

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA**

Conforme al artículo 129 del CCA, la Sala es competente para conocer del asunto, por virtud del recurso de apelación interpuesto por el ente demandado, en un proceso con vocación de segunda instancia, dado que la cuantía de la demanda supera la exigida por el artículo 132.5 del CCA, en concordancia con el artículo 20.1 CPC.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 132 NUMERAL 5 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 20 NUMERAL 1

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / IMPEDIMENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO / IMPEDIMENTO DE LOS CONSEJEROS DE ESTADO DE LA SECCIÓN TERCERA / IMPEDIMENTO POR CONOCIMIENTO PREVIO DEL PROCESO / IMPEDIMENTO POR HABER CONOCIDO DEL PROCESO EN INSTANCIA ANTERIOR / INTERVENCIÓN DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

[E]l Magistrado Nicolás Yepes Corrales, en desarrollo de la Sala de Subsección, manifestó su impedimento para participar en el estudio del presente asunto, toda vez que, intervino como agente del Ministerio Público, en actuación surtida dentro de este proceso; impedimento que le fue aceptado en desarrollo de la misma Sala.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TERMINACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / ACTO ADMINISTRATIVO / EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INEXISTENCIA DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

El asunto de autos surgió con ocasión de un contrato estatal cuya terminación se confirmó con la Resolución (...) y fue liquidado unilateralmente a través de la Resolución (...). Por lo tanto, al haberse radicado la demanda (...), cuando ciertamente no habían trascurrido aún dos (2) años tras la ejecutoria del acto con el que el Contrato (...) fue liquidado unilateralmente, la aseguradora demandante acudió oportunamente a esta jurisdicción, conforme al artículo 136.10.d) del CCA.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136 NUMERAL 10 LITERAL D

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la caducidad de la acción de controversias contractuales, ver sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. 14667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CELEBRACIÓN DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CONTRATANTE / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO DE BOGOTÁ / CONTRATISTA / CONSORCIO / GARANTÍA CON EL**

**CONTRATO DE SEGURO / GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍAS DEL CONTRATISTA / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PÓLIZA DE SEGURO / ENTIDAD ASEGURADORA / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE HACE EFECTIVA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

Con base en documentos auténticos, se acreditó en el presente asunto que: (i) Bogotá DC-DADEP y el Consorcio Recuperaciones suscribieron el Contrato (...), con el que este último se obligó a constituir garantía única a favor del ente contratante (...); (ii) obligación ésta a la que el consorcio dio cumplimiento al suscribir con la demandante, Seguros del Estado S.A., el contrato de seguro de responsabilidad extracontractual y de cumplimiento ante entidades estatales identificado con la póliza (...) (iii) con la Resolución (...), Bogotá DC-DADEP declaró la caducidad del Contrato (...), e hizo efectivo el amparo de cumplimiento, correspondiente a la cláusula penal pecuniaria estipulada en dicho negocio jurídico; (iv) con la Resolución (...), Bogotá DC-DADEP confirmó el anterior acto y, además, requirió al contratista para que en un término 10 días consignara el valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria o, en su defecto, lo hiciera Seguros del Estado S.A. en un plazo de 30 días; (v) por medio de la Resolución (...), Bogotá DC-DADEP liquidó unilateralmente el Contrato

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / ENTIDAD ASEGURADORA / INTERÉS DIRECTO EN EL PROCESO / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / PÓLIZA DE SEGURO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE HACE EFECTIVA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / MULTA AL CONTRATISTA / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PAGO ANTICIPADO DEL CONTRATO / GARANTÍA CON EL CONTRATO DE SEGURO / GARANTÍAS DEL CONTRATISTA / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO DE BOGOTÁ / EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / RESOLUCIÓN SANCIONATORIA AL CONTRATISTA**

[C]on las Resoluciones (...), Seguros del Estado S.A. fue requerido al pago de las sumas correspondientes a la cláusula penal pecuniaria, multa y anticipo pactados en el Contrato (...), cuyo cumplimiento fue amparado con póliza (...) de dicha compañía. Los actos demandados tienen así injerencia sobre los intereses patrimoniales de Seguros del Estado, por lo que se encuentra legitimada en la causa por activa, para rebatir su validez a través de la acción de controversias contractuales, para pedir que se declare que no se encuentra vinculada por tales actos, y que se ordene al ente demandado la restitución de las cifras por esta pagadas, en acatamiento de lo ordenado en las resoluciones demandadas. Obviamente, el éxito de esta última pretensión dependerá de que la demandante acredite haber efectuado tal pago. (...) Bogotá DC-DADEP expidió las resoluciones cuya validez se discute, por lo que se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la legitimación en la causa por activa de las entidades aseguradoras en controversias contractuales, ver auto de 25 de enero de 2007, Exp. 32495.

**RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / APELANTE ÚNICO / DEMANDADO / OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA**

[L]a sentencia de primera instancia fue recurrida únicamente por el ente vencido, por lo que, conforme al artículo 357 del CPC y a los lineamientos trazados en la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera, se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y en los aspectos aducidos expresamente por el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 357

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia cuando se trata de apelante único, ver sentencia del 6 de abril de 2018, Exp. 46005, C.P. Danilo Rojas Betancourth y sentencia de 20 de octubre de 2005, Exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

**IMPOSICIÓN DE LA MULTA / MULTA AL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ACTO JURÍDICO UNILATERAL / PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PAGO DE LA COMPENSACIÓN**

[L]a Sección Tercera ha considerado que la imposición unilateral de multas contractuales no era viable antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007. No pasa por alto esta Judicatura, sin embargo, que anteriormente había entendido esta Sección que dicha imposición cabía, a través de acto administrativo, con base en el artículo 64 del CCA y los principios de la contratación administrativa; y, que más recientemente, esta Subsección ha precisado que, si bien su imposición como acto administrativo no es viable, sí procede a través de un mero acto contractual, por lo que, como tal, debe surtir su control judicial. Además, que según lo considerado por la Sala en sentencia del 8 de junio de 2018[], el cobro de la multa mediante descuentos tiene lugar cuando, además del cumplimiento de la condición suspensiva que se presenta con el incumplimiento de la parte multada, se dan los presupuestos de la compensación, que opera de pleno derecho.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la facultad sancionatoria de la administración por incumplimiento del contratista, ver sentencia del 19 de agosto de 2004, Exp. 12342, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, sentencia de 20 de octubre de 2005, Exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. 21574, C.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 15 de noviembre de 2011, Exp. 21178, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 30 de abril de 2014, Exp. 27096, C.P. Hernán Andrade Rincón, sentencia de 1 de febrero de 2018, Exp.

52549, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 20 de febrero de 2017, Exp. 56562, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

**CONTRATO ADMINISTRATIVO / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CELEBRACIÓN DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / NORMA VIGENTE / VIGENCIA DE LA NORMA / MULTA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL - Improcedente / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Improcedente / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL**

El contrato 094 se suscribió (...) en vigencia de la ley 80 de 1993, y la multa y la pena que dan motivo a las pretensiones de la parte demandante se impusieron con las Resoluciones (...), antes de entrar en vigor la ley 1150 de 2007. Esta delimitación temporal de la causa del litigio tiene importancia habida cuenta de que para el momento en que Bogotá DC-DADEP las impuso al Consorcio Recuperaciones, el estatuto de la contratación estatal no confería atribución legal a la administración contratante para la imposición de multas y/o penas al contratista, y para el momento en que se celebró el contrato (...), dicho estatuto guardaba silencio sobre la facultad de la administración para pactarlas.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007

**COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / ACTO UNILATERAL / MULTA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / APLICACIÓN DE LA RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY / DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO / GARANTÍA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / CLÁUSULA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

El silencio del legislador en la materia cesó con la promulgación de la Ley 1150 de 2007, en cuyo artículo 17 se confirió competencia a las entidades contratantes para imponer unilateralmente, tanto la pena pactada en cláusula penal pecuniaria, como las multas contractuales, siempre que se observara para el efecto un procedimiento sumario diseñado para honra del artículo 29 de la Constitución, como garantía del debido proceso contractual sancionatorio". La Ley 1150 dispuso que el artículo 17 tendría efectos retrospectivos en cuanto permitió la imposición de la pena y de las multas aún en contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150, siempre que en ellos se hubiese consagrado "la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas".

**FUENTE FORMAL:** LEY 1150 DE 2007 - ARTÍCULO 17 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 29

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la competencia para imponer multas y sanciones en la contratación estatal, ver sentencia de 30 de julio de 2008, Exp. 21574, C.P. Enrique Gil Botero.

**CLÁUSULAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE**

**AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO - Podían pactar cláusulas penales y multas pero no imponerlas / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / ACTO UNILATERAL / MULTA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE - Limitación**

[E]l pacto de este tipo de cláusulas en el periodo en consideración (en vigencia de la Ley 80 pero antes de entrar en vigor la Ley 1150) se encontraba validado como expresión del principio de la autonomía privada o negocial y su ejecución debía desarrollarse dentro de los mismos contornos que esa autonomía le permite a las partes vinculadas por un contrato regido por el derecho privado. (...) [E]sta Subsección considera que la administración podía, durante el periodo bajo estudio, pactar válidamente, mas no imponer unilateralmente a través de actos administrativos -como lo consideró el a quo- cláusulas penales y multas contractuales. Esto, porque la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas mediante decisiones unilaterales con carácter ejecutorio y ejecutivo no es expresión de la autonomía privada, sino de la ley.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 / LEY 1150 DE 2007

**CLÁUSULAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL - A través de actos contractuales / PAGO DE LA COMPENSACIÓN / OBLIGACIÓN DINERARIA / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO**

Procedía (...) el pacto de cláusulas como las de multas o cláusula penal de apremio y cláusula penal pecuniaria, cuya validez y eficacia ha sido reconocida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, razón por la que podían ser impuestas pero no por los medios del derecho público, sino a través de actos contractuales, como lo ha venido considerando esta Subsección. Una vez impuestas, la contratante puede operar la compensación, porque así lo autoriza la ley cuando concurren obligaciones recíprocas dinerarias (o fungibles) líquidas y exigibles. Todo lo anterior, por cuanto en ejercicio de la autonomía negocial están facultadas las partes para ejercer “una especie de autotutela privada. (...) [S]egún los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1983: (i) era válido el pacto de las cláusulas penales compensatorias (o pecuniarias) y de apremio (o multas); (ii) era asimismo admisible la derivación de consecuencias de estas, a través de acto contractual, pero no a través de actos con los atributos propios del acto administrativo; y (iii) procedía la compensación, como uno de los modos de extinción de las obligaciones.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 13 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 40

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el ejercicio de la autonomía negocial ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 23 de junio de 2000, Exp. C4823.

**CONTRATO DE PRSTACIÓN DE SERVICIOS / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / GARANTÍAS DEL CONTRATISTA / GARANTÍA CON EL CONTRATO DE SEGURO / GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MORA DEL CONTRATISTA / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE - A través de actos contractuales / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO**

[E]n el Contrato (...) se acordó (...) que: (i) en caso de incumplimiento total o parcial, el contratista pagaría el 20% del valor del contrato como estimación anticipada de perjuicios, lo que Bogotá DC-DADEP podría hacer efectivo mediante el descuento de sumas adeudadas o sobre la garantía única; y que (ii) en caso de mora o retardo en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones, Bogotá DC-DADEP podría imponer, mediante resolución motivada y tras agotar el procedimiento convenido, multas equivalentes al uno por ciento (1%) del valor total del contrato, por cada día de atraso o retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que también podría descontar de los saldos a favor del contratista o con cargo a la póliza de cumplimiento. Estas estipulaciones eran, por tanto, válidas, en el marco del derecho civil y administrativo colombiano, bajo el entendido que tanto la imposición de las multas como su descuento se haría a través de actos contractuales, mas no de actos administrativos ejecutables por vía coactiva.

**ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO QUE IMPONE MULTA / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / OBLIGACIÓN DINERARIA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIÓN DE PAGO / IMPROCEDENCIA DE LA JURISDICCIÓN COACTIVA / IMPROCEDENCIA DEL COBRO COACTIVO / OBLIGACIÓN CONDICIONAL / OBLIGACIÓN CONDICIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO / GARANTÍA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

[E]l acto administrativo no se configura, ni deriva los atributos que le son propios, del nomen que reciba de su creador, ni del hecho de venir precedido de una motivación. Un acto de imposición de multa o de pena, como el que creó en las circunstancias atrás estudiadas, Bogotá DC-DADEP genera la obligación de pagar una u otra, cuyo nacimiento se encuentra sujeto al cumplimiento de una condición, consistente en el acto u actos de incumplimiento pactados, además del agotamiento del procedimiento que, como en el contrato objeto de la controversia, se hubiere pactado como garantía del debido proceso. No podía, en todo caso, ser ejecutada la multa o la pena contra la voluntad de su destinatario y, menos aún, por la vía de la jurisdicción coactiva. Pero sí cabía solicitar el pago al deudor, que es el modo ordinario de extinción de las obligaciones dinerarias, como procede en el derecho común.

**OBLIGACIÓN CONDICIONAL / OBLIGACIÓN CONDICIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO / GARANTÍA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA**

**ENTIDAD ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE - Mediante actos contractuales / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIÓN DE PAGO / OBLIGACIÓN DINERARIA / APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

[A] haberse cumplido la condición consistente en el incumplimiento contractual y agotado el procedimiento definido como garantía del debido proceso, es válida la imposición de la multa o pena pactadas, lo que se verificó en las resoluciones rebatidas por la firma actora y no es objeto de discusión en esta instancia. Existe así, con base en las Resoluciones (...) la obligación del Consorcio Recuperaciones de pagar la multa y pena que le fueron impuestas y, en consecuencia, éste se encuentra vinculado por ese acto de imposición. Por otra parte, la obligación de pagar la multa y pena pactada en el Contrato (...) es de carácter dinerario y, una vez verificados los incumplimientos del contratista, se hizo exigible conforme al artículo 1542 del Código Civil. Cabía, pues, solicitar su pago, como lo hizo Bogotá-DADEP al requerírsele al contratista, lo que no es equivalente a la orden que se imparte con carácter ejecutorio y ejecutivo, en un acto administrativo.

**FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1542**

**CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / CONTENIDO DEL CONTRATO DE SEGURO / ESTIPULACIONES DEL CONTRATO DE SEGURO / RIESGO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RIESGOS DEL CONTRATO ESTATAL / COBERTURA DEL CONTRATO DE SEGURO / ASEGURADOR / RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR / OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / CONTRATO ALEATORIO / EXCLUSIÓN DEL RIESGO ASEGURABLE / CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO**

En el contrato de seguros, la delimitación del riesgo define el cauce de la obligación indemnizatoria del asegurador, ya que su obligación prestacional surge cuando el riesgo se cumple, como lo establece el artículo 1054 del CCo. (...) Para ello -como lo ha precisado la Corte Suprema- en el escrito que contiene el contrato, el riesgo cubierto es individualizado, circunscribiéndolo a unas circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como a un factor causal u objetivo, además de especificar las exclusiones, que son ciertas circunstancias causales o efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato. Su interpretación, si bien es restringida, debe consultar las razones que dieron lugar al contrato, teniendo en cuenta su justificación técnica, pero sin excluir los riesgos realmente convenidos.

**FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1054 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1036 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1056**

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la cobertura del contrato de seguro ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 29 de enero de 1997, Exp. 4894 y sentencia del 4 de abril de 1997, Exp. 4880.

**PÓLIZA DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO / GARANTÍAS DEL CONTRATISTA / GARANTÍA CON EL CONTRATO DE SEGURO / GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES**

**DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / OBJETO DEL CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / INDEMNIZACIÓN EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / COBERTURA DEL CONTRATO DE SEGURO**

[L]a póliza era requerida conforme al artículo 25.19 de la Ley 80, para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Aparte, conforme a lo previsto en las condiciones generales definidas por la aseguradora demandante, en armonía con la cláusula 8ª del Contrato (...), resulta claro que con la póliza de cumplimiento se amparaban los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de todas las estipulaciones, términos, condiciones y especificaciones del contrato amparado. Al ser las cláusulas penales, y particularmente la pecuniaria, un cálculo anticipado de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual es claro que su pago quedaba cubierto por la póliza. Pero además, se especificó que quedaba cubierto tanto el valor la cláusula penal pecuniaria, como el de las multas que se hicieran efectivas. El riesgo amparado quedó así definido por su objeto y su causa, lo que es plenamente válido.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 25 NUMERAL 19

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el contrato de seguro de cumplimiento, ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 21 de septiembre de 2000, Exp. 6140 y sentencia del 24 de julio de 2006, Exp. 00191.

**RIESGO ASEGURABLE / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO / PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO / BENEFICIARIO / RECONOCIMIENTO DEL SINIESTRO / EFECTIVIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO - No requería de la declaración judicial de responsabilidad del contratista / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO - Procedente luego de acreditada la ocurrencia del siniestro / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / ENTIDAD ASEGURADORA / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / PÓLIZA DE SEGURO**

[E]n la definición de la configuración del riesgo, el legislador colombiano se enfocó en el daño irrogado al beneficiario, más que en su consecuencia, que es el surgimiento de una deuda patrimonial. (...) [L]a exigencia de declaración judicial de responsabilidad del Consorcio Recuperaciones, para hacer así efectiva la obligación crediticia de la aseguradora de pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación amparada, constituiría una imposición que, además de no consultar el texto del contrato, en el que no se requería, no se ajustaría a los postulados del derecho colombiano. No cabe pues asumir tal exigencia, sin siquiera existir una estipulación que la prevea, para el surgimiento de la obligación de la aseguradora de pagar las sumas correspondientes a las cláusulas penales, cuando el contratista no hubiera atendido el pago y la compensación no sea posible porque no existan créditos a favor del contratista. (...) [C]omo lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, es desde el momento en el que, al acaecer el riesgo asegurado, se configura el siniestro, cuando “surge el derecho de reclamarle al asegurador de la responsabilidad civil de aquél, la indemnización de los perjuicios patrimoniales experimentes (...)”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el momento en que se configura el siniestro ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 10 de febrero de 2005, Exp. 7614.

**CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / GARANTÍA CON EL CONTRATO DE SEGURO / GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍAS DEL CONTRATISTA / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PÓLIZA DE SEGURO / ENTIDAD ASEGURADORA / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / MULTA AL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / COBRO DE CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / ENTIDAD ASEGURADORA / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO**

[N]ota la Sala que en el contrato de seguro de cumplimiento suscrito para amparar las obligaciones del Contrato (...) a cargo del contratista, la aseguradora determinó que el siniestro se entendería causado con el acto administrativo que impusiera multas o la cláusula penal. (...) [E]n el contrato de seguro de cumplimiento -como el que trajo aquí a la demandante- la obligación de la aseguradora de pagar la prestación a su cargo se origina (art. 1054, CCo) desde el momento en el que se produce el incumplimiento contractual. A la luz de lo acordado en el Contrato (...), en el que -para atender a lo requerido por el artículo 25.19 de la Ley 80- el Consorcio Recuperaciones se obligó a contratar un seguro para garantizar todas las estipulaciones pactadas, resulta claro que con el seguro de cumplimiento con el que fue avalado el Contrato (...) se buscaba que, en caso de que la contratista no pagara o no fuera posible el cobro mediante compensación de las obligaciones condicionales derivadas de las cláusulas penales estipulas, este pudiera hacerse con cargo a la garantía única.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1054 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 25 NUMERAL 19

**CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL / FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO / RIESGO ASEGURABLE / ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO / SINIESTRO / RIESGO / ADMINISTRACIÓN DEL RIESGO / VALORACIÓN DEL RIESGO / VALIDEZ DEL CONTRATO DE SEGURO / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO**

Someter la configuración del siniestro a un acto adicional inviable a la luz de la jurisprudencia sobreviniente, además de una tergiversación de la voluntad de los contratistas, iría en contra de los postulados de la buena fe y de la función social del contrato de seguro, conforme a lo manifestado por la Sala de Casación Civil (...). Tal entendimiento conllevaría, por demás, la ineficacia del contrato de seguros. El riesgo, elemento esencial del contrato de seguros (artículo 1045 CCo), es un evento incierto, lo que excluye lo imposible (artículo 1054 CCo). Es la materialización de un resultado previsible y fortuito, lo que no cabe predicar de un acto jurídicamente imposible, el cual no se producirá con certeza. Sujetar, por tanto, la realización del riesgo a algo imposible, equivaldría a negarlo, con lo que,

ante la privación de un elemento esencial, el contrato de seguro de cumplimiento traído a esta Judicatura devendría ineficaz. En el ordenamiento colombiano, sin embargo, prevalecen las interpretaciones de los contratos con las que se reconocen sus efectos, conforme al artículo 1620 del CC.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1045 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 1056

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO DE INCUMPLIMIENTO / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ESTIPULACIONES DEL CONTRATO DE SEGURO / OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE SEGURO / GARANTÍAS DEL CONTRATISTA**

La voluntad de quienes suscribieron el Contrato (...) y del contrato de seguro de cumplimiento que lo avaló atendió, conforme a lo anterior, a la posición de la jurisprudencia administrativa más aceptada en el momento. Como se dijo, los cambios jurisprudenciales sobrevinientes no deben hacer nugatoria la intención de las partes y del legislador, en cuanto requerían un seguro que avalara el cumplimiento de todas las obligaciones del contratista, pero tampoco deben alterar las condiciones del contrato de seguros, abriendo la puerta al cubrimiento de riesgos que, al no estar previstos inicialmente, no habrían sido tenidos en cuenta para cuantificar la prima.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / DEBIDO PROCESO SANCIONATORIO / GARANTÍA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / RESOLUCIÓN SANCIONATORIA AL CONTRATISTA / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL - Mediante acto contractual / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ENTIDAD ASEGURADORA / GARANTÍA CON EL CONTRATO DE SEGURO / GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍAS DEL CONTRATISTA / VÍA GUBERNATIVA**

Por una parte, se acordó en el Contrato (...) un procedimiento para la imposición de multas orientado a garantizar el debido proceso que -como se manifestó en el trámite de la Ley 1150- se desprende de la Constitución Política. Al tratarse de un procedimiento específico para esta relación contractual, su agotamiento era necesario, pese a que la imposición de las multas se produjera con acto contractual. En consecuencia, el procedimiento para su imposición se surtiría con unas garantías concretas, sin que en ello tuviera relevancia que se tratara, o no, de un acto administrativo. (...) [L]a conducta material de la contratante se ajustó, en el acto contractual, a los requerimientos del acto administrativo (...). Por ende, no resultó menoscabada materialmente la expectativa que la aseguradora pudiera tener sobre las garantías procesales de la vía gubernativa, si es que ello pudiera haber sido un elemento relevante al definir el riesgo amparado, lo que, en todo caso, nunca alegó.

**EXIGIBILIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / EFECTIVIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / ENTIDAD ASEGURADORA / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / PÓLIZA DE SEGURO / GARANTÍAS DEL CONTRATISTA / GARANTÍA CON EL CONTRATO DE SEGURO / GARANTÍAS CONTRACTUALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / GARANTÍAS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MORA DEL CONTRATISTA - No pudo pagar la multa y la pena pecuniaria / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / COBRO DE CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Ejercida mediante acto contractual / CONTRATANTE / BENEFICIARIO / ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER EJECUTIVO - Inexistente**

[C]oncluye la Sala que, en este asunto, cabía pactar que, si como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del contratista, se hicieran exigibles multas contractuales y la cláusula penal de apremio, el consorcio contratista incumpliera la obligación de pagarles, y no fuera posible hacerlas efectivas a través de la compensación de deudas recíprocas, cubriría la aseguradora su pago, como perjuicio ocasionado al beneficiario del seguro como efecto del incumplimiento contractual. (...) Pero esto -advierte la Sala- no implica que el requerimiento del pago se haya realizado a través de un acto con los efectos propios de los actos administrativos, ya que en la configuración constitucional del Estado colombiano, la concesión de esta prerrogativa requiere autorización expresa -bien sea directa o indirecta- del legislador, la cual se surtió con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, luego de que se presentaran los hechos que dieron lugar al presente asunto. No tienen, por lo tanto, las resoluciones impugnadas, carácter ejecutivo ejecutorio.

**FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007**

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / OBLIGACIÓN CONDICIONAL / OBLIGACIÓN CONDICIONAL EN EL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / OCURRENCIA DEL SINIESTRO / MULTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIÓN DE PAGO / OBLIGACIÓN DINERARIA / OBLIGACIONES DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS / OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD ASEGURADORA / OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE SEGURO / EXIGIBILIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / PAGO DE LA PÓLIZA DE SEGURO - Improcedencia del reembolso**

[C]on base en el Contrato (...) y el contrato con el que se aseguró su cumplimiento, al cumplirse la condición y el proceso estipulados, las Resoluciones (...) generan obligaciones tanto para el Consorcio Recuperaciones, como para la aseguradora que, en este caso, es la demandante, Seguros del Estado, a la que cabía solicitarle el pago del riesgo cubierto con el seguro de responsabilidad contractual, como lo hizo Bogotá-DADEP a requerirlo. No procede, por lo tanto, el reembolso de lo que, conforme a dichas obligaciones, la aseguradora actora hubiera pagado.

**CONSEJO DE ESTADO**

## **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **SECCIÓN TERCERA**

#### **SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2006-02238-01(45183)**

**Actor: SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

**Demandado: BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO DE BOGOTÁ.**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Tema 1: Cláusula penal y multas contractuales. Subtema 1: Imposición Ley 80. Subtema 2. Acto contractual. Subtema 3. Acto administrativo. Tema 2: Seguro de cumplimiento. Subtema 1: Siniestro.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el ente demandado contra la sentencia, parcialmente estimatoria, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de noviembre de 2011.

#### **I. SÍNTESIS DEL CASO**

En desarrollo de un contrato de prestación de servicios regido por la Ley 80, la contratante impuso al consorcio contratista *multa* y, luego, cláusula *penal pecuniaria*, con base en lo estipulado en el clausulado de contrato. Ante el impago del contratista y la imposibilidad de compensar deudas, porque aquel no tenía créditos a su favor, la contratante exhortó a la aseguradora al pago de la *multa* y de la *cláusula penal*, conforme a las condiciones del seguro de cumplimiento suscrito. La contratante demandada, vencida en primera instancia, aduce que tenía la facultad de imponer la *multa* y la *cláusula penal pecuniaria*, conforme a lo convenido en ejercicio de la autonomía de la voluntad y el derecho común que se aplica en lo no previsto por la Ley 80.

## II. ANTECEDENTES:

2.1.1. El dieciocho (18) de diciembre de dos mil seis (2006)<sup>1</sup>, **Seguros del Estado S.A.** presentó demanda, en ejercicio de la **acción de controversias contractuales**, contra **Bogotá Distrito Capital - Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público** (en adelante, "**Bogotá DC-DADEP**"), con la que, en síntesis, **pretende** que: **(i)** se **declare** la nulidad de la **Resolución 257 del 22 de octubre de 2004**, por medio de la cual se declaró la caducidad del Contrato 094 de 2003, celebrado entre la accionada y el Consorcio Recuperaciones, y de la **Resolución 010 del 20 de enero de 2005**, que la confirmó, así como **(ii)** la nulidad de la **Resolución 081 del 28 de abril de 2005**, a través de la cual se liquidó unilateralmente el Contrato 094 de 2003, y la **Resolución 164 del 25 de julio de 2005**, que la confirmó. Como consecuencia de lo anterior, pretende que: **(iv)** se **declare** que Seguros del Estado S.A. no está obligada por el artículo 2º de la Resolución 257 de 2004, que ordenó el hacer efectiva la garantía única de cumplimiento 0311904071 de Seguros del Estado S.A. ni por el artículo 3º de la Resolución 081 del 28 de abril de 2005, que ordenó hacer efectiva la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo; **(v)** se **condene** a Bogotá DC-DADEP a restituir el dinero pagado por la actora, conforme a lo ordenado en el artículo 2º de la Resolución 257 de 2004 y el acto confirmatorio, así como el artículo 3º de la Resolución 081 de 2005 y la que la reafirmó, además de los gastos en que incurrió para llevar a su culminación la presente acción contenciosa, todo ello actualizado.

En las **pretensiones subsidiarias** primera, segunda, tercera y cuarta, la aseguradora demandante especifica que la nulidad de las resoluciones controvertidas es solicitada, debido a que fueron expedidas inoportunamente, fuera de la cobertura del amparo, porque se cobró una suma mayor al valor asegurado y tanto la multa la *multa* como la *cláusula penal pecuniaria* se hicieron efectivas unilateralmente. Como consecuencia de lo anterior, pretende nuevamente que se declare que no se encuentra vinculada por la orden de hacer efectivo el amparo y que se condene al pago actualizado de lo cancelado, así como de los gastos procesales ocasionados.

2.1.2. Seguros del Estado apoya sus pretensiones en los **hechos** que a continuación se resumen: **(i)** Bogotá DC-DADEP y el Consorcio Recuperaciones

---

<sup>1</sup> Folio 25 del cuaderno de primera instancia (reverso).

suscribieron el contrato de prestación de servicios núm. 094 del 22 de octubre de 2003 (“Contrato 094 de 2003”); **(ii)** con este negocio jurídico, el contratista se obligó a realizar actuaciones de recuperación del espacio público y a constituir garantía para el amparo de riesgos de cumplimiento, de buen manejo y correcta inversión del anticipo, de calidad de servicios prestados, y de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales, cada uno de con una cuantía independientemente definida; **(iii)** en cumplimiento de lo anterior, el Consorcio Recuperaciones suscribió con Seguros del Estado el seguro de cumplimiento ante entidades públicas núm. 031904071 (“Seguro de Cumplimiento 031904071”) ; **(iv)** con la Resolución 170 del 25 de junio de 2004, confirmada por medio de la Resolución 170 del 25 de junio de 2004, Bogotá DC-DADEP impuso *multa* al Consorcio Recuperaciones, **(v)** a través de la Resolución 257 del 22 de octubre de 2004, confirmada mediante la Resolución 010 del 20 de enero de 2005, Bogotá DC-DADEP declaró la caducidad del Contrato 094 de 2003; y, finalmente, **(vi)** Bogotá DC-DADEP liquidó unilateralmente el referido contrato, con la Resolución 081 del 28 de abril de 2005, en la que determinó que existía un saldo a su favor de \$308'254.354,20 por la no amortización del anticipo (\$108'039.437,60), *multa* (\$66'620.795,00) o *cláusula penal pecuniaria* (\$113'881.700,60), además de intereses financieros (\$127'751.858,60), e hizo efectiva la póliza de garantía única 031904071, por los amparos de anticipo, así como de buen manejo y correcta inversión; **(vii)** el acto de liquidación unilateral fue confirmado con la Resolución 164 del 25 de julio de 2005.

2.1.3. Como **concepto de la violación**, la demandante esgrimió la vulneración de las siguientes normas: **(i)** artículos 1, 2, 4, 6 y 209 de la Constitución Política; **(ii)** artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo (“CCA”); **(iii)** artículos 1600 y siguientes, y 1620 del Código Civil (“CC”); **(iv)** artículos 1047.6, 1057, 1072, 1073, 1079, 1084, 1088 y 1089 del Código de Comercio (“CCo”); artículos 25.19 y 75 de la Ley 80 de 1993 (“Ley 80”); y **(v)** el numeral 6, sobre la suma asegurada, del Seguro de Cumplimiento 031904071 y su anexo modificadorio.

Imputó los siguientes **cargos** contra las resoluciones controvertidas: **(i)** expedición extemporánea de la liquidación unilateral, porque se produjo cuando había transcurrido el plazo legal de seis (6) meses y el plazo contractual del amparo había fenecido: **(ii)** cobro de valores superiores a la suma asegurada por el amparo cubierto, porque tenía un monto máximo de \$113'881.710 y Bogotá DC-DADEP ordenó el pago de \$308'254.354), lo que excede la suma asegurada, hasta la cual

está obligada a responder la aseguradora, conforme a los artículos 1079, 1084 y 1088 del CCo; y (iii) la imposición unilateral de *multa* y *cláusula penal pecuniaria*, que, pese a que pueden pactarse en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tienen que ser ordenadas por el juez del contrato y no por la contratante, como potestad excepcional.

2.1.4. Seguros del Estado **llamó en garantía** a los representantes principal y suplente del Consorcio Recuperaciones, **Drako Arturo Reyes González** y **Gustavo Hernando Jiménez Sandoval**, conforme al artículo 57 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”)<sup>2</sup>.

2.2. La demanda fue **admitida**<sup>3</sup>, se notificó al ente demandado de la admisión<sup>4</sup>, pero no pudieron ser notificados personalmente los llamados en garantía<sup>5</sup>, por lo que se ordenó emplazarlos<sup>6</sup>, conforme al artículo 318 del CPC, lo que se efectuó a través de transmisión radial en emisora nacional<sup>7</sup>. Como no fue posible su notificación, se nombró curadores *ad litem*<sup>8</sup>.

2.3. Las curadoras *ad litem* de los **llamados en garantía** Drako Arturo Reyes González y Gustavo Hernando Jiménez Sandoval **contestaron la demanda**<sup>9-10</sup>.

2.4. El **Director del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público** (en adelante, “**Bogotá DC-DADEP**”) presentó escrito de **contestación de la demanda**<sup>11</sup>, con el que se opuso a todas las pretensiones. Con respecto al fundamento fáctico del escrito introductorio, puso de presente que la póliza de seguros cubría cuatro (4) amparos diferentes, que tenían unos valores asegurados y vigencias independientes; y negó que la Resolución 081 de 2005 hubiera sido proferida extemporáneamente o excediendo la cobertura de la póliza. Propuso las excepciones de mérito que denominó de *cumplimiento del contrato de seguros-pago de lo debido, caducidad de la acción contractual e inexistencia de la nulidad invocada*.

---

<sup>2</sup> Artículo 57, CPC. “*Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores*”.

<sup>3</sup> Auto del 25 de enero de 2007, folios 28 y 29 del cuaderno principal.

<sup>4</sup> Folio 34 del cuaderno de primera instancia.

<sup>5</sup> Folio 43 del cuaderno de primera instancia.

<sup>6</sup> Auto del 3 de mayo de 2007, folio 44 del cuaderno de primera instancia.

<sup>7</sup> Folios 46 a 49 del cuaderno de primera instancia.

<sup>8</sup> Auto del 9 de agosto de 2007, folios 51 y 52 del cuaderno de primera instancia.

<sup>9</sup> Folios 62 y 63 del cuaderno de primera instancia.

<sup>10</sup> Folios 64 a 67 del cuaderno de primera instancia.

<sup>11</sup> Folios 68 a 119 del cuaderno de primera instancia.

En lo relacionado con el cargo de nulidad por imposición indebida de la *multa* y de la *cláusula penal pecuniaria*, la demandada adujo que con las primeras constituían un apremio, para que se cumpliera el objeto del contrato, mientras la cláusula penal constituía una estimación anticipada de perjuicios; lo que, si bien no estaba previsto dentro de las cláusulas enunciadas en el artículo 14.2 de la Ley 80, sí podía pactarse conforme al artículo 40 *ejusdem*. Estas obligaciones -concluye- se fundan en la autonomía de la voluntad y el derecho privado.

2.5. La aseguradora demandante presentó escritos<sup>12</sup> con los que se pronunció sobre las excepciones propuestas por Bogotá DC-DADEP.

2.6. Por medio de auto del 12 de junio de 2008<sup>13</sup>, el Tribunal resolvió sobre las pruebas solicitadas y, habiéndose agotado la etapa probatoria, corrió traslado a las partes, con auto del 19 de mayo de 2011<sup>14</sup>, para que alegaran, y al Ministerio Público, para que conceptuara. Bogotá DC-DADEP<sup>15</sup> y Seguros del Estado<sup>16</sup> formularon alegatos de primera instancia, mientras los curadores *ad litem* de los llamados en garantía y el Ministerio Público guardaron silencio. En efecto, el Procurador Judicial II solicitó que se le remitiera el expediente (f. 158), pero luego lo devolvió sin conceptuar habida consideración de la excesiva carga de trabajo de esa Agencia del Ministerio Público (f. 168).

2.7. La Subsección C de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia de once (11) de noviembre de dos mil once (2011)**<sup>17</sup>, en la que resolvió:

**“PRIMERO:** Declarar la nulidad de las Resoluciones No 257 del 22 de octubre de 2004, No 010 del 20 de enero de 2005, No 81 del 28 de abril de 2005, No 164 del 25 de julio de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** Ordenar al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público restituir a título de restablecimiento del derecho y agencias en derecho, a Seguros del Estado S.A., la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO

---

<sup>12</sup> Folios 120 a 125 del cuaderno de primera instancia.

<sup>13</sup> Folios 129 y 130 del cuaderno de primera instancia.

<sup>14</sup> Folio 153 del cuaderno de primera instancia.

<sup>15</sup> Folios 154 a 157 del cuaderno de primera instancia.

<sup>16</sup> Folios 159 a 167 del cuaderno de primera instancia.

<sup>17</sup> Folios 177 a 185 del cuaderno principal.

MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL [sic] PESOS, CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS m/CTE (\$434.443.472.43), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** Por Secretaría, líquidense los gastos del proceso y en caso de remanentes devuélvanse a la parte actora, pasados dos años sin que estos sean reclamados, se declarará la prescripción por los mismos a favor del tesoro”.

2.8. Con escrito radicado el 20 de febrero de 2012<sup>[18]</sup>, **Bogotá DC-DADEP** interpuso **recurso de apelación** contra la anterior providencia, con el que solicitó su *absolución*.

2.9. Al no haberse producido acuerdo conciliatorio en la anuencia que se desarrolló el 20 de abril de 2012, fue **concedido** el recurso de apelación<sup>19</sup> y posteriormente **admitido**<sup>20</sup>, tras lo cual se corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para conceptuar<sup>21</sup>; oportunidad que fue aprovechada por Bogotá DC-DADEP<sup>22</sup> y el Ministerio Público<sup>23</sup>.

### III. SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

3.1. Conforme al artículo 129 del CCA<sup>24</sup>, **la Sala es competente** para conocer del asunto, por virtud del recurso de apelación interpuesto por el ente demandado, en un proceso con vocación de segunda instancia, dado que la cuantía de la demanda supera la exigida por el artículo 132.5 del CCA<sup>25-26</sup>, en concordancia con el artículo 20.1 CPC<sup>27</sup>.

---

<sup>18</sup> Folios 188 a 196 del cuaderno principal.

<sup>19</sup> Folios 196 y 197 del cuaderno principal.

<sup>20</sup> Folio 233 del cuaderno principal.

<sup>21</sup> Folio 246 del cuaderno principal.

<sup>22</sup> Folios 248 a 260 del cuaderno principal.

<sup>23</sup> Folios 261 a 276 del cuaderno principal.

<sup>24</sup> CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 129. Modificado por el artículo 2 del Decreto Nacional 597 de 1988, modificado por el artículo 38 de la Ley 446 de 1998. “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión”.

<sup>25</sup> CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 132. Modificado por el artículo 2 del Decreto Nacional 597 de 1988 y por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998. “Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 6. De los de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.

<sup>26</sup> La demandante estimó la cuantía en “más de quinientos (500) Salarios Mínimos Legales Mensuales” (folio 24 del cuaderno de primera instancia), lo que, conforme al artículo 132.5 del CCA –modificado por el artículo 2 del Decreto Nacional 597 de 1988 y por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998– se requería para que los

El cinco (5) de agosto de dos mil veinte (2020), el Magistrado Nicolás Yepes Corrales, en desarrollo de la Sala de Subsección, manifestó su impedimento para participar en el estudio del presente asunto, toda vez que, intervino como agente del Ministerio Público, en actuación surtida dentro de este proceso; impedimento que le fue aceptado en desarrollo de la misma Sala.

3.2. El asunto de autos surgió con ocasión de un contrato estatal cuya terminación se confirmó con la Resolución 010 del 16 de noviembre de 2005<sup>[28]</sup>, y fue liquidado unilateralmente a través de la Resolución 081 del 28 de abril de 2005<sup>[29]</sup>, que fue confirmada a través de la Resolución 164 del **25 de julio de 2005**<sup>[30]</sup>. Por lo tanto, al haberse radicado la demanda el **dieciocho (18) de diciembre de dos mil seis (2006)**<sup>31</sup>, cuando ciertamente no habían transcurrido aún dos (2) años tras la ejecutoria del acto con el que el Contrato 094 de 2003 fue liquidado unilateralmente, la **aseguradora demandante acudió oportunamente a esta jurisdicción**, conforme al artículo 136.10.d) del CCA<sup>32-33</sup>.

3.3.1. Con base en documentos auténticos, se acreditó en el presente asunto que: **(i) Bogotá DC-DADEP y el Consorcio Recuperaciones suscribieron el Contrato 094 de 2003**<sup>[34]</sup>, con el que este último se obligó a constituir garantía única a favor

---

tribunales de lo contencioso administrativo conocieran, en primera instancia, los asuntos “*referentes a contratos de entidades estatales en sus distintos órdenes*”, como el presente caso, que surgió con ocasión de un contrato suscrito por el DADEP, que –según el artículo 1º del acuerdo del Consejo de Bogotá núm. 18 de 1998, es un “*Departamento Administrativo de la Administración Central de Santa Fe de Bogotá*”, lo que – conforme al artículo 39 de la Ley 489 de 1998– lo hace uno de los “*organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial*”.

<sup>27</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 20. “*Determinación de la cuantía. La cuantía se determinará así: [...] 1. Por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquélla*”.

<sup>28</sup> Copia auténtica a folios 117 a 134, y 224 a 241 del cuaderno de pruebas.

<sup>29</sup> Copia auténtica a folios 136 a 159, y 242 a 266 del cuaderno de pruebas.

<sup>30</sup> Copia auténtica a folios 161 a 188, y 267 a 292 del cuaderno de pruebas.

<sup>31</sup> Apartado 2.1.1.

<sup>32</sup> “*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: [...] En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar*”.

<sup>33</sup> Al punto viene bien recordar que la Sección Tercera de la Corporación ha denotado que actos como los aquí demandados “*tiene[n] su razón de ser en el contrato mismo y, en tal sentido, debe concebirse como un acto contractual no separable del negocio jurídico que le dio origen, así haya sido expedido después de terminado el contrato, toda vez que carecería de todo fundamento fáctico y jurídico que la Administración expidiera un acto administrativo declarando la ocurrencia del incumplimiento de las obligaciones -declaratoria del siniestro-, de un contrato que no ha sido celebrado, es decir, que el acto administrativo y el contrato se tornan inescindibles y, por tal razón, el acto no puede subsistir autónomamente como un acto separable del contrato*”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14667. Criterio reiterado por esta Subsección en la sentencia del 30 de septiembre de 2009, exp. 46239.

<sup>34</sup> Copia simple a folios 34 a 45 del cuaderno de pruebas.

del ente contratante (cl. 8ª); **(ii)** obligación ésta a la que el consorcio dio cumplimiento al suscribir con la demandante, Seguros del Estado S.A., el contrato de seguro de responsabilidad extracontractual y de cumplimiento ante entidades estatales identificado con la **póliza número 031904071**<sup>[35]</sup>; **(iii)** con la **Resolución 257 de 2004**<sup>[36]</sup>, Bogotá DC-DADEP declaró la caducidad del Contrato 094 de 2003, e hizo efectivo el amparo de cumplimiento, correspondiente a la cláusula penal pecuniaria estipulada en dicho negocio jurídico; **(iv)** con la **Resolución 010 de 2005**<sup>[37]</sup>, Bogotá DC-DADEP confirmó el anterior acto y, además, requirió al contratista para que en un término 10 días consignara el valor correspondiente a la cláusula penal pecuniaria o, en su defecto, lo hiciera Seguros del Estado S.A. en un plazo de 30 días; **(v)** por medio de la **Resolución 081 de 2005**<sup>[38]</sup>, Bogotá DC-DADEP liquidó unilateralmente el Contrato 094 de 2003, ordenó al contratista el pago las sumas correspondientes a la multa y a la cláusula penal pecuniaria impuestas con las Resoluciones 257 de 2004 y 170 de 2005, y de lo entregado como anticipo más los intereses corrientes causados, y ordenó al consorcio contratista el pago de todo ello, dentro de un término de 10 días o, de no cancelarse, *“se requerirá a la Compañía Seguros del Estado S.A., para que cancele el valor con cargo al a garantía única que ampara el contrato”*; **(vi)** el anterior acto fue confirmado con la **Resolución 164 de 2005**<sup>[39]</sup>, en la que Bogotá DC-DADEP decidió además *“[r]equerir al contratista para que en un término de 10 días siguientes a la ejecutoria de esta resolución consigne el valor resultante de la liquidación unilateral del contrato o en su defecto a la Compañía Seguros del Estado S.A., para que en un término de 30 días consigne en la Tesorería el valor correspondiente al monto asegurado de los amparos de cumplimiento y anticipo otorgados en virtud del contrato 094 de 2003, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1080 del Código de Comercio”*.

Resulta así claro que, con las Resoluciones 257 de 2004, 010 de 2005, 081 de 2005 y 164 de 2005, Seguros del Estado S.A. fue requerido al pago de las sumas correspondientes a la cláusula penal pecuniaria, multa y anticipo pactados en el Contrato 094 de 2003, cuyo cumplimiento fue amparado con póliza número 031904071 de dicha compañía. Los actos demandados tienen así injerencia sobre los intereses patrimoniales de **Seguros del Estado**, por lo que **se encuentra legitimada en la causa por activa, para rebatir su validez a través de la acción**

<sup>35</sup> Copia auténtica a folio 94 del cuaderno de primera instancia.

<sup>36</sup> Copia auténtica a folios 89 a 113, y 199 a 223 del cuaderno de pruebas.

<sup>37</sup> Copia auténtica a folios 117 a 134, y 224 a 241 del cuaderno de pruebas.

<sup>38</sup> Copia auténtica a folios 136 a 159, y 242 a 266 del cuaderno de pruebas.

<sup>39</sup> Copia auténtica a folios 161 a 188, y 267 a 292 del cuaderno de pruebas.

de controversias contractuales<sup>40</sup>, para pedir que se declare que no se encuentra vinculada por tales actos, y que se ordene al ente demandado la restitución de las cifras por esta pagadas, en acatamiento de lo ordenado en las resoluciones demandadas. Obviamente, el éxito de esta última pretensión dependerá de que la demandante acredite haber efectuado tal pago.

3.4. **Bogotá DC-DADEP** expidió las resoluciones cuya validez se discute, por lo que se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

#### IV. PROBLEMÁTICA JURÍDICA

4.1. Como fundamento de la sentencia parcialmente estimatoria de primer grado, el *a quo* consideró que: (i) conforme al artículo 136.10 del CCA, la entidad contratante tiene la oportunidad de efectuar la liquidación unilateral, hasta tanto no haya caducado la acción contractual, lo que no ocurrió en este asunto<sup>41</sup>; (ii) la declaración de caducidad del contrato con la consiguiente orden de hacer efectiva la garantía de cumplimiento quedó en firme con la Resolución 010 del 20 de enero de 2005 y la póliza estaba vigente hasta el 24 de marzo de 2005, por lo que aquella orden se dictó oportunamente; (iii) la aseguradora demandante pagó \$221'921.137, así que no se superó la suma asegurada; y que (iv) antes de la entrada en vigor de la Ley 1150 de 2007, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 impedía el imposición unilateral de multas y de la cláusula penal, por lo que, al haberse hecho efectiva la *cláusula penal pecuniaria* mediante la Resolución 081 de 2005, fue violado el artículo 13 de la Ley 80. En consecuencia, el Tribunal ordenó la devolución de lo cancelado por la aseguradora demandante.

4.2. En apoyo del **recurso de apelación** interpuesto contra la sentencia de primera instancia, la demandada, **Bogotá DC-DADEP**, argumentó que: (i) la sentencia de primer grado incurrió en *defecto sustantivo*, porque aplicó el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pero dejó de aplicar el artículo 1592 del Código Civil, que

---

<sup>40</sup> Sobre la discusión sobre la validez de este tipo de actos a través de la acción de controversias contractuales: CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, auto del 25 de enero de 2007, exp.32495.3

<sup>41</sup> "Si bien es cierto, la Ley 80 de 1993 estableció el plazo de dos meses para realizar la liquidación unilateral, después de haber transcurrido cuatro meses que tenía la administración para lograr la liquidación bilateral, lo que en total da 6 meses para la liquidación unilateral, también es cierto que para efectos de caducidad, esta sólo ocurre pasados dos años, contados a partir de la firma del acta o de la ejecutoria del acto que la aprueba y si la administración no liquidare durante los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar, según lo establecido en el numeral 10 del artículo 136 del C.C.A, término durante el cual la entidad aún conserva la facultad de liquidar de manera unilateral. Vencido el término de la caducidad o notificado el auto admisorio de la demanda deviene la incompetencia de la entidad estatal contratante para liquidar el contrato. Con lo anterior se concluye que la entidad si se encontraba dentro del término establecido para liquidar unilateralmente el contrato". (Folio 183 del cuaderno principal).

prevé la cláusula penal, y no tuvo en cuenta que, bajo el amparo de la buena fe, la legalidad y la autonomía de la voluntad, en la cláusula 11ª del Contrato 094 de 2003 se estipuló la facultad de descontar el valor de la cláusula penal sobre la garantía única, por lo que el DADEP no estaba obligado a acudir al juez del contrato; **(ii)** la aseguradora conocía los términos del contrato, por lo que, al haber amparado el riesgo y negarse posteriormente a pagar el siniestro, aduciendo la ilegalidad de las resoluciones, obra de mala fe y persigue un enriquecimiento ilícito; **(iii)** al haberse suscrito el contrato sin presión, error o vicio, se crearon obligaciones recíprocas para el contratante, el contratista y la aseguradora, quienes deben ajustarse a lo pactado; y que **(iv)** la providencia recurrida incurrió en un *defecto fáctico*, porque “[s]in apoyo probatorio, no podía generar la decisión que se cuestiona, dado que las resoluciones no entraron en el terreno de la ilegalidad, y fueron motivadas con mucha claridad en cada uno de los pasos de la relación contractual, derivándose las sanciones y la respectiva caducidad”.

4.3. En sus **alegaciones de segunda instancia**<sup>42</sup>, **Bogotá DC-DADEP** puso de presente que, si bien el *a quo* había juzgado que con la imposición de multa contractual se había violado el artículo 13 de la Ley 80, debía tenerse en cuenta que -conforme a lo conceptuado por el Consejo de Estado en 2006 (exp. 1.748)- la declaración de caducidad es constitutiva del siniestro de incumplimiento, por lo que, si se había pactado cláusula penal, podía ser cobrada sin acudir al juez del contrato para que la impusiera y la aseguradora debería pagar cuando el contratista incumpliera. No aplicó pues el juzgador de primer grado el artículo 1592 del CC que, conforme al artículo 13 de la Ley 80, era la norma aplicable, por no haberse regulado las multas y la cláusula penal pecuniaria en dicho estatuto.

Manifestó además la recurrente que *“la decisión que se cuestiona, no tiene un fundamento fáctico ni probatorio, toda vez que las resoluciones no entraron en el terreno de la ilegalidad y fueron motivadas con mucha claridad en cada uno de los pasos de la relación contractual derivándose las sanciones y la respectiva caducidad”*.

4.4. El **Ministerio Público** presentó **concepto**<sup>43</sup>, en el que solicitó que se declare la nulidad de las Resoluciones 170 y 229 de 2004, *“por falta de facultad legal de la entidad demandada para imponer multas y cláusula penal pecuniaria”*, así como la

---

<sup>42</sup> Folios 248 a 260 del cuaderno principal.

<sup>43</sup> Folios 261 a 276 del cuaderno principal.

nulidad de las Resoluciones 081 y 164 de 2005 y que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a devolver \$113'881.701 indexados. Hizo referencia a pronunciamientos de esta Corporación, en los que consideró que la Ley 80, al derogar el Decreto 222 de 1983, suprimió la competencia de imponer multas o cláusulas penales, y que, conforme al artículo 33 de la Ley 1150 de 2007, tal imposición podía efectuarse únicamente con posterioridad a su entrada en vigencia. Pero, en este caso, el pago de la cláusula penal pecuniaria y la multa contractual se ordenó antes de que entrara en vigor. Por ello, entiende que la Resolución 081 de 20 de abril de 2005, con la que fue liquidado el Contrato 094 de 2003, y la Resolución 164 de 2005, que la confirmó, son parcialmente nulas, únicamente en lo atinente a la multa y la cláusula penal.

4.5. Cabe resaltar que la sentencia de primera instancia fue recurrida únicamente por el ente vencido, por lo que, conforme al artículo 357 del CPC y a los lineamientos trazados en la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera<sup>44</sup>, se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y en los aspectos aducidos expresamente por el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos.

4.6. En este orden de ideas, corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) **Bogotá DC-DADEP** pactó y derivó consecuencias válidamente, de la cláusula penal en el contrato 094 de 2003?
- (ii) **Bogotá DC-DADEP** podía requerir de la compañía de seguros que garantizó el cumplimiento general de las obligaciones adquiridas por el contratista en el contrato 094 de 2003, el pago de la pena y de la multa que el este no satisfizo?

4.7. Como apoyo de las pretensiones de nulidad de las resoluciones con las que Bogotá DC-DADEP impuso multa y pena contractuales, con el subsecuente reembolso de lo pagado, la actora argumentó -como último cargo de la demanda<sup>4546</sup>- que, si bien cabía el pacto de multas contractuales, su imposición como potestad excepcional no procedía, para lo que únicamente estaba facultado el juez del contrato, conforme a lo considerado por la Sección Tercera en

---

<sup>44</sup> Sentencia del 6 de abril de 2018, exp. 46005.

<sup>45</sup> Folios 20 y 21 del cuaderno de 1ª instancia.

<sup>46</sup> Aptado. 2.1.3.

sentencia del 20 de octubre de 2005<sup>[47]</sup>. En esto se centra el primer problema jurídico de esta instancia.

Al respecto, la Sala advierte que -como lo manifestó la demandante- la Sección Tercera<sup>48</sup> ha considerado que la imposición unilateral de multas contractuales no era viable antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007. No pasa por alto esta Judicatura, sin embargo, que anteriormente había entendido esta Sección que dicha imposición cabía, a través de acto administrativo, con base en el artículo 64 del CCA y los principios de la contratación administrativa<sup>49</sup>; y, que más recientemente, esta Subsección ha precisado que, si bien su imposición como acto administrativo no es viable, sí procede a través de un *mero acto contractual*, por lo que, como tal, debe surtirse su control judicial<sup>50</sup>. Además, que según lo considerado por la Sala en sentencia del 8 de junio de 2018<sup>[51]</sup>, el cobro de la multa mediante descuentos tiene lugar cuando, además del cumplimiento de la condición suspensiva que se presenta con el incumplimiento de la parte multada, se dan los presupuestos de la compensación, que opera de pleno derecho.

Así pues, bajo la consideración del acto de imposición de la multa como un acto meramente contractual -acorde a la jurisprudencia actual- esta Subsección analizará la eventual ineficacia de la imposición unilateral de la multa y pena contractuales, que, por haberse producido unilateralmente sin acudir al juez del contrato, viene siendo cuestionada desde la demanda, sin alterar, con ello, el eje de la discusión que se ha surtido a lo largo del proceso, que se centra en determinar si cabía la imposición de la multa por la contratante sin acudir al juez del contrato.

4.8. A partir de lo anterior, la Sala determinará si Seguros del Estado se encuentra vinculado por los actos atacados y si, consecuentemente, procede el reembolso de lo que hubiera pagado.

## V. RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

---

<sup>47</sup> Exp. 14579.

<sup>48</sup> Sentencias del 19 de agosto de 2004 (exp. 12342), del 20 de octubre de 2005 (exp. 14579), del 30 de julio de 2008 (exp. 21574), del 15 de noviembre de 2011 (exp. 21178), del 30 de abril de 2014 (exp. 27096) y del 1º de febrero de 2018 (exp. 52549).

<sup>49</sup> Auto del 4 de junio de 1998, exp. 15988.

<sup>50</sup> Sentencia del 20 de febrero de 2017, exp. 56562.

<sup>51</sup> Exp. 38120.

5.1. En el asunto bajo examen, Bogotá DC-DADEP y el Consorcio Recuperaciones acodaron en el Contrato 094 del 22 de octubre de 2003<sup>[52]</sup> lo siguiente:

**“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- PENAL PECUNIARIA:** *Si el contratista no diere cumplimiento en forma total o parcial al objeto o a la obligaciones emanadas del presente contrato, **pagará** a BOGOTÁ D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO, el veinte por ciento (20%) del valor del mismo como estimación anticipada de perjuicios, sin que lo anterior sea óbice para que se declare la caducidad del contrato y se impongan las multas a que ha lugar BOGOTÁ D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO **podrá hacer efectivo el valor de la cláusula penal descontándola de las sumas que adeude al contratista en desarrollo del contrato o sobre la garantía única,** o se cobrará por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es decir, que no obsta para que BOGOTÁ D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO pueda demandar al contratista ante esta jurisdicción, por el mayor perjuicio ocasionado por el incumplimiento.* **CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- MULTAS:** *En virtud de lo establecido en el artículo 40 de la ley 80 de 1993 las partes acuerdan que **en caso de mora o retardo en el cumplimiento de cualesquiera de las obligaciones señaladas en el presente contrato,** a cargo del contratista y como apremio para que las atienda oportunamente, BOGOTÁ D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO **podrá imponer mediante resolución motivada, multas equivalentes al uno por ciento (1%) del valor total del contrato por cada día de atraso o retardo en el cumplimiento de sus obligaciones,** previo requerimiento al CONTRATISTA, sin que el valor total de ellas pueda llegar a exceder el veinte por ciento (20%) del mismo. El CONTRATISTA autoriza desde ya para que en caso de que BOGOTÁ D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO le imponga multas, el valor de las misma **se descuenta de los saldos a su favor o se ordene hacerlo efectivo con cargo a la póliza de cumplimiento por ella constituida.** Lo anterior salvo en el caso en que el CONTRATISTA demuestre que su tardanza o mora obedeció a hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados.* **CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS.** *El procedimiento para la aplicación de las multas previstas en la cláusula anterior será el siguiente: 1) El funcionario de BOGOTÁ D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO encargado de verificar el desarrollo del contrato, enviará a la [sic] Oficia*

---

<sup>52</sup> Copia simple a folios 34 a 45 del cuaderno de pruebas.

*Asesora Jurídica, un informe escrito sobre los hechos que puedan constituir el fundamento para la aplicación de una multa; 2) Una vez recibido, se estudiará si tales hechos constituyen incumplimiento de las obligaciones del contratista que ameriten la aplicación de las multas pactadas. Para el efecto BOGOTÁ D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO citará al CONTRATISTA con el fin de solicitarle las explicaciones del caso, y determinar su grado de responsabilidad; 3) Si BOGOTÁ D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO considera que el incumplimiento amerita la multa, determinará su monto y lo descontará de los saldos a favor del CONTRATISTA, una vez se encuentre en firme el acto administrativo que declare el incumplimiento e imponga la multa” (énfasis añadido).*

5.2. El contrato 094 se suscribió el 22 de octubre de 2003, en vigencia de la ley 80 de 1993, y la multa y la pena que dan motivo a las pretensiones de la parte demandante se impusieron con las Resoluciones 257 de 2004 y 170 de 2005, esto es, antes de entrar en vigor la ley 1150 de 2007. Esta delimitación temporal de la causa del litigio tiene importancia habida cuenta de que para el momento en que Bogotá DC-DADEP las impuso al Consorcio Recuperaciones, el estatuto de la contratación estatal no confería **atribución legal** a la administración contratante para la imposición de multas y/o penas al contratista, y para el momento en que se celebró el contrato 094 del 22 de octubre de 2003, dicho estatuto guardaba silencio sobre la facultad de la administración para **pactarlas**<sup>53</sup>.

5.3. El silencio del legislador en la materia cesó con la promulgación de la Ley 1150 de 2007, en cuyo artículo 17 se confirió competencia a las entidades contratantes para imponer **unilateralmente**, tanto la pena pactada en cláusula penal pecuniaria, como las multas contractuales, siempre que se observara para el efecto un procedimiento sumario diseñado para honra del *artículo 29 de la Constitución, como garantía del debido proceso contractual sancionatorio*<sup>54</sup>. La Ley 1150 dispuso que el artículo 17 tendría efectos retrospectivos en cuanto permitió la imposición de la pena y de las multas aún en contratos celebrados

---

<sup>53</sup> Contrario sensu, el Decreto 150 de 1976 preveía el deber de incluir en los contratos administrativos la facultad de la Administración de imponer multas en casos de incumplimiento parcial del contratista, así como el deber de pactar cláusula penal pecuniaria, que se haría efectiva cuando se declarara el incumplimiento o la caducidad del contrato. Su cobro, disponía el Decreto 150 de 1976, se haría con cargo a la garantía o a través de la jurisdicción coactiva. Luego, el Decreto 222 de 1983 fue más riguroso, al disponer la inclusión forzosa de multas en caso de mora o incumplimiento parcial. Reprodujo además, este decreto, lo previsto anteriormente sobre la cláusula penal pecuniaria y previó que su cobro podía ser tomado directamente de la garantía única o del saldo que existiera a favor del contratista, pudiendo así mismo efectuarse por vía coactiva.

<sup>54</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Gaceta del Congreso*, año XIV, núm. 656.

antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”<sup>55</sup>.

5.5. Esta Subsección C se ha ocupado del tema en los últimos años con ocasión de algunas decisiones en las que resolvió litigios originados en contratos celebrados por entidades estatales exceptuadas, con desarrollo de tesis que vienen bien para la resolución de casos como el sub lite puesto que, finalmente, el pacto de este tipo de cláusulas en el periodo en consideración ( en vigencia de la Ley 80 pero antes de entrar en vigor la Ley 1150) se encontraba validado como expresión del principio de la autonomía privada o negocial y su ejecución debía desarrollarse dentro de los mismos contornos que esa autonomía le permite a las partes vinculadas por un contrato regido por el derecho privado.

Al punto dijo la Subsección<sup>[56]</sup>:

*“[...] los particulares tienen la facultad de reglar sus relaciones jurídicas de manera específica y concreta, de acuerdo con sus intereses negociales y mediante la inclusión de cláusulas accidentales a las que el ordenamiento le reconoce la categoría de ley entre las partes.*

*Dicha regulación contempla no sólo la definición del objeto del contrato o de las prestaciones a cargo de cada uno de los contratantes, sino también las consecuencias que éstos pueden derivar frente al incumplimiento en la ejecución de tales prestaciones, dentro de las cuales podrían incluirse, como se vio, (...) la cláusula penal, la multa, (...)*

*Sin embargo, la Sala debe aclarar que la estipulación de las figuras jurídicas antes enunciadas no se clasifica dentro de las denominadas cláusulas excepcionales, principalmente, en razón a su naturaleza convencional, ya que se originan en la autonomía negocial de las partes y no en la ley, y adicionalmente porque con ellas no se otorga a la administración el ejercicio de un poder exorbitante, por el contrario, su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial.*

---

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, Exp. 21574.

<sup>56</sup> Exp. 56562.

En este sentido, debe preverse que aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, bien sea mediante la compensación u otros mecanismos legales, **ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante**, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, que a su turno conllevará la indemnización de los perjuicios causados al contratista.

Bajo este escenario, debe igualmente anotarse que los actos emitidos por la entidad contratante, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, configuran un **mero acto contractual que no administrativo**, de manera que su control judicial debe darse por vía de incumplimiento contractual y no por vía de nulidad (negrilla y subrayado de la Sala).

5.6. En síntesis y en línea con lo anterior, esta Subsección considera que la administración podía, durante el periodo bajo estudio, pactar válidamente, mas no imponer unilateralmente a través de actos administrativos -como lo consideró el a quo- cláusulas penales y multas contractuales. Esto, porque la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas mediante decisiones unilaterales con carácter ejecutorio y ejecutivo no es expresión de la autonomía privada, sino de la ley.

Procedía, se reitera, el pacto de cláusulas como las de multas o cláusula penal de apremio y cláusula penal pecuniaria, cuya validez y eficacia ha sido reconocida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, razón por la que podían ser impuestas pero no por los medios del derecho público, sino a través de actos contractuales, como lo ha venido considerando esta Subsección<sup>57</sup>. Una vez impuestas, la contratante puede operar la compensación, porque así lo autoriza la ley cuando concurren obligaciones recíprocas dinerarias (o fungibles) líquidas y exigibles. Todo lo anterior, por cuanto en ejercicio de la autonomía negocial están facultadas las partes para ejercer “una especie de autotutela privada”<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Apartado 5.5.6.

<sup>58</sup> “La cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, o como fórmula coercitiva del cumplimiento, dado su origen convencional, que inclusive permite calificarla como un acto jurídico adicional y accesorio del principal, constituye una ley para los contratantes, no mutable, salvo el caso del artículo 1601, no sólo porque se conviene dar en pago una ‘cantidad determinada’ de dinero, como lo dice el artículo 1601, sino porque es el fruto del libre acuerdo y de la autonomía de la voluntad, expresado con toda la conciencia [...]. [...] Por último, y no por la ubicación argumento incidental, sino principal y definitivo, siendo la cláusula penal una especie de autotutela privada, que como remanente histórico reconoce la ley, por cuanto ella de alguna

5.7. En este orden de ideas, esta Subsección concluye que, en el caso *sub lite*, conforme al marco de los postulados del derecho civil, a las normas del derecho civil colombiano y al principio de la autonomía negocial rectora de la contratación estatal según los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1983<sup>[59]</sup>: **(i)** era válido el pacto de las cláusulas penales compensatorias (o pecuniarias) y de apremio (o multas); **(ii)** era asimismo admisible la derivación de consecuencias de estas, a través de acto contractual, pero no a través de actos con los atributos propios del acto administrativo; y **(iii)** procedía la compensación, como uno de los modos de extinción de las obligaciones.

5.8. Pasando ahora al caso bajo examen, observa la Sala que en el Contrato 094 de 2003, se acordó -como se expuso previamente<sup>60</sup>- que: **(i)** en caso de incumplimiento total o parcial, el contratista pagaría el 20% del valor del contrato como estimación anticipada de perjuicios, lo que Bogotá DC-DADEP podría hacer efectivo mediante el descuento de sumas adeudadas o sobre la garantía única; y que **(ii)** en caso de mora o retardo en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones, Bogotá DC-DADEP podría imponer, mediante *resolución motivada* y tras agotar el procedimiento convenido, multas equivalentes al uno por ciento (1%) del valor total del contrato, por cada día de atraso o retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que también podría descontar de los saldos a favor del contratista o con cargo a la póliza de cumplimiento.

Estas estipulaciones eran, por tanto, válidas, en el marco del derecho civil y administrativo colombiano, bajo el entendido que tanto la imposición de las multas como su descuento se haría a través de actos contractuales, mas no de actos administrativos ejecutables por vía coactiva. Al punto viene necesario aclarar que el acto administrativo no se configura, ni deriva los atributos que le son propios, del *nomen* que reciba de su creador, ni del hecho de venir precedido de una motivación. Un acto de imposición de multa o de pena, como el que creó en las circunstancias atrás estudiadas, **Bogotá DC-DADEP** genera la obligación de

---

*manera suple la función judicial [...]*". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 2000, exp. núm. C-4823.

<sup>59</sup> "Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. || Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. || En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. [...]"

<sup>60</sup> Apartado 5.1.

pagar una u otra, cuyo nacimiento se encuentra sujeto al cumplimiento de una condición, consistente en el acto u actos de incumplimiento pactados, además del agotamiento del procedimiento que, como en el contrato objeto de la controversia, se hubiere pactado como garantía del debido proceso.

No podía, en todo caso, ser ejecutada la multa o la pena contra la voluntad de su destinatario y, menos aún, por la vía de la jurisdicción coactiva. Pero sí cabía solicitar el pago al deudor, que es el modo ordinario de extinción de las obligaciones dinerarias, como procede en el derecho común.

5.8.1. Ahora bien, por medio de la **Resolución 170 del 25 de junio de 2004**<sup>[61]</sup>, el Director del DADEP resolvió imponer al Consorcio Recuperaciones, como responsable del Contrato 094 de 2003, **multa** de \$66'620.795. Tuvo en cuenta que: **(i)** las partes contratantes habían definido un cronograma de trabajo, en el que se establecía el número de productos que el consorcio contratista debía entregar cada mes, lo que no fue cabalmente cumplido por el contratista; **(ii)** por no contar con la experiencia requerida, no fue aprobado el cambio de la coordinadora del proyecto, que permaneció temporalmente vacante, y en la plantilla de personal habían menos profesionales de los requeridos y ofertados, por lo que el consorcio contratista no contaba con la organización técnica y administrativa, ni con el equipo mínimo requerido; **(iii)** el contratista no suministró la información requerida sobre los vehículos que debía tener a disposición del proyecto, por lo que no era posible hacerle seguimiento a esta obligación; **(iv)** tanto la interventoría como el órgano de control de ejecución del contrato requirieron reiteradamente al contratista, para que aportara la información necesaria para la supervisión del contrato, sin recibir respuesta oportuna; **(v)** en audiencia programada el 16 de junio de 2014, Drako Arturo Reyes González -en representación del Consorcio Recuperaciones- presentó descargos, que se estimaron “evasivos” por la entidad; y que **(vi)** se presentó un grave incumplimiento contractual, que generó un “*serio peligro*” de que el objeto contractual no se ejecutara en la fecha prevista.

5.8.2. Con la **Resolución 229 del 6 de septiembre de 2004**<sup>[62]</sup>, Bogotá DC-DADEP resolvió confirmar la anterior resolución.

---

<sup>61</sup> Copia simple a folios 46 a 67 del cuaderno de pruebas.

<sup>62</sup> Folios 70 a 88 del cuaderno de pruebas.

El Consorcio Recuperaciones había alegado que: **(i)** en los expedientes administrativos de las querellas cuyo impulso estaba a cargo del contratista, se presentaban falencias que impedían adoptar decisiones de fondo, porque, en caso de que se produjeran, darían lugar a amparos por vía de tutela o a una eventual responsabilidad civil y administrativa; **(ii)** se hizo entrega tardía de dichos expedientes; **(iii)** sí se había aprobado en acta la hoja de vida de la coordinadora del proyecto y, en ningún momento, ese cargo estuvo desatendido; y que **(iv)** el número total del personal, incluyendo el equipo técnico y administrativo, era de siete (7) personas, no que este fuera el total del personal asistencial.

Seguros del Estado S.A. había argumentado que: **(i)** la multa se liquidó equívocamente, ya que, si el porcentaje de las obligaciones incumplidas por el consorcio equivaliera al 0,3% de las obligaciones pactadas, por lo que el monto de la multa debería ser de \$66.209,70; y que **(ii)** debía aplicarse la cláusula de compensación.

La encargada de la interventoría del Contrato 094 de 2003 respondió que: **(i)** conforme al numeral 2.2 de los términos de referencia, en la fase 1 de la ejecución del contrato, el contratista estaba obligado a analizar las querellas en curso en las 19 Alcaldías Locales de Bogotá DC, para identificar las que serían objeto de impulso, así como el tiempo necesario para su evacuación; **(ii)** no podía justificarse el incumplimiento del contratista por una supuesta demora de los Alcaldes Locales en la firma de los planes de trabajo, ya que el Consorcio había incurrido previamente en un retraso en la elaboración y presentación de los planes de trabajo; **(iii)** la hoja de vida de la coordinadora debía ser aprobada tanto por la interventoría como por el DADEP, sin que su inclusión en un acta implicara tal aprobación, habiendo tardado el Consorcio casi un mes en comunicar la reincorporación del coordinador que había salido; **(iv)** al contratista se le advirtió sobre la necesidad de incorporar los siete (7) miembros del personal asistencial ofertados; y que **(v)** la contratista no informó oportunamente las labores que los vehículos al servicio del proyecto estaban realizando ni donde estaban disponibles ni si el contrato se había suspendido.

El funcionario designado para ejercer el control del contrato manifestó que: **(i)** en efecto, el contratista debía determinar en la fase 1 de ejecución del contrato las querellas a las que daría trámite y, en caso de encontrar impedimentos técnicos o legales, debía comunicárselos a la interventoría (conforme al núm. 24 de la

cláusula 2ª del contrato 94 de 2003); **(ii)** el plan de trabajo para cada Alcaldía Local debía estar elaborado el 14 de abril de 2004 y solo fue sometido a consideración de la interventoría del 27 de abril de 2004; **(iii)** al no haberse determinado el procedimiento a seguir cuando se presentaran cambios en la organización técnica y administrativa del contratista, no se podía identificar claramente el incumplimiento por el cambio de la coordinadora; **(iv)** se había aclarado que la contratista debía contar con nueve (9) profesionales en total, por lo que estaba claro que no había contado con la totalidad del equipo profesional asistencial; y que **(vi)** el consorcio no suministro información sobre los vehículos empleados en la ejecución del contrato.

La entidad, a partir de los anteriores argumentos, determinó que se había presentado un incumplimiento por parte del consorcio contratista en cuanto:

*“i. el cronograma de trabajo, el cual se encuentra con un atraso importante. ii. la presentación de los Planes de trabajo, que no fueron proyectados a tiempo para la firma de las partes e interesados. iii). la cantidad de abogados que ofertó y que no tuvo a disposición de las labores del contrato, lo cual, aunado a los demás hechos señalados en la resolución recurrida, pudo causar el incumplimiento en el cronograma de entregas y, iv. los vehículos que no reportó en ninguna forma a la interventoría para verificar la disposición que tenía de ellos al contrato, aduciendo que no existía modelo para presentar esa información”.*

Con respecto a la compensación propuesta por la aseguradora, el DADEP respondió que “[...] esto no es posible por cuanto al contratista se le han cancelado valores superiores a los que ha ejecutado del contrato, teniendo en cuenta además que el valor entregado por concepto de anticipo no ha sido amortizado por el consorcio contratista”.

De conformidad con lo anterior, el DADEP decidió confirmar la Resolución 170 de 2004, además de: **Requerir** al contratista para que en un término de 10 días siguientes a la ejecutoria [sic] de esta resolución consigne el valor de la multa o en su defecto a la compañía de Seguros del Estado S.A., para que en un término de 30 días consigne en la Tesorería el valor señalado en la Resolución 170 del 25 de junio de 2004<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Énfasis de la Sala.

5.8.3. Por medio de la **Resolución 081 del 28 de abril de 2005**<sup>[64]</sup>, el DADEP resolvió liquidar unilateralmente el Contrato 094 de 2003, y especificó que el consorcio contratista le adeudaba \$288'541.933,20, de los cuales \$66'620.795,00 correspondían a la multa impuesta con la Resolución 170 del 25 de junio de 2005 y **\$113'541.933,20** a la cláusula penal pecuniaria impuesta en la Resolución 257 del 22 de octubre de 2004. En ello, tuvo en cuenta las resoluciones aprobadas por las Alcaldías Locales, cuyo impulso correspondía a la contratista, que fueron relacionadas en la resolución.

En la resolución consta que el contratista presentó observaciones al acta de liquidación que inicialmente le fue remitida, pero, dentro de ellas, no hizo referencia a la falta de competencia para imponer las cláusulas penales, ni a ninguno de los cargos formulados en la demanda. El DADEP dio respuesta a las objeciones presentadas por el contratista.

Además, el DADEP declaró el siniestro de anticipo e hizo efectivo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

5.8.4. Por medio de la **Resolución 164 del 25 de julio de 2005**<sup>[65]</sup>, fue confirmada la Resolución 081 de 2005, con la que el DADEP liquidó unilateralmente el Contrato 094 de 2003. La aseguradora y actual demandante adujo que: **(i)** el monto cobrado por el amparo de anticipo era superior al que correspondía; **(ii)** la póliza no cubría el lucro cesante, como el correspondiente a los intereses causados desde el momento en que se pagó el anticipo; y que **(iii)** la suma de la multa y la cláusula penal pecuniaria supera el valor asegurado por el amparo de cumplimiento, que era de \$113'881.701. No protestó, ni falta de competencia del DADEP para imponer la multa, ni el cálculo del monto de la pena impuesta.

5.9. Pues bien, conforme a lo expuesto previamente<sup>66</sup>, al haberse cumplido la condición consistente en el incumplimiento contractual y agotado el procedimiento definido como garantía del debido proceso, es válida la imposición de la multa o pena pactadas, lo que se verificó en las resoluciones rebatidas por la firma actora y no es objeto de discusión en esta instancia. Existe así, con base en las Resoluciones 257 del 22 de octubre de 2004, 010 del 20 de enero de 2005, 081 del 28 de abril de 2005 y 164 del 25 de julio de 2005, la obligación del Consorcio

---

<sup>64</sup> Copia auténtica a folios 136 a 159, y 242 a 266 del cuaderno de pruebas.

<sup>65</sup> Copia auténtica a folios 161 a 188, y 267 a 292 del cuaderno de pruebas.

<sup>66</sup> Apartado 5.8.

Recuperaciones de pagar la multa y pena que le fueron impuestas y, en consecuencia, éste se encuentra vinculado por ese acto de imposición.

Por otra parte, la obligación de pagar la multa y pena pactada en el Contrato 094 de 2003 es de carácter dinerario y, una vez verificados los incumplimientos del contratista, se hizo exigible conforme al artículo 1542 del Código Civil<sup>67</sup>. Cabía, pues, solicitar su pago, como lo hizo Bogotá-DADEP al *requerírsele* al contratista, lo que no es equivalente a la orden que se imparte con carácter ejecutorio y ejecutivo, en un acto administrativo.

## VI. RESPUESTA AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

6.1. Definida así la validez del acto contractual de imposición y requerimiento del pago de la multa y pena pactadas en el Contrato 094 de 2003, y su vinculatoriedad con respecto al consorcio contratante, procede la Sala a determinar si, conforme a lo pretendido, Seguros del Estado se encuentra vinculada por las Resoluciones 257 del 22 de octubre de 2004, 010 del 20 de enero de 2005, 081 del 28 de abril de 2005 y 164 del 25 de julio de 2005 por virtud del contrato de seguros que la trajo al proceso. Con ello, se determinará, a su vez, si procedería el reembolso de lo que se hubiera pagado.

6.1.1. En la cláusula 8ª del Contrato 094 de 2003, se estipuló que:

*“El contratista se obliga a constituir a favor y a satisfacción de BOGOTÁ D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO, una [g]arantía única a favor de entidades estatales y el amparo autónomo de responsabilidad civil extracontractual, [sic] expedida por un [b]anco o [c]ompañía de [s]eguros legalmente establecida en Colombia, según lo establecido en los artículo 25 numeral 19 de la [L]ey 80 de 1993 y el 17 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, que ampare los siguientes riesgos: [...] b.- De CUMPLIMIENTO de todas las estipulaciones pactadas sobre los términos, condiciones y especificaciones del contrato, en cuantía equivalente al veinte por ciento (20%) de su valor, con vigencia igual al término de ejecución del contrato y cuatro (4) meses más. **Al monto de esta garantía se imputará el valor de las***

---

<sup>67</sup> CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1542. Exigibilidad de la obligación condicional. No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente. || Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”.

multas y la cláusula penal, y se repondrá si por este motivo se disminuyera o agotare. El garante podrá subrogarse en las obligaciones del contratista para con BOGOTÁ D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSORÍA DEL ESPACIO PÚBLICO. La garantía deberá estar vigente hasta la liquidación del contrato".

6.1.2. El consorcio contratista dio cumplimiento a lo anterior, con la suscripción del contrato de seguro de cumplimiento ante entidades estatales instrumentado en la póliza número 031904071<sup>[68]</sup> del 24 de noviembre de 2003, cuyo objeto fue concebido de la siguiente manera:

"Con sujeción a las condiciones generales que se anexan, que forman parte integrante de la misma y que el asegurado y el tomador declaran haber recibido, [sic] SegurEstado S.A. (sic) garantiza: El cumplimiento general de las obligaciones surgidas, el buen manejo del anticipo entregado, el pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, la calidad del servicio en virtud del contrato de presentación de servicios No. 094 del 22-10-03, referente a prestar los servicios profesionales para impulsar hasta su finalización según los términos establecidos en los pliegos de condiciones, según especificaciones de la cláusula primera del citado contrato" (subrayado añadido).

6.1.3. A su vez, las *Condiciones Generales de la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales (Ley 80 de 1993) de Seguros del Estado S.A.*<sup>69</sup> preveían que:

"**El amparo de cumplimiento** cubre a las entidades estatales contratantes contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Este amparo **comprende las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva.**

[...] **Se entiende causado el siniestro:** [...] 4.3 En los casos de multas y cláusulas penal [sic] con el acto administrativo que imponga al contratista las multas o cláusulas penal [sic] estipuladas en el contrato" (subrayado y negrilla fuera del texto original).

6.1.4. En el contrato de seguros, la delimitación del riesgo define el cauce de la obligación indemnizatoria del asegurador, ya que su obligación prestacional surge

<sup>68</sup> Copia auténtica a folio 94 del cuaderno de primera instancia.

<sup>69</sup> Copia simple a folios 194 y 195 del cuaderno de pruebas.

cuando el riesgo se cumple, como lo establece el artículo 1054 del CCo<sup>70</sup>. Al tratarse de un contrato aleatorio (artículo 1036, CCo<sup>71</sup>), “la *viabilidad técnico-económica de la actividad desarrollada por el asegurador estribará en su pericia para evaluar los riesgos ex ante y, a reglón seguido, en la posibilidad de delimitar cuáles de tales riesgo asume, conforme con el examen realizado, fijando la prima que, equilibradamente, sirva como compensación por la asunción de tales riesgos*”<sup>72</sup>. Es por ello que, “[...] *el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado*”<sup>73</sup>, como lo prevé el artículo 1056 del CCo.

Para ello -como lo ha precisado la Corte Suprema- en el escrito que contiene el contrato, el riesgo cubierto es individualizado, circunscribiéndolo a unas circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como a un factor causal u objetivo, además de especificar las exclusiones, que son ciertas circunstancias causales o efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato<sup>74</sup>. Su interpretación, si bien es restringida, debe consultar las razones que dieron lugar al contrato, teniendo en cuenta su justificación técnica, pero sin excluir los riesgos realmente convenidos<sup>75</sup>.

6.1.5. En el presente caso, la póliza era requerida conforme al artículo 25.19 de la Ley 80, para *avaluar* el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Aparte, conforme a lo previsto en las condiciones generales definidas por la aseguradora demandante, en armonía con la cláusula 8ª del Contrato 094 de 2003, resulta claro que con la póliza de cumplimiento se amparaban los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de todas las estipulaciones, términos, condiciones y especificaciones del contrato amparado. Al ser las cláusulas penales, y particularmente la *pecuniaria*, un cálculo anticipado de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual es claro que su pago quedaba cubierto por la póliza. Pero además, se especificó que quedaba cubierto tanto el valor la cláusula penal pecuniaria, como el de las multas que se hicieran efectivas.

---

<sup>70</sup> “Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”

<sup>71</sup> “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

<sup>72</sup> JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Derecho de Seguros*, Tomo III, PUJ-Temis, Bogotá, 2012, p. 9.

<sup>73</sup> Subrayado añadido.

<sup>74</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencias del 29 de enero de 1997 (exp. 4894) y del 4 de abril de 1997 (exp. 4880).

<sup>75</sup> *Ibíd.*

El riesgo amparado quedó así definido por su objeto y su causa, lo que es plenamente válido.

6.1.6. Por otra parte, resalta la Sala que, en su versión primigenia, el artículo 1131 del CCo establecía que -en el seguro de responsabilidad, como lo es el de cumplimiento<sup>76</sup>- se entendía *ocurrido* el siniestro desde el momento en que *acaeciera* el hecho externo imputable al asegurado, y que “[...] *la responsabilidad del asegurador, si es que surge del respectivo contrato de seguro, solo podrá hacerse efectiva, cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización*”<sup>77</sup>. La exigencia de demanda del damnificado o sus causahabientes prevista en el CCo fue añadida al proyecto original, que se refería a la *reclamación*<sup>78</sup>; no obstante, dicha exigencia fue posteriormente eliminada con la reforma a la actividad aseguradora que se produjo con la Ley 45 de 1990. Con ello, la declaración judicial de responsabilidad -bien sea contractual o extracontractual- se desligó completamente de la configuración del siniestro, que al ocurrir hace exigible la obligación crediticia de la aseguradora.

En el campo concreto del seguro de cumplimiento, la Sala de Casación Civil ha precisado que:

*“[...] el riesgo asegurado se traduce en la eventualidad de un incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor-contratista, esta Sala ya ha precisado en diversas ocasiones que es al momento de ocurrir tal inejecución prestacional imputable a éste, cuando jurídicamente se configura el siniestro, entendido como percutor del débito que, por fuerza de su materialización, se radica en cabeza del asegurador [...]”*<sup>79</sup>.

De esta forma, en la definición de la configuración del riesgo, el legislador colombiano se enfocó en el daño irrogado al beneficiario, más que en su consecuencia, que es el surgimiento de una deuda patrimonial<sup>80</sup>. Por lo tanto, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, es desde el momento en el que, al acaecer el riesgo asegurado, se configura el siniestro, cuando *“surge el derecho de reclamarle al asegurador de la responsabilidad civil de aquél, la*

---

<sup>76</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencias del 21 de septiembre de 2000 (exp. 6140) y del 13 de diciembre de 2013 (exp. 11001-31-03-002-2005-00530-01), entre otras.

<sup>77</sup> Subrayado añadido.

<sup>78</sup> JARAMILLO, Carlos Ignacio, *La Configuración del Siniestro en el Seguro de la Responsabilidad Civil*, Temis-PUJ, 2011, pp. 146-151.

<sup>79</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de julio de 2006, exp. 00191.

<sup>80</sup> JARAMILLO, Carlos Ignacio, *La Configuración del Siniestro...*, pp. 172-187.

*indemnización de los perjuicios patrimoniales experimentados, derecho que en Colombia deriva directamente de la ley, en cuanto lo instituye como beneficiario del seguro -art. 1127 ibídem- y que está delimitado por los términos del contrato y de la propia ley [...]*<sup>81</sup>.

6.1.7. Conforme a las anteriores consideraciones, la exigencia de declaración judicial de responsabilidad del Consorcio Recuperaciones, para hacer así efectiva la obligación crediticia de la aseguradora de pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación amparada, constituiría una imposición que, además de no consultar el texto del contrato, en el que no se requería, no se ajustaría a los postulados del derecho colombiano. No cabe pues asumir tal exigencia, sin siquiera existir una estipulación que la prevea, para el surgimiento de la obligación de la aseguradora de pagar las sumas correspondientes a las cláusulas penales, cuando el contratista no hubiera atendido el pago y la compensación no sea posible porque no existan créditos a favor del contratista.

6.1.8. Por otra parte, nota la Sala que en el contrato de seguro de cumplimiento suscrito para amparar las obligaciones del Contrato 094 de 2003 a cargo del contratista, la aseguradora determinó que el siniestro se entendería causado con el *acto administrativo* que impusiera multas o la cláusula penal. Como se expuso previamente, esto no sería posible bajo la vigencia de la Ley 80 antes de la entrada en vigor de la modificación que se produjo con la Ley 1150 de 2007, ya que, en ese contexto normativo, la multa y la cláusula penal solo podrían imponerse con un acto contractual, mas no mediante decisiones ejecutorias exigibles por vía coactiva, como lo son los actos administrativos.

6.1.9. Pues bien, en el contrato de seguro de cumplimiento -como el que trajo aquí a la demandante- la obligación de la aseguradora de pagar la prestación a su cargo se origina (art. 1054, CCo) desde el momento en el que se produce el incumplimiento contractual. A la luz de lo acordado en el Contrato 094 de 2003, en el que -para atender a lo requerido por el artículo 25.19 de la Ley 80- el Consorcio Recuperaciones se obligó a contratar un seguro para garantizar todas las estipulaciones pactadas, resulta claro que con el seguro de cumplimiento con el que fue avalado el Contrato 094 de 2003 se buscaba que, en caso de que la contratista no pagara o no fuera posible el cobro mediante compensación de las

---

<sup>81</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de febrero de 2005, exp. 7614. (Subrayado añadido).

obligaciones condicionales derivadas de las cláusulas penales estipulas, este pudiera hacerse con cargo a la garantía única.

6.1.10. Someter la configuración del siniestro a un acto adicional inviable a la luz de la jurisprudencia sobreviniente, además de una tergiversación de la voluntad de los contratistas, iría en contra de los postulados de la buena fe y de la función social del contrato de seguro, conforme a lo manifestado por la Sala de Casación Civil, en cuanto sentenció que:

*“[...] dígase ahora que una compañía aseguradora, pues, que cobre una prima asegurando eso mismo, no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor; no lo primero, porque tal seguro tiene la base legal ya vista, cuya reglamentación especial elimina en el punto la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio; y no lo segundo, porque, amén de ignominiosa, sería altamente nociva la conducta de quien, sabiéndolo, o debiéndolo saber dada su destreza en la materia, propiciara la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no sólo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora ha sumado a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño. En fin, un seguro casi humorístico”<sup>82</sup>.*

Si, conforme a lo anterior, no resulta admisible una interpretación nugatoria de la intención de quienes, en el marco de una relación de derecho privado, suscriben un seguro de cumplimiento, más inadmisibles serían aún una interpretación contractual que repudiara la eficacia de la garantía exigida por ley, como aval de unas obligaciones dirigidas a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados (art. 3, Ley 80), como lo son las obligaciones derivadas del contrato amparado en el *sub lite*.

6.1.11. Tal entendimiento conllevaría, por demás, la ineficacia del contrato de seguros. El riesgo, elemento esencial del contrato de seguros (artículo 1045 CCo), es un evento incierto, lo que excluye lo imposible (artículo 1054 CCo). Es la materialización de un resultado previsible y fortuito, lo que no cabe predicar de un

---

<sup>82</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de mayo 2002, exp. 6785.

acto jurídicamente imposible, el cual no se producirá con certeza. Sujetar, por tanto, la realización del riesgo a algo imposible, equivaldría a negarlo, con lo que, ante la privación de un elemento esencial, el contrato de seguro de cumplimiento traído a esta Judicatura devendría ineficaz. En el ordenamiento colombiano, sin embargo, prevalecen las interpretaciones de los contratos con las que se reconocen sus efectos, conforme al artículo 1620 del CC.

6.1.12. No resulta, por demás, inadmisibile -conforme a lo considerado por Corte Suprema de Justicia<sup>83</sup>- hacer depender el siniestro de la voluntad del deudor, como la manifestada en un acto contractual de la administración. Este, en todo caso, no puede constituir un acto meramente potestativo de las partes del contrato de seguros (artículo 1056 CCo). No ocurre esto, sin embargo, en el seguro de cumplimiento del Contrato 094 de 2003, en el que el riesgo depende, ante todo, del incumplimiento del deudor, así como del agotamiento de un procedimiento encaminado a garantizar los derechos del deudor, como se verá más adelante<sup>84</sup>, lo que no es más que una consecuencia adicional al riesgo amparado en sí, que se configura cuando acaecen los hechos de incumplimiento, bien sea, porque el contratista pagó o porque no operó la compensación, por inexistencia de créditos a favor del contratista.

6.1.13. La voluntad de quienes suscribieron el Contrato 094 de 2003 y del contrato de seguro de cumplimiento que lo avaló atendió, conforme a lo anterior, a la posición de la jurisprudencia administrativa más aceptada en el momento. Como se dijo, los cambios jurisprudenciales sobrevinientes no deben hacer nugatoria la intención de las partes y del legislador, en cuanto requerían un seguro que avalara el cumplimiento de todas las obligaciones del contratista, pero tampoco deben alterar las condiciones del contrato de seguros, abriendo la puerta al cubrimiento de riesgos que, al no estar previstos inicialmente, no habrían sido tenidos en cuenta para cuantificar la prima. Ello, sin embargo, no ocurre en este asunto, ya que el riesgo asegurado, consistente en el incumplimiento del deudor, permanece inalterado.

6.1.14. Además, la Sala advierte que no resultan menoscabadas las expectativas que, por los requisitos de formación propios del acto administrativo, pudiera haber tenido la aseguradora, como elemento para definir el riesgo asegurable.

---

<sup>83</sup> Apartado. 5.8.10.

<sup>84</sup> Apartado 5.8.14.

Por una parte, se acordó en el Contrato 094 de 2003 un procedimiento para la imposición de multas orientado a garantizar el debido proceso que -como se manifestó en el trámite de la Ley 1150- se desprende de la Constitución Política<sup>85</sup>. Al tratarse de un procedimiento específico para esta relación contractual, su agotamiento era necesario, pese a que la imposición de las multas se produjera con acto contractual. En consecuencia, el procedimiento para su imposición se surtiría con unas garantías concretas, sin que en ello tuviera relevancia que se tratara, o no, de un acto administrativo.

Adicionalmente, al entenderse en el momento en el que fue suscrito el Contrato 094 de 2003 y en la póliza de cumplimiento, que -conforme a la jurisprudencia- tanto multas como cláusulas penales se imponían por medio de acto administrativo, la conducta material de la contratante se ajustó, en el acto contractual, a los requerimientos del acto administrativo, como se aprecia en los actos con los que fueron impuestas las multas, a los que más adelante se hace referencia<sup>86</sup>. Por ende, no resultó menoscabada materialmente la expectativa que la aseguradora pudiera tener sobre las garantías procesales de la vía gubernativa, si es que ello pudiera haber sido un elemento relevante al definir el riesgo amparado, lo que, en todo caso, nunca alegó.

6.1.15. En este orden de ideas, concluye la Sala que, en este asunto, cabía pactar que, si como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del contratista, se hicieran exigibles multas contractuales y la cláusula penal de apremio, el consorcio contratista incumpliera la obligación de pagarles, y no fuera posible hacerlas efectivas a través de la compensación de deudas recíprocas, cubriría le aseguradora su pago, como perjuicio ocasionado al beneficiario del seguro como efecto del incumplimiento contractual.

6.1.16. Pero esto -advierde la Sala- no implica que el requerimiento del pago se haya realizado a través de un acto con los efectos propios de los actos administrativos, ya que en la configuración constitucional del Estado colombiano, la concesión de esta prerrogativa requiere autorización expresa -bien sea directa o indirecta- del legislador, la cual se surtió con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, luego de que se presentaran los hechos que dieron lugar al presente asunto.

---

<sup>85</sup> Apartado 5.3.

<sup>86</sup> Apartados 5.12 y 5.14.

No tienen, por lo tanto, las resoluciones impugnadas, carácter ejecutivo ejecutorio. Pero, con base en el Contrato 094 de 2003 y el contrato con el que se aseguró su cumplimiento, al cumplirse la condición y el proceso estipulados, las Resoluciones 257 del 22 de octubre de 2004, 010 del 20 de enero de 2005, 081 del 28 de abril de 2005 y 164 del 25 de julio de 2005 generan obligaciones tanto para el Consorcio Recuperaciones, como para la aseguradora que, en este caso, es la demandante, Seguros del Estado, a la que cabía solicitarle el pago del riesgo cubierto con el seguro de responsabilidad contractual, como lo hizo Bogotá-DADEP a requerirlo. No procede, por lo tanto, el reembolso de lo que, conforme a dichas obligaciones, la aseguradora actora hubiera pagado.

## VII. COSTAS

No hay **condena en costas**, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a su imposición, cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso no se vislumbra que se hubiese actuado de esa manera, no se hará condena alguna en ese sentido.

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

## FALLA

**REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el once (11) de noviembre de dos mil once (2011) y, en su lugar, disponer lo siguiente:

**PRIMERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda por los motivos expuestos en esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena a costas.

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

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Presidente**

**Aclaro voto**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado**

**NICOLÁS YEPES CORRALES**

**Magistrado**