efectos, se debe acreditar, además, que real y materialmente los bienes y servicios referidos en las facturas fueron destinados al cumplimiento de su objeto⁴². Por tanto, la verificación del desembolso de recursos a los subcontratistas encargados de algún bien o servicio relativo al negocio jurídico, no determina por sí solo la inversión del anticipo en la obra, en la medida que esto únicamente puede validarse a partir del efectivo suministro de esos bienes, o la real ejecución de esos servicios, en procura de la realización del objeto contratado bajo los términos y condiciones acordadas.

47. Con los documentos allegados al expediente, fueron acreditados los siguientes hechos relativos a la inversión y amortización del anticipo:

48. El 28 de diciembre de 2017 se suscribió el contrato de obra 369, en cuya cláusula tercera se pactó, respecto de la forma de pago, que la entidad entregaría al contratista por concepto de anticipo el 30% del valor total del contrato y el saldo se cancelaría con pagos parciales mensuales de acuerdo con el avance de obra certificado por el interventor mediante actas de corte parcial.

49. El contrato de obra fue garantizado mediante la póliza única de cumplimiento No. 15- 44-101191053 expedida por Seguros del Estado S.A., que contiene, entre otros amparos, el de buen manejo y la correcta inversión del anticipo por un valor asegurado de \$1'143.757.653⁴³, que correspondió a la suma total entregada al contratista por ese concepto.

a través de la cual se maneje el anticipo solo pueda ser utilizada con la firma del interventor, y también que deba <<legalizar>> los gastos, en un plazo determinado, con el objeto de demostrar que lo ha manejado adecuadamente y lo ha invertido correctamente. Esta obligación es la que está cubierta con la póliza expedida por la Compañía de Seguros y, para que la Compañía esté obligada a pagarla, debe declararse que el contratista la incumplió, lo que no ocurrió en este caso". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de noviembre de 2020, Exp. 47760, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 17 de junio de 2024, Exp. 70113, C.P. Martín Bermúdez Muñoz

⁴³ Expediente digital, Carpeta "INFORME FINAL (ANEXOS)" Archivo PDF "H", índice 33, SAMAI, Tribunal.



50. El 29 de enero de 2018, se suscribió el plan de inversión del anticipo por parte del contratista y la interventoría, el cual debía ejecutarse en un plazo de 30 días, y que fue remitido a la Fiscalía el 31 de enero de 2018, así:

RESUMEN				
ITEM	DESCRIPCIÓN	PROGRAMA APROBADO		PORCENTAJE
		SUBTOTAL	MES 1	
1, 2, 3, 5	PRELIMINARES Y OBRAS CIVILES	252.383.476	252.383.476	22,57%
7, 8, 9, 10	INSTALACIONES ELECTRICAS	199.225.788	199.225.788	17,82%
4, 12	CARPINTERIA METÁLICA Y DIVISIONES	399.923.860	399.923.860	35,77%
15	RETIRO Y SUMINISTRO DE ASCENSORES	266.466.876	266.466.876	23,83%
TOTALES			1.118.000.000	100,00%
TOTALES		\$ 1.118.000.000,00		100,00%

Plazo de ejecución del contrato	31-7-18
Plazo de inversión del anticipo	30 días

51. Asimismo, se estableció un flujo de inversión que contemplaba la amortización del valor total del anticipo en ocho (8) meses. El plazo inicial del contrato se había pactado hasta el 31 de julio de 2018, posteriormente, se suscribió un modificatorio que lo prorrogó hasta el 13 de noviembre de 2018, sin embargo, el 24 de octubre de 2018 con la Resolución 532 de 2018⁴⁴ proferida por la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte de Bogotá, se ordenó la suspensión de construcción en el inmueble donde se estaban adelantando las obras del contrato.

52. El 8 de mayo de 2018, en comité 11, se informó por parte de la interventoría el estado de los recursos girados por concepto de anticipo aprobados según el plan de inversión y se reiteró la obligación del contratista de presentar un informe periódico sobre el buen manejo de esos recursos⁴⁵:

Valor total del anticipo: 1.118.000.000.00		
Órdenes de Pago Aprobadas		Fecha de aprobación
No. 001 (obra Civil)	\$ 252,383,476.00	23-feb-18
No. 002 (Actividades eléctricas)	\$ 199,225,788.00	23-feb-18
No. 003 (Suministro ascensores)	\$ 213,568,000.00	13-mar-18
No. 004 (Desmante ascensores)	\$ 52,898,876.00	20-abr-18
No. 005 (carpintería metálica y divisiones en vidrio)	\$ 399,923,860.00	02-may-18
Total Aprobado	\$ 1.118.000.000.00	
Saldo del anticipo:\$ 0.00		

53. En comité del 5 de junio de 2018⁴⁶, el apoyo a la supervisión requirió al contratista una carpeta física como informe final del manejo del anticipo que tuviera todo lo relacionado con su inversión: trazabilidad de órdenes de pago aprobadas, sus respectivos soportes, extractos bancarios, informes periódicos de buen manejo

⁴⁴ Expediente digital Archivo PDF “8 a 16 y 19 DOCUMENTOS CONTRACTUALES PARTE 3” paginas 163- 170 de índice 18 SAMAI, Tribunal.
⁴⁵ Expediente digital, Carpeta “INFORME FINAL (ANEXOS)” Archivo PDF “C” Acta de comité no. 10 del 24 de abril de 2018 Pagina 69, índice 33, SAMAI, Tribunal.
⁴⁶ Expediente digital, Carpeta “INFORME FINAL (ANEXOS)” Archivo PDF “C” página 92, índice 33, SAMAI, Tribunal.



conforme a lo pactado en el contrato, facturas de pagos realizados, rendimientos financieros y demás documentos que considerara pertinentes, solicitud que se había reiterado por la supervisión en seis (6) comités diferentes⁴⁷. Igualmente, a través del oficio 0057.18.IFBM-GTC del 18 de junio de 2018, se solicitó al contratista dar respuesta las múltiples solicitudes sobre el manejo del anticipo⁴⁸.

54. Mediante la comunicación CA-067-2018 del 10 de julio de 2018, el contratista indicó que la legalización del anticipo estaba acreditada según los giros realizados⁴⁹, adjuntando las facturas 78 de ANTARES S.A.S, y 35 de INGENARO S.A.S, copia de los contratos de obra civil 001 y 007, y copia del contrato celebrado con EUROLIFT, junto con las facturas 62742 y 62743, expedidas por esa compañía.

55. El 23 de julio de 2018 la interventoría reiteró la solicitud al contratista para que presentara el informe de inversión y buen manejo del anticipo del contrato de los meses en que la cuenta estuvo activa, certificación de rendimientos financieros y el estado de la cuenta bancaria para esa fecha⁵⁰.

56. En el resumen del plan de manejo de inversión del anticipo, respecto de las órdenes de giro hasta el corte 7⁵¹ elaborado por la interventoría, se sustentó y concluyó que el total del valor del anticipo no invertido en el plan de inversión era de \$517.567.964, correspondiente a un 46,29%.

RESUMEN PLAN DE MANEJO E INVERSIÓN DEL ANTICIPO RESPECTO ORDENES DE GIRO - HASTA EL CORTE 7						
Órdenes de giro Aprobadas por la interventoría	Fecha de aprobación	Valor Orden de Giro	VALOR DEL ANTICIPO NO INVERTIDO EN EL PLAN DE INVERSIÓN PRESENTADO (ANTICIPO) - POR ACTIVIDAD HASTA EL CORTE 7	PORCENTAJE NO INVERTIDO PLAN DE INVERSIÓN DEL ANTICIPO	VALOR DEL ANTICIPO INVERTIDO CON BASE EN EL PLAN DE INVERSIÓN (ANTICIPO) - POR ACTIVIDAD HASTA EL CORTE 7	PORCENTAJE INVERTIDO EN EL PLAN DE INVERSIÓN DEL ANTICIPO
No. 001 (obra Civil)	23-feb-18	\$252.383.475,70	-\$122.177.949	-10,93%	\$130.205.526,58	11,65%
No. 002 (Actividades eléctricas)	23-feb-18	\$199.225.788,20	-\$95.009.935	-8,50%	\$104.215.853,00	9,32%
No. 003 (Suministro ascensores)	13-mar-18	\$213.568.000,00	\$0	0,00%	\$266.466.876,00	23,83%
No. 004 (Desmonte ascensores)	20-abr-18	\$52.898.876,00				
No. 005 (carpintería metálica y divisiones en vidrio)	02-may-18	\$399.923.860,00	-\$300.380.080	-26,87%	\$99.543.780,00	8,90%
TOTAL		\$1.118.000.000	-\$517.567.964	-46,29%	\$600.432.036	53,71%

57. El 3 de octubre de 2018, en el marco del comité de obra, se hicieron diferentes observaciones al contratista relacionadas con las demoras en la terminación de los fosos de los ascensores y su negativa a incrementar personal de

⁴⁷ Comités no. 13 14, 15, 16,17 y 18. Expediente digital, Carpeta “INFORME FINAL (ANEXOS)” Archivo PDF “Expediente digital, Carpeta “INFORME FINAL (ANEXOS)” Archivo PDF C” paginas 92-160, índice 33, SAMAI, Tribunal.
⁴⁸ Expediente digital, Carpeta “INFORME FINAL DE INTERVENTORÍA” Archivo PDF TOMO I, índice 33, SAMAI, Tribunal.
⁴⁹ Expediente digital, Carpeta “INFORME FINAL (ANEXOS)” Archivo PDF “A-B” página 408, índice 33, SAMAI, Tribunal.
⁵⁰ Expediente digital, Carpeta “INFORME FINAL (ANEXOS)” Archivo PDF “A-B” páginas 191-192, índice 33, SAMAI, Tribunal.
⁵¹ Expediente digital, Archivo PDF “PARTE I- SINIESTRO” página 51.



obra y recuperar tiempos de presentación, así como respecto de la revisión, conciliación y trámite modificadorio de las obras complementarias⁵².

58. El 10 de octubre de 2018⁵³ se enlistaron por la interventoría las solicitudes realizadas al contratista, no respondidas, relacionadas con la ejecución de actividades, personal en obra e información sobre las inversiones efectuadas con el anticipo, pues al proveedor INGENARO S.A.S se le desembolsó la suma de \$399'923.860, pero no se informó ni acreditó el estado de lo ejecutado por éste - giro 5-.

59. En el Acta del 22 de octubre de 2020 la interventoría manifestó su preocupación con respecto al tiempo restante para la terminación del proyecto y la cantidad de ítems sin terminar, reiterando al contratista la entrega del plan de contingencia que asegurara la terminación de las obras dentro del plazo contractual, también le recordó su compromiso de entregar los APU faltantes estipulados en el balance real de contrato y la falta de respuesta a la comunicación de solicitud de información sobre la orden de giro 5⁵⁴.

60. El contrato finalizó el 13 de noviembre de 2018 sin que se hubiese terminado la ejecución de las obras, dada la negativa del contratista a suscribir una prórroga al contrato para tal efecto, tal como es reconocido en los fundamentos de hecho de la demanda⁵⁵. En el informe final de interventoría que comprendía el periodo del 1 de noviembre de 2018 al 11 de diciembre de 2018, se indicó que el porcentaje de obra programado para la fecha de corte respectiva era del 63%, contra un porcentaje de obra ejecutado del 56%.

61. El 12 de abril de 2019, la supervisión del contrato, a través del oficio DCAS-30510⁵⁶, remitió al contratista el balance final de la totalidad de las cantidades ejecutadas y reconocidas por la interventoría, donde evidenció que no se invirtió la totalidad del anticipo otorgado, faltando la suma de \$517.567.964.

62. El 26 de junio de 2020, mediante Resolución 000022 la entidad contratante, conforme a la información allegada por la interventoría y el supervisor del contrato, y en consideración a las cantidades ejecutadas, declaró que el contratista no invirtió del monto recibido como anticipo la suma de \$517.567.964 y que adicionalmente, que no amortizó un total de \$34'359.003, imponiéndole la obligación de devolver dichos montos. En su recurso de reposición, el contratista indicó que el 100% de la suma entregada en anticipo fue invertida en el proyecto, por cuanto los recursos fueron girados directamente de la Fiduciaria a los proveedores que configuraban el plan para su inversión.

⁵² Expediente digital, Carpeta "INFORME FINAL (ANEXOS)" Archivo PDF "C" páginas 269-, índice 33, SAMAI, Tribunal.

⁵³ 0098.18 IFBM-GTC del 10 de octubre de 2018, Expediente digital Archivo PDF "A-B" páginas 302-306.

⁵⁴ Expediente digital, Carpeta "INFORME FINAL (ANEXOS)" Archivo PDF "C" paginas 305-317, índice 33, SAMAI, Tribunal.

⁵⁵ Sobre el particular el demandante indicó: "Respecto a la decisión del contratista de no continuar con el contrato ante el grave incumplimiento de la administración cabe señalar que estaba en todo su derecho legal de hacerlo, pues cuando una de las partes de un contrato no cumple, le es lícito a la otra dejar de cumplir, en consecuencia, no estaba en la obligación legal ni de firmar una suspensión ni una prórroga".

⁵⁶ Expediente digital Archivo PDF "PARTE 2- SINIESTRO" página 141-155, índice 33, SAMAI, Tribunal.



63. Lo expuesto permite evidenciar que durante la ejecución del negocio jurídico, en adición a otras solicitudes no atendidas, el contratista fue renuente frente a los constantes requerimientos efectuados por la supervisión y la interventoría para que acreditara la efectiva inversión de los recursos del anticipo en la ejecución de la obra contratada. Inclusive, omitió informar y aclarar lo relacionado sobre el giro no. 5 por el valor de \$399'923.860 efectuado a un tercero, sin que la totalidad de esa suma estuviera reflejada en las obras ejecutadas.

64. Está también acreditado que tanto la interventoría como la supervisión del contrato determinaron que, conforme al plan de manejo e inversión del anticipo y el balance final de las cantidades ejecutadas por el contratista hasta la finalización del plazo del negocio jurídico, éste no invirtió, del monto recibido por el mencionado concepto, la suma de \$517'567.964, la cual coincide con la definida en los actos administrativos acusados a cargo del demandante por concepto de anticipo no invertido.

65. Por su parte, tanto en sede administrativa como en el recurso de apelación, la parte actora sostuvo que el anticipo fue invertido en su totalidad por cuanto se hicieron los desembolsos previstos en el plan de inversión, con aprobación de la interventoría, allegando los subcontratos celebrados con cargo a estos recursos, las facturas expedidas y los desembolsos efectuados a los subcontratistas, manifestación y elementos de prueba que para la Sala resultan insuficientes para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, en tanto no permiten establecer con certeza que tales recursos efectivamente fueron invertidos en la obra contratada.

66. Ante la prueba de las cantidades realmente ejecutadas provenientes de la supervisión y la interventoría, y por cuanto corresponde al demandante desvirtuar la presunción de legalidad que cubre a los actos demandados, éste debía demostrar que real y materialmente los recursos desembolsados a sus subcontratistas fueron finalmente empleados en el cumplimiento del objeto contratado⁵⁷; en este sentido, por ejemplo, debía acreditar que la cantidad de obra ejecutada era superior a la establecida por la interventoría y la supervisión, o que no se contemplaron los bienes y servicios efectivamente suministrados y prestados para la consecución del objeto contractual según lo convenido en el plan de inversión del anticipo, a pesar de lo cual, omitió allegar pruebas idóneas para acreditar esas o similares circunstancias.

67. Contrario a lo indicado por la demandante, la inversión de la totalidad de los recursos recibidos por concepto de anticipo, no resulta acreditada a partir del solo desembolso de esos recursos a favor de los subcontratistas encargados de los servicios o bienes aprobados en el plan de manejo de inversión, pues éstos pudieron no ser suministrados y prestados, que fue precisamente lo determinado por la interventoría junto con la supervisión del contrato, y finalmente, por la entidad contratante en los actos acusados, sin que se hubiese allegado prueba en contrario.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 17 de junio de 2024, Exp. 70113, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.



68. Este aspecto no es menor, pues precisamente en virtud de la naturaleza de los recursos que se dan a título de anticipo se exige un mayor control y precaución no solo por parte de la entidad, sino también del contratista, pues, como ya se ha indicado, estos recursos tienen una destinación específica que representa una actividad de interés público y de la cual surge la obligación del contratista de utilizarlos única y exclusivamente para estos efectos o, en su defecto, de restituirlos a la entidad contratante⁵⁸.

69. En consecuencia, la Sala confirmará la conclusión del *a quo* en el sentido de que la parte actora no acreditó el cargo de falsa motivación de las resoluciones 000022 y 000028, fundamentado en que invirtió la totalidad del anticipo en la obra contratada.

70. En lo que tiene que ver con la falta de amortización del anticipo por la suma de \$34'359.003, debe indicarse que la parte actora no desconoce el hecho de que el anticipo no fuera amortizado en su totalidad, ni el valor antes indicado, sino que su reproche se fundamenta en que el *a quo* limitó su análisis al respeto del debido proceso en el curso del procedimiento administrativo que concluyó con la expedición de los actos demandados, y, en consecuencia, omitió valorar las pruebas que determinan de la existencia de problemas presentados durante la ejecución del contrato, ajenos a su responsabilidad, que fueron determinantes para que no se pudiera lograr su amortización total⁵⁹, especialmente por cuanto le fueron generados costos que no estaba en el deber de soportar.

71. En la sentencia de primera instancia, el Tribunal determinó respecto de la amortización del anticipo, que:

72. (i) Resulta improcedente que el demandante fundamente un presunto incumplimiento de la entidad contratante y un reconocimiento a su favor, bajo el argumento que se presentaron atrasos en la obra, toda vez que, por cuenta de ello, el contrato fue objeto de modificación de mutuo acuerdo en el plazo y sus APU, precisamente por las actividades no previstas y las obras complementarias, mediante otrosí 1 del 31 de julio de 2018, en donde la parte actora expresamente aceptó que ello no generaría sobrecostos a la entidad demandante⁶⁰;

73. (ii) El hecho de que la Fiscalía no contara con algunos permisos no implicó que la ampliación del plazo y las nuevas actividades acordadas incidieran en la falta de amortización del anticipo, estando acreditado conforme a las pruebas allegadas, que: ^(a) la amortización solo se realizó durante la ejecución del contrato en siete (7) cuentas, que no cubrían el valor total entregado por concepto de anticipo; ^(b) existía un consenso frente al Acta Parcial 8, por un valor de \$105'617.626.00, y a efectos de amortizar el anticipo se debía tener en cuenta lo consagrado en el contrato (inciso

⁵⁸ Consejo Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2008. Rad. 1881.

⁵⁹ “Por otro lado, respecto a la amortización, resulta procedente recordar que la dificultad presentada con la imposibilidad de ejecución del contrato por causas ajenas al contratista, fue determinante para que no se pudiera lograr, generando con esa circunstancia ajena y sobrevenida, costos al contratista que no se encontraba en el deber de soportar (...)”

⁶⁰ Cláusula primera.



b de la cláusula tercera)⁶¹ y, en consecuencia, dicha suma de dinero debía ser aplicada al valor pendiente por amortizar; y ^(c) una vez hecho lo anterior la suma pendiente de amortizar correspondía a \$34'359.003, como se determinó en los actos demandados.

74. Conforme a lo anterior, en primera medida, se observa que no es cierto que el Tribunal hubiese limitado su análisis a verificar la alegada violación del derecho al debido proceso en el procedimiento administrativo que concluyó con la expedición de los actos demandados, sino que en efecto estudió y se pronunció respecto de la improcedencia de las afirmaciones de la parte actora consistentes en que no le era exigible la amortización total del anticipo por cuenta de un incumplimiento de la entidad y de las variaciones en el plazo y las actividades del contrato, que en su concepto, fueron imputables a la contratante.

75. Así mismo, por cuanto la parte actora limitó sus argumentos en el recurso de alzada a afirmar una falta de pronunciamiento del *a quo* en relación con este aspecto, se observa que al plantear su apelación no adujo motivos de reproche frente a las conclusiones que expresamente expuso el Tribunal sobre el particular, lo que se traduce en que no presentó ni sustentó argumentos a estudiar en segunda instancia que permitan llegar a una conclusión diferente a la razonada por el *a quo*, en cuanto a que la Administración no cercenó las garantías echadas de menos por la parte demandante.

76. La competencia del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación de su impugnación, de manera que el margen de decisión del *ad quem* está dado por el objeto del recurso, definido a partir de las precisas razones de inconformidad -o juicios de reproche- esbozadas por el apelante en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia. En esa medida, la Sala reitera⁶² que es presupuesto *sine qua non* de la sustentación del recurso de apelación la referencia clara y concreta de motivos de disenso frente a los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, carga que no se satisface con la llana indicación de la inconformidad frente a la providencia recurrida ni con la sola solicitud de que se revoque para acceder a los intereses de la parte inconforme, como tampoco, con la simple reiteración de las razones expuestas en el curso de la primera instancia⁶³.

⁶¹ El saldo se cancelará en pagos parciales mensuales de acuerdo al avance de obra certificado por el interventor del contrato mediante Acta de corte parcial. A cada uno de dichos pagos parciales mensuales se le realizará la amortización del anticipo en el 30% con respecto al valor de cada acta de recibo parcial de obra, hasta completar la suma entregada a título de anticipo.

⁶² Al respecto, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de marzo de 2022, radicación 73001-23-33-000-2015-00512-01 (66390), C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 20 de mayo de 2022. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 50001233100020054004401 (53.800).

⁶³ El artículo 328 del CGP dispone que “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse sólo sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio”; el artículo 320 de la misma norma establece que “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”, mientras que su artículo 322 indica que “Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada” (subrayado añadido).



77. En consecuencia, la Sala confirmará lo definido por el Tribunal *a quo* respecto de los efectos del modificadorio 1, la improcedencia de imputar un incumplimiento a la entidad contratante, la ausencia de incidencia de las nuevas actividades y la ampliación del plazo en la amortización del anticipo y, en consecuencia, frente a la procedencia de exigir el valor no amortizado al contratista a la finalización del contrato y la legalidad de los actos acusados que así lo dispusieron, ante la inexistencia de motivos de inconformidad o juicios de reproche del apelante sobre el particular.

Sobre la competencia de la Fiscalía para liquidar el contrato

78. No es cierto, como lo indica la demandante en el recurso de apelación, que al vencimiento de los seis (6) meses que por disposición legal se tienen para la liquidación bilateral y unilateral del contrato, la entidad perdía la competencia para determinar el balance final de cuentas del negocio jurídico mediante acto administrativo, toda vez que el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, aplicable al presente caso, es claro en señalar que si *“vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente”*⁶⁴.

79. En el caso concreto, se advierte que el plazo de ejecución del contrato de obra terminó el 13 de noviembre de 2018, mientras que las partes pactaron en la cláusula décimo novena que la liquidación se realizaría en los términos establecidos por el artículo 60 de la ley 80 de 1993 modificado por el artículo 11 de la ley 1150 de 1993, que prevé cuatro (4) meses para la liquidación bilateral, los cuales vencieron el 14 de marzo de 2019, y dos (2) meses para la liquidación unilateral que fenecieron el 15 de mayo de ese mismo año.

80. Por tanto, como el plazo de seis (6) meses previsto para la liquidación bilateral y unilateral venció el 15 de mayo de 2019, el término de dos (2) años establecido por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 expiraba el 16 de mayo de 2021, razón por la cual, para el momento en que la Resolución 1992 fue proferida liquidando unilateralmente el contrato, esto es, el 7 de octubre de 2020, la entidad aún contaba con competencia para ello, lo que descarta el cargo allegado por la parte actora.

⁶⁴ “ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A. Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente (...).



81. Tampoco resulta justificado el planteamiento de la parte actora, según el cual, la entidad pierde competencia para liquidar unilateralmente el contrato con la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial, toda vez que no existe disposición normativa alguna que así lo determine. Por otra parte, está acreditado que para el momento en que fue expedido el acto administrativo (octubre de 2020) la parte actora no había acudido a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial, lo que ocurrió en julio de 2022, de aquí que no se observa que la administración hubiese perdido la competencia para proferirlo por cuenta de la demanda interpuesta.

82. Por último, la Sala comparte la consideración del *a quo* relativa a que el hecho de que la entidad hubiese solicitado el aplazamiento de la audiencia dentro del trámite conciliatorio y proferiera el acto de liquidación unilateral, no puede entenderse por sí solo como un actuar temerario o de mala fe, pero especialmente, no determina *per se* la configuración de alguna de las causales definidas en la ley para declarar su nulidad, sin que el demandante hubiese allegado elementos adicionales a ese solo hecho para afirmar lo contrario, particularmente cuando el aplazamiento fue solicitado por la entidad ante la necesidad de estudiar jurídicamente en diferentes áreas institucionales lo pretendido por el hoy demandante⁶⁵, con lo que estuvo de acuerdo la parte actora⁶⁶ y sin que ello se hubiese desacreditado en el proceso, y por otra parte, al evidenciarse que el acto de liquidación se limitó a establecer a favor de la entidad los mismos valores que fueron definidos en los actos que definieron la falta de inversión y amortización del anticipo, y por ende, sin incluir razones, circunstancias o conceptos nuevos que hubiesen podido sorprender al contratista.

83. Además, está acreditado que el acto de liquidación unilateral fue notificado a la parte actora con la indicación del recurso procedente, quien presentó una nueva solicitud de conciliación respecto de dicho acto, por lo que no se observa que la circunstancia aducida conllevara la vulneración de alguna oportunidad o derecho a su favor, aspecto que de hecho no fue aducido por el demandante, como tampoco existe evidencia de que durante el proceso de conciliación o frente al acto de liquidación éste adujera la mala fe que ahora invoca.

Sobre la condena por agencias en derecho en primera instancia

84. Las costas, tanto en su componente de expensas como de agencias en derecho, son fijadas por el juez de conocimiento bajo los criterios establecidos en la ley, por tanto, no obedecen al arbitrio o discrecionalidad de los sujetos procesales y en esa medida, su condena es el resultado de un análisis objetivo contra la parte vencida en juicio, pero no en forma automática, en tanto el juzgador debe valorar que esté configurada cualquiera de las hipótesis previstas por la norma a fin de establecer si hay lugar o no a su reconocimiento, con el fin de compensar el esfuerzo realizado y la afectación patrimonial que le implicó la causa a quien resultó victorioso.

⁶⁵ Archivo "1_ED_001DEMANDAYANEXOSPD(.pdf)", pág. 395.

⁶⁶ Archivo "1_ED_001DEMANDAYANEXOSPD(.pdf)", pág. 396.



85. Bajo las reglas del Código General del Proceso (artículos 365 y 366), la condena en costas y agencias en derecho no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria, toda vez que dicha condena se impone a partir de la verificación objetiva de quién resultó vencido, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”* ⁶⁷.

86. Para el caso en concreto y teniendo en cuenta que la demandante resultó vencida en el trámite de primera instancia, la condena en agencias en derecho resultaba procedente en la medida que se hubiesen causado, sin que resultara necesario acreditar una conducta temeraria o de mala fe por su parte, contrario a lo indicado en el recurso de apelación.

87. En línea con lo expuesto en cada uno de los acápites donde se resolvieron los argumentos planteados en la alzada, la Sala confirmará la sentencia apelada, puesto que, como se vio, no prosperaron los cargos formulados.

Condena en costas en segunda instancia

88. En consideración a que este proceso se rige por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021⁶⁸, en armonía con el artículo 365 del Código General del Proceso⁶⁹, la Sala condenará en costas a la parte actora, en la medida en que fracasaron los cargos de apelación que formuló y se confirmará la sentencia de primera instancia. Dicha condena no requiere la apreciación o calificación de una conducta temeraria, sino la verificación objetiva de quién resultó vencido.

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

90. Por su parte, el artículo 361 *ejusdem* prevé que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados causados durante el trámite de la controversia, así como por las agencias en derecho, las cuales, en virtud del numeral 4 del artículo 366 de la misma normativa, se fijan con observancia de las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, vigente para la fecha en que se presentó la demanda⁷⁰, el cual dispone que, en las sentencias dictadas en procesos

⁶⁷ De acuerdo con la Corte Constitucional *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”*. Sentencia C-157/13. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶⁸ Como el recurso se interpuso en el año 2024, le son aplicables las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 2021.

⁶⁹ El Código General del Proceso es aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA.

⁷⁰ Aplicable para el 8 de julio de 2022, por cuanto entró en vigor el 5 de agosto de 2016.



declarativos de única instancia en asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, como sucede en el caso concreto, se fijarán entre 1 y 8 SMLMV.

91. Atendiendo a que la entidad demandada nombró apoderado judicial y actuó en el proceso defendiendo sus intereses, la parte actora será condenada al pago de costas y agencias en derecho, en atención a las reglas aplicables en la materia, al haber resultado vencida en el proceso.

92. En consecuencia, en los términos del artículo 5 numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, se fijan como agencias en derecho a cargo del demandante, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) a la fecha de ejecutoria de esta sentencia y a favor de la entidad demandada.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de mayo de 2024 proferida por la Sección Tercera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: CONDENAR en costas por la segunda instancia al Consorcio Cibegar Fiscalía 001, las cuales deberán ser liquidadas de manera concentrada en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. **FIJAR** las agencias en derecho por la segunda instancia en un (1) SMLMV, que los integrantes del Consorcio Cibegar Fiscalía 001, solidariamente, deberán pagar a favor de la Fiscalía General de la Nación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ



Expediente: 250002336000-2022-00384-01 (71577)

Demandante: Consorcio Cibegar Fiscalía 001

Demandado: Fiscalía General de la Nación

Acción: Controversias contractuales

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe de 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. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema SAMAI.**

