



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

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

RADICACIÓN: 250002326000142601
EXPEDIENTE: 28917
ACTOR: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.
DEMANDADO: FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL
REFERENCIA: ACCIÓN CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia del 29 de julio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se denegaron las pretensiones solicitadas en la demanda principal y en la demanda de reconvención.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

La ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.¹, por conducto de apoderado judicial debidamente constituido, el día 22 de junio de 2000, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción contractual, en contra del FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL, en adelante FAVIDI.

En el escrito de la demanda principal se elevaron las siguientes pretensiones, que se transcriben tal como fueron formuladas²:

"PRIMERA: *Que es nula la Resolución No. 589 del 28 de Diciembre de 1999 expedida por el señor Gerente General del **FONDO DE AHORRO Y***

¹ De conformidad con el certificado de existencia y representación legal, expedido por la Superintendencia Bancaria de Colombia, se constituyó "POR ESCRITURA PÚBLICA NÚMERO 4204 DEL 1 DE DICIEMBRE DE 1.969 DE LA NOTARÍA 10 DE SANTAFE DE BOGOTÁ D.C., LA CUAL CUENTA CON UN TÉRMINO DE DURACIÓN HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2050". (folios 14 y 15 C1).

² Folios 4 y 5 del cuaderno No. 1.



VIVIENDA DISTRITAL -FAVIDI-, por virtud de la cual se declaró la liquidación unilateral del contrato de Transacción suscrito el 16 de Octubre de 1998, entre esa dependencia y la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA.

"SEGUNDA: Que así mismo es nula la Resolución **No. 079 del 18 de Febrero del 2000**, emanada de la Gerencia General del **FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL -FAVIDI-**, que al resolver el recurso de reposición interpuesto por mi mandante, confirmó en todas sus partes la resolución **No. 589 del 28 de diciembre de 1999**.

"TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, se declare que no es exigible la póliza de Cumplimiento No. 724007859, expedida por mi mandante, **la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, como garante que fue del contrato de transacción mencionado.

"CUARTA: Que en subsidio de lo anterior y para el caso de que, con anterioridad a la sentencia que ponga fin a este proceso **'FAVIDI'** haya hecho efectiva la garantía, se condene a esa entidad a devolverle a la **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, cualquier suma que esta hubiera sido constreñida a pagar por concepto de la garantía prestada para el contrato de transacción al que se le ha hecho mención.

"QUINTA: Que en el evento a que se refiere la petición que antecede, se condene a **'FAVIDI'** a reconocer y pagar a mi mandante el valor correspondiente a los intereses comerciales que las sumas cobradas por concepto de la póliza habría producido a la **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.** desde el momento en que ellas se hayan pagado o paguen a **'FAVIDI'** y hasta cuando se haga efectiva la restitución o el pago a mi mandante".

A su vez, el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL -FAVIDI-, el 10 de mayo de 2002, formuló demanda de reconvenición, en cuyo escrito se formularon las siguientes pretensiones³:

"PRIMERA: Que se condene a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. en su calidad de garante de la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LIMITADA, dentro del contrato de transacción suscrito entre su asegurado y el FONDO DE VIVIENDA Y AHORRO DISTRITAL FAVIDI, o subsidiariamente a INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA en su calidad de Litis consorte necesario, al pago de los perjuicios materiales ocasionados al FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL FAVIDI, de los cuales ascienden a la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$ 5.439.779.553.00) o la suma que resulte probada.

³ Folios 1 y 2 del cuaderno que contiene la demanda de reconvenición.



"SEGUNDA: Que se condene a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., o subsidiariamente a INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA, al pago de los intereses moratorios sobre la anterior suma de dineros liquidados desde el día 31 de mayo de 1999 y hasta cuando se haga efectivo el pago.

"TERCERA: Que se condene a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., en su calidad de garante de la sociedad GOMEGA, o subsidiariamente a INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA, a pagar a favor de FAVIDI el valor actual de la finalización de la obra objeto del contrato de transacción suscrito entre GOMEGA y el FAVIDI, de conformidad a lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"CUARTA: Que se condene a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. o subsidiariamente a INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA, al pago del saldo por concepto de las amortizaciones de desembolso inicial de \$ 2.000.000.000, el cual asciende a la suma de 1.123 millones de pesos.

"QUINTA: Que se condene a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. o subsidiariamente a INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA al pago de los intereses moratorios sobre la anterior suma de dinero desde el día 31 de julio de 1999.

"SEXTA: Que se condene a la sociedad demandada a pagar las costas del presente proceso".

Como subsidiaria, la entidad formuló la siguiente pretensión:

"PRIMERA: Que se condene a INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA o frente a su imposibilidad a la Aseguradora COLSEGUROS S.A., en su calidad de garante de la sociedad GOMEGA, a culminar la obligación del contrato de transacción suscrito entre la sociedad GOMEGA y el FAVIDI".

2. Hechos.

2.1. Expuestos por la compañía aseguradora.

Como fundamentos fácticos de la demanda principal, la parte actora expuso los que la Sala se permite resumir a continuación:

2.1.1. El 18 de Octubre de 1995, entre el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL -FAVIDI- y la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA. se celebró un contrato estatal de obra pública, cuyo objeto era la construcción de dos mil soluciones de vivienda de interés social, al cual se adicionó la construcción de otras mil soluciones de vivienda.



2.1.2. FAVIDI y la contratista tuvieron diferencias en torno al cumplimiento del contrato, por lo cual esta última presentó demanda en contra de FAVIDI ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que terminó por transacción.

2.1.3. En la mencionada transacción FAVIDI se comprometió a pagar a GOMEGA la suma de QUINCE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$ 15.231'744.000.00) como precio total de 528 unidades de vivienda de interés social, tipo bifamiliar, ubicadas en el sitio "Las Riberas de Occidente" y la contratista se comprometió a entregar a FAVIDI las 528 Unidades de Vivienda.

2.1.4. Para amparar las obligaciones emanadas del contrato de transacción la contratista suscribió con la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. un contrato de seguro de cumplimiento, hasta por un valor de mil quinientos veintitrés millones ciento setenta y cuatro mil cuatrocientos pesos (\$ 1.523'.174.400), cuya póliza se distinguió con el número 724007859. En la misma póliza se amparó la buena inversión del anticipo hasta por valor de dos mil millones de pesos (\$ 2.000'000.000).

2.1.5. Para el mes de julio de 1999 el contrato de transacción se encontraba cumplido por parte de la contratista en, aproximadamente, un 92.95%.

2.1.6. FAVIDI, con el argumento de que el contrato de transacción era un contrato estatal atípico, consideró incorporada la cláusula de caducidad y procedió a declararla, a través de la Resolución No. 273 del 7 de Julio de 1999.

2.1.7. La parte actora interpuso recurso de reposición en contra de lo decidido en la Resolución 273 del 7 de Julio de 1999, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución 338 del 19 de agosto de 1999.

2.1.8. A través de la Resolución No. 589 del 28 de diciembre de 1999, la Gerencia General de FAVIDI resolvió liquidar unilateralmente el contrato de transacción suscrito el 16 de octubre de 1998.

2.1.9. En el acto administrativo por el cual se liquidó unilateralmente el contrato de transacción, la entidad estatal expresó que resultaba exigible la póliza de cumplimiento No. 724007859, expedida por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., en virtud del incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte de la contratista.

2.1.10. Contra dicho acto la compañía aseguradora interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto en forma desfavorable a través de la Resolución 079 del 18 de Febrero del 2000, notificada el día 7 de marzo del 2000.

2.2. Expuestos por FAVIDI.

FAVIDI, en la demanda de reconvención, expuso los fundamentos fácticos que la Sala se permite resumir a continuación:



2.2.1. El día 13 de marzo de 1998 GOMEGA demandó al FAVIDI ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por un presunto incumplimiento con la promoción y venta de unidades de vivienda a las que se había comprometido, además de no girarle los recursos al fondo fiduciario. FAVIDI, el 10 de agosto de 1998, contestó la demanda y a su vez formuló demanda de reconvencción contra GOMEGA.

2.2.2. La litis anteriormente mencionada se terminó por medio de un contrato de transacción.

2.2.3. En el referido contrato de transacción las partes acordaron que el FAVIDI pagaría a GOMEGA el precio de 528 unidades de interés social. El precio para cada unidad residencial sería de \$ 28'848.000, para un total de \$ 15.231'744.000.

2.2.4. GOMEGA se comprometió a garantizar las obligaciones derivadas del contrato de transacción con una compañía de seguros legalmente constituida, por los siguientes amparos: i) buen manejo e inversión del anticipo, por valor de \$ 2.000'000.000, con una vigencia de 13 meses contados a partir de la fecha de suscripción del documento; ii) cumplimiento de las obligaciones contraídas, cuyo valor asegurado era del 10% de la cantidad de \$ 15.231'744.000, con una vigencia de 13 meses contados a partir de la suscripción del contrato; iii) estabilidad y calidad de las viviendas por el 5% del valor del grupo de viviendas que se entregaran, con una vigencia de 5 años.

2.2.5. La ASEGURADORA COLSEGUROS, el 15 de octubre de 1998, expidió la póliza de seguro de cumplimiento No. 724007859.

2.2.6. En cumplimiento del contrato de Transacción, se reformó el contrato de encargo fiduciario suscrito entre Fiduciaria Tequendama y el FAVIDI el 25 de octubre de 1993.

2.2.7. Hasta el mes de mayo de 1999 FAVIDI, en cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de transacción, giró puntualmente a fiduciaria Tequendama la suma de trece mil trece millones trescientos ocho mil trescientos noventa y un pesos (\$ 13.013'308.391). Estos dineros fueron cobrados por INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LIMITADA.

2.2.8. El día 4 de junio de 1999, la Fiduciaria Tequendama, en ejercicio de las facultades contractuales, informó a FAVIDI que el interventor de la obra, ingeniero Carlos Eduardo González, le comunicó sobre la sorpresiva e inesperada paralización de la obra por parte de INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LIMITADA.

2.2.9. El día 8 de junio 1999 el interventor de la obra presentó informe al FAVIDI en el cual le puso de presente la paralización de la obra.

Dentro del mismo informe, la interventoría sostuvo que el constructor no tenía derecho a más desembolsos por haber incumplido con el programa de trabajo en un porcentaje mayor al del monto estipulado para el periodo, teniendo en cuenta la parálisis total de la obra.



2.2.10. En virtud de los anteriores hechos, se procedió por parte de FAVIDI a impartir la orden de no pago del desembolso previsto para el mes de junio de 1999 a la Fiduciaria Tequendama.

2.2.11. Mediante el informe de interventoría, correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de mayo de 1999 y el 18 de junio de 1999, se confirmó la paralización de las obras por parte del constructor y el consiguiente incumplimiento del cronograma de avance de obra, que formaba parte del acuerdo de transacción. Se informó, también, del peligro de deterioro de las obras y el vandalismo al que se hallaban expuestas.

2.2.12. Se requirió al constructor, por medio del oficio G.G 791 de 29 de junio de 1999, y éste no desvirtuó lo informado por el interventor sobre la parálisis de las obras.

2.2.13. Con fundamento en la gravedad de los hechos y teniendo en cuenta el incumplimiento del contrato, la entidad pública, mediante Resolución No. 273 de 1999, procedió a declarar su caducidad y, en el mismo acto, declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

3.1. Mencionadas por la aseguradora.

La compañía aseguradora consideró que se vulneraron las siguientes normas jurídicas: artículos 13 y 14 de la Ley 80 de 1993; artículo 1088 del Código de Comercio y artículo 1542 del Código de Civil. En relación con los motivos de vulneración, expresó los argumentos que la Sala se permite resumir a continuación:

i) Los contratos que celebre un establecimiento público del orden distrital deben regirse por normas del derecho privado, salvo que la ley disponga lo contrario, por lo cual las cláusulas excepcionales resultan completamente extrañas a estos contratos, en los que impera la voluntad de las partes.

ii) Se declaró la caducidad de un contrato de transacción y para este tipo de contratos la Ley 80 de 1993 no consagró la posibilidad de incluir cláusula de caducidad y tampoco se encuentra legalmente incorporada en el mismo.

iii) Después de citar el artículo 2469 del Código Civil, en el que se regula lo concerniente al contrato de transacción, sostuvo que *"...En estas condiciones pretender como lo hace FAVIDI que en el presente caso se está frente a un contrato atípico o innominado, se realiza solo con el propósito de entender incluida en este una cláusula de caducidad"*⁴, y por ello la entidad incurrió en abuso de poder y en violación directa de los artículos 13 y 14 de la Ley 80 de 1993, por lo cual las resoluciones demandadas se encontraban viciadas de nulidad.

⁴ Folio 10 del cuaderno No. 1.



iv) Expresó que de conformidad con el contenido del artículo 1088 de Código de Comercio, en el contrato de seguros la obligación del asegurador se limita a los montos asegurados, de los cuales debe descontarse el monto de lo ejecutado por el asegurado, por cuanto el asegurado no puede quedar en mejores condiciones económicas de aquellas en las que estaría si el contrato se hubiere cumplido completamente, por lo cual, so pena de vulnerar el mencionado artículo, en este caso debe procederse de esa manera y no cobrar la totalidad de la indemnización, como se pretende hacer en esta oportunidad.

v) Afirmó que también se vulnera el contenido del artículo 1542 del Código Civil, en tanto la obligación del asegurador es una obligación que se encuentra sometida a una condición suspensiva, es decir, su nacimiento pende de un hecho futuro e incierto, que en derecho de seguros se denomina siniestro, todo ello bajo el entendido de que el seguro de daños es de mera indemnización y no puede constituirse en fuente de enriquecimiento para el asegurado.

vi) Sostuvo que en este caso no se produjeron los riesgos a los cuales aludieron las resoluciones demandadas, toda vez que el contrato se ejecutó en un alto porcentaje y el anticipo fue invertido íntegramente en la obra.

3.2 Expuestas por la entidad distrital demandada, en la demanda de reconvención.

La entidad estatal accionada, en la demanda de reconvención, consideró que los actos demandados se expidieron con estricto apego a la legalidad. En síntesis, expresó:

i) La Administración declaró la caducidad del contrato, de acuerdo con los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993, en ejercicio de las facultades de control y dirección con las cuales cuentan las entidades estatales y que se materializan en la posibilidad que tienen de sancionar administrativamente el incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones derivadas del contrato.

ii) La paralización de las obras generó un perjuicio patrimonial a FAVIDI, además del dinero que tendrá que invertir para finalizar las 528 casas objeto del contrato de transacción, junto con sus respectivos intereses y actualización, de conformidad con lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

iii) En virtud de la declaratoria de caducidad del contrato se hicieron efectivas las garantías, las cuales tienen por objeto servir de respaldo en caso de un posible incumplimiento de las obligaciones surgidas del mismo.

iv) La garantía única de cumplimiento forma parte integral de cualquier contrato estatal, llamado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del asegurado, por lo cual, si se presentan hechos constitutivos de incumplimiento las compañías aseguradoras deben pagar el riesgo al beneficiario.

4. Actuación procesal.



La demanda principal fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de junio de 2000⁵.

El 17 de agosto del 2000, el Tribunal admitió la demanda y ordenó la notificación personal al Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI, al Agente del Ministerio Público y por tener un interés directo en el desarrollo del proceso, se ordenó notificar al Representante Legal de la Sociedad Inversiones y Construcciones GOMEGA LTDA. Adicionalmente, dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A.⁶

La demanda y sus anexos fueron entregados en la sede administrativa de la entidad pública demandada⁷.

Ya que no fue posible la notificación al representante legal de la sociedad Inversiones y Construcciones GOMEGA LTDA., el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 04 de abril del 2002, luego de que se surtiera la fijación del edicto y el correspondiente emplazamiento sin obtener respuesta alguna, designó un Curador Ad-Litem a la sociedad Inversiones y Construcciones GOMEGA LTDA.

Dicha notificación personal, se realizó el día 16 de abril del 2002⁸.

La demanda de reconvención fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de mayo del 2002⁹.

El 27 de junio del 2002, el Tribunal la admitió y ordenó la notificación personal al Representante Legal de la Aseguradora Colseguros S.A., al Curador Ad-litem de la Sociedad Inversiones y Construcciones GOMEGA LTDA., y al Agente del Ministerio Público. Adicionalmente, dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A.¹⁰

La demanda y sus anexos fueron entregados en la sede de la entidad demandada¹¹.

5. Contestación de la Demanda.

5.1. Por FAVIDI.

Dentro del término de fijación en lista, la entidad demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda formulada por la Aseguradora

⁵ Folios 4 a 15 del cuaderno No. 3.

⁶ Folios 18 y 19 del cuaderno No. 3.

⁷ Folio 22 del cuaderno No. 3.

⁸ Folio 53 del cuaderno No. 3.

⁹ Folios 1 a 21 del cuaderno de la Demanda de Reconvención.

¹⁰ Folios 18 y 19 del cuaderno No. 3.

¹¹ Folio 35 del cuaderno de la Demanda de Reconvención.



Colseguros S.A. en contra del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI, por carecer de fundamentos de orden legal¹².

Afirmó la entidad que la parte actora carecía de legitimación por activa en la causa para interponer la acción de controversias contractuales a efecto de solicitar la nulidad de los actos administrativos y el restablecimiento del derecho, dado que los terceros podrían ejercitar esta acción solo con miras a la extinción del contrato, por haberse celebrado bajo los preceptos del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Afirmó que la Aseguradora Colseguros S.A. en momento alguno solicitó la nulidad de los actos administrativos en los cuales se fundamentó el contrato celebrado entre FAVIDI Y GOMEGA y sólo pidió la nulidad de las Resoluciones números 589 del 28 de diciembre de 1999 y 079 del 13 de febrero del 2000, a través de las cuales se liquidó el contrato.

Argumentó también la parte demandada que los actos administrativos en los cuales se fundan las resoluciones de liquidación gozan de la presunción de legalidad y la aseguradora no atacó el incumplimiento de los requisitos de forma o de fondo que debían reunir las resoluciones acusadas, verbigracia la competencia para expedirlas, sino que sus argumentos están dirigidos a señalar que estos actos se fundamentaron en decisiones carentes de legalidad.

Adujo también que la liquidación del contrato se efectuó de acuerdo con los parámetros legales, teniendo en cuenta la obra ejecutada, porcentaje que concuerda con el informe No. 7 de la interventoría, el cual fue determinado de común acuerdo entre la interventoría y la constructora y que corresponde a un 69.9% de avance de obra.

Estimó que el objeto del contrato era la entrega de 525 viviendas de interés social completamente terminadas y que de esto solo se cumplió con la primera entrega de las 56 viviendas de la manzana Z, hecho éste que, sumado a todos los factores expuestos, además de los pasivos que soportaba el proyecto que aumentaban el costo del mismo y las consecuentes pérdidas por parte de la entidad, no permitían valorar las obras ejecutadas sin finalizar.

En cuanto al anticipo, argumentó la entidad que GOMEGA no invirtió la totalidad de los \$2.000'000.000 que le fueron entregados, ya que para los demás ítems citados, contó con los recursos que FAVIDI le había girado.

Sostuvo que el incumplimiento del contratista reflejado en la suspensión unilateral del contrato y la no entrega de las unidades de vivienda, de acuerdo con el cronograma de obra y, por ende, la pérdida patrimonial para el FAVIDI, al desembolsar 13.013'308.891 y recibir tan solo 1.615'455.000, suma representada en las 56 unidades de vivienda, acreditaban suficientemente que no se había configurado un enriquecimiento sin causa.

5.2 Por GOMEGA.

¹² Folios 55 a 74 del cuaderno No. 1



La sociedad Inversiones y Construcciones GOMEGA, por medio del Curador Ad-Litem, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda formulada por la Aseguradora Colseguros S.A., en contra del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho¹³.

5.3. Contestación de la Demanda de Reconvención.

Dentro del término de fijación en lista, la compañía aseguradora se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda de reconvención formulada por el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital –FAVIDI- en contra de la Aseguradora Colseguros, por carecer de fundamentos de orden legal¹⁴.

Esgrimió Colseguros S.A. que la legislación comercial limita la responsabilidad del asegurador hasta la cuantía de la suma asegurada, mas el valor de los gastos razonables en que hubiera incurrido el asegurado al proveer el salvamento de las cosas aseguradas.

Para el caso, la Aseguradora Colseguros S.A. se comprometió, tal como se puede leer en el texto de la póliza No. 724007859, a asumir, entre otros, los riesgos derivados del cumplimiento, así como el buen manejo y la correcta inversión del anticipo del Contrato de Transacción suscrito por FAVIDI y GOMEGA, hasta por el valor asegurado del diez por ciento (10%) del monto total del contrato.

Consideró la Aseguradora Colseguros S.A. que en virtud del contrato de seguro que celebró con GOMEGA, en el caso remoto de entrar a responder por los supuestos perjuicios que el debatido incumplimiento contractual de la sociedad constructora le generó al FAVIDI, lo haría por la cuantía a la que se comprometió en el mencionado contrato de seguro, es decir, hasta el monto de los valores asegurados que son por disposición contractual y legal los límites de su responsabilidad.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

El Tribunal Administrativo *a quo*, mediante auto de marzo 11 de 2004¹⁵, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

6.1. De la entidad estatal demandada.

Dentro del término oportuno, la entidad estatal demandada alegó de conclusión, reiteró los argumentos expuestos con la contestación de la demanda y además sostuvo, en síntesis, lo siguiente¹⁶:

¹³ Folios 54 del cuaderno No. 1

¹⁴ Folios 43 a 46 del cuaderno No. 1.

¹⁵ Folio 112 del cuaderno 3.

¹⁶ Folios 113 a 141 del cuaderno 3.



- De acuerdo con el dictamen pericial la causa del retraso en el desarrollo del contrato de transacción fue la suspensión en forma unilateral de la ejecución de las obras por parte de la constructora y, adicionalmente, en el proceso se encuentra probado el cumplimiento de la entidad pública contratante en los desembolsos establecidos, de lo cual se deduce que el proyecto fue suspendido sin causa aparente. Afirmó que con el dictamen se probó que los perjuicios causados por la Constructora GOMEGA y FAVIDI por su incumplimiento, arrojaban un total de \$3.544'294.861 pesos.

- Sostuvo que los perjuicios sufridos por FAVIDI por la no entrega de las viviendas del proyecto se iniciaron desde el momento en el que se hizo el primer desembolso, del cual faltó por amortizar la suma de \$1.123'000.000 de pesos, hecho que se repitió respecto del último desembolso, del cual tampoco se amortizó la totalidad del dinero.

- Afirmó que al efectuar una proyección de los imprevistos por obra abandonada se evidenció el grave perjuicio causado al proyecto y a la inversión, consistente en arreglos y remates de obra, así como los derechos por servicios públicos, sumados al deterioro por el transcurso del tiempo y por eventuales actos de vandalismo que sufrieron las obras, factor que perjudica aún más el proyecto.

6.2. De la demandante.

En el escrito contentivo de los alegatos de conclusión la aseguradora reiteró los argumentos expuestos en la demanda y respecto de las razones de defensa planteadas por la entidad demandada, en síntesis, expresó¹⁷:

- FAVIDI parte de una base errónea en las resoluciones demandadas, equivocándose en el cálculo del valor del supuesto perjuicio. Así, calcula su pérdida contrastando cada casa contra el contrato de transacción y asigna otro porcentaje a las obras sin terminar, mientras que la verdadera base para calcular el perjuicio, consistiría en calcular el valor total del contrato, deduciendo el porcentaje de su cumplimiento y de su consiguiente incumplimiento.

- Expresó que no resulta claro lo que pretende FAVIDI en el presente proceso, por concepto de mal manejo o incorrecta inversión del anticipo, por cuanto se presentan contradicciones entre lo expresado en la demanda de reconvención y las cifras expuestas en la contestación de la demanda principal.

- Afirmó que FAVIDI no pudo sufrir perjuicio alguno debido a que, tal como lo señaló el interventor en su informe No. 7, si se toman los montos programados al mes de abril de 1999 e indicados en el cronograma de inversión y desembolsos, se observa

¹⁷ Folios 142 a 159 del cuaderno 3.



que el valor que se debería haber invertido está cubierto por la ejecución de la obra y los inventarios de almacén.

- Argumentó que el incumplimiento del contrato por parte de GOMEGA no era grave, tal como lo evidenciaba el contenido del dictamen pericial rendido por los ingenieros en el presente proceso y de acuerdo con lo mencionado en las actas de reunión entre la interventoría y el fideicomiso, con las cuales se podía evidenciar que con el desarrollo que venía presentando la obra y con el estado de cumplimiento de la misma, no debió concluirse que el incumplimiento presentado tuviese esa connotación.

- Concluyó que sin la demostración de unos perjuicios ciertos, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, no había lugar al nacimiento de la obligación condicional del asegurador, ni a declarar la exigibilidad de la póliza de cumplimiento.

El Ministerio Público guardó silencio en aquella oportunidad.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 29 de julio de 2004, a través de la cual se denegaron las súplicas tanto de la demanda principal como de la de reconvencción. Después de desestimar las excepciones propuestas por las partes, en síntesis, en la providencia apelada se sostuvo lo siguiente¹⁸:

i) Que era jurídicamente válido estipular la cláusula de caducidad en un contrato de transacción;

ii) Que en tanto se había presentado incumplimiento reiterado del contrato por parte de la contratista, "la entidad demandada decretó la caducidad del contrato, lo que implicó que se hiciera efectiva la póliza de cumplimiento y manejo del anticipo".

iii) Que en virtud de lo dispuesto en el contrato y en razón de que no se acordaron indemnizaciones por incumplimientos parciales, las partes "se obligaron a hacerlas efectivas una vez ocurrido el siniestro, independiente al incumplimiento total o parcial del contrato". Sobre este aspecto sostuvo que "ante el supuesto objetivo del incumplimiento del contrato, se hacen efectivas las pólizas constituidas, por el valor estipulado por las partes independientemente de lo que abarca la cobertura".

iv) En relación con la indemnización de perjuicios solicitada en la demanda de reconvencción, consideró que las indemnizaciones acordadas en las pólizas constituían una tasación anticipada de perjuicios y, por ello, si la entidad estimaba que los perjuicios fueron mayores a los estipulados, ha debido probarlos y no lo hizo, por lo cual le fueron negadas las pretensiones indemnizatorias.

¹⁸ Folios 197 a 225 del cuaderno principal.



v) La pretensión de que la contratista fuera condenada a culminar la construcción de las obras fue negada en virtud de que la entidad liquidó el contrato, con lo cual finiquitó la relación entre las partes.

8. El recurso de apelación.

La entidad estatal inicialmente demandada¹⁹ y la aseguradora originalmente demandante²⁰ recurrieron la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Los recursos presentados por las partes demandante y demandada, fueron admitidos por auto del 9 de septiembre de 2004²¹.

9. El trámite de la segunda instancia.

9.1. Sustentación del recurso.

9.1.1. Por la aseguradora.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la aseguradora interpuso recurso de apelación, concedido por el Tribunal mediante auto del 9 de septiembre de 2004²². Solicitó la revocatoria del fallo. Como sustento de su inconformidad, manifestó, en resumen, que²³:

i) En primer lugar, resulta incomprensible que el Tribunal Administrativo *a quo*, en la sentencia apelada, hubiere considerado que en el contrato de transacción se había pactado cláusula de caducidad entre las partes, lo cual es absolutamente falso y se demuestra con la simple lectura del contrato.

ii) De otro lado, se evidencia que el tribunal no tuvo en cuenta pruebas tales como los dictámenes periciales y el informe presentado por la firma Rodríguez Azuero Ltda., en las que se acreditó que no se había probado ni evidenciado ningún perjuicio directo causado a FAVIDI como consecuencia del incumplimiento del objeto del acuerdo de transacción amparado, por lo cual no era posible hacer efectiva la póliza por el amparo de cumplimiento del contrato, puesto que la entidad no sufrió perjuicio alguno.

iii) No se entiende la consideración del Tribunal acerca de que debía exigirse la totalidad de la suma asegurada con el amparo de la correcta inversión del anticipo y no tuvo en cuenta que una cosa es la amortización y otra cosa es que éste no se haya invertido en su totalidad en la obra.

¹⁹ Folio 227 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁰ Folio 228 del cuaderno del Consejo de Estado.

²¹ Folio 230 del cuaderno DEL Consejo de Estado..

²² Folio 104 del cuaderno del Consejo de Estado.

²³ Folios 169 a 174 del cuaderno del Consejo de Estado.



iv) De otro lado, en la sentencia no se tuvo en cuenta la negligencia de la entidad demandada al decretar la caducidad, la cual es una de las herramientas con las que cuenta la administración para proteger los fines del Estado, pues con ésta se busca salvar la ejecución de contrato.

De conformidad con los argumentos expuestos, solicitó que se revocara la sentencia del *a-quo*.

9.1.2. Por FAVIDI.

En el escrito de sustentación del recurso consideró que el *a-quo* no entendió el *petitum* de la demanda de reconvención, pues confundió el valor contenido en el acto unilateral de la liquidación con el valor de los perjuicios causados, cuyo reconocimiento se pretende.

Solicitó el reconocimiento de los perjuicios que le fueron ocasionados , los cuales consideró probados en el proceso y que "*son distintos a la cifra contenida en el acta de liquidación unilateral, suma que debe permanecer invariable por tener sustento contractual y legal, y cuya legalidad ha sido reconocida, acertadamente, por el juez de primera instancia*"²⁴.

9.3. Admisión del recurso.

Mediante auto del 3 de marzo de 2005, esta Corporación admitió los recursos interpuestos²⁵ y, ejecutoriado éste, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

La entidad estatal originalmente demandada presentó su alegato de conclusión dentro del término y, básicamente, reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación que interpuso contra la decisión de primera instancia²⁶. Se pronunció respecto de la demanda de reconvención y reafirmó que el Tribunal confundió el valor contenido en el acto administrativo contentivo de la liquidación, con el valor total de los perjuicios causados por GOMEGA a FAVIDI y que se encuentran debidamente probados en este proceso.

La aseguradora inicialmente demandante, después de hacer un recuento de las pretensiones y de los hechos de la demanda, insistió en los argumentos que presentó tanto al instaurarla, como a lo largo del curso del proceso²⁷. Además, se pronunció acerca del recurso de apelación interpuesto por FAVIDI y afirmó que el Tribunal se equivocó al declarar que no se había probado la totalidad de los perjuicios alegados por la entidad, lo cual no era cierto, dado que la providencia apelada no tuvo en cuenta la amortización del anticipo y el cumplimiento del contrato.

²⁴ Folios 242 a 244 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁵ Folio 246 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁶ Folios 266 a 286 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁷ Folios 250 a 265 del cuaderno del Consejo de Estado.

Mediante memorial radicado del día 15 de mayo del 2007, el apoderado de la entidad distrital demandada informó que mediante Acuerdo 257 de noviembre 30 de 2006, el Concejo de Bogotá efectuó una reforma administrativa al FAVIDI y, en su artículo 60, el acto administrativo general en mención dispuso la transformación de dicho organismo en el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP²⁸.

2. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Dado que el litigio del cual se ocupa la Sala en esta oportunidad se originó en un contrato estatal, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993²⁹, el cual preceptúa, expresamente, que la competente para conocer de las controversias ocasionadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico y, por tanto, al haberse adoptado un criterio orgánico en la ley, serán considerados contratos estatales todos aquellos que celebren las entidades que gocen de esa misma naturaleza. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala:

*"De este modo, **son contratos estatales 'todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales', y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos"**³⁰ (negrilla fuera del texto).*

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, como lo es en este caso el

²⁸ Folio 321 a 443 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁹ Artículo 75, Ley 80 de 1993. "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa."

³⁰ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa. Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675.



Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital –FAVIDI-³¹, de contera habrá de concluirse que los contratos que el mismo celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable³².

Esta competencia se mantuvo con la expedición de la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104, numeral 2º, preceptuó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos "*relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado*".

De otra parte, se señala que esta Corporación es competente para conocer del litigio *sub judice* en segunda instancia, en tanto la pretensión mayor ascendió a la suma de 3.000'000.000, suma que resulta superior a la exigida para que un proceso iniciado en el año 2000 tuviera vocación de doble instancia, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988 - $\$26'390.000$ -³³.

2. Cuestiones previas.

2.1. La legitimación en la causa de la Compañía Aseguradora para incoar la acción contractual.

En el presente proceso la parte actora se encuentra conformada por la sociedad ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., empresa esta última que suscribió con la contratista –GOMEGA LTDA.- el contrato de seguro de cumplimiento 724007859, mediante el cual se ampararon las obligaciones surgidas del contrato de transacción suscrito el 16 de octubre de 1998, con vigencia entre el 8 de enero de 1996 y el 24 de junio de 1998.

Si bien la compañía de seguros, demandante en el proceso, no celebró el contrato de transacción, ésta instauró demanda en contra de FAVIDI, entidad que expidió los actos demandados, a través de los cuales se liquidó unilateralmente el mencionado contrato, en la medida en que tales actos la afectaban directamente, toda vez que la aseguradora demandante era la garante de las obligaciones surgidas de este contrato.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala:

³¹ Mediante Acuerdo número 2 de 1977, el Concejo Distrital Especial de Bogotá creó "*el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, con Personería Jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa...*".

³² Afirmación que encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato; según este artículo, "*Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)*".

³³ Norma aplicable, teniendo en cuenta que ambos recursos de apelación se interpusieron en agosto de 2004, antes de entrar en vigencia la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005.

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

"Se hace la precisión precedente para afirmar que tanto la aseguradora como el contratista tenían interés en impugnar ese acto. La primera, para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma asegurada, en los términos del art 1096 del c. de co. (Ver cláusula 9ª del contrato de seguro, a folios 116)"³⁴ (las subrayas son del original).

La Sala ha ratificado el pronunciamiento antes aludido al sostener que las compañías aseguradoras se encuentran legitimadas para incoar la acción contractual contra los actos administrativos mediante los cuales la Administración Pública declara el siniestro por incumplimiento, como también contra aquellos proferidos con ocasión de la actividad contractual cuando en relación con los mismos a la aseguradora le asista un interés directo. En efecto, así se pronunció, entre otras, en la Sentencia cuyos términos se transcriben a continuación:

"Es por lo anterior que la Sala, fija su posición, por primera vez, en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o pos contractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.

"Sostener lo contrario, esto es, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la aseguradora no es parte del contrato estatal, supone desconocer de manera directa el postulado del artículo 77 de la ley 80 de 1993, antes citado, y genera una contradicción lógica en tanto aplica frente a una misma situación jurídica dos consecuencias diferentes que se excluyen entre sí.

Esta posición, ha sido asumida recientemente por la Sala mediante auto de 3 de agosto de 2006, en el cual se desestimó definitivamente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, con sus respectivas caducidades, para controvertir los mismos actos administrativos, en el

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, Exp. 9286, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

correspondiente evento, los precontractuales; entonces, dicha argumentación en relación con estos últimos, se hace igualmente extensiva para los actos de naturaleza contractual y pos contractual, en la medida que se garantiza el acceso a la administración de justicia bajo parámetros claros y definidos, sin que existan dicotomías al momento de interponer las acciones contencioso administrativas, dependiendo de la persona que ejercite las mismas.

Adicionalmente, dada la estructura, contenido, y alcance de la acción contractual, ésta permite que se formulen de manera conjunta o autónoma pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, situación que permite excluir la acción de nulidad y restablecimiento para el ejercicio de esas mismas pretensiones³⁵.

En el presente asunto no le asiste duda a la Sala de Subsección acerca de que la sociedad COLSEGUROS S.A.- se encontraba legitimada en la causa para formular demanda en contra de los actos a través de los cuales se liquidó el denominado contrato de transacción, con base en los cuales la entidad reclamó de la aseguradora el pago de unas sumas de dinero.

2.2. Oportunidad para el ejercicio de la acción contractual.

2.2.1 El numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en su letra d), dispuso acerca del término de caducidad de la acción contractual:

"d) En los [contratos estatales] 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; ..." (se resalta).

A partir de la norma en cita, tal como fue modificada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en punto del término de caducidad de la acción contractual, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido reiteradamente que en tratándose de contratos sometidos al procedimiento de liquidación, el término de caducidad de la acción contractual se debe establecer a partir del acto de liquidación del contrato estatal y si no hubiere tal acto, a partir del vencimiento del término contractual o legalmente establecido para liquidar el respectivo contrato estatal.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007, Exp. 33476, C.P. Enrique Gil Botero.



Se cita, a modo de ejemplo, providencia de esta Subsección en la que se discurrió de la manera siguiente:

"Para los contratos respecto de los cuales se impone el trámite adicional de liquidación y ésta es efectuada unilateralmente por la Administración, el plazo para accionar judicialmente comenzará a contarse a partir de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe. Si la Administración no lo liquida dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes, o del que establece la ley, se podrá acudir a la jurisdicción dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar"³⁶.

En el caso concreto se observa que el contrato celebrado era de tracto sucesivo, en la medida que tenía por objeto la construcción de 528 unidades de vivienda, por el término de *trece meses*, por manera que las prestaciones pactadas se debían cumplir a través del tiempo establecido para su duración y, por tanto, el contrato se encontraba sometido a liquidación en los términos tanto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993³⁷, así como del ya citado artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, amén de que en el caso *sub lite* el contrato fue liquidado unilateralmente mediante la Resolución No. 589 de 28 de diciembre de 1999, expedida por FAVIDI, confirmada mediante la Resolución número 079 del 18 de febrero de 2000 y notificada a la compañía aseguradora el 7 de marzo de 2000, por manera que el plazo para accionar judicialmente debe comenzar a contarse a partir de esta fecha.

En consecuencia, la Sala observa que la demanda inicial en este proceso se presentó oportunamente, el 21 de junio de 2000, es decir que no tuvo lugar la caducidad de la acción contractual en relación con ella.

2.2.2 No puede arribarse a la misma conclusión en cuanto respecta a la oportunidad dentro de la cual fue impetrada la demanda de reconvención en el asunto *sub examine*.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, siete (7) de noviembre de 2012, expediente No. 25.915, radicación No. 440012331000200000293 01, actor: Laureano Quintero Gómez, Demandado: Instituto Nacional de Vías –INVIAS—. Esta jurisprudencia fue reiterada y se precisó su vigencia bajo la Ley 1437 de 2001, en la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, noviembre 13 de 2013, radicación 880012315000200100005 01, expediente: 31755, actor: Ingemat Ltda., demandado: Instituto Nacional De Vías, Acción: Contractual.

³⁷ Sustituido por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, por manera que el cómputo de caducidad de la acción contractual, empieza a correr a partir del vencimiento del término contractual o legalmente establecido para liquidar el contrato estatal, lo cual vino a confirmarse y consolidarse con la norma legal que invocó explícitamente tales plazos para efectos de la oportunidad de ejercer la acción, aplicable para los procesos iniciados a partir del 2 de julio de 2012, cual es el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Por reconvencción se entiende "un acto procesal de petición mediante el cual el demandado deduce oportunamente contra el actor una acción propia, independiente o conexas con la acción que es materia de la demanda, a fin de que ambas sean sustanciadas y decididas simultáneamente en el mismo proceso"³⁸; al admitir la posibilidad de formular demanda de reconvencción, la ley persigue evitar la proliferación de procesos, en aras de potenciar la aplicación del principio de economía procesal. De este modo, la nueva demanda no se dirige contra las pretensiones del demandante, sino que formula unas nuevas en su contra, de suerte que el inicial accionante, a partir de ese momento, también adquiere la calidad de demandado.

Tal la razón por la cual la doctrina señala que uno de los ejemplos evidentes del fenómeno de la acumulación de acciones, es justamente el de la demanda de reconvencción, comoquiera que al presentarse, se acumulan las demandas para ser tramitadas en un solo proceso y las partes adquieren la doble calidad de demandantes y demandados, pero frente a relaciones jurídicas diversas³⁹. Esa posibilidad estaba autorizada en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, por cuya virtud "en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvencción, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

En relación con los requisitos que deben concurrir en la demanda de reconvencción para que a la misma deba imprimirse el trámite procesal que corresponde, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

"... la demanda de reconvencción constituye el ejemplo típico de una acumulación de pretensiones; dicha demanda debe reunir los requisitos de toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa y supone, además, el agotamiento de la vía gubernativa y que la acción que se instaura no se encuentre caducada.

La Sala reitera que es necesario que la acción no se encuentre caducada al momento de presentar la demanda de reconvencción, pues es necesario cumplir con todos y cada uno de los requisitos de la demanda principal, independientemente de que ésta se haya presentado en el término de fijación en lista de la demanda principal"⁴⁰ (énfasis añadido).

En la misma dirección anotada, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha expresado cuanto se transcribe a continuación:

³⁸ RICER, Abraham, "Reconvencción", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t.XXIV, Buenos Aires, Edic. Omeba, 1967, pag. 95.

³⁹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Bogotá, 1999, Dupré Editores, pag. 23.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 4 de junio de 2009; Radicación No. 25000-23-25-000-2007-90577-02 (2012-08)

"Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala analizará, si la demanda de reconvencción incoada por el apoderado del contratista, se presentó dentro del término que establece la ley.

(...)

Visto lo anterior, se debe concluir que no asiste razón al apoderado del contratista, cuando afirma que el Tribunal equivocó el fundamento normativo y jurisprudencial de la providencia impugnada, al edificar el rechazo de la demanda de reconvencción sobre la caducidad de una acción contractual simple dejando de aplicar la norma que regula el caso, es decir, el artículo 217 del C.C.A⁴¹. **Si bien es cierto, el artículo mencionado, establece la posibilidad para que el demandado presente demanda de reconvencción dentro del término de fijación en lista, también lo es, que el ejercicio de tal derecho solo es posible si se hace antes de que se haya configurado la caducidad de la acción. No podría ser de otra manera, porque la demanda de reconvencción es una acción autónoma, que no pretende enervar las pretensiones de la demanda inicial, sino que está encaminada a obtener el reconocimiento de pretensiones diferentes.**

En ese orden de ideas, si el contratista pretendía que se declarara el incumplimiento del contrato por parte de La Corporación la Candelaria, debió haber presentado la demanda dentro del término que establece la ley, es decir, a más tardar, hasta el 27 de junio de 2001, cuando se cumplió el término de caducidad de la acción contractual, y no esperar a que lo demandaran, como en efecto ocurrió, para luego, reconvenir al demandante, con la consecuencia de que su acción ya estaba caduca.

- En sentencia del 5 de diciembre de 2003 (Exp. 13.650), la Sala consideró:

"Es pertinente resaltar que los términos procesales son perentorios e improrrogables y no pueden establecerse a voluntad de los sujetos procesales, sino en virtud de los supuestos previstos en las normas que los regulan, normas que obligan tanto a la Administración como a los administrados".

En conclusión, se puede afirmar que la demanda de reconvencción, aunque fue presentada dentro del término de fijación en lista, se encontraba por fuera del término de caducidad que establece la

⁴¹ Nota original de la providencia citada: "Art. 217 C.C.A.- En los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvencción, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.



*ley, para la acción de controversias contractuales, como lo señala el artículo 136 del C.C.A.*⁴² (énfasis añadido).

Trayendo los anteriores planteamientos al presente caso concreto, se tiene que el término de caducidad de la acción de controversias contractuales, según antes se indicó, debe computarse a partir de la fecha en la cual quedó notificado el acto administrativo mediante el cual fue resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la decisión a través de la cual fue liquidado unilateralmente el contrato de transacción en el cual se origina el presente litigio, notificación que tuvo lugar el día 7 de marzo de 2000.

Si a lo anterior se añade que la demanda de reconvención instaurada por FAVIDI se presentó el día 10 de mayo de 2002, salta a la vista que el término de caducidad de dos años previsto en el artículo 136 del C.C.A. había transcurrido ya, de suerte que la acción se impetró de forma extemporánea. Lo breve pero contundentemente expuesto no deja a la Sala alternativa distinta de declarar oficiosamente la caducidad de la acción de controversias contractuales en cuanto tiene que ver con la demanda de reconvención.

3. Lo probado en el proceso.

En relación con los hechos probados en el expediente, se destaca lo siguiente:

3.1 Acuerdo de transacción entre el FAVIDI y GOMEGA.

Se allegó al proceso el documento contentivo de un "*ACUERDO DE TRANSACCIÓN ENTRE EL FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL FAVIDI Y LA SOCIEDAD CONSTRUCTORA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA.*", en el cual se hizo constar la siguiente información⁴³:

i) FAVIDI suscribió un contrato de encargo fiduciario con la sociedad Fiduciaria Tequendama S.A. con la finalidad de que ésta administrara los dineros destinados a la construcción que adelantara la sociedad GOMEGA, de unas viviendas en el programa Riberas de Occidente;

ii) El desarrollo del encargo fiduciario presentó problemas que llevaron a que GOMEGA instaurara demanda contra FAVIDI, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La entidad estatal accionada en aquel proceso, a su turno, presentó demanda de reconvención.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 27 de mayo de 2004; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-2001-0870-02(26275)DM.

⁴³ Folios 73 y ss., del cuaderno 5.



iii) FAVIDI y GOMEGA convinieron transigir sus diferencias, en virtud de lo cual el 16 de octubre de 1998 celebraron un "Acuerdo Transaccional". El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, aceptó la transacción lograda entre las partes y declaró la terminación del proceso⁴⁴. De este acuerdo se destaca:

- Según la cláusula primera: FAVIDI pagaría a GOMEGA el precio de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar, en las cantidades estipuladas, de acuerdo con las direcciones de los inmuebles. En esta misma cláusula se describieron las características de las unidades de vivienda.

- En la cláusula segunda se acordó el precio de cada unidad de vivienda en \$ 28'848.000 y el precio total del contrato en la suma de \$154.231'744.000.oo.

- En la cláusula tercera se convino que parte de los recursos que el FAVIDI giraría a la Fiduciaria Tequendama se destinarían a cubrir sumas faltantes previamente conciliadas. En esta cláusula se expresó que "De los \$15.231'744.000,00 m/cte que FAVIDI se compromete a girar a la Fiduciaria Tequendama S.A., por concepto del pago del precio de las viviendas, se descontará por FAVIDI, en los instalamentos y en las oportunidades indicadas en el Anexo No. 2, la suma de \$3.120'104.891,00 m/cte, resultante de la conciliación y cruce de cuentas entre la Fiduciaria Tequendama S.A., FAVIDI y GOMEGA respecto del encargo fiduciario a que hace referencia el numeral 1º de los "Antecedentes".

- En la cláusula cuarta FAVIDI se comprometió a efectuar un primer giro, por valor de 2.000 millones de pesos a la Fiduciaria Tequendama, "siendo requisito para su desembolso la aprobación de la garantía de buen manejo e inversión del anticipo a que se hace referencia en el numeral 6.1 de la cláusula sexta de este acuerdo (...)". Adicionalmente, en esta cláusula se acordó que la suma restante se giraría de conformidad con el avance de la obra, previamente certificado por el interventor.

- En la cláusula quinta GOMEGA se comprometió a ceder a FAVIDI los beneficios a los que tuviera derecho en calidad de fideicomitente en el contrato de fiducia mercantil contenido en la Escritura Pública No. 3702 otorgada en la Notaría Primera de Santa Fe de Bogotá y que, en el evento de que FAVIDI no cumpliera, la cesión quedaría sin efectos.

- En la cláusula sexta se acordó que GOMEGA constituiría garantías a favor de FAVIDI por los siguientes conceptos: - buen manejo del anticipo por el 100% del anticipo; - cumplimiento por un 10% del valor del contrato; - estabilidad por el 5% del valor del contrato.

3.2 Póliza única de cumplimiento.

Para amparar los riesgos del citado acuerdo transaccional, INVERSIONES y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., constituyó la Póliza Única de Cumplimiento N° 724007859 de 16 de octubre de 1998, con vigencia desde esa misma fecha hasta el

⁴⁴ Folios 67 a 74 del cuaderno 2.



16 de noviembre del año siguiente, expedida por la Aseguradora Colseguros S.A., de la cual se transcribe lo siguiente⁴⁵:

"TOMADOR – INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA.
ASEGURADO – FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL "FAVIDI".

"VIGENCIA: 16/10/98–16/11/99 **OBJETO DEL SEGURO:** Garantizar el buen manejo la correcta inversión del anticipo y el cumplimiento en virtud del acuerdo de transacción del 16 de octubre de 1993, relacionado con la construcción de 528 Unidades de Vivienda de Interés Social, Tipo Bifamiliar en la urbanización 'Las Riveras de Occidente', ubicada en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. **AMPAROS CONTRATADOS:** Anticipo y Cumplimiento. **VALOR ASEGURADO:** \$2.000'000.000 y \$1.523'174.000 respectivamente. **VIGENCIA:** 16 / Octubre / 98 – 16 / Noviembre / 99 respectivamente."

CONDICIONES GENERALES: PRIMERA–AMPARO– La aseguradora ampara al asegurado por el riesgo de incumplimiento ocurrido durante la vigencia del seguro, de las obligaciones emanadas de las disposiciones legales (Leyes, Decretos, Reglamentos, Etc.) señaladas en la carátula de la presente Póliza, imputable a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal....".

3.3 Declaratoria de caducidad.

A través de la Resolución No. 273 de 7 de julio de 1999, el Gerente General del Fondo de Ahorro y Vivienda del Distrito-FAVIDI, declaró la caducidad del "Acuerdo Transaccional" suscrito con la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., en el marco de la transacción celebrada el 16 de octubre de 1998, en todo lo que corresponde a la obra consistente en la construcción de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar en las manzanas del terreno donde se desarrolla el programa de vivienda "Las Riveras de Occidente", decisión que se confirmó mediante la Resolución 338 del 19 de agosto de 1999. El siguiente es el texto de la parte resolutive del primero de los citados actos administrativos⁴⁶:

"ARTÍCULO PRIMERO: Declarar la caducidad administrativa del contrato celebrado entre el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL 'FAVIDI' e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., de fecha 16 de octubre de 1998, en todo lo que corresponde a la obra consistente en la construcción de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar en las manzanas del terreno donde se desarrolla el programa de vivienda 'Las Riberas de Occidente'.

"ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar la exigibilidad de la Póliza de cumplimiento No. 724007859 expedida por la 'Aseguradora Colseguros S.A.', la cual garantiza el buen manejo, la correcta inversión del anticipo y

⁴⁵ Folios 479 a 482 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁴⁶ Folios 4 y 5 del cuaderno 1.

el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, por la ocurrencia de incumplimiento.

"ARTÍCULO TERCERO: De la presente Resolución notifíquese personalmente tanto al representante legal del contratista INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., como al representante legal de su garante, la compañía de seguros ASEGURADORA COLSEGUROS.

"Igualmente, por los efectos que directa o indirectamente esta resolución pudiere llegar a tener sobre el contrato de encargo fiduciario celebrado como mecanismo para asegurar el cumplimiento del contrato cuya caducidad se declara, notifíquese personalmente de la misma al representante legal de FIDUCIARIA TEQUENDAMA S.A. (...)"

3.4 Liquidación del contrato de transacción.

Por medio de la Resolución No. 589 de 28 de diciembre de 1999, FAVIDI liquidó unilateralmente el contrato de transacción celebrado entre el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital e Inversiones y Construcciones GOMEGA LTDA. A continuación se transcribe la parte resolutive de este acto administrativo⁴⁷:

"ARTÍCULO PRIMERO: Adoptar unilateralmente la liquidación del contrato celebrado entre el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL 'FAVIDI' e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA. hoy EN LIQUIDACIÓN, de fecha 16 de octubre de 1998, en todo lo que corresponde a la obra consistente en la construcción de 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar en las manzanas del terreno donde se desarrolla el programa de vivienda 'Las Riberas de Occidente' en Santa Fe de Bogotá, de conformidad con el proyecto elaborado por ANA MARÍA GÓMEZ NARVÁEZ, funcionaria designada para el efecto (...) y cuyas conclusiones finales son las siguientes:

Valor del contrato	\$15.231.744.000.00
Giros Efectuados por FAVIDI	\$13.013'308.891.00
Valor de las 56 viviendas entregadas por el contratista	(\$1.615'488.000.00)
Valor obras 472 viviendas inconclusas	(\$7.811'017.000.00)
Cuenta por cobrar al contratista por el proyecto	\$ 3.586'803.391.00
Más pasivos del proyecto:	
Saldos certificados de garantía fiduciaria Fideicomiso Riberas de Occidente Lote 3 - Fidutequendama	\$ 872'494.124.00
Hipoteca de Ahorramás que afecta los inmuebles objeto del proyecto	\$ 970'369.644.00
Comisiones Fiduciaria Tequendama	\$ 9'848.394.00
Publicación de la Resolución 273 del 7	

⁴⁷ Folios 34 a 65 del cuaderno 2.

de julio de 1999 en el diario *El Siglo* mediante la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato

\$ 263.500.00

Factura No. 35321 del 23-12-99

Cuenta total por cobrar al contratista

\$
5.439'779.553.00

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar que la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., EN LIQUIDACIÓN, adeuda al FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL 'FAVIDI' la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS MONEDA LEGAL (\$5.439'779.553.00), a partir del día treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), fecha en la cual se generó el incumplimiento de la sociedad contratista.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar a la compañía de seguros ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. el pago de la póliza No. 724007859, por la ocurrencia de los siniestros ocasionados por el incumplimiento de la sociedad contratista Inversiones y Construcciones Gomega Ltda., por el 100% del valor asegurado esto es la suma de UN MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS M/L (\$1.523'174.400,00) y el ocasionado por la no inversión del anticipo girado a la contratista, por un valor de UN MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/L (\$1.787'886.426,00)"(negrillas añadidas).

La liquidación contiene un anexo relativo al siniestro y a la liquidación del mismo, el cual se transcribe a continuación, toda vez que éste constituye el objeto de la apelación de la compañía aseguradora⁴⁸:

"LIQUIDACIÓN RECLAMACIÓN PÓLIZA No. 724007859 ANTICIPO Y CUMPLIMIENTO COMPAÑÍA COLSEGUROS S.A.

La dimensión del siniestro estaría fundamentalmente ligada a la exposición del proyecto frente a las acreencias de Gomega en su proceso concordatorio. Al ser cuantificada esta exposición dará como resultado el daño emergente.

Las posibilidades de reclamación se vislumbran por dos vías: a) por cumplimiento del contrato, en cuantía de \$1.523'174.400= y b) por la amortización del anticipo en \$2.000.000.000.

⁴⁸ Folio 57 del cuaderno número 2 de pruebas.



Si el proyecto se mantiene dentro de la masa de activos del Contratista en su proceso de liquidación, la cuantía del daño y las reclamaciones de las pólizas serán las siguientes:

	Daño Emergente Financiero	Reclamación póliza de cumplimiento	Amortización Anticipo	Reclamación póliza anticipo
1	\$11.397'820.891	\$1.523'174.400	\$212'113.574	\$ 1.787'886.426

Como se puede apreciar, en el caso del daño emergente financiero la cifra supera los \$1.523'174.400, lo que permitiría aspirar al valor máximo asegurado.

Se ha considerado como anticipo la suma de \$2.000'000.000=, por ser el valor en dinero que se le entregó al contratista, correspondiente al 13.13% del valor total del contrato. (No se incluyeron los \$3.120'104.891= del acuerdo previo). Al aplicar este porcentaje a las obras y actividades que se entenderían entregadas se logra la columna de 'Amortización Anticipo'.

La columna de reclamación por anticipo, es la diferencia de los \$2.000'000.000 y lo que se habría amortizado, equivalente a la posible reclamación ante la Aseguradora por este concepto.

Teniendo en cuenta las observaciones del proyecto de liquidación del contrato de transacción celebrado entre FAVIDI y GOMEGA, hechas por la Aseguradora Colseguros S.A. nos permitimos hacer las siguientes aclaraciones.

En el oficio de junio 8 de 1.999, la Interventoría hace una descripción del avance y cumplimiento a Junio 8 de 1.999, en un cuadro donde en la primera columna se observan los porcentajes programados, en la segunda columna los porcentajes ejecutados y en la tercera columna el porcentaje de cumplimiento de la obra programada a la fecha, donde en construcción de vivienda se tenía proyectada una ejecución del 70.44% y sólo se ejecutó el 65.60% dando un cumplimiento del 93.13%; en urbanismo se tenía proyectado una ejecución de 84.18% y solo se ejecutó el 77.70% dando un cumplimiento del 92.30%, para un total programado del 72.97%, un total ejecutado del 67.83% y un cumplimiento total programado a Junio del 92.95%.

Este cumplimiento como se puede observar se refiere a obra programada para el 8 de junio de 1.999, pero al no existir avance de obra a partir del 26 de Mayo de 1.999 día en el cual se laboró normalmente, el cumplimiento se ve disminuido a medida que aumenta el porcentaje programado mes a mes.



En el informe de interventoría No. 7 de Junio 18 de 1.999, en el cuadro RESUMEN DE EJECUCIÓN DE OBRA se puede observar que existe un avance mínimo comparado con el aumento del % programado, disminuyendo el % de cumplimiento.

CUMPLIMIENTO A JUNIO 18 DE 1.999 (Informe No. 7 Interventoría)

CONCEPTO	PROGRAMADO	EJECUTADO	CUMPLIMIENTO
VIVIENDA	80%	67%	83.70%
URBANISMO	90%	80%	88.80%
TOTAL	81%	69%	84%

Se pueden observar diferencias en el % de programación del Informe No. 7 y el % inicial de programación del informe No. 1, al ser el % de programación mayor, el % de cumplimiento disminuye.

CUMPLIMIENTO A JUNIO 18 SEGÚN PROGRAMACIÓN (Inf. No. 1 de Interventoría)

CONCEPTO	PROGRAMADO	EJECUTADO	CUMPLIMIENTO
VIVIENDA	86%	67%	77.90%
URBANISMO	98%	80%	81.63%
TOTAL	88%	69%	78.4%

La liquidación del contrato se hizo teniendo en cuenta la obra ejecutada y este porcentaje concuerda con el informe No. 7 de Interventoría de Junio 18 además, la Interventoría, la Constructora y el FAVIDI realizaron conjuntamente una labor mediante la cual se determinaron las cantidades reales ejecutadas y también se han tenido en cuenta las apreciaciones de la Interventoría en el Informe No. 7 en el cual en el Capítulo 7. ANALISIS FINANCIERO, se determina que al ser la modalidad del contrato a precio global por unidad de vivienda sin fórmula de reajuste pactada donde los mayores valores previstos en el flujo de fondos deben ser asumidos por la Constructora.

El porcentaje de avance de obra lo reiteramos se determinó de común acuerdo con la Interventoría y la Constructora, las cifras de costos indirectos de la obra los cuales deben ser proporcionales al porcentaje de avance de obra, se ponderaron de acuerdo al porcentaje total de ejecución determinado por las tres partes (69.9%) y que incluso resulta superior al certificado por la Interventoría en su informe No. 7 de Junio 18 de 1.999 (69%).

En el informe No. 7 de Interventoría (Pág No. 2 Cap. II Obra Ejecutada), se hace la acotación de los riesgos por deterioro y vandalismo que corren las obras sin finalizar no entregadas al FAVIDI.

Estos sucesos dejan prever la inminente desvalorización de las obras ejecutadas, aumentando en el tiempo que pueda transcurrir hasta que el FAVIDI pueda recibir directamente las mismas. Así mismo estas obras sin finalizar generaron sobrecostos por lo anteriormente expuesto y porque si se desea reiniciar los trabajos se hace necesario volver a realizar trabajos ya ejecutados. (Pág. 3 Cap. VI Avance de Obra).

El objeto del contrato era la entrega por parte de GOMEGA de 528 viviendas de interés social completamente terminadas, y de esto sólo se cumplió con la primera entrega de 56 viviendas de la Manzana Z, hecho este que sumado a todos los factores expuestos además de los pasivos que soporta el proyecto, que aumentan el costo del mismo y las consecuentes pérdidas para la entidad, no permiten valorar las obras ejecutadas sin finalizar, de la misma manera que se valoran las obras ejecutadas al 100%”.

Por medio de la Resolución No. 079 del 18 de Febrero del 2000 se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 589 del 28 de diciembre de 1999, mediante la cual el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital adoptó unilateralmente la liquidación del contrato "celebrado entre el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL 'FAVIDI' e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., de fecha 16 de octubre de 1998". Se transcriben a continuación los apartes relativos a los perjuicios que el incumplimiento de la sociedad contratista le habría ocasionado a FAVIDI⁴⁹:

"... Nótese que a pesar de que el perjuicio económico sufrido por FAVIDI asciende a la suma de \$5.439'779.253.00, correspondiente a \$3.586'803.891,00 en la cuenta por cobrar al contratista por concepto del proyecto y \$1.852'975.662.00, en pasivos del proyecto mismo, esta entidad está reclamando únicamente la suma asegurada, en estricto cumplimiento del 'principio de la indemnización' consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio.

(...).

FAVIDI ha calculado el valor del perjuicio ocasionado por el incumplimiento de la sociedad contratista GOMEGA, partiendo del porcentaje de las obras ejecutadas, al cual se refiere el cuadro No. 3 denominado 'Liquidación contrato proyecto Riberas de Occidente', que forma parte de la Resolución No. 589 del 28 de diciembre de 1999.

(...).

⁴⁹ Folios 14 a 31 del cuaderno 2.



FAVIDI para efectos de la liquidación del contrato ha tenido como único criterio la valoración de las obras realmente ejecutadas, con la medición de cada uno de los elementos constitutivos, agrupados en ítems y capítulos que han dado como resultado un avance del 67% en la construcción de las viviendas y el 87.7% en las obras de urbanismo, porcentajes que no han sido disminuidos a pesar del deterioro de las obras inconclusas. El avance referido en cada una de ellas se verificó y se concilió con los informes de Interventoría y con la misma constructora.

En cuanto a los saldos de certificados de garantía, la hipoteca de Ahorramás y las comisiones de la Fiduciaria Tequendama S.A., éstos son costos inherentes al proyecto, toda vez que el compromiso contractual era la construcción de 528 unidades de vivienda que debían entregarse completamente liberadas y obviamente asumió, tales como hipotecas y certificados de garantía fiduciaria expedidos contra el patrimonio autónomo 'Riberas de Occidente Lote 3.

Lo anterior no indica que a la compañía aseguradora se le está reclamando el pago de tales obligaciones, como lo ha entendido el señor apoderado; otra cosa bien distinta es que el no pago de estas acreencias afectó el cumplimiento de las obligaciones del contratista, ya que éste debió entregar 528 inmuebles debidamente liberados y para que ello ocurra, la Fiduciaria Tequendama S.A., que es la titular del derecho de dominio de los mismos, no podrá efectuar su tradición hasta tanto se liberen los certificados de garantía fiduciaria y la hipoteca que pesa sobre el inmueble fideicometido. Esta es una de las causas de incumplimiento de INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., hoy en liquidación, riesgo que cubrió la póliza expedida por COLSEGUROS.

LA COBERTURA EN LO REFERENTE AL ANTICIPO

Es pertinente aclarar en este punto que la suma de \$2.000 MM girada a título de anticipo, debía amortizarse mes a mes como se observa en el Anexo No. 2 del Acuerdo de Transacción, que corresponde al 'Cronograma de Inversión y Desembolsos', en el cual se proyectó la inversión que el constructor debía efectuar durante la vida del contrato y los desembolsos que debía realizar FAVIDI. Dentro de los ítems que él consagra se encuentra el denominado 'REEMBOLSO ANTICIPO FAVIDI'.

Este reembolso debía efectuarse mes a mes, lo que indica que para la fecha de suspensión de las obras (mayo de 1999) el contratista debió amortizar o reembolsar la suma de \$ 1.561'212.000.00 por este concepto, quedando un saldo por amortizar o reembolsar de \$438'788.000.00.

Lo anterior sirve para aclarar al señor apoderado de COLSEGUROS que no todo el dinero desembolsado por FAVIDI se destinó a la amortización del anticipo, pues como lo indica el cuadro citado 'Cronograma de Inversión y



Desembolsos', los giros iban afectando mes a mes diferentes ítems, tales como costos directos, indirectos, costos de la concertación, lote, utilidad antes de impuestos, reembolso Favidí programa anterior, reembolso Favidí, etc.

En el entendido de que el constructor tan sólo legalizó la entrega de 56 unidades de vivienda por un monto de \$1.615'488.000,00, FAVIDI tan sólo puede aceptar la amortización del anticipo sobre esta suma de dinero, pues como se explicó, el anticipo debía reembolsarse o amortizarse mes a mes, y no al perfeccionarse la entrega de las unidades de vivienda restantes, mal puede declararse amortizado el anticipo sobre tales obras, ya que en este momento no han sido entregadas formalmente a FAVIDI y entre otras cosas están sub judice a la decisión que la Superintendencia de Sociedades como sobre la exclusión del proyecto inmobiliario de la masa general de acreedores, dentro del proceso liquidatorio de la sociedad contratista, quien lo relacionó dentro de sus activos, tal como lo conoce la compañía de seguros.

El Dr. Carlos Darío Barrera, plantea equivocadamente la premisa de que el anticipo fue correctamente invertido porque la cifra correspondiente al desembolso efectuado por FAVIDI, subsume el anticipo. Desde el punto de vista simplemente numérico, esta premisa resulta cierta, pero dentro del contexto contractual no lo es, porque GOMEGA no invirtió la totalidad de los \$2.000 MM girados, ya que para los demás ítems citados (costos directos, indirectos, etc.) contó con los recursos que FAVIDI adicionalmente suministró.

En razón de lo expuesto, FAVIDI no comparte los argumentos de defensa del impugnante y por tanto, se mantiene en su decisión en cuanto a la efectividad de la póliza a cargo de la aseguradora, por la suma de \$1.787'886.426.00 por la no inversión del anticipo".

4. La naturaleza jurídica del contrato que origina la presente controversia.

Mediante un contrato denominado por las partes como "ACUERDO TRANSACCIONAL ENTRE EL FONDO DE AHORRO VIVIENDA DISTRITAL FAVIDI Y LA SOCIEDAD CONSTRUCTORA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA.", FAVIDI y GOMEGA acordaron, de una parte, poner fin a un litigio originado en un contrato cuyo objeto constituyó la construcción de 3.000 unidades de vivienda y, adicionalmente, convinieron la construcción de 528 unidades de vivienda por un precio y unas condiciones determinados en el mismo documento.

4.1 La singularidad que se ha puesto de presente en cuanto al alcance y contenido del negocio jurídico en comento, subraya la necesidad de establecer si la naturaleza jurídica del contrato o, dicho en otros términos, la identificación del tipo contractual celebrado es una cuestión que depende exclusivamente de la denominación que al respectivo negocio hayan dado los sujetos en él intervinientes o si, por el contrario, resulta menester reparar en la sustancia o el contenido de las correspondientes estipulaciones con el fin de establecer qué modalidad negocial es la que concluyeron

las partes y, consecuencialmente, determinar cuál es la normatividad que a la misma le resulta aplicable. Similar disyuntiva es la que plantea el interrogarse acerca de la eficacia de los negocios jurídicos en función exclusivamente de la voluntad de las partes, de suerte que se limite a los aspectos realmente previstos y queridos por ellas o si, por el contrario, una vez se celebra un negocio, el ordenamiento jurídico, a la vez que acepta —en línea de principio— las estipulaciones libremente convenidas por los agentes, complementa la voluntad que éstos expresaron y le atribuye al contrato efectos que incluso los intervinientes no buscaron o ni siquiera previeron.

Y a este respecto debe señalarse que, como bien se sabe, la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate⁵⁰. Ello reafirma por qué razón, en el sistema jurídico colombiano, cada tipo contractual está integrado por la síntesis de sus elementos esenciales, vale decir, de aquellos ingredientes sin los cuales o no produce efecto alguno o "*degenera en otro contrato diferente*" —artículo 1501 C.C.— o se reputa inexistente —artículo 891 C. de Co.—, así como por aquellos elementos que precisan su naturaleza y singular identidad, con independencia del nombre, rótulo o título que al vínculo contractual concreto hayan optado por asignar las partes, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

"Lo que constituye la esencia o naturaleza de un contrato no es la calificación que le den las partes, sino la que la ley le da de acuerdo con la voluntad de las mismas partes. Aunque los contratantes llamen venta al arrendamiento, posesión al dominio, mandato al depósito, etc., si resulta que la convención celebrada no tiene el carácter jurídico que los contratantes la designan, el contrato a los ojos de la ley y del juez no es ni puede ser otro que el que resulta de los hechos, aunque los interesados, por ignorancia o fines especiales, quieran revestirlo de una calidad que no tiene"⁵¹ (énfasis añadido).

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación No.: 25000-23-26-000-1994-0071-01; Expediente: 14.390.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de abril de 1927; Gaceta Judicial; Tomo XXXIX, pp. 199 y ss; Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de septiembre de 1929; Gaceta Judicial, Tomo XXXVII, p. 128. En similar dirección, esta Corporación ha sostenido lo siguiente: "*En relación con el mencionado contrato, las estipulaciones que transcribe el consultante y que corresponden a aspectos contenidos en las cláusulas sexta, séptima, octava, novena y décima, no deben analizarse aisladamente, sino que exigen su interpretación "unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad", como prescribe el Código Civil en su artículo 1622 y conforme a un criterio sistemático. Dichas cláusulas hacen parte de un contrato llamado de concesión, que en realidad es de administración delegada y, por ende, la responsabilidad está a cargo de la entidad contratante*". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve;

4.2 En el presente caso, *"FAVIDI Y GOMEGA han convenido transigir sus diferencias respecto del negocio jurídico existente entre estas partes para la ejecución del proyecto de construcción de vivienda en la urbanización Riberas de Occidente, en virtud de lo cual: ACUERDAN..."*.

El contenido de la aludida transacción implicó que las partes convinieran que la sociedad GOMEGA construiría 528 casas, de las 3.000 inicialmente acordadas en otro contrato que era objeto de litigio judicial. Así pues, en la cláusula décima octava del contrato se previó:

"Tanto FAVIDI como GOMEGA conocen y aceptan que el presente documento tiene el efecto de una transacción, razón por la cual declaran que no existe ningún perjuicio, daño, sobrecosto o motivo de reclamación derivado de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del negocio jurídico existente entre las dos entidades para la construcción de 3.000 unidades de vivienda en el proyecto de urbanización Riberas de Occidente. En consecuencia, FAVIDI y GOMEGA se comprometen a no iniciar o proseguir acción judicial o de cualquier otra naturaleza en relación con hechos ocurridos con anterioridad a la suscripción del presente documento".

En este caso no queda duda a la Sala que se está ante un acto dispositivo del derecho de litigio, mediante el cual la sociedad GOMEGA renunció a la discusión judicial relacionada con otro contrato cuyo objeto constituyó la construcción de 3.000 unidades de vivienda, acordada a través de un contrato objeto de demanda en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ahora bien, a través del contrato que origina la presente controversia, FAVIDI y GOMEGA, además de disponer acerca de un derecho litigioso, efectuaron una serie de declaraciones y acordaron sendos compromisos propios de lo que podría ser caracterizado como un contrato de obra pública, si se tiene en cuenta que a través del denominado acuerdo transaccional, GOMEGA se comprometió a construir 528 unidades de vivienda de interés social tipo bifamiliar, que serían edificadas en las *"siguientes manzanas del terreno donde se desarrolla el programa de vivienda Las Riberas de Occidente"*, de conformidad con las especificaciones y condiciones previstas en el contrato y, a su vez, FAVIDI se obligó a pagar por cada unidad de vivienda un precio de \$28'848.000.00, para un total de \$15.231'744.000.00.

En el anterior orden de ideas, el contrato en el cual encuentra su origen el litigio *sub examine* parece contener los elementos esenciales correspondientes a dos tipos contractuales: transacción y obra pública; ello aconseja detenerse muy brevemente en el examen de las notas características de cada una de estas modalidades de relación negocial, con el propósito de establecer si, efectivamente, **elementos**—ambas fueron incorporadas en el contrato de marras, lo cual incide,

como es apenas natural, tanto en la identificación de la naturaleza y del régimen jurídico aplicable al mismo, como incluso, según se verá, en las conclusiones a las cuales se arribe al momento de analizar la validez o conformidad a Derecho misma del negocio jurídico en comento.

4.3 En cuanto tiene que ver con el ***contrato de transacción***, aún cuando existen variadas posturas doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de esta figura, lo cierto es que el derecho colombiano lo define como contrato en el artículo 2469 del Código Civil y, adicionalmente, como un modo de extinción de las obligaciones, según las voces del artículo 1625 *ibídem*. En la misma dirección se ha pronunciado de tiempo atrás la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al señalar que "(...) [*el acuerdo transaccional*] se encamina principalmente a disipar la duda y a regular y dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esta finalidad primordial, la ley considera y trata como una convención y como un modo de extinguir las obligaciones ..."⁵².

A lo anterior debe añadirse la condición que ostenta la transacción de *mecanismo alternativo de solución de conflictos*, lo cual se desprende de su definición misma en el citado artículo 2469 del Código Civil, como "un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual". Se trata, entonces, como lo sostiene la doctrina autorizada, "de un arreglo amigable del conflicto surgido entre las partes, esté pendiente de decisión judicial o no haya sido sometido aún a ella. Los interesados renuncian recíprocamente a pretensiones; no hay transacción, así se otorgue ese nombre al acuerdo celebrado, si uno de ellos impone totalmente sus aspiraciones al otro, o si éste se limita a renunciar a sus derechos o aspiraciones. Transigir equivale a hacer concesiones y obtenerlas del contrario, con miras a cancelar una contienda"⁵³. La función principal de la transacción, entonces, es la de ponerle fin a un conflicto; sin embargo, usualmente al finiquitar la controversia existente entre las partes se obtiene como resultado la extinción de alguna obligación, sin ser esta su finalidad primaria⁵⁴, de modo que

"... la transacción es un acto de autonomía privada, destinado, más que a modificar una situación en curso, a precisarla, cuanto lo primero, eliminando el conflicto y la consiguiente incertidumbre. La transacción implica, necesariamente la determinación de dos posiciones encontradas, cada una de las cuales es transformada, modificada, en cuanto hace a la depuración del conflicto. De ahí su naturaleza ciertamente preclusiva, en rigor, exclusivamente preclusiva. Se destacan como rasgos sobresalientes de la figura, su carácter convencional, su función declarativa, dirimente y su eficacia definitiva"⁵⁵.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de mayo de 1966, citado por Carlos Ignacio Jaramillo J., en el artículo titulado: "La transacción en del derecho colombiano", en *Derecho de las obligaciones*, Volumen 2, Tomo II, Uniandes- Temis, 2010, pp. 421.

⁵³ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 721.

⁵⁴ *Idem*, p. 722.

⁵⁵ *Ibídem*, pp. 723-724.

La transacción, como contrato, se caracteriza por ser consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y nominado⁵⁶. Por lo demás, del contenido del artículo 2469 del Código Civil se desprenden dos elementos constitutivos de la figura que se derivan de la norma de manera expresa: *i)* la existencia de un derecho que se disputan judicialmente o pueda ser materia de confrontación litigiosa futura y *ii)* la intención o voluntad de las partes encaminada a superar las diferencias, sin necesidad de decisión judicial. Sin embargo, se debe agregar un tercer ítem, que ha sido aceptado en la mayoría de las legislaciones, el cual corresponde a *iii)* la realización de concesiones o sacrificios recíprocos⁵⁷. La trascendencia de este último elemento⁵⁸ ha sido subrayada por pronunciamientos jurisprudenciales, en los cuales se señala que

"... son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero: la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas. Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones,

⁵⁶ Las enunciadas características podrían describirse del siguiente modo: **consensual**, porque su perfeccionamiento ocurre con el simple acuerdo de voluntad entre las partes sobre lo que es objeto de transacción, es decir, el motivo del conflicto; sin embargo, excepcionalmente puede ser **solemne**, cuando recae sobre algún derecho que requiera de alguna formalidad para su constitución o disposición; **bilateral**, debido a que ambas partes contraen obligaciones que reflejan los sacrificios y concesiones recíprocas; **oneroso**, puesto que cada uno de las partes se grava en beneficio de la otra; **conmutativo**, en aquellos casos en los que las partes conocen de antemano el alcance de las prestaciones a cumplir; pero en los casos en los que esto no ocurre, se estaría en presencia de un contrato **aleatorio**, pues las partes no llegan a percatarse de la proyección de los deberes y derechos negociales; **principal**, puesto que no necesita de ningún otro negocio para su existencia; y **nominado**, comoquiera que el contrato de transacción se encuentra tipificado y regulado en el Código Civil. Cfr. BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro, *Los principales contratos civiles y comerciales*, Tomo II, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, 2005, pp. 111-112.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Justamente en este rasgo radica una de las más significativas diferencias entre la transacción y la conciliación, pues además de que las distingue, desde el punto de vista de su naturaleza, que mientras que la transacción es un contrato y se rige por las normas generales de éstos y las especiales de su tipo negocial, la conciliación no obedece en estricto sentido a una naturaleza contractual, sino que resulta ser un procedimiento al cual pueden acudir las partes para intentar ponerle fin a un conflicto, lo cierto es que las dos figuras en comento pueden diferenciarse también desde el punto de vista de las *pretensiones*, toda vez que la transacción tiene, en tanto que contrato, como uno de sus elementos esenciales el relacionado con que las partes realicen concesiones recíprocas, es decir, no se puede intentar dirimir el conflicto mediante este mecanismo, cuando el sacrificio corresponde exclusivamente a una de las partes; contrario sensu, resulta jurídicamente factible que se logre un acuerdo conciliatorio por el total de las aspiraciones del convocante, siempre que las partes, por sí mismas, lleguen a esa forma de arreglo y se acrediten los respectivos supuestos.

ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual⁵⁹.

En relación con esta figura, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho alusión a una serie de requisitos cuya concurrencia se precisa como determinante de la validez de la transacción judicial, algunos de ellos de estirpe sustancial, regulados, principalmente, por el Código Civil y otros de índole procedimental, a saber:

"i) La Sala ha señalado⁶⁰ que **requisitos sustanciales** son los siguientes:

- **Capacidad:** que en la respectiva materia se traduce en a) capacidad sustantiva, esto es que el acuerdo transaccional debe celebrarse por personas capaces de disponer de los objetos comprendidos en el acuerdo⁶¹ y b) capacidad adjetiva, esto es que si quien concurre a la celebración del contrato lo hace por intermedio apoderado judicial, éste requiere de poder especial para tal efecto⁶² y si se celebra por entidad pública debe tener autorización expresa del funcionario competente⁶³.

- **Consentimiento,** es decir, el animus transigendi, esto es la voluntad de las partes tendiente a celebrar un contrato que supone la existencia de derecho dudoso o de una relación jurídica incierta y con una finalidad específica.

- **Finalidad:** la transacción ha de celebrarse con un único fin, cual es el de terminar un litigio pendiente o precaver uno eventual. Sin la presencia de este elemento teleológico de carácter esencial, el contrato no produce efectos o "degenera en otro contrato diferente"⁶⁴.

- **Objeto:** la transacción debe recaer sobre derechos transigibles y, por definición, el acuerdo ha de comportar el abandono recíproco de una parte de las pretensiones encontradas⁶⁵, lo cual implica concesiones mutuas, aunque no necesariamente equivalentes.

ii) De otra parte, constituyen **requisitos procesales:**

- **Solicitud:** la solicitud debe presentarse ante el juez o Tribunal que conozca el proceso, personalmente y por escrito, por quienes hayan

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de diciembre de 1938, XLVII, p. p. 479-480; Casación Civil, Sentencia del 6 de junio de 1939, XLVIII, p. 268.

⁶⁰ Nota original de la providencia citada: Sección Tercera, Auto del 11 de octubre de 2006, RADICACION No.: 2500023260001998129601 (27285), actor: Alfonso Gutiérrez Romero, demandado Municipio de Gachalá.

⁶¹ Nota original de la providencia citada: C.C. Art. 2.470.

⁶² Nota original de la providencia citada: C.C. Art. 2.471.

⁶³ Nota original de la providencia citada: C.C.A. Art. 218 y C. de P. C. Art. 341.

⁶⁴ Nota original de la providencia citada: C.C. Art. 1.501.

⁶⁵ Nota original de la providencia citada: Ospina Fernández, Guillermo, Régimen General de las obligaciones, Ed. Temis, Bogotá, p. 524.



celebrado la transacción, acompañando el respectivo contrato autenticado o en original.

- Oportunidad: *el acuerdo transaccional puede tener lugar en cualquier estado del proceso; aún durante el trámite de la apelación, pues una vez aprobada la transacción, si comprende todas las partes y las cuestiones debatidas, quedará "sin efecto cualquier sentencia dictada que no estuviere en firme"⁶⁶; incluso son transigibles las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia"⁶⁷(subrayas añadidas).*

4.4 En cuanto tiene que ver con el **contrato de obra pública** y sin que resulte menester en este lugar ahondar en el estudio de sus elementos, rasgos distintivos y régimen jurídico, baste con señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 1 de la Ley 80 de 1993, *"son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago"*.

A través del contrato de obra, entonces, una de las partes se obliga a *"construir, mantener, instalar o realizar cualquier otro trabajo material sobre un bien inmueble y la otra a realizar un pago por la ejecución de esas actividades"*⁶⁸.

4.5 Descendiendo al asunto *sub judice*, lo anteriormente expuesto evidencia que si bien es verdad que en el contrato celebrado entre FAVIDI y GOMEGA en el cual el presente proceso encuentra su origen, se acordó transigir un litigio judicial relacionado con un contrato anterior, no es menos cierto que en el primero de los negocios jurídicos citados también se estipularon prestaciones propias de un contrato estatal de obra pública toda vez que: *i)* fue celebrado por una entidad estatal; *ii)* tenía como objeto la construcción de unos bienes inmuebles; *iii)* la entidad debía pagar un precio por cada una de las unidades de vivienda construidas.

Se trató, por consiguiente, de un negocio jurídico *sui generis*, en el cual se combinaron elementos de dos tipos contractuales diversos, lo que perfectamente resultaba al alcance de las partes en desarrollo de su autonomía de la voluntad, pero con la singularidad de que tal suerte de acuerdo negocial quedaba, en parte, sujeto a las previsiones del Código Civil y a otras disposiciones precedentemente aludidas en punto de aquéllas de sus estipulaciones propias de un contrato de transacción y, al propio tiempo, especialmente gobernado por el Estatuto de Contratación Estatal en cuanto comporta de contrato de obra pública, según se acaba de ver.

⁶⁶ Nota original de la providencia citada: C. de P. C. art. 340.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de Agosto de 2007, Expediente No 15305, M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de junio 13 de 2013, Expediente 23.730, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



En cuanto a esto último, vale decir lo que de contrato estatal de obra pública contiene el negocio jurídico de marras, dicho "ACUERDO DE TRANSACCIÓN ENTRE EL FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL FAVIDI Y LA SOCIEDAD CONSTRUCTORA INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA.", se celebró el 16 de octubre de 1998, época para la cual se encontraba en vigencia la Ley 80 de 1993, norma jurídica que de conformidad con los dictados del artículo 38 la Ley 153 de 1887 resulta aplicable a este contrato, entre otras cosas, en lo atinente a las facultades de las cuales, por virtud de lo normado en el aludido Estatuto Contractual, quedan investidas las entidades estatales contratantes para proferir actos administrativos contractuales como los que entrañan el ejercicio de facultades excepcionales, como los que permiten declarar el incumplimiento del contrato ora para hacer efectiva la cláusula penal ora para activar las correspondientes garantías o como los que liquidan unilateralmente el vínculo negocial a falta de acuerdo de las partes.

En punto de la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos regulados por la Ley 80 de 1993, recuérdese que la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha explicado que bajo la égida de dicha norma pueden identificarse cuatro grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente; en el primer grupo, al cual pertenecería el componente del contrato que sirve de fuente a la presente controversia que incorporó prestaciones propias de un contrato de obra pública, se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se estipulan expresamente por las partes, de todos modos se entienden pactadas, por manera que incluso se les denomina "cláusulas virtuales"⁶⁹.

⁶⁹ Al respecto dice el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80: "2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como **en los contratos de obra**. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión" (negritas fuera de texto).

Al *segundo grupo* pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyeren, habría nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el párrafo del artículo 14 de la Ley 80, "... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales..."

El *tercer grupo* lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no pueden ejercerse válidamente en el negocio jurídico respectivo. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro.

Este análisis respecto de la legalidad de la inclusión –implícita, toda vez que las partes no las pactaron expresamente– de cláusulas excepcionales en el contrato estatal celebrado entre FAVIDI y GOMEGA, que da origen al proceso *sub lite*, lo llevó a cabo ya la Sección Tercera del Consejo de Estado en otro proceso –en el cual se debatía, precisamente, sobre la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró la caducidad del contrato tantas veces referido–, en providencia cuyas conclusiones resultan útiles para cuanto aquí se estudia y reafirman, en la dirección que se viene exponiendo, lo dicho en relación con el régimen jurídico aplicable al contrato estatal de marras:

"Inclusive en el convenio de 16 de octubre de 1998, en los términos de la cláusula décima séptima, las partes acordaron dar instrucciones para que se incluyeran las modificaciones necesarias a los contratos de encargo fiduciario y fiducia mercantil, de modo que las partes no pusieron fin a la relación, pues contrario a liberar las obligaciones contraídas, formalizaron entre GOMEGA LTDA y FAVIDI un contrato de obra, este sí estatal. Esto si se considera que, en esta oportunidad, se dejaron a salvo los términos del contrato, las partes intervinientes, el objeto, el precio, el plazo y las garantías legales.

5. LA RELACIÓN JURÍDICA ORIGINADA EN LA TRANSACCIÓN

Aunque las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, se limitaron a denominar al convenio celebrado el 16 de octubre de 1998, contrato de transacción, lo cierto es que independientemente de su titulación, el contenido de las obligaciones contraídas y la naturaleza de las prestaciones que el contratista debía realizar, dan lugar a la Sala a concluir que finalizaron una controversia surgida en razón de una vinculación jurídica previa y más que eso, pues convinieron en un nuevo contrato, cuya prestación principal tuvo que ver con la construcción de 528 viviendas de interés social en el barrio Riveras de Occidente.

En ese orden, el acuerdo no condujo solamente a la terminación simple de una controversia, si se considera que la sociedad se comprometió a construir viviendas de interés social que entregaría a la entidad pública,

En este contexto y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley; frente a ellos, la jurisprudencia ha entendido que no resulta jurídicamente admisible pactar cláusulas excepcionales. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832);

sin que para el efecto cuente que se daría continuación a una actividad de construcción inacabada, frente a la cual FAVIDI no fungió como contratista; razón por la que el convenio de 16 de octubre de 1998, en lo que tiene que ver con la construcción de las viviendas, se encuentra sometido al estatuto contractual, de modo que en lo relativo a las normas sobre formación, celebración, efectos, responsabilidades, terminación y cláusulas exorbitantes, se gobernó por la Ley 80 de 1993, en tanto comprensivo de un contrato de obra de índole estatal.

(...)

6. LA CADUCIDAD Y LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

En los términos de la cláusula primera del contrato, suscrito el 16 de octubre de 1998 entre FAVIDI y GOMEGA LTDA las partes convinieron que el contratista construiría 528 unidades de vivienda de interés social, tipo bifamiliar, en manzanas de terreno donde se adelantaba el programa de vivienda "Las Riveras de Occidente": De suerte que en los términos del numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la cláusula de caducidad resultaba de obligatoria inclusión o implícitamente pactada, si no fue consignada expresamente, tal y como ocurrió en el caso concreto.

En efecto, la cláusula de caducidad resultaba obligatoria en el contrato para la construcción de las 528 unidades de vivienda de interés social, por manera que la administración bien podía, por encontrarse facultada para ello, declarar la caducidad como efectivamente aconteció.

(...)

En ese orden, suspendidas las obras desde el 25 de mayo de 1999, el 7 de julio siguiente, la entidad pública estaba facultada para declarar la caducidad por incumplimiento grave de sus obligaciones, como ocurrió, además de afectar la garantía y ordenar a la Aseguradora proceder acorde con lo convenido"⁷⁰.

4.6 Resulta importante en este punto recordar que, como es bien sabido, el contrato estatal no solo debe reunir los requisitos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico para su existencia, sino que además debe nacer en condiciones de validez, la cual ha sido definida por la Sección Tercera de esta Corporación⁷¹ como la cualidad jurídica de adecuación al ordenamiento jurídico desde la iniciación del procedimiento hasta el momento de celebración del contrato.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2014; Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo; Radicación n.º: 2500023260002000029701 (28042).

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de octubre de 2000; Consejera Ponente: María Helena Giraldo Gómez Expediente: 13097.



Para que el contrato sea plenamente válido se requiere el cumplimiento tanto de los requisitos establecidos para el efecto en el derecho privado, fuente primigenia de todo contrato, como de aquellos que se encuentran establecidos en las normas que regulan la contratación estatal, según las cuales el interés general prima frente a la autonomía de la voluntad. Al tenor de lo prescrito por el artículo 1502 del C.C., para que un contrato sea válido se requiere que concurren las siguientes condiciones:

- a) Consentimiento de las partes exento de vicios (ordinal 2)
- b) Causa lícita (ordinal 4)
- c) Objeto lícito (ordinal 3)
- d) Capacidad de las partes contratantes (ordinal 1)
- e) Cumplimiento de algunos requisitos o formalidades que la ley impone, básicamente en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran⁷².

Por su parte, las normas de la Ley 80 contentiva del Estatuto que regula la actividad contractual de la Administración Pública, establecen diversas ritualidades, requisitos y exigencias para la formación del contrato, cuya omisión podría dar lugar a que éste resultara viciado de nulidad. En términos generales cabe mencionar que los requisitos que debe cumplir el contrato estatal para que se encuentre ajustado al ordenamiento jurídico y goce de las condiciones de validez, atañen a: *i)* la capacidad de las partes intervinientes, cuestión que se predica de los particulares en tanto que es la competencia el factor a examinar en relación con las entidades estatales contratantes y sus respectivos servidores públicos; *ii)* **la observancia de los procedimientos de selección del contratista**; *iii)* la licitud del objeto; *iv)* la licitud de la causa, en la cual puede entenderse incluido el aspecto relacionado con la desviación de poder y *iv)* la ausencia de vicios respecto del consentimiento.

En el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades del Estado, el cual se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de misma la Ley 80 para efectos de aplicar –en la contratación estatal–, la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que –bueno es reiterarlo–, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto, sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para anticipar, como enseguida habrá de señalarse, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 20 de agosto de 1971.



En punto de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, el artículo 44 de la referida Ley 80 determina:

"Artículo 44.- *De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

- 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
- 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- 3. Se celebren con abuso o desviación de poder;*
- 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
- 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley".*

Así las cosas, se impone puntualizar que los contratos estatales serán nulos entonces, de manera absoluta, **i)** en aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de la nulidad absoluta de los actos o contratos, según las previsiones de sus artículos 6 y 1741 y **ii)** en los casos específicamente determinados en los diferentes numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

De esa manera, al integrar en un solo y único listado tanto las causales de nulidad absoluta de los contratos previstas en los artículos 6 y 1741 del C. C., como las causales de nulidad absoluta especificadas a lo largo de los numerales que contiene el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, resulta posible concluir que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

- a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;
- b).- Ilícitud en el objeto;
- c).- Ilícitud en la causa;
- d).- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;
- e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;
- f).- Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;
- g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;
- h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;
- i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y
- j).- Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.

Con fundamento en las anteriores precisiones en punto del catálogo de causales de nulidad absoluta de los contratos estatales en el ordenamiento jurídico colombiano y visto y explicado como está, suficientemente, en el presente proveído, que al tratarse el contrato celebrado entre FAVIDI y GOMEGA el 16 de octubre de 1998, de un negocio jurídico de transacción que igualmente tiene componentes de contrato estatal de obra pública, surge la cuestión derivada de que la selección del contratista tratándose de este último tipo de negocios jurídicos –obra pública– debe en principio llevarse a cabo siguiendo el procedimiento administrativo de licitación que para la escogencia de esta suerte de contratistas demanda la normatividad contenida en la Ley 80.

Al no haberse seleccionado a GOMEGA tras el agotamiento del aludido proceso de escogencia, aparece el interrogante de si el contrato estatal en mención adolece de uno de los elementos necesarios para su validez, en cuanto no se observó el procedimiento que la ley imponía para la selección del contratista.

A su turno, esa misma circunstancia daría lugar a la configuración de la causal de nulidad prevista en el artículo 6 del Código Civil –incorporada en el Estatuto Contractual del Estado por virtud de lo normado en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 80, según se explicó–, consistente en la vulneración de normas legales de orden público, en este caso, de las que condicionan el procedimiento de formación del contrato y, concretamente, de la prohibición general que contiene el numeral 8º del artículo 24 de la citada Ley 80, en el sentido de que las autoridades tienen prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva de contratistas.

Dicha nulidad tendría que ser declarada por la Sala aunque entre las pretensiones formuladas en la demanda no se encuentre alguna que tenga por objeto la declaratoria de nulidad del contrato, pues esta circunstancia no impide que, en tales casos, el juez proceda de manera oficiosa a declararla, de conformidad con las facultades que le han sido otorgadas por la ley⁷³. En efecto, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 estableció que *“la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y, por cualquier persona o declarada de oficio, ...”*; por su parte, el artículo 87 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 dispuso que *“[E]l juez administrativo queda facultado para declararla de oficio [se refiere a la nulidad absoluta] cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”*. Igualmente el artículo 1742 del Código Civil ordena: *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;...”*.

⁷³ En consecuencia, en idéntico sentido al aquí expuesto puede verse, entre muchos otros: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Expediente número: 850012331000030901; Radicación número: 15324. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007); Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 20001-23-31-000-1996-02999-01 (15052).



Sin embargo, en criterio de la Sala declarar la nulidad del tantas veces aludido contrato de transacción-obra pública celebrado el 16 de octubre de 1998 entre FAVIDI y GOMEGA, con fundamento en cuanto se acaba de exponer, no sólo desconocería el contexto dentro del cual se arribó a la estipulación de las prestaciones propias de un contrato de obra en dicho negocio jurídico, sino también la doble naturaleza del mismo, así como todos los valores y principios constitucionales que justifican la existencia y regulación de la transacción como mecanismo de solución de conflictos que se activó por las partes en el acuerdo negocial en cita, precisamente para poner fin a un litigio que ya se encontraba en curso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Y es que en el evento de declararse la nulidad del contrato por no haberse escogido a GOMEGA para ejecutar la obra pública respectiva tras la realización de una licitación pública, abiertamente se desconocería que, en el contexto fáctico que propició la celebración del contrato, la realización de dicho procedimiento de escogencia resultaba tanto ontológica como jurídicamente imposible, pues el conflicto judicial al cual se buscaba poner fin se había trabado ya con GOMEGA y es con dicho sujeto –y no con otro(s)– que debía/podía ser resuelto. La preexistencia de otro negocio jurídico entre las partes –negocio cuya legalidad, bueno es precisarlo, mal podría ser analizada por la Sala en la presente providencia, sin disponer del contenido del mismo, de sus antecedentes y de la concurrencia al proceso de todos quienes intervinieron en su celebración y ejecución– y, sobre todo, de un pleito ante la Jurisdicción derivado de la ejecución de aquel contrato, imposibilitaba la selección de un contratista, en las condiciones habituales, para ejecutar la obra que hizo parte del cruce de concesiones que se hicieron las partes para conseguir zanjar la controversia que había dado origen a la contienda judicial en mención.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que una declaratoria de nulidad del plurimencionado contrato del 16 de octubre de 1998 podría fundamentarse en los principios constitucionales y legales que brindan apoyatura a la existencia de distintos procedimientos administrativos de selección de contratistas –imparcialidad, transparencia, igualdad, selección objetiva, entre otros–, no resulta menos verídico que tal decisión avasallaría desproporcionadamente, habida consideración de las particularidades que rodean el presente caso, todos aquellos otros principios y valores, igualmente de raigambre constitucional que fundamentan e impulsan a las entidades estatales y, en general, a todos los asociados, a buscar dirimir pronta y eficazmente sus disputas a través del empleo de mecanismos alternativos y amigables de composición de litigios, como lo es la transacción.

La declaratoria de nulidad del multicitado contrato de transacción-obra en un contexto como el del presente litigio desconocería que, en general, los mecanismos alternativos de solución de conflictos y, en particular, la transacción, no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también –aún cuando sin duda es ése uno de sus más significativos y trascendentes propósitos–, fundamentalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que la afectan, a voces de lo normado en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, de suerte que resulta incuestionable su entronque en el principio democrático mismo, en la medida en

que propician espacios para que los ciudadanos autogestionen las controversias que entre ellos se suscitan, aún cuando hayan acudido ya a la instancia jurisdiccional y logren, de ese modo, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal, que podrá ocuparse en resolver aquellos asuntos que insoslayablemente precisan de su concurso.

Se desconocería, asimismo, que la transacción, en tanto que mecanismo de solución de controversias, involucra a la comunidad en la definición de las mismas como instrumento flexible, ágil, efectivo y económico conducente al saneamiento de la conflictividad inherente a la vida en sociedad y promotor de la realización de valores que inspiran un Estado social de derecho como la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales –Preámbulo y artículos 1 y 2 constitucionales–, que permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados y de ese modo garantiza la eficacia del derecho de acceso a la administración de justicia comoquiera que, según antes se explicó, el acuerdo al cual se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que deba agotarse íntegramente un proceso judicial que decida la contienda. En palabras de la Corte Constitucional,

"... las formas alternativas de solución de conflictos no sólo responden a los postulados constitucionales anteriormente descritos [la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (Cfr. Preámbulo, Arts. 1o y 2o C.P.)], sino que adicionalmente se constituyen en instrumentos de trascendental significado para la descongestión de los despachos judiciales, problema éste que desafortunadamente aqueja en forma grave y preocupante a la administración de justicia en el país. Adicionalmente, debe insistirse en que con los mecanismos descritos se logra cumplir con los deberes fundamentales de que trata el artículo 95 superior, como es el caso de colaborar con el funcionamiento de la justicia (Num 5o.) y propender al logro y el mantenimiento de la paz (Num. 6o). Con todo, conviene puntualizar que el término "asociados" que hace parte de la norma bajo examen, incluye, además de los particulares, también a las entidades públicas,

(...)

En conclusión, las formas alternativas de resolver conflictos pueden ser reguladas por la ley, de acuerdo con los lineamientos constitucionales. A través de ellas, no sólo no se desconoce el artículo 116 superior sino que se interpretan y se desarrollan los principios y valores que regulan a toda la Constitución, como es la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo"⁷⁴.

La Corte Constitucional colombiana ha subrayado igualmente que mecanismos amigables o alternativos de solución de controversias, como lo es la transacción,

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996; Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.



potencian la materialización del principio democrático al menos por cuatro razones⁷⁵:

i) porque acercan la justicia a los criterios populares de equidad, lo que quiere decir que las decisiones o las soluciones reflejarán los criterios de justicia de las propias comunidades, con lo cual el derecho se hace más permeable a lo popular;

ii) porque son procesos participativos que restituyen a las personas y a las comunidades la capacidad de resolver sus propias controversias, toda vez que la definición de los litigios se funda en el asentimiento de las partes involucradas;

iii) porque se sustentan en el consenso, en la búsqueda de acuerdos, con lo cual incrementan la deliberación democrática, de modo que los ciudadanos defienden los derechos propios pero reconociendo la legitimidad de los ajenos, con el consecuente fortalecimiento que ello reporta para el espacio de discusión pública pacífica y, finalmente,

iv) porque una solución negociada de un conflicto tiende a robustecer la autonomía del ciudadano y, en la medida en que la búsqueda del acuerdo obliga a la persona a comprender al otro y a expresar preocupación y consideración por sus intereses y valores, torna al individuo más compasivo, solidario y con capacidad de reconocimiento del valor de las diferencias y del pluralismo.

Todos los fundamentos a los cuales se acaba de hacer alusión, [másmás](#) los principios de la función administrativa –artículo 209 constitucional– que en su momento se vieron potenciados con el acuerdo [conciliatorio-transaccional](#) logrado entre FAVIDI y GOMEGA, justifican, en el contexto fáctico del presente asunto, hacer ceder la exigencia de escoger al contratista mediante licitación pública, en favor de la más intensa posible realización de los principios constitucionales que sustentaron la resolución del conflicto en el cual se hallaban las partes, a través del mecanismo de la transacción. Tal la razón por la cual, en criterio de la Sala, debe conservarse la validez del mencionado negocio jurídico, en aras de respetar todos los contenidos constitucionales a los cuales se ha hecho alusión en precedencia.

5. El caso concreto. Los cargos formulados por la compañía aseguradora en contra de los actos administrativos enjuiciados.

Según se expuso en el acápite de antecedentes del presente proveído, la compañía aseguradora solicitó la declaratoria de nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se liquidó el contrato, básicamente, por las siguientes razones:

i) La vulneración de los artículos 13 y 14 de la Ley 80 de 1993, dado que el contrato de transacción no era de aquellos que debían contener cláusulas exorbitantes.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-893 de 2001; Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.



ii) La violación de los artículos 1088 y 1542 del Código Civil, en virtud de que las obligaciones de la aseguradora se limitan a los montos asegurados y, además, se encuentran sometidas a la condición de que ocurra el siniestro.

iii) No se produjeron los riesgos a los cuales se hizo referencia en las resoluciones demandadas.

En relación con los cargos formulados, encuentra la Sala lo siguiente:

5.1 El siniestro de incumplimiento.

Al contrato cuya liquidación es objeto de demanda en esta oportunidad le fue declarada la caducidad a través de la Resolución No. 273 de 7 de julio de 1999, acto administrativo cuya legalidad fue enjuiciada en otro proceso judicial en el cual se concluyó, como se explicó en anterior apartado dentro de este proveído, que la decisión respectiva resultaba conforme a [dDerecho](#)⁷⁶.

Pues bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de caducidad es constitutiva del siniestro de incumplimiento, razón por lo cual debe la Sala desestimar la pretendida nulidad de las resoluciones demandadas por aquellas razones que tienen que ver, en primer lugar, con el hecho de que no ocurrió el siniestro y, en segundo lugar, con la vulneración de los artículos 13 y 14 de la Ley 80 de 1993, por cuanto las razones expuestas por la aseguradora conducían a desvirtuar la facultad legal de la entidad para declarar la caducidad del contrato y no a atacar la legalidad de las resoluciones a través de las cuales se liquidó el contrato.

En lo que respecta al *quantum* de la indemnización, argumentó la aseguradora demandante que no podía cobrarse la totalidad del valor asegurado en la garantía de cumplimiento, porque el avance de obra había sido superior al 90%.

Debe precisarse a ese respecto que si bien es verdad que la entidad pública demandada, a través de la Resolución No. 273 de 7 de julio de 1999 declaró la caducidad del contrato, no es menos cierto que la cuantificación de los perjuicios la efectuó en las resoluciones por medio de las cuales liquidó unilateralmente el contrato.

Pues bien, a propósito de la alegada desproporción entre el porcentaje de ejecución del contrato y el valor de los perjuicios efectivamente causados a la entidad asegurada, entiende la Sala que no le asiste razón a la aseguradora demandante, comoquiera que el monto hasta el cual debe extenderse el cubrimiento de la

⁷⁶ Las pretensiones anulatorias se denegaron mediante sentencia proferida el 12 de mayo de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sala de Descongestión, confirmada por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, del 13 de noviembre de 2014, expediente 28042.



garantía depende del valor de los referidos perjuicios y no del porcentaje de obra ejecutado.

Y en relación con la cuantificación de los multicitados perjuicios, observa la Sala que el monto de los mismos, según los cálculos razonadamente realizados por parte de FAVIDI, excedieron el valor asegurado a través de la póliza otorgada por la aseguradora demandante; además, tampoco se acreditó en el proceso, por parte de la sociedad actora, que la cuantía de dichos perjuicios hubiere sido inferior al referido valor asegurado. Por el contrario, la prueba recaudada en el proceso marcha en la dirección opuesta, como se desprende del testimonio rendido por los Ingenieros Civiles José Raúl López Ochoa y José Luis Mejía Ocampo, quienes expusieron y justificaron por qué razones los perjuicios efectivamente causados a FAVIDI excedieron ampliamente el valor del amparo de cumplimiento⁷⁷, razón por la cual la Sala también denegará la pretensión anulatoria en relación con el *quantum* de los perjuicios derivados del incumplimiento, mismos que deben ser indemnizados por la compañía aseguradora.

5.2. El siniestro cubierto por la garantía de amparo de buen manejo del anticipo. Relación con el amparo de cumplimiento.

Según se relató en el apartado de antecedentes del presente pronunciamiento, a través de la Resolución No. 273 de 7 de julio de 1999 se declaró la caducidad del contrato y también *“la exigibilidad de la Póliza de cumplimiento No. 724007859 expedida por la ‘Aseguradora Colseguros S.A.’, la cual garantiza el buen manejo, la correcta inversión del anticipo y el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, por la ocurrencia de incumplimiento”*.

En la mencionada Resolución se declaró la exigibilidad de la póliza *“por la ocurrencia de incumplimiento”* y aunque se mencionaron los amparos que contenía la garantía única de cumplimiento, no se efectuó declaración alguna acerca de la ocurrencia de siniestros diferentes al incumplimiento.

La declaratoria y la cuantificación del riesgo relacionado con el buen manejo y la correcta inversión del anticipo se efectuaron con el acto administrativo que dispuso la liquidación del contrato, respecto de lo cual debe comenzarse por señalar que si bien la declaratoria de caducidad es constitutiva del siniestro de incumplimiento, ello no se hace automáticamente extensivo a otros amparos, aunque todos estuvieren cobijados dentro de la misma póliza⁷⁸. Al respecto la jurisprudencia de esta Subsección expresó:

⁷⁷ Los Ingenieros calcularon los perjuicios de acuerdo con dos opciones (índices de Camacol y actualización), según la primera, los perjuicios tienen un valor de \$3'193.456.166 y, según la segunda, ascendieron a \$3'544.294.861.

⁷⁸ **“3.4 Independencia entre el amparo de anticipo y el amparo de cumplimiento**

(...).

(...), es de cardinal importancia aducir, igualmente, que contrario a la creencia de muchas personas que conviven con los seguros de cumplimiento, la demostración del siniestro por el amparo de cumplimiento no implica de manera automática la de uno aplicable al amparo de anticipo, ni viceversa, a pesar incluso de tratarse de la misma póliza y del mismo contrato garantizado, y lo propio puede predicarse de los demás amparos; como calidad, estabilidad,

"Con fundamento en el contenido del artículo 25 (numeral 19) de la Ley 80 de 1993 se puede decir que los seguros de cumplimiento, específicamente, el de contratos estatales, son aquellos que garantizan al acreedor (entidad estatal) que serán resarcidos los daños que pueda provocar el incumplimiento de las obligaciones del deudor (contratista) dentro del marco de una relación contractual.

Así, pues, el riesgo asegurado en esta categoría de seguros, visto de manera general, lo constituye el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del deudor (contratista), quien a su vez es el tomador de la póliza, de modo que el objeto de las obligaciones garantizadas es lo que determina o particulariza el riesgo asegurado. En el caso de los contratos estatales, la garantía de cumplimiento y, por ende, la póliza de seguro de cumplimiento de contratos estatales debe cobijar todas las obligaciones a cargo del contratista, tal como lo dispone el artículo 25 (numeral 19) de la Ley 80 de 1993; por ende, en una única póliza se contemplan distintos amparos, dependiendo de las obligaciones y prestaciones emanadas del contrato asegurado (artículo 17 del Decreto Reglamentario 679 de 1993), así: (i) buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, (ii) cumplimiento del contrato, (iii) pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (donde se requiera personal para ejecutar las obligaciones), (iv) estabilidad de la obra, (v) calidad del bien o servicio y (vi) correcto funcionamiento de los equipos (en el caso de los suministros, por ejemplo)"⁷⁹.

prestaciones sociales, repuestos, etc. Y es que como seguro –y no fianza– que es la póliza de cumplimiento, cada uno de sus amparos es independiente de los demás, siendo claro que no es igual el objeto de cobertura de cada uno de ellos, de manera que el asegurado, cuando considere haber sufrido perjuicios imputables al contratista que impliquen la afectación de varios amparos, debe demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro por cada amparo afectado, casi como se tratara de pólizas distintas. Esta reflexión es relevante, pues es un yerro común de quienes operan las pólizas de cumplimiento en las entidades contratantes considerar que si demuestran que el contratista incumplió una obligación del contrato queda demostrado el siniestro en cualquiera de las cubiertas de la póliza de cumplimiento que busquen afectarse. De la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Superior de Bogotá puede colegirse que de acuerdo con lo preceptuado en el Código de Comercio y la doctrina, el seguro de cumplimiento posee unos Amparos, tales como el de cumplimiento –que lleva su mismo nombre–, el de anticipo, el de calidad, el de estabilidad, y el de salarios y prestaciones sociales, los cuales a pesar de estar contenidos dentro de la misma póliza son independientes entre sí y brindan coberturas distintas. De esta suerte, puede perfectamente darse el caso hipotético en que se afecte el amparo de cumplimiento del contrato, lográndose demostrar por parte del asegurado un incumplimiento parcial del convenio asegurado y la cuantía de los perjuicios sufridos por dicho incumplimiento, pero no lograr probar ni la ocurrencia ni la cuantía de un siniestro por el amparo de anticipo, por lo que resulta de inmensa importancia en la práctica partir conceptualmente de la independencia entre cada uno de los amparos". PÉREZ RUEDA, Christian Eduardo. El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 2012, vol. 21, no 37, p. 208-209.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de febrero de 2015, expediente 28278, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



De conformidad con el Decreto 679 de 1994, vigente para la época de celebración del contrato cuestionado, la garantía de cumplimiento se encontraba conformada por varios amparos o coberturas: i) buen manejo y correcta inversión del anticipo; ii) devolución del pago anticipado; iii) cumplimiento; iii) pago de salarios y prestaciones sociales; iv) estabilidad y calidad de la obra; v) calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados; vi) calidad del servicio, entre otros.

Valga destacar que los amparos dependen del tipo de contrato y de las circunstancias en las cuales se vaya a ejecutar, habida cuenta de que no todos resultan exigibles respecto de un mismo contrato. Asimismo se señala que si bien los mencionados amparos hacen parte de la llamada garantía única de cumplimiento, éstos son entre sí independientes, es decir, no se reclaman perjuicios derivados de un riesgo para cubrir otro⁸⁰.

El amparo de cumplimiento cubre las diversas modalidades que éste puede revestir: i) incumplimiento total; ii) incumplimiento parcial; iii) cumplimiento tardío; iv) cumplimiento defectuoso, así como las consecuencias derivadas del mismo, tales como multas y cláusula penal pecuniaria. Sobre el tema, la Superintendencia Financiera ha conceptualizado que este amparo:

*"[C]ubre a la entidad estatal contratante asegurada, de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado"*⁸¹.

Si bien el buen manejo del anticipo y el pago anticipado hacen parte de la garantía única de cumplimiento, se trata de amparos diferentes al de cumplimiento. En relación con el anotado extremo se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Subsección en los siguientes términos:

"En los artículos 16 y 17 del Decreto 679 de 1994 –vigente para la época del contrato sub-lite- se dispuso que la garantía única debía cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, entre los cuales el artículo 17 contempló 'los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones' y 'los de responsabilidad civil

⁸⁰ "[L]os amparos de la póliza única de cumplimiento a favor de entidades estatales, son independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados, lo que significa que la entidad estatal asegurada no podrá reclamar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otro u otros amparos, es decir, no son acumulables, toda vez que el objeto de las coberturas es diferente". SUPERFINANCIERA: Concepto 2010016885-001 del 20 de abril de 2010.

⁸¹ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA: Concepto 2010016885-001 del 20 de abril de 2010.

frente a terceros” estos últimos exigidos en el Decreto citado para los contratos de obra y los demás en que se considere necesario’.

(...).

Se puede observar que la exigibilidad del amparo de manejo no siempre se presenta incorporada en el acto administrativo de declaratoria del incumplimiento del contrato estatal, bien porque la póliza de seguro también ampara riesgos post contractuales y su exigibilidad puede tener lugar frente a un contrato que ya ha terminado, o en otro supuesto, podría presentarse la exigibilidad de la póliza de seguro para la devolución de un pago anticipado no causado, como consecuencia del acto de terminación unilateral anticipada prevista y regulada en el artículo 17 de la Ley 80 - cuyas causales no obedecen al incumplimiento contractual⁸².

De conformidad con la jurisprudencia y la doctrina especializada en el tema⁸³, la garantía de cumplimiento, en los amparos de buen manejo del anticipo y de pago anticipado, debe tener la siguiente cobertura:

i) El Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre a la entidad estatal de los siguientes perjuicios: **(a)** la no inversión del anticipo; **(b)** el uso indebido de los recursos entregados a título de anticipo y **(c)** la indebida apropiación por parte del contratista de los recursos recibidos como anticipo⁸⁴.

ii) La devolución del pago anticipado. Cubre aquellos eventos en los cuales no se devuelvan parcial o totalmente los recursos entregados a título de pago anticipado.

En lo atinente al alcance de la no amortización del anticipo como riesgo amparable en las pólizas de seguro, la doctrina lo ha explicado en los términos que se transcriben a continuación:

"3.3.3 De la 'No amortización' del anticipo

'Amortizar' es 'Redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda (...) Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2015, expediente 29205, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸³ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Legis, Bogotá, 1999, p. 391.

⁸⁴ “[L]a entidad estatal asegurada podrá perseguir los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión, (ii) el uso indebido y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato”. “El Seguro de cumplimiento como garantía de contratos estatales” FASECOLDA, Bogotá 2011. Sobre el punto véase también PÉREZ RUEDA, Chistian Eduardo, “El amparo de anticipo en el seguro de cumplimiento entre particulares”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 2012, vol. 21, No. 37, pp. 204-205.

empresa...'^[85] 'pagar parte o el total de una deuda'^[86], y por ello es que el Consejo de Estado ha dicho que 'El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato'^[87].

*"La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato ^[88]. En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación. La amortización, al estar ordinariamente relacionada con el porcentaje de ejecución del contrato, usualmente implica que para que se entienda amortizado totalmente el anticipo deba también estar concluido el 100% del objeto contractual estipulado. **Puede agregarse que un anticipo puede no haber sido amortizado, pero sí correctamente utilizado e invertido. Lo dicho,***

⁸⁵ Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Versión Web. URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=amortizar>. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

⁸⁶ Moliner, María, Diccionario de Uso del Español. Tomo A/G. Op. cit., pág. 189.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de abril 30 de 2008, Radicación: 1881; Número Único: 11001-03-06-000-2008-00013-00, C.P. Enrique Arboleda Perdomo. "iii. En los contratos celebrados por una entidad pública como contratante, en los que se entreguen dineros a título de pago del precio de un contrato, y a cambio se reciba un bien o servicio, como este último es el propietario del monto del pago recibido, por lo mismo lo es de los rendimientos financieros o intereses que produzca la inversión del precio recibido. En estos contratos, si hay un 'precio anticipado', una vez pagado pertenece al contratista y por lo mismo sus rendimientos (salvo pacto en contrario), pero si hay un 'anticipo', dado que se entiende como una forma de financiamiento, los rendimientos financieros pertenecen al contratante. El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato." En el mismo sentido la sentencia de la Sección Tercera, de 29 de enero de 2004, Radicación número: 25000- 23-26-000-1993-08696-01, Proceso número: 10.779. C.P. Alier Eduardo Hernández.

⁸⁸ A modo de ilustración valga transcribir la definición que se le ha dado a tal amparo en Pólizas de Cumplimiento de Grandes Beneficiarios, en las cuales tal riesgo sí se menciona y por ende se cubre: 'AMORTIZACIÓN: Se entiende por AMORTIZACIÓN el reintegro, estipulado en el Contrato asegurado, mediante el cual una porción o la totalidad de las actas o facturas por trabajos realizados y reconocidos al Garantizado, se restituye al patrimonio del ASEGURADO hasta completar el valor entregado como Anticipo o la porción acordada de éste.' Para el efecto pueden consultarse los clausulados de la Póliza Matriz para Grandes Beneficiarios del Banco Agrario, y de la Aseguradora QBE en su versión Web: URL: <http://www.qbe.com.co/formularios/cum-22-2.pdf>. Recuperado el 26 de agosto de 2012; URL: https://bvirtual.bancoagrario.gov.co/adminnet/documentos/CLAUSULADO_GENERAL_PMGB_CUMPLIMIENTO.pdf. Recuperado el 26 de agosto de 2012.

puesto que se trata como ya se adujo de riesgos distintos, en la medida en que la no amortización puede derivarse, por ejemplo, de un anticipo que sí tuvo la destinación que debía dársele conforme a las reglas contractuales, pero que por circunstancias imputables al contratista no se devolvió al contratante.

De lo expuesto es razonable deducir que el amparo de anticipo no está destinado a garantizar la devolución de la parte no amortizada del anticipo, a menos que así se convenga, pues la amortización es un riesgo diverso, que a diferencia del uso o apropiación, consiste en un movimiento contable que debe tener en cuenta el contratista al momento de exigir al contratante los pagos correspondientes, descontando de dicho cobro el porcentaje de amortización previsto, pero que como quedó demostrado nada tiene que ver con la inversión o no del anticipo. **Podría afirmarse no obstante que la no devolución del anticipo dejado de amortizar, como incumplimiento contractual, podría estar cubierta por el amparo de cumplimiento,** aunque eso está sujeto a discusión, de manera que lo más recomendable es pactar que este riesgo se mencione expresamente dentro del amparo de anticipo. Reciente jurisprudencia en el distrito judicial de Bogotá ha adoptado la tesis de que la amortización es un riesgo distinto del uso, inversión y/o apropiación del anticipo, tanto en primera^[89] como en segunda instancia^[90], sentando un

⁸⁹ Juzgado diecinueve (19) civil del circuito de Bogotá. Sentencia de 5 de agosto de 2011. Demandante: Fiduciaria de Occidente S.A. Demandado: Liberty Seguros S.A. Exp.: 2007- 619: '6. En el presente caso, haciendo un estudio de los diferentes medios de prueba obrantes en el proceso, tales como la prueba documental allegada con la demanda, puede verificarse con claridad, que la parte actora, no cumplió con la carga probatoria que le impone la ley (art. 177 C.P.C.), de acreditar que el contratista hizo un uso o apropiación indebida de los dineros que se le anticiparon para la ejecución del contrato, para que pudiera exigir por parte de CONSORCIO PUENTES ANTIOQUIA las obligaciones derivadas del contrato civil de obra No. 0002/004, así como reclamar de la demandada el pago del siniestro. En efecto, claramente se puede establecer sin vacilación que el CONSORCIO PUENTES ANTIOQUIA utilizó el anticipo en los gastos relacionados directamente con la ejecución del contrato que suscribió con la demandante y que fue amparado mediante la póliza de seguros objeto del proceso, **pues la ausencia de amortización del anticipo no verificada por el contratista, no generaba incumplimiento por el buen manejo del anticipo, sino del contrato en general, ya que esta (sic) claro que el cubrimiento de la póliza por el buen manejo del anticipo era respecto del uso o apropiación indebida que el contratista hiciera de los dineros o bienes que se anticiparon para la ejecución del contrato, razón suficiente para no tener como presupuesto del incumplimiento el hecho de no haberse amortizado en su totalidad el anticipo.**' (Subraya y negrita fuera del texto).

⁹⁰ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil de Decisión. Sentencia de 9 de febrero de 2012. M.P. Liana A. Lizarazo V. Exp.: 19 2007 00619 01: "7. Puestas así las cosas, y estando delimitado que el riesgo materia de debate atañe al denominado 'buen manejo del anticipo' pasa la Sala a estudiar si se configuró o no el asunto en el sub lite. (...) 7.2. Por otro lado, la amortización del anticipo (...) es la imputación posterior que de esos dineros hace el contratista a título de pago en facturaciones posteriores de la obra o labor que vaya recibiendo, lo que dista del concepto de buen manejo e inversión del anticipo, en tanto que este (sic) implica simplemente el uso de los recursos en el objeto contractual normalmente agotados por el buen inicio e impulso de la construcción, al margen de que en el transcurso de la ejecución del contrato ese rubro se vaya imputando porcentualmente como parte del pago al

importante precedente que antes no se tenía sobre este particular. Esta nueva jurisprudencia deja entrever que el amparo de anticipo cubre únicamente los riesgos nombrados allí, de tal suerte que si solo se mencionan los de uso indebido, apropiación indebida o incorrecta inversión, la no amortización del anticipo, aun siendo un riesgo inherente a la entrega de este rubro no se encuentra cubierta. De esta manera, las únicas vías que tendrá el asegurado que no contrató esa cobertura serán: (i) intentar demostrar, o bien que el anticipo no se invirtió, o no se destinó a lo que debía, o que el contratista se lo apropió, o (ii) tratar de acudir al amparo de cumplimiento del contrato, aunque como se verá ahora, estos son independientes”⁹¹.

En el presente caso la entidad demandada, a través de la Resolución 589 del 28 de diciembre de 1999, ordenó a la compañía aseguradora el pago “*por los siniestros ocasionados por el incumplimiento de la sociedad (...) y el ocasionado por la no inversión del anticipo girado a la contratista por un valor de UN MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/L (\$ 1.787’886.426,00)*. Entiende la Sala que esa determinación bien podía adoptarse con apoyo en lo normado por el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de celebración del contrato objeto de este proceso, disposición con fundamento en la cual las entidades estatales, en el acto a través del cual liquidan unilateralmente el contrato estatal, pueden determinar los saldos que resulten a cargo del contratista y el concepto correspondiente.

Debe precisarse que en la póliza de seguro número 724007859 la sociedad COLSEGUROS S.A., garantizó “*el buen manejo y la correcta inversión del anticipo*”, cuyo siniestro se configura, según se ha expuesto, cuando el anticipo no se invierte o cuando se usa o se apropia indebidamente por el contratista.

contratista. 7.3. En efecto, según el diccionario de la lengua española la acepción amortización es: “1. f. Acción y efecto de amortizar”, mientras que el significado de amortizar la (sic) define el mismo texto como ‘1. tr. Redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda. U. t. c. prnl.; 2. tr. Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa. U. t. c. prnl.’ Quiere decir lo anterior que los dineros entregados por Fiduciaria de Occidente S.A. al Consorcio Puentes Antioquia, a título de anticipo, debían ser redimidos o recuperados al momento en que se le entregara a aquella la construcción contratada, representando el valor de dicho anticipo, en parámetros porcentuales, en los avances de obra que la contratante fuera recibiendo.

(...)

(...) 8. Así las cosas, **le correspondía a la demandante demostrar la ocurrencia del siniestro, no bajo el supuesto de que el anticipo no fue amortizado en su totalidad como ampliamente se precisó en párrafos precedentes, sino simplemente en el entendido de que los dineros efectivamente entregados al constructor no fueron invertidos en la obra o se los apropió indebidamente (...)** (Subraya y negrita fuera del texto)”.

⁹¹ “Si se le diera una mirada desprevénida al amparo de anticipo, se podría entender que está llamado a cubrir todos los riesgos derivados de su entrega. Sin embargo, como se esbozará, al tratarse de un seguro y no de una fianza, el seguro de cumplimiento es de interpretación restrictiva y en este sentido solo cubre los riesgos nombrados, de tal forma que las coberturas que no sean expresamente otorgadas por el asegurador no se encuentran incluidas, como sucede con la amortización”. PÉREZ RUEDA, op.cit. p. 193.



En el caso *sub judice*, recuérdese que el artículo tercero de la Resolución No. 589 del 28 de diciembre de 1999, mediante la cual FAVIDI liquidó unilateralmente el contrato que origina el presente encuadernamiento, se decidió lo siguiente:

*"ARTÍCULO TERCERO: Ordenar a la compañía de seguros ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. el pago de la póliza No. 724007859, por la ocurrencia de los siniestros ocasionados por el incumplimiento de la sociedad contratista Inversiones y Construcciones Gomega Ltda., por el 100% del valor asegurado esto es la suma de UN MIL QUINIENTOS VEINTITRÉS MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS M/L (\$1.523'174.400,00) **y el ocasionado por la no inversión del anticipo girado a la contratista, por un valor de UN MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/L (\$1.787'886.426,00)**"*(énfasis añadido).

Adicionalmente, en su demanda de reconvención –elevada de manera extemporánea, por fuera del término de caducidad de la acción de controversias contractuales, como antes se explicó en esta providencia– FAVIDI reclamó el pago del saldo de las amortizaciones al anticipo, a pesar de que este evento no hizo parte de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, toda vez que no se nombró en la correspondiente póliza.

Pero, lo más importante para resolver este extremo de la litis, es que no encuentra la Sala acreditado que los recursos constitutivos del anticipo se hubieren dejado de invertir por el contratista en la ejecución de la obra o se hubieren usado o apropiado de manera indebida por parte de éste⁹² y, por el contrario, las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que los recursos girados a la fiduciaria, para ser invertidos en la ejecución del contrato, fueron utilizados en la obra, así:

⁹² Sobre el deber de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro y su relación con el seguro de cumplimiento, la Corte Suprema de Justicia ha expresado (artículo 1077 C. de Co.) que: "(...) la obligación de indemnizar surge a cargo de la compañía aseguradora únicamente ante la prueba del daño y del monto del perjuicio, y que, por ende, el beneficiario carece de derecho a ser indemnizado con base en la prueba del simple incumplimiento del tomador". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de noviembre de 2007; Magistrado ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Exp. C-7600131030141999-01083-01.

"Teniendo como punto de partida los conceptos de riesgo y siniestro que se encuentran en los artículos 1054 y 1072 del Código de Comercio, valga traer a colación una vez más que la obligación del asegurador de pagar la indemnización al asegurado, según sea el caso, solo surge desde el momento en que este último logre acreditar, bien sea judicial o extrajudicialmente la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios directos que haya sufrido su patrimonio, en la medida en que los seguros tienen un carácter meramente indemnizatorio y no pueden constituir fuente de enriquecimiento, conforme al artículo 1088 del Código de Comercio". PÉREZ RUEDA, op.cit. p. 197.



i) En el informe de interventoría número 7, calendado el 18 de junio de 1999⁹³, con base en el cual se liquidó el contrato se lee lo siguiente:

"Si se toman los montos programados al mes de abril de 1.999 indicados en el cronograma de inversión y desembolsos (FLUJO DE FONDOS COMPARATIVO), último período de ejecución de obra, incluyendo el valor de las obras, los reajustes y los imprevistos, se observa que el valor que se debería haber invertido está cubierto por la ejecución de obra los inventarios del almacén" (subrayas añadidas).

ii) En la certificación expedida por Fiduciaria Tequendama⁹⁴ después de efectuar una relación de los recursos consignados por la entidad demandada, se expresó lo siguiente:

"2. De acuerdo con los registros contables y en cumplimiento del Acuerdo de Transacción suscrito en Septiembre de 1998 entre el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI e Inversiones y Construcciones GOMEGA Ltda. que ocasionó las reformas y modificó el contrato de Fiducia mercantil mediante escritura Pública No. 2772 del 16 de octubre de 1998, los recursos fueron girados para el desarrollo y ejecución del proyecto, así como para el pago de obligaciones financieras del Constructor de la siguiente forma (...)" (subrayas añadidas).

Adicionalmente, se observa que en este caso la entidad en la liquidación del contrato, para efectos de cuantificar los saldos adeudados por la contratista, derivados del incumplimiento, tuvo en cuenta la totalidad de los giros efectuados, entre los cuales se encontraba el anticipo (incluido entre los \$13.013'308.891)⁹⁵; así pues, en este caso -al margen de la discusión respecto de la pertenencia, o no, al amparo de cumplimiento-, la no amortización del anticipo fue tenida en cuenta por la demandada como parte de los perjuicios derivados del incumplimiento y que debía indemnizar, con cargo a este amparo, la compañía aseguradora. En efecto, en la liquidación se expresó, como parte del cálculo:

<i>"Valor del contrato</i>	<i>\$15.231.744.000.00</i>
<i>Giros Efectuados por FAVIDI</i>	<i>\$13.013'308.891.00</i>
<i>Valor de las 56 viviendas entregadas por el contratista</i>	<i>(\$1.615'488.000.00)</i>
<i>Valor obras 472 viviendas inconclusas</i>	<i>(\$7.811'017.000.00)</i>
<i>Cuenta por cobrar al contratista por el proyecto</i>	<i>\$ 3.586'803.391.00</i>
<i>Más pasivos del proyecto:</i>	
<i>Saldos certificados de garantía fiduciaria</i>	<i>\$ 872'494.124.00</i>

⁹³ Folios 228 a 265 del cuaderno 5.

⁹⁴ Folios 26 a 28 del cuaderno de pruebas.

⁹⁵ Así se desprende de los informes de interventoría, del testimonio de la señora Ana María Gómez Narváz (fl. 76-78 C2) y de la Certificación expedida por Fiduciaria Tequendama -fl. 26 a 28 C2-.



<i>Fideicomiso Riberas de Occidente Lote 3 - Fidutequendama</i>	
<i>Hipoteca de Ahorramás que afecta los inmuebles objeto del proyecto</i>	\$ 970'369.644.00
<i>Comisiones Fiduciaria Tequendama</i>	\$ 9'848.394.00
<i>Publicación de la Resolución 273 del 7 de julio de 1999 en el diario El Siglo mediante la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato</i>	\$ 263.500.00
<i>Factura No. 35321 del 23-12-99</i>	
Cuenta total por cobrar al contratista".	\$ 5.439'779.553.00

Con fundamento en lo expuesto, la Sala deberá declarar la nulidad parcial del numeral tercero de la Resolución No. 589 del 28 de diciembre de 1999, mediante la cual FAVIDI liquidó unilateralmente el contrato que origina el litigio *sub examine*, en cuanto allí se decidió ordenar a la compañía de seguros ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., el pago de la póliza No. 724007859, por la ocurrencia del siniestro "ocasionado por la no inversión del anticipo girado a la contratista, por un valor de UN MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/L (\$1.787'886.426,00)".

6. Costas del proceso.

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A

REVÓCASE la Sentencia del 29 de julio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se denegaron las pretensiones solicitadas en la demanda principal y en la demanda de reconvención, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARASE la nulidad parcial de las Resoluciones números 589 del 28 de diciembre de 1999 y su confirmatoria, la Resolución 070 del 18 de febrero de 2000, mediante las cuales el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRICTAL liquidó unilateralmente el contrato de transacción



suscrito el 16 de octubre de 1998 con la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA, en cuanto en las mismas se ordenó a la ASEGURADORA COLSEGUROS pagar a FAVIDI la suma de un mil setecientos ochenta y siete millones ochocientos ochenta y seis mil cuatrocientos veintiséis pesos m/l (\$1.787'886.426,00), correspondientes valor del amparo frente al riesgo de correcta inversión del anticipo, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARASE que no es exigible el valor correspondiente al amparo de buen manejo del anticipo contenido en las Resoluciones números 589 del 28 de diciembre de 1999 y su confirmatoria, la Resolución 070 del 18 de febrero de 2000, mediante las cuales el FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL-FAVIDI liquidó unilateralmente el contrato de transacción suscrito el 16 de octubre de 1998 con la sociedad INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES GOMEGA LTDA., de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARASE que en el evento de que se haya hecho efectivo el pago del siniestro de buen manejo del anticipo contenido en la póliza de cumplimiento número 724007859, expedida por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., FAVIDI -HOY FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES, FONCEP-, éste deberá devolver a la aseguradora el valor correspondiente debidamente actualizado desde la fecha en la cual se hubiere realizado el pago, hasta el momento en el cual se efectúe su devolución.

CUARTO: DENIEGANSE las demás pretensiones formuladas por la aseguradora COLSEGUROS S.A.

QUINTO: DECLARASE probada la excepción de caducidad de la acción, por cuanto respecta a la demanda de reconvención.

SEXTO: Sin condena en costas.

En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA