

RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN – Ley 142 de 1994 – No aplicación del EGCAP

Resulta pertinente mencionar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 – modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001–, los contratos [...] no se sometieron a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–, sino que se rigieron por el derecho privado, en tanto Dispac es una empresa de servicios públicos mixta.

GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) – Ley 1150 de 2007, Artículo 1– Ley 80 de 1993, Artículo 7 – Aplicación – Entidades sometidas al EGCAP

La Subsección 1 de la Sección 3 del Decreto 1082 de 2015 a la que se remitieron las partes en la cláusula décima segunda de los contratos [...] reglamenta lo relativo a la garantía única de cumplimiento a la que se refiere el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007, que regula con carácter especial el régimen de garantías de los contratos sometidos al EGCAP.

Como antecedente a tal decreto, debe recordarse que el congreso expidió la Ley 1150 de 2007 con un doble propósito, de un lado, introducir “medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993” y de otro dictar “otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. En línea con ello, el objeto de la ley se consignó en su artículo 1º en los siguientes términos: “La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos”.

Las modificaciones a la Ley 80 de 1993 quedaron contenidas en el Título I – “*DE LA EFICIENCIA Y DE LA TRANSPARENCIA*”–, dentro del que se ubica el artículo 7 referente a la garantía única de cumplimiento. Las disposiciones generales aplicables a la contratación con recursos públicos se consignaron en el Título II –“*DISPOSICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN CON RECURSOS PÚBLICOS*”–; de ahí que la regulación en punto a la garantía única de cumplimiento se predique únicamente respecto de las entidades sometidas al EGCAP, no en relación con los contratos que se celebren con recursos públicos bajo regímenes especiales o exceptuados.

RÉGIMEN DE GARANTÍAS DE CONTRATOS SOMETIDOS AL EGCAP – Características – Ley 1150 de 2007 – Artículo 7

El artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 establece cuatro aristas fundamentales que gobiernan el régimen de garantías de los contratos sometidos al EGCAP:

(i) La obligación legal de los contratistas de prestar garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, así como la de los proponentes de prestar garantía de seriedad de sus ofrecimientos. El inciso final del mismo artículo 7º establece las excepciones a esta regla. (ii) Las modalidades a través de las cuales se puede prestar la garantía única de cumplimiento. Dispone que pueden consistir 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. (iii) Tratándose de pólizas, señala que no expiran por falta de pago de la prima ni por revocatoria unilateral. (iv) La facultad de las entidades contratantes de declarar el acaecimiento del siniestro a través de acto administrativo, lo que determina la forma de hacerlas efectivas.

DECRETO 1082 DE 2015 – Reglamentación de las garantías

A

En la actualidad, dicha reglamentación se encuentra contenida en el Decreto 1082 de 2015, Subsección 1 de la Sección 3ª, que regula, entre otros, los siguientes aspectos:

(i) Los riesgos que se deben cubrir a través de las diferentes modalidades de la garantía única de cumplimiento con ocasión de: a) la presentación de las ofertas; b) los contratos y su liquidación y c) los derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas. (ii) Las modalidades a través de las cuales se puede prestar la garantía única de

cumplimiento: a) contrato de seguro contenido en una póliza; b) patrimonio autónomo o c) garantía bancaria. (iii) La regla de indivisibilidad de la garantía y sus excepciones. (iv) Los eventos que deben quedar cubiertos por las garantías respecto de los ofrecimientos de la oferta (riesgos precontractuales), el cumplimiento del contrato (incluye los riesgos contractuales y post-contractuales) y la responsabilidad civil extracontractual. (v) La suficiencia de cada una de las garantías, determinada en función del monto asegurable y su vigencia. (vi) La efectividad de las garantías: por medio de acto administrativo constitutivo o declarativo del siniestro.

REMISIÓN POR VÍA CONVENCIONAL – Decreto 1082 de 2015 - Acuerdo entre las partes – Excepción de aplicación – facultades administrativas – Rótulo de la garantía – no resulta ser un defecto para acreditar la constitución de la garantía

[...] destaca la Sala que la remisión que por vía convencional hicieron las partes al Decreto 1082 de 2015 únicamente puede entenderse referida a aquellos aspectos que, al margen de esa normativa especial, habrían podido ser estipulados por las partes, como los atinentes al tipo de garantía a prestar, los riesgos que se debían amparar, los montos y sus vigencias, no así respecto de otros que, como la forma de hacer efectiva las garantías, comportan el ejercicio de facultades administrativas que tienen origen legal en el EGCAP y que, por tanto, no aplican a contratos estatales no cobijados por él, o de las materias específicas reguladas en el Código de Comercio que, por la especialidad del régimen de garantías de los contratos sometidos al EGCAP, le resultan incompatibles.

al no estar sujetos los contratos [...] al régimen especial de garantías del EGCAP, la póliza de cumplimiento que se expidió para avalar las obligaciones del contratista no debía acreditar elementos materiales diferenciables respecto de las pólizas expedidas a favor de particulares, en función de la especialidad de aquella normativa; de manera que la sola rotulación del instrumento contentivo de los contratos de seguros de cumplimiento como expedida a favor de particulares resulta insuficiente para revelar defectos sustanciales en su constitución.

OBLIGACIONES CONTRACTUALES –Decreto 1082 de 2015– Principio de Convalidación de Actos Contractuales

Así, al revisar el contenido de la cláusula décima segunda de los contratos [...], se observa que, aun cuando las partes señalaron que las garantías se debían constituir en los términos de la Subsección 1 de la Sección 3 del Decreto 1082 de 2015, lo cierto es que regularon específicamente los amparos que se debían cubrir, la vigencia y el monto asegurable para cada uno de ellos, asuntos sobre los cuales, se reitera, la demandante no solo no presentó ningún reparo, sino que, además, al expedir el formato de aprobación de las pólizas, validó que se cumplieron.

En ese estado de las cosas, se extraña que la contratante –hoy demandante– no hubiere señalado específicamente cuál aspecto habría sido desatendido por el contratista al constituir las respectivas pólizas, prefiriendo el llamado formal a cambiar las pólizas por el rótulo que se incluyó “*en favor de particulares*”. En estas condiciones, no es posible concluir que Furel incumplió la cláusula décima segunda de los contratos en punto a la remisión hecha a la mencionada normativa y tampoco que el yerro en la rotulación de las pólizas al señalar que se expedían a favor de particulares hubiere tenido efectos materiales relevantes, en la medida que tal mención no era apta de proyectarse con efectos invalidantes frente a los amparos que se exigieron, razón que ratifica con contundencia que la titulación cuestionada por la demandante fue apenas una incorrección no sustancial de formato, que no daba lugar a que la contratista tuviera que corregir las pólizas.



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

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D. C., primero (1º) de julio de dos mil veinticinco (2.025)

Radicación: 520012333000 202000059 03 (72.324) y
520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante: Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. –
Dispac
Demandados: Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Medio de control: Controversias contractuales
Referencia: Sentencia de segunda instancia

TEMAS: GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO – las deficiencias insustanciales no restan valor y efecto a los amparos otorgados / OCURRENCIA DEL SINIESTRO – no se configuró, porque no se acreditó la desatención obligacional atribuida.

Surtido el trámite de ley, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia que negó las pretensiones de las demandas acumuladas.

La controversia en esta instancia versa sobre el supuesto incumplimiento contractual en el que habría incurrido la contratista por no constituir en debida forma las garantías de cumplimiento y corregirlas de manera inoportuna.

I. SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión antes referida, adoptada el 23 de septiembre de 2024¹, por medio de la cual la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño resolvió:

“PRIMERO: Declarar configuradas las excepciones de ausencia de incumplimiento de contrato e inexistencia de responsabilidad contractual propuestas por FUREL S.A.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración denegar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Condenar en costas de primera instancia a DISPAC S.A. E.S.P., a favor de la parte demandada, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con los artículos 365 y 366 del CGP.

CUARTO: Por Secretaría se devolverá el remanente de los gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, y se dejará constancia expresa de ello. En firme la presente decisión, se archivará el asunto. Secretaría hará las anotaciones de ley en libros radicadores y en el aplicativo Samaí”.

2. La sentencia decidió las demandas² presentadas el 5 de febrero de 2020³ por la Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. (en adelante, Dispac, la

¹ Índice 68 SAMAI, Tribunal Administrativo de Nariño (en adelante, T.A.).

Radicación 520012333000 202000059 03 (72.324) y
520012333000 202000060 03 (procesos
acumulados)
Demandante: Empresa Distribuidora del Pacífico S.A.
E.S.P. – Dispac
Demandada: Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia: Sentencia de segunda instancia

contratante y/o la demandante), en contra de Furel S.A. (en lo sucesivo, Furel y/o la contratista) y Zurich de Colombia Seguros S.A. (en adelante, Zurich, la aseguradora y/o la compañía de seguros), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se relacionan a continuación:

Pretensiones

3. En las demandas se solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas⁴:

i) Furel incumplió los contratos DG-030 y DG-031 de 2018 por no aportar las garantías de cumplimiento respectivas en los términos establecidos en la cláusula décima segunda de cada negocio jurídico. Consecuencialmente, es responsable de los daños y perjuicios causados a la demandante con tal desatención.

ii) Ocurrieron los siniestros amparados en las pólizas de seriedad de la oferta SGPL-855707-1 (correspondiente al contrato DG-030) y SGPL-855561-1 (correspondiente al contrato DG-031), por la falta de presentación de las garantías de cumplimiento respectivas y por dejar vencer el plazo estipulado en ambos contratos. Consecuencialmente, la aseguradora es responsable del pago de los perjuicios derivados de los incumplimientos de Furel en los contratos DG-030 y DG-031.

iii) En relación con el contrato DG-030, se condene a las demandadas a pagar a Dispac seiscientos cuarenta y ocho millones ochocientos cincuenta y seis mil doscientos treinta y ocho pesos (\$648'856.238) por concepto de daños y perjuicios. Respecto del contrato DG-031 se las condene al pago de seiscientos veintitrés millones ciento siete mil treinta pesos (\$623'107.030) por el mismo concepto.

iv) Se condene a la aseguradora a pagar los intereses moratorios causados desde el día siguiente a aquél en el que venció el plazo que tenía para realizar el pago de la indemnización y hasta que éste se haga efectivo respecto de cada póliza⁵.

v) Se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso.

Hechos

4. En apoyo de las pretensiones se narraron los hechos que se sintetizan a continuación:

² Se trata de dos procesos acumulados. El juicio identificado con la radicación No. 520012333000 202000059 03 está vinculado a la demanda presentada frente al contrato DG-030 de 2018, mientras que el litigio identificado con la radicación No. 520012333000 202000060 03 responde a la demanda formulada respecto del contrato DG-031 de 2018. La acumulación se decretó a través del auto del 14 de marzo de 2023 (índice 20 SAMAI, T.A.)

³ Índice 20 SAMAI, T.A.

⁴ Además de las referenciadas, en las demandas se solicitó que se declarara que Furel participó en los procesos de selección que precedieron la celebración de los contratos DG-030 y DG-031, que estos negocios jurídicos se celebraron, así como también que se suscribieron los contratos de seguro que dieron lugar a la expedición de las garantías de seriedad de la oferta respecto de ambos negocios jurídicos; sin embargo, sobre estos aspectos no existe ninguna controversia entre las partes.

⁵ En ambos casos desde el 22 de marzo de 2019.

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

5. Dispac celebró con Furel los contratos DG-030⁶ y DG-031⁷, cuyo objeto consistió en la obra para el “*suministro transporte e instalación*” de sistemas solares fotovoltaicos individuales (SSFVI) que se debían entregar en operación y debidamente energizados; en el caso del primer negocio jurídico, para 190 nuevos usuarios de viviendas rurales de las veredas Santo Domingo, El Progreso y Chontal del municipio de San Andrés de Tumaco, departamento de Nariño; en el del segundo, para 184 usuarios de la vereda Teherán del mismo municipio.

6. En cumplimiento de lo exigido en el marco de los procesos de selección previos a la suscripción de los contratos, Furel adquirió con Zurich las pólizas de seriedad de la oferta SGPL-855707-1 y SGPL-855561-1.

7. Según lo establecido en los procesos de selección y en la cláusula décima segunda de los contratos, Furel estaba obligada a constituir las pólizas que garantizaran su cumplimiento, las cuales se debían expedir de conformidad con lo establecido en el Decreto 1082 de 2015 y en las que debían fungir como entidades aseguradas el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para Zonas No Interconectadas (IPSE) y Dispac.

8. Furel no “*adquirió*” las garantías de cumplimiento según lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, sino bajo el marco regulatorio establecido para los particulares, y solo designó a Dispac como entidad asegurada.

9. En ambos casos la interventoría solicitó a la contratista la adecuación de las pólizas para dar cumplimiento a los plazos de vigencia contractual⁸. Las pólizas corregidas se entregaron el 8 de junio de 2018; sin embargo, dado que aún estaban mal elaboradas, el 18 de julio siguiente se hizo un nuevo requerimiento, el cual fue atendido el 9 de agosto, cuando los dos contratos ya habían terminado por vencimiento del plazo, lo que tuvo lugar el 30 de julio de 2018.

10. El 16 de julio de 2018, faltando 14 días para que venciera el plazo pactado de ejecución, el contratista solicitó que se desembolsara el anticipo, petición que fue negada con base en la necesidad de que se corrigieran las pólizas.

11. En la misma fecha, Furel solicitó que se prorrogaran los contratos⁹; sin embargo, las peticiones no pudieron ser tramitadas porque no estaban suscritas por el representante legal y porque era necesario que primero se solucionara la problemática de las pólizas.

12. Los contratos terminaron sin que se presentaran las pólizas en debida forma y sin que se ejecutaran obras ni se suministraran los elementos acordados. De esta manera, Furel incurrió en 2 causales de terminación pactadas en la cláusula vigésima séptima de ambos negocios jurídicos: *i)* incumplimiento de los

⁶ El contrato DG-030 se celebró el 10 de mayo de 2018.

⁷ El contrato DG-031 se suscribió el 15 de mayo de 2018.

⁸ La demanda no precisa la fecha ni el documento en el que se hizo este requerimiento.

⁹ Indicó que existían problemas con el listado inicial de usuarios, dificultades en los tiempos para la compra de equipos, transporte, instalaciones y pruebas de campo.

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

deberes prestacionales asignados al contratista –numeral 2– y *ii*) vencimiento del plazo fijado –numeral 4–.

13. Los referidos incumplimientos afectaron las relaciones contractuales de Dispac con el IPSE y el Ministerio de Minas y Energía originadas en los contratos interadministrativos FAZNI GGC 625 IPSE 121 de 2017 y FAZNI GGC 626 IPSE 115 de 2017; de igual forma se generaron perjuicios a las comunidades que se iban beneficiar con las unidades fotovoltaicas contratadas.

14. En los dos contratos Dispac adelantó gestiones encaminadas a solucionar a través de arreglo directo las diferencias suscitadas en virtud del incumplimiento que imputó a Furel respecto de la constitución de las pólizas¹⁰ ; sin embargo, las partes no llegaron a un acuerdo.

15. El 17 de octubre de 2018, ante la falta de consenso y agotada la etapa de arreglo directo, Dispac profirió actas de terminación de los contratos con sustento en las causales antes anotadas.

16. El 21 de febrero de 2019, Dispac presentó ante Zurich las reclamaciones enderezadas a afectar las pólizas de seriedad de la oferta SGPL-855707-1 y SGPL-855561-1 por no haberse otorgado la garantía de cumplimiento de los contratos DG-030 y DG-031, respectivamente. La aseguradora negó las peticiones el 19 de marzo del mismo año¹¹.

Fundamentos de derecho

17. La demandante señaló que Furel incumplió los contratos DG-030 y DG-031, toda vez que en las pólizas otorgadas solo fungía como asegurada Dispac, a pesar de que tal calidad también debía extenderse al Ministerio de Minas y Energía y al IPSE.

18. La presentación de la garantía de cumplimiento era una obligación de los contratos DG-030 y DG-031, dado que así se pactó y porque, en virtud de lo previsto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 –EGCAP–, la aprobación de dicho instrumento constituye requisito para la ejecución de los contratos estatales.

19. La falta de pago de una indemnización por parte de Zurich comportó una violación al principio de buena fe contractual. La realización del riesgo de falta de otorgamiento de la garantía de cumplimiento del contrato cubierto por la garantía

¹⁰ Dispac consideró que las garantías de cumplimiento otorgadas por Furel no cumplían con los términos consignados en el numeral 36 de los *términos de referencia* de los procesos de selección que precedieron la celebración de los contratos DG-030 y DG-031 de 2018 y la cláusula décima segunda de esos negocios jurídicos. La entidad contratante sostuvo que: *i*) el aseguramiento se hizo bajo el marco regulatorio establecido para los particulares, sin sujeción a lo establecido en el Decreto 1082 de 2015 (no se precisó expresa ni tácitamente cuál disposición normativa de dicho cuerpo reglamentario se habría infringido); *ii*) las pólizas en cuestión no incluyeron a la Nación – Ministerio de Minas y Energía y al IPSE como entidades aseguradas y *iii*) dichas falencias se corrigieron por fuera del plazo de duración contractual (el ajuste de dichos instrumentos de garantía solo se produjo hasta el 9 de agosto de 2018, pese a que los vínculos obligatorios finalizaron el 30 de julio de esa misma anualidad) (índice 20 SAMAI, T.A.).

¹¹ En la demanda no se referencian las razones de esta negativa

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

de seriedad de la oferta se acreditó y, dada la naturaleza sancionatoria de ese riesgo, no era necesario demostrar los perjuicios causados con su materialización.

20. La aseguradora infringió el artículo 1080 del Código de Comercio, porque no pagó el siniestro en el término estipulado en esa norma y, por tanto, incurrió en mora.

Contestaciones de las demandas

21. Furel se opuso¹² a la prosperidad de las pretensiones de las demandas. Como fundamento expresó, que:

22. (i) Cumplió oportuna y adecuadamente con la obligación de constituir las garantías de cumplimiento. Si bien en el encabezado de las pólizas se indicó que se expedían a favor de particulares, lo cierto es que en una nota aclaratoria dentro de los mismos documentos se dejó constancia de que las entidades aseguradas eran la Nación – Ministerio de Minas y Energía, el IPSE y Dispac, tanto que la supervisión de los contratos las aprobó el 23 de mayo de 2018 y la interventoría lo hizo el 10 de julio de 2018.

23. (ii) Ante la insistencia de Dispac y la decisión de no desembolsar el anticipo pactado hasta que se corrigieran las pólizas, se solicitó a Zurich proceder de conformidad. La aseguradora informó que para hacer el cambio se debían expedir unas nuevas, lo que se logró el 9 de agosto de 2018.

24. (iii) Las razones por las que el contrato terminó sin que se desarrollara su objeto no fueron imputables a Furel, toda vez que cumplió con todos los requisitos necesarios para que se iniciara su ejecución, entre ellos, la adecuada constitución de las pólizas; sin embargo, fue Dispac la que se negó a desembolsar el anticipo y a tramitar la prórroga de los contratos que se solicitó, lo que muestra que no tuvo ánimo cooperativo y de ayuda mutua con el contratista¹³.

25. Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones que denominó “Ausencia de incumplimiento de contrato e inexistencia de responsabilidad contractual”, “Ausencia de buena fe contractual por parte de Dispac S.A. E.S.P.” y la “genérica” para que el juez declare oficiosamente la prosperidad de las que encuentre probadas.

26. Zurich se opuso¹⁴ a la prosperidad de las pretensiones de las demandas. Además de coadyuvar los argumentos de defensa planteados por Furel, señaló

¹² Índice 20 SAMAI, T.A.

¹³ Furel indicó que las siguientes conductas evidenciaban la ausencia de buena fe contractual por parte Dispac: “[...] 1. Determinar que las pólizas no cumplen supuestamente con los presupuestos contractuales, ni legales, 57 días después de la primera aprobación de las pólizas y 8 días después de la segunda aprobación. 2. Notificar a la aseguradora de las novedades legales que sufrió la sociedad FUREL S.A., y requerir información sobre la validez de las pólizas expedidas 5 días antes de requerir la modificación de las pólizas. 3. No darle trámite a la solicitud de desembolso, la cual cumplía con todos los requisitos establecidos en el contrato.

4. No darle trámite a la solicitud de prórroga del contrato, basados en razones superfluas y sin sustento [...]” (índice 20 SAMAI, T.A.).

¹⁴ Índice 20 SAMAI, T.A.

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

que los contratos DG-030 y DG-031, así como las pólizas de seriedad de la oferta se rigieron por el derecho privado, de manera que cualquier manifestación unilateral de Dispac respecto de la terminación, el incumplimiento, la ocurrencia del siniestro o la liquidación de perjuicios era inexistente frente a las demandadas.

27. En relación con las pólizas de seriedad de la oferta, planteó los siguientes medios exceptivos: i) *“Deben respetarse los términos y condiciones aplicables a la póliza de seriedad de la oferta: los hechos materia de este proceso no están cubiertos”* y ii) *“El lucro cesante no es objeto de cobertura en la póliza de seriedad de la oferta por ser un riesgo expresamente excluido”*.

28. Señaló que, en los términos del artículo 1079 del Código de Comercio, la responsabilidad de Zurich está limitada al valor de la suma asegurada y solicitó que, en caso de que se accediera a las pretensiones de la demanda, se realizara la compensación con los saldos a favor del contratista¹⁵.

29. Por último, solicitó que en el evento de que se desestimaran todas sus excepciones y argumentos de defensa, se redujera el valor de la cláusula penal pecuniaria (arts. 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio).

Llamamientos en garantía

30. Zurich llamó en garantía¹⁶ a Furel en ambos procesos. En suma, señaló que en caso de estar obligada a realizar el pago de la indemnización a favor de Dispac y efectivamente hacerlo, se debía condenar a la contratista a reembolsar a la aseguradora dicho pago en calidad de subrogataria de los derechos de la asegurada, actualizado y con reconocimiento de intereses de mora y de los demás los perjuicios que se causen por motivo del recobro.

31. Furel contestó¹⁷ los llamamientos en garantía con fundamento en las mismas razones que expresó respecto de las demandas de Dispac.

Alegatos de conclusión en primera instancia

32. Agotada la etapa probatoria¹⁸, Dispac¹⁹ y Zurich²⁰ alegaron de conclusión para insistir en sus argumentos. Furel y el Ministerio Público no se pronunciaron.

¹⁵ “[...] [E]n este caso, se cumplen todas estas condiciones. Por una parte, **DISPAC S.A.** sería el deudor de **FUREL S.A.**; en efecto, le debe unas sumas de dinero a título de contraprestación por la ejecución del Contrato de Obra. A su turno, con base en una eventual sentencia de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la cláusula penal pecuniaria, **FUREL S.A.** le adeudaría también unas sumas de dinero al **DISPAC S.A.** [...] Así las cosas, si se da el escenario para aplicar la compensación entre **DISPAC S.A.** y **FUREL S.A.**, el Honorable Tribunal debe reconocer que mi representada responde en la medida en que quede un saldo insoluto de la obligación a indemnizar, previa aplicar de la compensación [...]” (Índice 20 SAMAI, T.A.).

¹⁶ Índice 20 SAMAI, T.A.

¹⁷ Índice 20 SAMAI, T.A.

¹⁸ A través del auto del 14 de abril de 2023, el Tribunal de primer grado decretó las pruebas documentales aportadas con las demandas, los llamamientos en garantía y sus contestaciones, así como el informe escrito bajo gravedad de juramento del representante legal de Dispac (elemento de convicción solicitado por Zurich). El *a quo* no accedió a las demás peticiones probatorias formuladas por las partes; sin embargo, esta Corporación, a través del proveído del 29 de enero de 2024, revocó parcialmente la referida decisión del juzgador de primer grado, en el sentido de decretar los siguientes medios probatorios solicitados por la aseguradora: i) testimonios de Ascencio Ladino Epia (coordinador de proyectos renovables de Furel) y James

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

Fundamentos de la sentencia impugnada

33. Como sustento de la decisión²¹, el *a quo* sostuvo que Furel otorgó en debida forma las pólizas de cumplimiento de los contratos DG-030 y DG-031 de 2018. Pese a que dichos instrumentos se identificaron como una “*póliza de seguro de cumplimiento en favor de particulares*”, ello obedeció a un error nominal, comoquiera que las pólizas se expidieron a favor de entidades públicas; además, en ellas se incluyó una nota aclaratoria en la que se precisó que el Ministerio de Minas y Energía y el IPSE también tenían la calidad de asegurados en dichas garantías.

34. Constató que las pólizas de cumplimiento que otorgó el contratista no fueron rechazadas por la contratante quien, en cambio, las aprobó y después de ello advirtió unas supuestas falencias que en realidad no existieron, porque las garantías se ajustaron a los lineamientos requeridos para los contratos DG-030 y DG-031 de 2018.

35. Frente a la declaratoria de ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de seriedad de la oferta, sostuvo que el siniestro reclamado no se materializó, porque el contratista entregó las pólizas de cumplimiento requeridas dentro de los plazos contractuales acordados, hecho que tuvo lugar el 23 de mayo de 2018, mientras que los negocios jurídicos expiraron el 30 de julio de ese mismo año.

II. RECURSO DE APELACIÓN

36. Dispac interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de las demandas²². Como fundamento de su impugnación expresó lo siguiente:

37. *i)* El juzgador de origen adoptó una lectura errada de las normas aplicables al caso concreto y del material probatorio recabado en el proceso, en tanto se limitó a transcribir los fundamentos de las excepciones planteadas por Furel y Zurich. Si bien Dispac aprobó las pólizas de cumplimiento otorgadas por Furel, el *a quo* ignoró que las falencias advertidas en esos instrumentos dieron lugar a que se requiriera al contratista para que las corrigiera, lo cual sucedió de forma inoportuna.

38. *ii)* Insistió en las razones de hecho y de derecho que consignó en las demandas.

Martínez (director de la firma interventora Unión Temporal Progen Tumaco) y *ii)* el interrogatorio de parte de Michael Gil Gómez (representante legal de Furel). La audiencia de pruebas se celebró el 9 de abril de 2024, diligencia en la que el Tribunal prescindió de los testimonios decretados en sede de apelación, dado que lo llamados a declarar no comparecieron. El representante legal de Furel tampoco asistió y no presentó la excusa que justificara dicha circunstancia. A través del auto del 2 de julio de 2024, el juzgador de primera instancia determinó que la audiencia de pruebas no sería reprogramada y, además, precisó que en la sentencia se resolvería sobre las consecuencias procesales asociadas a la inasistencia del representante legal de Furel para absolver el interrogatorio decretado (índices 25, 32, 43, 47, 58, 60 y 62 SAMAI, T.A.).

¹⁹ Índice 40 SAMAI, T.A.

²⁰ Índice 39 SAMAI, T.A.

²¹ Índice 73 SAMAI, T.A.

²² Índice 71 SAMAI, T.A.

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

Trámite en segunda instancia

39. A través del auto del 5 de diciembre de 2024²³, el Tribunal concedió el recurso de apelación interpuesto en el efecto suspensivo y esta Corporación lo admitió mediante el proveído del 11 de febrero de 2025²⁴.

40. De conformidad con lo regulado en el artículo 247 del CPACA²⁵, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, no se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, comoquiera que no se decretaron pruebas en segunda instancia.

41. Zurich se pronunció frente al recurso de apelación²⁶ para solicitar que se confirme la sentencia recurrida. Dispac y Furel guardaron silencio en esta etapa procesal. El Ministerio Público rindió concepto²⁷ para solicitar que se confirme la sentencia apelada, porque las pólizas cumplieron con las condiciones exigidas.

III. CONSIDERACIONES

Objeto del recurso de apelación

42. Corresponde a la Sala establecer si el Tribunal valoró inadecuadamente las pruebas aportadas al proceso y si estas dan cuenta de que Furel incumplió los contratos DG-030 y DG-031 de 2018 por haber corregido las garantías de cumplimiento después de expirado el plazo pactado para su ejecución.

43. Se precisa que el reproche de la recurrente tendiente a cuestionar la sentencia por haberse limitado a transcribir los fundamentos de las excepciones planteadas por Furel y Zurich no está llamado a prosperar, toda vez el contenido del fallo da cuenta de que el a quo no se limitó a reiterar los argumentos de defensa de las demandadas, sino que, tomando en cuenta las posiciones de ambos extremos del litigio, con fundamento en los análisis legales y de las pruebas obrantes en el plenario que desplegó, concluyó que asistía razón a la demandada.

44. Aclarado lo anterior, es necesario indicar que en el numeral 36²⁸ de los denominados *términos de referencia* que rigieron los procesos de selección que

²³ Índice 72 SAMAI, T.A.

²⁴ Índice 3 SAMAI, C.E.

²⁵ **Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias** [modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021]. *El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...] 4. Desde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria del que la admite en segunda instancia, los sujetos procesales podrán pronunciarse en relación con el recurso de apelación formulado por los demás intervinientes. 5. Si fuere necesario decretar pruebas, una vez practicadas, el superior autorizará la presentación de alegatos por escrito, para lo cual concederá un término de diez (10) días. En caso contrario, no habrá lugar a dar traslado para alegar. El secretario pasará el expediente al despacho para dictar sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de concluido el término para alegar o de ejecutoria del auto que admite el recurso. 6. El Ministerio Público podrá emitir concepto desde que se admite el recurso y hasta antes de que ingrese el proceso al despacho para sentencia [...] (aclaración y énfasis añadido).*

²⁶ Índice 9 SAMAI, C.E.

²⁷ Concepto No. 020 del 27 de febrero de 2025 (índice 10 SAMAI, C.E.).

²⁸ Índice 20 SAMAI, T.A.

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

precedieron la celebración de los contratos DG-030²⁹ y DG-031³⁰, se precisaron los lineamientos bajo los cuales debían otorgarse las garantías que avalarían sus obligaciones:

“36. GARANTÍAS DEL CONTRATO

Dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de firma del contrato, en una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, EL CONTRATISTA deberá constituir a su costa como tomador, y a favor del asegurado LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA – IPSE Y DISPAC, las garantías que avalen las obligaciones del contrato cumpliendo los requerimientos del DECRETO 1082 DE 2015 TÍTULO III EN LA SUBSECCIÓN 1 DE LA SECCIÓN 3 DEL CAPÍTULO 2 a favor de entidades estatales, las cuales deberán constituirse con compañías de seguros legalmente establecidas en Colombia con sujeción a las correspondientes pólizas matrices aprobadas por la Superintendencia Bancaria [...]” (énfasis añadido).

45. Esta estipulación fue replicada en la cláusula décima segunda de ambos negocios jurídicos³¹.

46. En la carátula de las pólizas de seguro de cumplimiento SEPL-974390-1³² (contrato DG-030 de 2018) y SEPL-987077-1³³ (contrato DG-031 de 2018) que inicialmente constituyó y entregó Furel dentro del término de los diez (10) días hábiles siguientes a la suscripción de los contratos³⁴, se referenció como asegurada a Dispac; sin embargo, en el mismo cuerpo de esos documentos se incluyó una *nota aclaratoria*³⁵ del siguiente tenor literal: “**se deja constancia que también son asegurados en la presente póliza la Nación – Ministerio de Minas – IPSE y Dispac S.A. E.S.P.**” (énfasis agregado).

47. La precisión en cita pone en evidencia, sin mayor elucubración, que Furel cumplió a cabalidad con lo dispuesto en el numeral 36 de los términos de referencia y en la cláusula décima segunda de los contratos DG-030 y DG-031, en punto a las entidades que debían figurar como aseguradas.

48. En lo que concierne a la aseveración de Dispac en cuanto a que las pólizas inicialmente entregadas por Furel no se expidieron de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015 –normativa a la que acudieron las partes de manera convencional–, es pertinente mencionar que este cargo se sustentó exclusivamente en el hecho de que en su rótulo se indicó erróneamente que se expidieron a favor de particulares. La demandante no señaló que los riesgos amparados, las condiciones de cobertura, las vigencias o el monto asegurado no correspondieran a lo dispuesto en dicha normativa sobre esas materias; tampoco

²⁹ Índice 20 SAMAI, T.A.

³⁰ Índice 20 SAMAI, T.A.

³¹ Índice 20 SAMAI, T.A.

³² Índice 20 SAMAI, T.A.

³³ Índice 20 SAMAI, T.A.

³⁴ Los contratos DG-030 y DG-031 de 2018 se suscribieron el 10 y el 15 de mayo de ese mismo año, respectivamente. Dispac aprobó las pólizas de seguro de cumplimiento entregadas para cada negocio jurídico el 23 de mayo de 2018, de donde se deduce que las pólizas se entregaron oportunamente (índice 20 SAMAI, T.A.).

³⁵ Índice 20 SAMAI, T.A.

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

que las pólizas no se ajustaran a lo específicamente pactado en la cláusula décima segunda de los negocios jurídicos en torno a esos aspectos, razón por la cual se entiende que este cargo se circunscribió al referido reparo.

49. De conformidad con los formatos de aprobación de pólizas que expidió Dispac el 23 de mayo de 2018³⁶, en los que se verificaron una a una las condiciones en las que se debían expedir los amparos, se corroboró que cumplieron con lo estipulado en la cláusula décima segunda de los contratos en punto a los riesgos que se debían cubrir, la vigencia, el valor asegurado e, incluso, las entidades que debían estar aseguradas. En ese mismo sentido se pronunció la interventoría de ambos contratos el 16 de julio de 2018³⁷, la cual, al verificar el cumplimiento de esos mismos aspectos, aceptó las pólizas.

50. Sin que en el expediente obre evidencia de las razones que condujeron a un cambio de opinión, el 17 de julio de 2018, Dispac se dirigió a la contratista para señalarle que las pólizas no cumplían con lo pactado en los contratos en punto a que *“las garantías que avalen las obligaciones del contrato cumpliendo los requerimientos del DECRETO 1082 DE 2015 TÍTULO III EN LA SUBSECCIÓN 1 DE LA SECCIÓN 3 DEL CAPÍTULO 2 a favor de entidades estatales”*, sin especificar exactamente qué aspecto no se había acatado. Al día siguiente, se devolvió a Furel la documentación que había entregado para solicitar el desembolso del anticipo de ambos contratos, bajo el argumento, igualmente general, de que las pólizas no cumplían lo requerido en la cláusula décima segunda de los negocios jurídicos³⁸.

51. De conformidad con la comunicación del 9 de agosto de 2018 dirigida por la interventoría a la contratante³⁹, el 17 de julio de 2018, la supervisión de los contratos le informó que se debían corregir las pólizas, dado que en ellas debían aparecer como entidades aseguradas la Nación – Ministerio de Minas y Energía, el IPSE y Dispac. Al respecto, la interventoría señaló que procedió a realizar el requerimiento a Furel, pero advirtió que en la página tercera de las pólizas se dejó constancia de que aquéllas fueron incluidas como aseguradas en esos instrumentos.

52. A través de sendos oficios del 13 de agosto de 2018⁴⁰, Dispac se dirigió a Furel y Zurich con el objeto de iniciar el trámite de arreglo directo⁴¹ para solucionar

³⁶ Índice 20 SAMAI, T.A.

³⁷ Índice 20 SAMAI, T.A.

³⁸ Índice 20 SAMAI, T.A.

³⁹ Índice 20 SAMAI, T.A.

⁴⁰ Índice 20 SAMAI, T.A.

⁴¹ Ante la falta de acuerdo entre las partes, el trámite de arreglo directo concluyó con la expedición de las actas de terminación de los referidos contratos, documentos que datan del 17 de octubre de 2018. Dichas determinaciones conservan de forma consistente la misma línea argumentativa planteada por Dispac para considerar que las garantías de cumplimiento otorgadas por Furel no cumplían con los términos consignados en el numeral 36 de los términos de referencia antes referidos y la cláusula décima segunda de los negocios jurídicos. La entidad contratante sostuvo que: *i)* el aseguramiento se hizo bajo el marco regulatorio establecido para los particulares, sin sujeción a lo establecido en el Decreto 1082 de 2015 (no se precisó expresa ni tácitamente cuál disposición normativa de dicho cuerpo reglamentario se habría infringido); *ii)* las pólizas en cuestión no incluyeron a la Nación – Ministerio de Minas y Energía y al IPSE como entidades aseguradas y *iii)* dichas falencias se corrigieron por fuera del plazo de duración contractual (el ajuste de dichos instrumentos de garantía solo se produjo hasta el 9 de agosto de 2018, pese a que los vínculos obligatorios finalizaron el 30 de julio de esa misma anualidad) (índice 20 SAMAI, T.A.).

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

las diferencias que surgieron en el marco de los contratos DG-030 y DG-031 debido a que:

“[...] las pólizas en cuestión fueron adquiridas bajo unas condiciones muy diferentes [se refiere a las pactadas en la cláusula décima segunda de los contratos], ya que se aportaron bajo el marco regulatorio a favor de particulares, sin sujeción al Decreto 1082 de 2015, como se desprende de la siguiente imagen.”

**PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE PARTICULARES
ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A.
Nít. 900845954-0**

53. Y, adicionalmente, en consideración a que *“como asegurado solo aparece DISPAC siendo desatendido lo señalado por las normas ya transcritas, como se observa a continuación.”*

	MONSERRATE				
ASEGURADO	EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACIFICO-DISPAC SA ESP	TIPO DOC	NIT	818001529	4
DIRECCIÓN	Avenida calle 26 No. 59 D-91 Oficina 804 CIUDAD	TELÉFONO			
BENEFICIARIO	EMPRESA DISTRIBUIDORA DEL PACIFICO-DISPAC SA ESP	TIPO DOC	NIT	818001529	4
DIRECCIÓN	Avenida calle 26 No. 59 D-91 Oficina 804 CIUDAD	TELÉFONO			

54. El recuento probatorio evidencia que es cierto que los instrumentos contentivos de las garantías constituidas por Furel se rotularon como *“póliza de seguro de cumplimiento en favor de particulares”*; sin embargo, esta incorrección no conduce a concluir que las garantías inicialmente entregadas por la contratista no cumplieran con los términos pactados y, por ello, debieran ser corregidas.

55. Por el contrario, lo que se evidencia es que lo alegado por la demandante desatendió los fines de la contratación y acudió a criterios netamente formales, insustanciales, para formular exigencias innecesarias, bajo un comportamiento que resulta absolutamente cuestionable, pues lo evidente es que las pólizas se otorgaron –como se estipuló– a favor de las tres entidades públicas indicadas en la cláusula décima segunda de ambos contratos, esto es, la Nación – Ministerio de Minas y Energía, el IPSE y Dispac.

56. Como se advirtió antes, la aseveración de la demandante en cuanto a que las pólizas no se expidieron en los términos de la Subsección 1 de la Sección 3 del Decreto 1082 de 2015, únicamente se sustentó en el hecho de que se titularon como expedidas a favor de particulares. Dispac no arguyó ni acreditó, siendo de su cargo hacerlo⁴², que el rótulo erróneamente consignado en ellas hubiese sido sustancial de cara a su contenido versus lo estipulado en la cláusula décima segunda de los contratos. No indicó –más allá de su titulación– cuáles aspectos del Decreto 1082 de 2015 habrían sido desatendidos al otorgarse las pólizas, ni especificó de qué modo la equivocada indicación habría afectado la finalidad con la que se estipuló el compromiso de constituir las garantías, esto es, la protección del patrimonio público que podría verse potencialmente afectado en caso de incumplimiento de las obligaciones de Furel en ambos negocios jurídicos.

⁴² Artículo 167 del CGP: *“Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]”*.

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

57. En esas condiciones no es posible concluir en el incumplimiento que Dispac endilga a la contratista, sobre todo si se tiene en cuenta que, aun cuando se acordó que las garantías para avalar el cumplimiento de ambos contratos se debían prestar en los términos del mencionado aparte del Decreto 1082 de 2015, lo cierto es que no todos los aspectos regulados en esa reglamentación se podían trasladar vía convencional al sistema de aseguramiento de esos negocios jurídicos, en tanto algunos están fincados en disposiciones de orden legal que no se pueden integrar a los contratos estatales regidos por el derecho privado –por ser inderogables por acuerdo entre las partes–, mientras que respecto de los que sí se podían estipular con remisión a esa normativa, la demandante, al emitir el formato de aprobación de póliza constató que se cumplieron, sin que en este proceso hubiese manifestado ni probado lo contrario.

58. Resulta pertinente mencionar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 – modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001–, los contratos DG-030 y DG-031 no se sometieron a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–, sino que se rigieron por el derecho privado, en tanto Dispac es una empresa de servicios públicos mixta⁴³.

59. La Subsección 1 de la Sección 3 del Decreto 1082 de 2015 a la que se remitieron las partes en la cláusula décima segunda de los contratos DG-030 y DG-031 reglamenta lo relativo a la garantía única de cumplimiento a la que se refiere el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007, que regula con carácter especial el régimen de garantías de los contratos sometidos al EGCAP.

60. Como antecedente a tal decreto, debe recordarse que el congreso expidió la Ley 1150 de 2007 con un doble propósito, de un lado, introducir “*medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993*” y de otro dictar “*otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*”. En línea con ello, el objeto de la ley se consignó en su artículo 1º en los siguientes términos: “*La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos*”.

61. Las modificaciones a la Ley 80 de 1993 quedaron contenidas en el Título I – “*DE LA EFICIENCIA Y DE LA TRANSPARENCIA*”–, dentro del que se ubica el artículo 7 referente a la garantía única de cumplimiento⁴⁴. Las disposiciones

⁴³ En la parte considerativa de ambos contratos (página 2) se indica que “[...] d) [...] DISPAC es una Sociedad anónima mixta, con participación de capital social del Estado superior al 90% [...]”. En concordancia con ello, en el primer hecho de las demandas se precisa que dicha E.S.P. “es una entidad estatal de naturaleza mixta, cuya composición accionaria pertenece en más del 99% a la Nación”, información que coincide con lo indicado en su página web, según la cual el 99,99% de la participación accionaria corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Fuente: <https://dispac.com.co/nuestra-empresa/asamblea-general-de-accionistas/>).

⁴⁴ Modificó el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que señalaba: “*El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.*”

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

generales aplicables a la contratación con recursos públicos se consignaron en el Título II –“*DISPOSICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN CON RECURSOS PÚBLICOS*”–; de ahí que la regulación en punto a la garantía única de cumplimiento se predique únicamente respecto de las entidades sometidas al EGCAP, no en relación con los contratos que se celebren con recursos públicos bajo regímenes especiales o exceptuados.

62. El artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 establece cuatro aristas fundamentales que gobiernan el régimen de garantías de los contratos sometidos al EGCAP:

63. (i) La obligación legal de los contratistas de prestar garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, así como la de los proponentes de prestar garantía de seriedad de sus ofrecimientos⁴⁵. El inciso final del mismo artículo 7º establece las excepciones a esta regla⁴⁶.

64. (ii) Las modalidades a través de las cuales se puede prestar la garantía única de cumplimiento. Dispone que pueden consistir 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.

65. (iii) Tratándose de pólizas, señala que no expiran por falta de pago de la prima ni por revocatoria unilateral.

66. (iv) La facultad de las entidades contratantes de declarar el acaecimiento del siniestro a través de acto administrativo, lo que determina la forma de hacerlas efectivas.

67. A su vez, el artículo 7 señaló que el Gobierno Nacional debía reglamentar la materia en punto a: i) los demás mecanismos de cobertura del riesgo para prestar la garantía de cumplimiento, ii) las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales, iii) los criterios que deben seguir las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada”.

⁴⁵ El legislador estableció la obligatoriedad de prestar garantía única con el objeto de salvaguardar el interés general. A través de los diversos mecanismos que se agrupan bajo tal denominación, se procura asegurar la ejecución debida, total y oportuna del objeto contractual y proteger el patrimonio público de los daños que pudieran cernirse sobre él ante el eventual incumplimiento de sus contratistas (Al respecto se puede consultar, entre otras, la sentencia del 18 de febrero de 2022, Exp. 53.318 proferida por esta Subsección.

⁴⁶ “*Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento”.*

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

68. En la actualidad, dicha reglamentación se encuentra contenida en el Decreto 1082 de 2015, Subsección 1 de la Sección 3ª, que regula, entre otros, los siguientes aspectos:

69. (i) Los riesgos que se deben cubrir a través de las diferentes modalidades de la garantía única de cumplimiento con ocasión de: a) la presentación de las ofertas; b) los contratos y su liquidación y c) los derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas.

70. (ii) Las modalidades a través de las cuales se puede prestar la garantía única de cumplimiento: a) contrato de seguro contenido en una póliza; b) patrimonio autónomo o c) garantía bancaria.

71. (iii) La regla de indivisibilidad de la garantía y sus excepciones.

72. (iv) Los eventos que deben quedar cubiertos por las garantías respecto de los ofrecimientos de la oferta (riesgos precontractuales), el cumplimiento del contrato (incluye los riesgos contractuales y post-contractuales) y la responsabilidad civil extracontractual.

73. (v) La suficiencia de cada una de las garantías, determinada en función del monto asegurable y su vigencia.

74. (vi) La efectividad de las garantías: por medio de acto administrativo constitutivo o declarativo del siniestro.

75. En este contexto, destaca la Sala que la remisión que por vía convencional hicieron las partes al Decreto 1082 de 2015 únicamente puede entenderse referida a aquellos aspectos que, al margen de esa normativa especial, habrían podido ser estipulados por las partes, como los atinentes al tipo de garantía a prestar, los riesgos que se debían amparar, los montos y sus vigencias⁴⁷, no así respecto de otros que, como la forma de hacer efectiva las garantías, comportan el ejercicio de facultades administrativas que tienen origen legal en el EGCAP y que, por tanto, no aplican a contratos estatales no cobijados por él, o de las materias específicas reguladas en el Código de Comercio que, por la especialidad del régimen de garantías de los contratos sometidos al EGCAP, le resultan incompatibles.

76. En estas condiciones, al no estar sujetos los contratos DG-030 y DG-031 al régimen especial de garantías del EGCAP, la póliza de cumplimiento que se expidió para avalar las obligaciones del contratista no debía acreditar elementos materiales diferenciados respecto de las pólizas expedidas a favor de particulares,

⁴⁷ Como el seguro de cumplimiento se clasifica como uno de daños, las partes no pueden estipular libremente sobre el receptor de la indemnización, en tanto, en los términos del artículo 1088 del Código Comercio, solo la puede recibir el sujeto al que se le ha causado un daño, en tanto el seguro no puede constituir fuente de enriquecimiento.

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

en función de la especialidad de aquella normativa; de manera que la sola rotulación del instrumento contentivo de los contratos de seguros de cumplimiento como expedida a favor de particulares resulta insuficiente para revelar defectos sustanciales en su constitución.

77. Así, al revisar el contenido de la cláusula décima segunda de los contratos DG-030 y DG-031, se observa que, aun cuando las partes señalaron que las garantías se debían constituir en los términos de la Subsección 1 de la Sección 3 del Decreto 1082 de 2015, lo cierto es que regularon específicamente los amparos que se debían cubrir, la vigencia y el monto asegurable para cada uno de ellos⁴⁸, asuntos sobre los cuales, se reitera, la demandante no solo no presentó ningún reparo, sino que, además, al expedir el formato de aprobación de las pólizas, validó que se cumplieron.

78. En ese estado de las cosas, se extraña que la contratante –hoy demandante– no hubiere señalado específicamente cuál aspecto habría sido desatendido por el contratista al constituir las respectivas pólizas, prefiriendo el llamado formal a cambiar las pólizas por el rótulo que se incluyó “*en favor de particulares*”. En estas condiciones, no es posible concluir que Furel incumplió la cláusula décima segunda de los contratos en punto a la remisión hecha a la mencionada normativa y tampoco que el yerro en la rotulación de las pólizas al señalar que se expedían a favor de particulares hubiere tenido efectos materiales relevantes, en la medida que tal mención no era apta de proyectarse con efectos invalidantes frente a los amparos que se exigieron, razón que ratifica con contundencia que la titulación cuestionada por la demandante fue apenas una incorrección no sustancial de formato, que no daba lugar a que la contratista tuviera que corregir las pólizas.

79. Y, aun cuando se encuentra probado que, ante la insistencia de Dispac para que las pólizas se modificaran, éstas se expidieron nuevamente después de

⁴⁸ En la cláusula décima segunda de los contratos DG-030 y DG-031 de 2018 se consignó lo siguiente en punto a los riesgos que se debían amparar: “... **a) Póliza de buen manejo de anticipo:** Para garantizar el buen manejo del anticipo, el **CONTRATISTA** deberá mantener asegurado el cien por ciento (100%) del valor total del anticipo a partir de la fecha de firma del **CONTRATO** con una vigencia igual a la liquidación del **CONTRATO** y seis (6) meses más. **b) Póliza de cumplimiento del CONTRATO:** Para garantizar el cumplimiento del **CONTRATO** y las obligaciones que de él se deriven, deberá ser por un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor del **CONTRATO** con una vigencia igual a la del plazo para la ejecución del **CONTRATO** y seis (6) meses más. **c) Póliza de pagos de salarios y prestaciones sociales:** Para garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales, reclamaciones o indemnizaciones con motivo de la ejecución del **CONTRATO**, equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato. Este amparo deberá extenderse por el término de la vigencia del **CONTRATO** y tres (3) años más. **d) Póliza de estabilidad de la obra:** Para garantizar la estabilidad de la obra ejecutada equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del **CONTRATO** y con vigencia de cinco (5) años contados a partir de la fecha de recibido a satisfacción de la obra. **e) Póliza de calidad de los bienes suministrados:** Por una suma igual al veinte por ciento (20%) del valor del **CONTRATO** y con una vigencia de un (1) año contado a partir del acta de recibo total a satisfacción. **f) Póliza para la calidad del servicio:** Por una suma igual al diez por ciento (10%) del valor del **CONTRATO** y con una vigencia igual al término del **CONTRATO** y tres (3) meses más contados a partir del acta de recibo total a satisfacción. **g) Póliza de responsabilidad civil extracontractual:** Para garantizar los daños y perjuicios que se ocasionen a terceros por la ejecución del presente **CONTRATO**, en la cual debe figurar el **CONTRATISTA** como tomador, la Nación – Ministerio de Minas – IPSE y DISPAC S.A. E.S.P. como asegurados y los terceros afectados como beneficiarios; por una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del **CONTRATO** y una vigencia igual al término del **CONTRATO** y cuatro (4) meses más ; lo anterior en los términos del **DECRETO 1082 DE 2015 TÍTULO III EN LA SUBSECCIÓN 1 DE LA SECCIÓN 3 DEL CAPÍTULO 2 a favor de ENTIDADES PÚBLICAS [...]**” (índice 20 SAMAI, T.A.)

Radicación	520012333000 202000059 03 (72.324) y 520012333000 202000060 03 (procesos acumulados)
Demandante:	Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. – Dispac
Demandada:	Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia:	Sentencia de segunda instancia

vencido el plazo pactado en ambos contratos para su ejecución⁴⁹, esta circunstancia no conduce a revocar la decisión de primera instancia, pues lo cierto es que las razones en las que se basó tal exigencia fueron injustificadas, de un lado, porque el contenido de los instrumentos fue claro, específico y expreso en cuanto a las entidades públicas aseguradas y, de otro, porque la incorrección en la que se incurrió respecto de su titulación fue insustancial, en tanto no tenía la virtualidad de restar valor y efecto a los amparos otorgados en los términos pactados en la referida cláusula décima segunda.

80. Por lo anterior, por ser pretensiones consecuenciales que dependen de una declaratoria de incumplimiento, se debe confirmar también la decisión del Tribunal de negar las pretensiones de la demanda formuladas en contra de Zurich, toda vez que se sustentaron en la afirmación de que el riesgo amparado por las pólizas de seriedad de la oferta SGPL-855707-1 (correspondiente al contrato DG-030) y SGPL-855561-1 (correspondiente al contrato DG-031) se habría configurado debido a que las garantías de cumplimiento no cumplían con los requisitos exigidos por Dispac⁵⁰, lo que la Sala acaba de corroborar que no es cierto.

Condena en costas

81. Dado que a este proceso se le aplica el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, la Sala condenará en costas a la parte demandante, en la medida en que su recurso de apelación no prosperó y, como consecuencia de ello, se confirmará en su totalidad la sentencia recurrida. 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 objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*.

82. La liquidación de la condena en costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

83. En relación con las agencias en derecho, se pone de presente que se rigen por el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentaron las demandas. Dado que Zurich se pronunció⁵¹ en segunda instancia frente al recurso

⁴⁹ De conformidad con lo estipulado en la cláusula quinta de los contratos DG-030 y DG-031 de 2018, el plazo de duración de los negocios jurídicos finalizó el 30 de julio de 2018, mientras que las pólizas de seguro de cumplimiento corregidas se expidieron el 9 de agosto de esa misma anualidad (índice 20 SAMAI, T.A.).

⁵⁰ Dispac adujo que el riesgo materializado en el caso concreto era el siguiente: **“Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los riesgos derivados del incumplimiento de la oferta. La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos: [...] 4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato”** (énfasis agregado).

⁵¹ Índice 9 SAMAI, C.E.

Radicación 520012333000 202000059 03 (72.324) y
520012333000 202000060 03 (procesos
acumulados)
Demandante: Empresa Distribuidora del Pacífico S.A.
E.S.P. – Dispac
Demandada: Furel S.A. y Zurich Colombia Seguros S.A.
Referencia: Sentencia de segunda instancia

de apelación interpuesto, se condenará a la demandante a pagar por este concepto el monto de cinco (5) SMLMV a favor de la aseguradora.

84. No se fijarán agencias en derecho a favor de Furel S.A., comoquiera que, desde que su apoderada judicial renunció al poder que se le confirió⁵² y se aceptó dicha manifestación⁵³, el contratista no volvió a designar a otro profesional del derecho que vigilara sus intereses en este proceso.

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño el 23 de septiembre de 2024, a través de la cual se negaron las pretensiones de las demandas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de la segunda instancia a la Empresa Distribuidora del Pacífico S.A. E.S.P. La liquidación se hará de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del CGP.

TERCERO: FIJAR las agencias en derecho de la segunda instancia en cinco (5) SMLMV a favor de Zurich Colombia Seguros S.A.

CUARTO: 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

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada en la fecha de su encabezado y que se suscribe 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 enlace <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.



VF

⁵² Índice 21 SAMAI, T.A.

⁵³ A través del auto del 14 de marzo de 2023, el Tribunal de primera instancia aceptó la renuncia al poder que presentó la apoderada judicial de Furel para ese entonces (índice 22 SAMAI, T.A.).