

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintidós (2022)

ACCIÓN CONTRACTUAL

Radicado N°	25000 – 23 – 26 – 000 – 2011 – 00459 – 00
Demandante:	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. – CONSORCIO PROYECTAR (Litisconsorcio necesario)
Demandado:	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - CONSULTORES REGIONALES ASOCIADOS - CRA SAS (llamado en garantía)
Tema:	NULIDAD ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARARON SINIESTRO POR EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO
Sistema:	ESCRITURAL
Sentencia N°	SC3-3091-07-22

Asunto: FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia dentro de la presente acción, conforme los siguientes:

I. ANTECEDENTES

En escrito presentado el 11 de mayo de 2011, la Compañía Mundial de Seguros S.A., actuando mediante apoderado judicial, interpuso demanda contractual en contra del Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas

1.1 Pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 07389 del 22 de diciembre de 2009, mediante la cual el Asesor de la Dirección General – Coordinador Plan 2500 del Instituto Nacional de Vías, resolvió, entre otros aspectos, lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 1657 del 14 de septiembre de 2005 celebrado con el CONSORCIO PROYECTAR NIT. 900.035.342-1 (INTEGRADO POR INGENIEROS CONTRATISTAS ASOCIADOS S.A. “INCONAL S.A.” NIT. 860.036.974-4 – BEC INGENIERÍA S.A. NIT. 830.049.090-6 – INCOCIVIL LTDA. NIT 800.079.085-8) representado legalmente por Fernando Salas Quinn, cuyo objeto final fue EL DISEÑO, RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 44 TRAMO 1 HINCHE – LA PEÑA – PASO DEL REJO – NIMAIMA – NOCAIMA – AUTOPI. MEDELLÍN PASO DEL REJO – TOBIA – AUTOP. MEDELLÍN DEL K0+000 AL K17+360; DEL K23+070 AL K33+460; DEL K34+500 AL K36+750 CON UNA LONGITUD DE 30 KILÓMETROS Y TRAMO 2 NOCAIMA – VERGARA DE K7+200 AL K12+760 CON UNA LONGITUD DE 5.56. KILÓMETROS EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, de conformidad con la parte motiva del presente Acto Administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. El Consorcio Proyectar deberá pagar el valor de TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$3.890.208.234.38) MONEDA CORRIENTE en la cuenta que para tal efecto ordene el área de Tesorería del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente Resolución y si no procede de este modo, el INVIAS descontará dicho valor de los saldos pendientes que el INSTITUTO le adeude al contratista o haciendo efectiva la Garantía Única de cumplimiento a favor de entidades estatales No. N-A0054178 y sus anexos modificatorios a través del amparo del anticipo expedida por la Compañía de Seguros MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar al CONSORCIO PROYECTAR con NIT 900.035.342-1 representado por Fernando Salas Quinn, la entrega a favor del INVIAS de los rendimientos financieros sobre la suma de dinero entregada como anticipo.

ARTÍCULO CUARTO. Enviar la presente resolución y los documentos que la soportan a la fiscalía general de la Nación en copias de las mismas, para lo de su cargo.

ARTÍCULO QUINTO. Notificar la presente Resolución en los términos de los artículos 44 y siguientes del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo al representante del CONSORCIO PROYECTAR y a cada uno de sus integrantes, así como al Representante legal de la Compañía de Seguros MUNDIAL DE SEGUROS S.A., garante del contrato o quien haga sus veces.”

SEGUNDA: *Que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 03182 del 16 de julio de 2010, mediante la cual el Asesor de la Dirección General – Coordinador Plan 2500 del Instituto Nacional de Vías, resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Compañía Mundial de Seguros S.A., y el Consorcio Proyectar y se dispuso entre otros aspectos lo siguiente:*

“ARTÍCULO PRIMERO.- RECONOCER personería en los términos del poder conferido a los doctores: FABIO ÁLVAREZ LÓPEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.186.731 de Garzón – Huila y T.P. 42.486 del C.S. de la J., en su condición de apoderado de la aseguradora Mundial de Seguros S.A., BRUCE LIBARDO SÁNCHEZ VILLAMIZAR, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.900.077 expedida en Bogotá y T.P. 144.599 del C.S. de la J., en su calidad de apoderado del Consorcio y de las firmas consorciadas.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NEGAR las pruebas solicitadas conforme a la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. - CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución N° 07389 del 22 de diciembre de 2009 mediante la cual se declaró la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 1657 del 14 de septiembre de 2005, celebrado con el CONSORCIO PROYECTAR NIT. 900.035.342-1 (INTEGRADO POR INGENIEROS CONTRATISTAS ASOCIADOS S.A. “INCONAL S.A.” hoy INGENIEROS CONTRATISTAS ASOCIADOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL NIT. 860.036.974-4 – B.E.C INGENIERÍA S.A. hoy B.E.C. INGENIERÍA S.A.S. NIT. 830049090-6 e INCOCIVIL LTDA. hoy INCOCIVIL S.A. NIT 800079085-8) representado legalmente por FERNANDO SALAS QUIN, identificado con Cédula de ciudadanía No. 13.363.392 de Bogotá, cuyo objeto final fue EL DISEÑO, RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 44 TRAMO 1 LA PEÑA – PASO DEL REJO DEL K24+060 AL K31+660; PASO DEL REJO – NIMAIMA DEL K31+660 AL K36+705,34 PASO DEL REJO – TOBIA DEL K31+660 AL K33+831; TOBIA – LA MARÍA DEL K37+330 AL K43+303 CON UNA LONGITUD TOTAL DE 20.789,34 M., TRAMO 2 CASCAJAL – NOCAIMA DEL K0+000 AL K1+408,6 DEL K2+800 AL K3+090; NOCAIMA – VERGARA DEL K7+202,3 AL K11+063,4 EN UNA LONGITUD TOTAL DE 5.560 M PARA UNA LONGITUD TOTAL DE 26.349,34 M EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA de conformidad con la parte motiva del presente Acto Administrativo.

ARTICULO CUARTO. - Notificar la presente Resolución en los términos de los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo al representante del CONSORCIO PROYECTAR y a cada uno de sus integrantes, así como al Representante legal de la compañía MUNDIAL DE SEGUROS S.A., garante del contrato, o quien haga sus veces.”

TERCERA: *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 07389 del 22 de diciembre de 2009 y 03182 del 16 de julio de 2010, se declare que la Compañía Mundial de Seguros S.A., no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en las mencionadas Resoluciones.*

CUARTA: *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 07389 del 22 de diciembre de 2009 y 03182 del 16 de julio de 2010, y las demás declaraciones, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar la Compañía Mundial de Seguros S.A., en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.*

QUINTA: Que se condene al Instituto Nacional de Vías, a pagar a favor de la Compañía Mundial de Seguros S.A. las costas del proceso.

SEXTA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

1.2. Hechos

Los hechos relevantes en que se fundamenta la demanda son los siguientes:

1. El Instituto Nacional de Vías – INVIAS - celebró el Contrato No. 1657 de 2005, con el Consorcio Proyectar, integrado por Ingenieros Contratistas Asociados S.A. – INCONAL S.A.; BEC Ingeniería S.A. e Incocivil Ltda., por un valor de \$10.796.021.801.00.

2. El objeto del contrato celebrado fue el siguiente: “EL DISEÑO, RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 44 TRAMO 1 HINCHE – LA PEÑA – PASO DEL REJO – NIMAIMA – TOCAIMA – AUTOPISTA MEDELLÍN PASO DEL REJO – TOBIA – AUTOP. MEDELLÍN DEL K0+000 AL K12+760 CON UNA LONGITUD DE 5.56 KILÓMETROS EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.”

3. El anterior contrato fue garantizado por la póliza de cumplimiento N-A0054178, expedida por la Compañía Mundial de Seguros S.A., la cual finalmente otorgó los siguientes amparos y valores asegurados:

NOMBRE DEL AMPARO	SUMA ASEGURADA
CUMPLIMIENTO	2.363.592.977.60
BUEN MANEJO DEL ANTICIPO	5.334.286.602.00
PRESTACIONES SOCIALES	1.181.796.488.80
ESTABILIDAD DE LA OBRA	3.545.389.466.40
CALIDAD	118.179.648.88

4. El plazo de ejecución se pactó inicialmente, de acuerdo a la cláusula cuarta del contrato, en veinticuatro (24) meses, contados a partir de la fecha de la orden de iniciación y discriminados así: tres (3) meses para la etapa de estudios y diseños y veintiún (21) meses para la etapa de construcción.

5. De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula octava del mencionado contrato 1657 de 2005, se pactó como anticipo, el valor correspondiente al 12.5% del valor básico del contrato.

6. En la mencionada cláusula octava del Contrato No. 1657 de 2005, el anticipo debía manejarse en cuenta conjunta separada e invertirse en la ejecución del contrato. Al respecto, la mencionada cláusula dispuso:

“CLÁUSULA OCTAVA: ANTICIPO.- Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, EL INSTITUTO concederá al CONTRATISTA previa solicitud, un anticipo del doce punto cinco por ciento (12.5%) del valor básico del contrato, sujeto a disponibilidad del Plan Anual de Caja – PAC, (...). Los dineros del anticipo no podrán invertirse sino en la ejecución del objeto del contrato y para los gastos propios del respectivo contrato. (...). PARÁGRAFO PRIMERO: MANEJO DE LA CUENTA BANCARIA. Los recursos entregados al CONTRATISTA se manejarán en cuenta corriente conjunta separada a nombre del CONTRATISTA y de la Entidad de conformidad con lo establecido en el Artículo 7o del Decreto 2170 de 2002.” (Subrayado fuera de texto).

7. Según el manual de interventoría del Instituto Nacional de Vías, era obligación del interventor controlar el manejo del anticipo y autorizar los desembolsos correspondientes.

En efecto, señala el mencionado Manual de Interventoría en la parte pertinente:

“- Apertura de la Cuenta de Anticipo

El contratista de obra y el interventor deben abrir una cuenta bancaria a nombre del proyecto y número del contrato, para los fondos del anticipo que será manejada de manera conjunta. A su vez, deben llevar un registro que demuestre el saldo y las bases que lo conforman.

- Manejo del Anticipo

Para el manejo del anticipo deben tenerse en cuenta los siguientes requerimientos:

- El dinero proveniente del anticipo sólo será invertido de acuerdo al programa de inversión de anticipo debidamente aprobado por la interventoría, quien además debe aprobar las cuentas de inversión y la relación de gastos.*

- (...)*

- El anticipo se debe utilizar exclusivamente para la inversión en elementos básicos para el desarrollo del proyecto que representen el mayor porcentaje del valor del contrato.*

- Los cheques deben ir firmados por el contratista de obra e interventor.*

- Todos los cheques serán cruzados, a la cuenta del primer beneficiario.*

- (...)”*

8. Según lo establecido en el Contrato No. 1657 de 2005, y el Manual de Interventoría, el Consorcio Proyectar abrió la cuenta corriente conjunta en Bancafé para el manejo del anticipo, tal y como se desprende de la certificación de fecha 19 de diciembre de 2005, expedida con destino al INVÍAS, en donde se señaló:

“Con fecha 19 de Septiembre de 2005, se abrió la Cuenta Corriente conjunta número 042- 10169-1 a nombre del CONSORCIO PROYECTAR, (INTEGRADO POR INGENIEROS CONTRATISTAS ASOCIADOS S.A “INCONAL S.A.” – BEC INGENIERÍA S.A “BEC S.A.” – INCOCIVIL LTDA.) con NIT 900.035.342-1, para el manejo del ANTICIPO contemplado en el contrato aprobado No. 1657 de 2005, adjudicado por Resolución No. 003002 del 14 de julio de 2005 y su aclaratoria No. 3468 del 01 de agosto de 2005, cuyo objeto es (...), la cual será manejada en forma conjunta por:

El representante legal del CONSORCIO PROYECTAR señor Orlando Barreto Cajigas, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.267.125 expedida en la ciudad de Bogotá, y/o Sonia Patricia Barreto Cajigas identificada con cedula de ciudadanía No. 51.768.361 expedida en la ciudad de Bogotá, por los interventores del contrato el Sr. Julio Cesar Álvarez Toro identificado con cedula de ciudadanía No. 2.914.150 expedida en la ciudad de Bogotá y/o el señor Carlos Arturo Reina Camacho identificado con la cedula de ciudadanía No. 19.350.120 expedida en la ciudad de Bogotá.”

9. El contrato se inició el día 24 de noviembre de 2005, según la orden de iniciación, por lo que la fecha de vencimiento del plazo correspondía al 23 de noviembre de 2007.

10. El 9 de diciembre de 2005, las partes suscribieron la modificación al Contrato No. 1657 de 2005, con el fin de modificar la forma de pago y aumentar el valor entregado como anticipo en \$869.697.949.00, quedando por tanto como anticipo total entregado, la suma de \$2.203.269.600.00.

11. El día 6 de abril de 2006, las partes suscribieron la modificación al Contrato No. 1657 de 2005, para precisar las abscisas a intervenir, quedando por tanto el objeto del contrato en los siguientes términos: EL CONTRATISTA se obliga para con EL INSTITUTO a realizar el DISEÑO, RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 44 TRAMO 1 HINCHE – LA PEÑA – PASO DEL REJO – NIMAIMA – NOCAIMA – AUTOPISTA MEDELLÍN PASO DEL REJO – TOBIA – AUTOPISTA MEDELLÍN DEL K8+810 (A 8,810 M DEL ALTO DE HINCHE SECTOR CRUCE A COLEGIO AGUA BLANCA) AL K17+710 (LA PEÑA) DEL K23+670 (TERMINA TRATAMIENTO SUPERFICIAL DOBLE) AL K31+663 (PASO EL REJO CRUCE A NIMAIMA) AL K+36+630 (NIMAIMA) DEL K31+663 (PASO EL REJO CRUCE A NIMAIMA) AL 33+831 (TOBIA); DEL K37+330 AL K43+303 (LA MARÍA, CRUCE AUTOPISTA MEDELLÍN) CON UNA LONGITUD DE 30.00 KILÓMETROS; Y TRAMO 2 NOCAIMA – VERGARA DEL K0+000 (CASCAJAL, CRUCE AUTOPISTA MEDELLÍN) AL K1+400; DEL K2+800 AL K3+090 (ENTRADA A NOCAIMA); DEL K7+200 (CRUCE A SAN JUANITO) AL K11+068 (INICIA PAVIMENTO FLEXIBLE) CON UNA LONGITUD DE 5.56 KILÓMETROS EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.”

12. El día 5 de septiembre de 2007, se suscribió la Aclaración No. 1 al Contrato No. 1657 de 2005, en donde se precisó el objeto del mencionado contrato, en los siguientes términos:

*“CLÁUSULA PRIMERA: Para todos los efectos legales la cláusula primera del contrato modificatorio No. 1657 del 06 de abril de 2006, quedará así:
“CLÁUSULA PRIMERA: EL DISEÑO, RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VÍA GRUPO 44 TRAMO 1 LA PEÑA – PASO DEL REJO DEL K24+060 AL K31+660; PASO DEL REJO – NIMAIMA DEL K31+660 AL K36+705,34 PASO DEL REJO – TOBIA DEL K31+660 AL K33+831; TOBIA – LA MARÍA DEL K37+330 AL K43+303 CON UNA LONGITUD DE 20.789,34 M.,, TRAMO 2 CASCAJAL – NOCAIMA DEL K0+000 AL K1+408,6 DEL K2+800 AL K3+090; NOCAIMA – VERGARA DEL K7+202,3 AL K11+063,4 EN UNA LONGITUD TOTAL DE 5.560 M PARA UNA LONGITUD TOTAL 26.349,34 M. EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. Quedan liberadas las abcisas de Hinche – La Peña del K8+499,34 al K17+710 para un total de 9.210,66”*

13. El día 29 de noviembre de 2007, las partes suscribieron el Adicional No. 1 y Modificatorio No. 4 al Contrato Principal No. 1657 de 2005, en el sentido de aumentar el valor entregado como anticipo en la suma de \$3.131.017.002.00, siendo el anticipo total entregado, la suma de \$5.334.286.602.00. Así mismo, se prorrogó el plazo del contrato en nueve meses contados a partir del 1 de diciembre de 2007 hasta el 1 de septiembre de 2008.

14. El día 28 de diciembre de 2007, se suscribió el adicional No. 2 al Contrato No. 1657 de 2005, mediante el cual se adicionó el valor del mismo en la suma de \$812.105.553.00.

15. Teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusula octava del Contrato No. 1657 de 2005, el anticipo fue manejado a través de cuenta conjunta separada, de tal manera que los pagos que debían efectuarse con cargo al anticipo eran autorizados por la Interventoría, quien suscribía los cheques correspondientes, junto con el representante legal del Consorcio Proyectar.

16. De conformidad con lo anterior, y con la contabilidad, los soportes y documentos contables del Consorcio Proyectar, se puede afirmar que los dineros entregados como anticipo, fueron invertidos en la ejecución de la obra, en los gastos del contrato y gastos financieros reflejados en el manejo de la cuenta corriente.

17. El día 19 de noviembre de 2007, se suscribió el Acta de Suspensión No. 1, mediante el cual se acordó la suspensión del plazo del contrato por el término de siete (7) días con el fin de discutir y acordar de manera definitiva, las soluciones para subsanar las inconformidades que presentan algunos tramos de obra.

En efecto, se mencionó en el acta de suspensión:

“CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA SUSPENSIÓN:

Las partes acuerdan suspender el Contrato en el término de siete días con el objeto de discutir y acordar de manera definitiva, con base en las Propuestas Técnicas debidamente soportadas por el Contratista, las soluciones para subsanar las inconformidades que presentan algunos tramos de obra en lo que

tiene que ver con la calidad de los materiales o procesos constructivos que sean imputables al Contratista.

CONCEPTO DE LA INTERVENTORÍA / SUPERVISOR DEL CONTRATO

Es necesario que el contratista revise todos los aspectos técnicos para subsanar las observaciones referentes a los hitos construidos y tenga organización de materiales y equipos que le permitan garantizar el cumplimiento de los requisitos contractuales.”

18. El día 27 de agosto de 2008, se suscribió entre las partes, el Acta de Suspensión No. 2 al Contrato No. 1657 de 2005 por el término de noventa y seis (96) días, con el objeto de revisar aspectos jurídicos y procedimentales para determinar la culminación de las obras una posible cesión del contrato, quedando como nueva fecha para el vencimiento del plazo del contrato, el día **6 de diciembre de 2008**.

19. Finalizado el plazo del contrato el contratista no ejecutó la totalidad de las obras contratadas, por lo cual el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS mediante oficio No. SGT-a 27654 del 18 de julio de 2008, solicitó al Consorcio Proyectar efectuar la devolución del anticipo no amortizado, por un supuesto valor de \$5.210.712.118.00

20. De acuerdo con lo anterior, el Consorcio Proyectar, procedió a hacer la devolución de la suma de \$1.320.503.883.62, correspondiente al anticipo no invertido en la ejecución de la obra, mediante el Cheque No. J4200966, el cual fue consignado a favor del INVÍAS, y remitido a la entidad a través de la Interventoría, con el oficio No. CRA-0145-09 del 15 de enero de 2009.

21. El día 20 de abril de 2009, se suscribió el **Acta de Entrega y Recibo Definitivo de Obra**, en donde se dejó establecido, lo siguiente:

VALOR TOTAL DEL CONTRATO \$11,817,964,888.90

VALOR TOTAL DE LA OBRA EJECUTADA:

Valor total básico de la obra ejecutada: \$ 3,035,277,807.90

Valor IVA de la obra ejecutada: \$ 19,425,777.97

Valor total básico de la obra ejecutada que no se acepta: \$ 953,082,140.50

Valor IVA de la obra que no se acepta: \$ 6,099,725.70

Valor total básico de la obra ejecutada y aceptada: \$ 2,082,195,667.40

Valor IVA de la obra ejecutada y aceptada: \$ 13,326,052.27

Valor total básico de la Obra facturada: \$ 1,004,602,731.00

Valor ajustes Obra facturada: \$ 33,100,712.00

Valor IVA de la obra facturada: \$ 65,811,029.00

Valor básico de obra ejecutada y aceptada sin facturar \$ 1,077,592,936.40

Valor básico Estudios y Diseños: \$ 385,219,581.00

Valor IVA de los estudios y diseños: \$ 61,635,133.00

Valor Ajustes Total Obra Aceptada: \$ 112,331,850.00

Valor IVA Ajustes Total Obra Aceptada: \$ 718,924.00

Valor Ajustes Obra Rechazada: \$ 53,909,637.30

Valor IVA Ajustes Obra Rechazada: \$ 345,022.00

Valor estimado de Obras susceptibles de deterioro y no certificadas por Interventoría: \$ 801,857,622.61

Así mismo, respecto del anticipo, se señaló:

PAGO DE ANTICIPO O PAGO ANTICIPADO

Valor total concedido: \$ 5,334,286,602.00

Valor total amortizado: \$ 123,574,484.00

Valor consignado en cuenta INVIAS No.310-00164-9: \$ 1,320,503,883.62

Saldo por amortizar: **\$ 3,890,208,234.38**

22. El Instituto Nacional de Vías – INVIAS expidió la Resolución No. 07389 del 22 de diciembre de 2009, mediante la cual declaró la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 1657 del 14 de Septiembre de 2005

23. Tanto la Compañía Mundial de Seguros S.A., como el contratista Consorcio Proyectar, interpusieron recurso de reposición contra el anterior acto administrativo.

La Compañía Mundial de Seguros S.A., garante del contrato No. 1657 de 2005, en el recurso de reposición interpuesto, presentó a manera de defensa, entre otros aspectos, documentación constante en 4.157 folios, mediante los cuales se demostraba la inversión del anticipo por parte del contratista, pruebas que el INVIAS se rehusó a decretar, incluso no se pronunció expresamente, en especial la relativa a solicitar al Consorcio Proyectar copia auténtica de dichos documentos, los cuales reposaban en las oficinas del mencionado contratista, tal y como se desprende del contenido del acto administrativo.

24. Los recursos de reposición interpuestos fueron resueltos mediante Resolución No. 03182 del 16 de julio de 2010, en la cual se dispuso confirmar la resolución recurrida.

25. La Compañía Mundial de Seguros S.A. presentó petición ante el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, con el fin de obtener copia auténtica de toda la actuación contractual, relacionada con el desarrollo y ejecución del contrato No. 1657 de 2005; de la actuación administrativa que concluyó con la expedición de la Resolución No. 07389 del 22 de diciembre de 2009 y su confirmatoria No. 03182 del 16 de julio de 2010; antecedentes sobre el desembolso, manejo, etc., del anticipo de que trata el Contrato No. 1657 de 2005.

26. Así mismo, la Compañía Mundial de Seguros S.A., solicitó copias auténticas de todos los antecedentes del desarrollo, ejecución, y terminación del Contrato No. 1657 de 2005, así como lo relacionado con el desembolso y manejo del anticipo a

la interventoría, quien manifestó en comunicación No. CRA-3839-10 del 08 de noviembre de 2010, que tal documentación reposaba en poder del INVIAS.

1.3. Argumentos de la demandante

En resumen, la parte demandante alega que los actos administrativos demandados son nulos por:

1. Falsa motivación y violación directa de la ley, porque fueron dictados sin que el Contrato de Obra se hubiese liquidado.

- Solo era posible efectuar la liquidación, porque así lo dispone el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.
- La liquidación es el corte de cuentas del Contrato, luego solo a partir de esta puede establecerse lo adeudado por concepto de anticipo no amortizado.
- La cláusula vigésima cuarta del Contrato exigía realizar la liquidación del contrato.
- El balance financiero señalado en el Acta de Entrega y Recibo definitivo de Obra de 20 de abril de 2009, incluye las obras que estaban pendientes de facturar, recibidas y aceptadas por la Interventoría (\$1.077.592.936), las obras no aceptadas (\$953.082.140) y las obras susceptibles de deterioro y no certificadas por Interventoría (\$801.857.622), las cuales debieron compensarse del anticipo pendiente por legalizar.
- El artículo 68 del C.C.A. exige la liquidación final del contrato para que las pólizas de seguro presten mérito ejecutivo, luego esta es necesaria para declarar el siniestro.

2. Por falsa motivación, ya que al resolverse el recurso de reposición no estudió el cargo relacionado con la imposibilidad de declarar la ocurrencia del siniestro de anticipo sin que se hubiese liquidado el contrato.

3. Por violación al debido proceso y al derecho de defensa, al no sustentarse la negativa del decreto de las pruebas solicitadas por el Contratista, y por la ausencia de pronunciamiento en cuanto a la prueba solicitada por la Aseguradora (tales pruebas habían sido solicitadas en los recursos de reposición contra el acto que declaró el siniestro).

- Desconocimiento de lo establecido en el artículo 34 del CCA, en cuanto al derecho de solicitar pruebas.
- El acto administrativo no se sustentó en pruebas que conllevaran a la administración al convencimiento sobre la ocurrencia del siniestro de anticipo por uso o apropiación indebida del anticipo. En contravía de lo dispuesto en el artículo

35 del CCA, **únicamente se basó en el acta de entrega y recibo definitivo de la obra.**

4. Por falsa motivación y violación directa de la ley (artículo 1077 del Código de Comercio).

- No se demostró la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, según lo exige el artículo 1077 del Código de Comercio.
- El contratista invirtió el anticipo en la ejecución de la obra y en los gastos propios del contrato, con el visto bueno del Interventor, tal y como lo establecía la cláusula octava del contrato de obra. De manera que no está probado un uso indebido o apropiación del anticipo, únicas situaciones amparadas en la cláusula cuarta de la póliza.
- En las condiciones generales de la póliza se establece que el amparo es sobre el valor del anticipo, no sobre sus rendimientos financieros. Los rendimientos financieros no están amparados por la póliza de seguros.
- Si los gastos fueron aprobados por el interventor, mal podría hablarse de siniestro por uso o apropiación indebida, debido a que el Interventor representaba al INVIAS.
- De los pagos realizados se evidencia que el valor invertido en la ejecución fue de \$3.565.599.682., a lo cual deben adicionarse los costos por manejo financiero e impuestos bancarios por la suma de \$20.783.577, para un total de \$4.906.887.143.
- El saldo del anticipo no invertido fue devuelto al Instituto Nacional de Vías (\$1.320.503.883).

5. Por falsa motivación, porque el INVIAS no tuvo en cuenta todas las obras ejecutadas por el contratista pendientes de pago, las obras no aceptadas por la Interventoría y las susceptibles de deterioro, las cuales debieron descontarse del valor del anticipo.

- En la Resolución No. 03182 únicamente se aludió a la improcedencia de no descontar del anticipo las obras no aceptadas por interventoría.

II. TRÁMITE DEL PROCESO

- A través de auto de 3 de noviembre de 2011, el Magistrado Juan Carlos Garzón Martínez, adscrito a la Sección Tercera, Subsección A de este Tribunal admitió la demanda (folio 113, cuaderno 1).
- Mediante auto de 3 de noviembre de 2011, el Magistrado Juan Carlos Garzón negó la vinculación del Consorcio Proyectar como litisconsorte necesario. Esta decisión fue revocada por el Consejo de Estado a través de auto de 21 de noviembre de 2012 (folio 114, cuaderno 1).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada judicial del INVIAS se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Precisó que la mayoría de hechos eran ciertos, pero manifestó su desacuerdo sobre algunos:

Señaló que es cierto que se entregó como anticipo la suma total de \$5.334.286.602.

Indicó que es cierto que se pactó que el anticipo solo podía invertirse en la ejecución del objeto del contrato y para los gastos propios del respectivo contrato, pero precisó que los rendimientos financieros pertenecen al tesoro, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2170 de 2002. Textualmente, precisó:

“Según el artículo 7° del Decreto 2170 del 30 de septiembre de 2002, señala, sobre el anticipo en la contratación, que:” El manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, deberá manejarse en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecerán al tesoro.”

Corroboró que el Interventor del Contrato de Obra tenía la obligación de controlar el manejo del anticipo y autorizar los desembolsos.

Señaló que es cierto que se abrió cuenta corriente conjunta separada manejada por los representantes legales del Contratista y los Interventores del Contrato de Obra.

Precisó que no se cambió el objeto del contrato, únicamente se limitaron las abscisas.

Negó que los dineros entregados como anticipo fueran invertidos en la ejecución de la obra, en los gastos del contrato y gastos financieros.

Señaló que el INVIAS planteó inconformidades en cuanto a la calidad de las obras que no fueron descontadas del anticipo.

Precisó que los recursos del anticipo no fueron invertidos en obra y así se había demostrado en el proceso sancionatorio.

Señaló que es cierto que el Consorcio Proyectar devolvió la suma de \$1.320.503.883, correspondientes al anticipo no invertido, y precisó que la solicitud de devolución del saldo del anticipo sin amortizar por valor de \$5.210.712.000 se envió al Consorcio Proyectar y a la Aseguradora.

Argumentó que los actos administrativos no son nulos, porque:

- La parte demandante pretende que se tengan en cuenta obras que no se hicieron, se realizaron por fuera del plazo de ejecución del contrato o sin el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos.
- La liquidación del contrato no podía dictarse sin el acta de recibo de la obra, y este solo se firmó el 20 de abril de 2009.
- El INVIAS resolvió cada uno de los planteamientos de los recursos de reposición interpuestos contra el acto administrativo que declaró el siniestro.
- El INVIAS remitió a la aseguradora las solicitudes efectuadas al Contratista.
- De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2170 de 2002, los rendimientos financieros pertenecen al tesoro público.
- Deben tenerse en cuenta las consideraciones de los actos administrativos demandados.
- Es imposible aceptar obras realizadas por fuera del plazo de ejecución y obras con problemas de calidad.

Por último, el INVIAS llamó en garantía a la firma Consultores Regionales Asociados CRA Limitada, con quien firmó el Contrato de Interventoría No. 2095 de 14 de octubre de 2015, para lo cual señaló: “... *debe responder por las pretensiones de la demanda, conforme a sus funciones de interventor en una eventual condena, lo cual se hará en escrito separado*”.

V. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA, ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A través de auto de 27 de mayo de 2014, se aceptó el llamamiento en garantía de Consultores Regionales Asociados CRA Limitada (Folio 181, cuaderno 1).

La firma Consultores Regionales Asociados CRA Limitada fundó su defensa en la ineptitud e improcedencia del llamamiento en garantía al no demostrarse siquiera sumariamente el dolo o culpa grave; la imposibilidad de imputarle fáctica o jurídicamente las causales de nulidad, puesto que no participó en las decisiones tomadas a través de los actos administrativos cuya nulidad se persigue; el cumplimiento de las obligaciones de la Interventoría con respecto a la autorización del anticipo y verificación de su amortización.

Sobre el último punto, señaló:

“Al margen de lo anterior, la interventoría, durante la ejecución de su contrato, cumplió con sus obligaciones e hizo su trabajo, en primer lugar, verificando los

requisitos para autorizar la liberación progresiva del anticipo, esto es, **la acreditación del contratista de los gastos realizados para la ejecución del contrato con sus respectivos soportes y, por otro lado, manifestando posteriormente al INVÍAS, que dichos gastos no se veían plenamente reflejados en el avance físico de las obras, es decir, que no se encontraban amortizados.**

Por eso se explica el hecho que el contratista procediera a devolver del anticipo la suma de MIL TRESCIENTOS VEINTE MILLONES QUINIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y DOS CENTABOS (\$1.320.503.883,62), suma que él consideró a su propio arbitrio devolver. Por tanto, es cierto que no se había amortizado el anticipo y el contratista así lo aceptó, procediendo a devolver lo que consideró”.

Mediante auto de 18 de agosto de 2015 se decretaron las pruebas, providencia que fue adicionada el 16 de febrero de 2016 (folio 230, cuaderno 1).

Luego del trámite de recaudo de las pruebas, a través de auto de 3 de diciembre de 2021 se corrió traslado para alegar de conclusión.

5.1. Alegatos de conclusión parte actora

Reafirmó las causales de nulidad invocadas en la demanda, al considerar que los fundamentos de hecho y de derecho no habían variado y estaban demostrados con el material probatorio que obra en el expediente.

Reiteró que teniendo en cuenta la documentación suministrada por el contratista, se extraía la relación de los pagos autorizados por la interventoría con cargo al anticipo, dineros que para efectos del contrato de seguro, fueron invertidos en desarrollo y ejecución de las obras objeto del Contrato No. 1657 de 2005, toda vez que cada pago era presentado por el contratista y autorizado por la interventoría con la firma de éste, de no ser así el pago no se realizaba.

Solicitó tener en cuenta la tacha del testimonio rendido por el Ingeniero Orlando Ortiz. En todo caso, señaló que el testigo manifestó que frente a las obras ejecutadas y aceptadas por la Interventoría, el contratista no había cobrado el valor dentro del año fiscal que las ejecutó, por lo que el Invias no podía pagárselas con posterioridad a esa vigencia fiscal (año 2008), advirtiendo que el pago de esas obras debía solicitarlo el Contratista por otra vía (ante la Procuraduría vía Conciliación).

A su juicio, con esta declaración queda claro que el valor de las obras ejecutadas y aceptadas por la Interventoría (\$1.077.592.936,40), no se tuvo en cuenta para efectos de amortización del anticipo, de modo que para efectos del contrato de seguro, dicho valor debió de tenerse en cuenta para la amortización del anticipo, no siendo válido afirmar que el anticipo pendiente de amortización correspondía a la suma de \$3.890.208.234,38.

Agregó que frente a la liquidación del contrato No. 1657 de 2005, el testigo señaló que el mismo no se había liquidado, porque el Invias no tenía claro si se había o no

presentado incumplimiento del contrato y que hasta que no se tuviera claridad sobre este aspecto, no se podía liquidar, ratificando en consecuencia que no existía cruce final de cuentas que permitiera determinar a ciencia cierta quién debía a quién, esto es, si el Invias al Contratista o viceversa y, puntualmente, si el anticipo entregado estaba o no pendiente por amortizar y en qué cuantía.

Finalmente, alegó que el testigo no desconoció los giros autorizados por la Interventoría al Contratista, con cargo al anticipo por valor de \$3.565.599.682, conforme está probado documentalmente con base en la relación de la documentación suministrada por el Contratista, por lo que frente al contrato de seguro instrumentado en la Póliza de Cumplimiento No. N-A0054178, dicha suma (\$3.565.599.682) fue invertida por el contratista y por tanto, debe tenerse en cuenta para efectos de la inversión del anticipo.

5.2. Alegatos litisconsorte necesario

Guardó silencio.

5.3. Alegatos parte demandada (INVIAS)

Solicitó tener en cuenta lo manifestado en la contestación de la demanda, el testimonio del Ingeniero Orlando Ortiz Gómez y el Memorando No. SGT-GPD 52025 del 16 de agosto de 2013.

Manifestó que la expedición de los actos administrativos estuvo motivada por aspectos del orden técnico, que tenían que ver con la función propia del desarrollo y ejecución del objeto contrato. Debido a que el Consorcio Proyectar realizó obras por fuera del plazo contractual y sin el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos por INVIAS, los cuales debían ser avalados por la firma interventora.

Afirmó que la parte demandante no demostró con hechos la amortización de la inversión del anticipo.

Considera infundada la alegación de presunta nulidad de los actos administrativos demandados, por un supuesto vicio procedimental al haber declarado el INVIAS la ocurrencia del siniestro en relación con el Contrato N° 1657 de 2005 sin que se hubiera surtido la liquidación del contrato. Ello por cuanto señala que no es un requisito establecido en las regulaciones del contrato de seguro, ni se deriva de la naturaleza del riesgo amparado, y porque la liquidación no es la única oportunidad ni el único mecanismo para verificar el cumplimiento de obligaciones contractuales de naturaleza financiera.

Sobre la tacha de falsedad del testimonio de Orlando Ortiz, señaló que la audiencia de la declaración testimonial no era la oportunidad procesal para hacer uso de esta herramienta procesal.

5.4. Alegatos de conclusión del llamado en garantía

El apoderado judicial de WSP COLOMBIA S.A.S. (antes Consultores Regionales Asociados S.A.S.) reiteró que el llamamiento en garantía era improcedente e infundado, porque:

- El Instituto Nacional de Vías - INVIAS (el “**INVIAS**”) no atribuyó ni mucho menos demostró ninguna conducta a título de culpa grave o dolo en cabeza de WSP.
- El INVIAS no demostró ningún nexo de causalidad entre conducta alguna de WSP y los daños que podría potencialmente sufrir de ser proferido un fallo en su contra. De hecho, para el momento en que se expidieron los actos administrativos cuya nulidad se pretende en el proceso de la referencia, había transcurrido casi un año desde que WSP había cesado en sus funciones como interventor del contrato de obra.
- La firma WSP no tuvo la más mínima actuación, rol o injerencia respecto de la expedición de los actos administrativos cuya nulidad se solicita. La expedición de esos actos fue de competencia autónoma y exclusiva del INVIAS.

5.5. Ministerio Público:

El Ministerio Público guardó silencio.

Cumplido el trámite correspondiente, no encontrando causal de nulidad que invalide la actuación hasta aquí surtida, se decide sobre el fondo del presente asunto, mediante las siguientes:

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si las Resoluciones No. 07389 del 22 de diciembre de 2009 y No. 03182 del 16 de julio de 2010, proferidas por el INVIAS con ocasión del Contrato de Obra No. 1657 de 14 de septiembre de 2005, a través de las cuales se declaró el siniestro de mal manejo del anticipo y su debida inversión y, en consecuencia, se impuso al Contratista Consorcio Proyectar, la obligación de pagar la suma de \$3.890.208.234, 34, y se hizo efectiva la garantía única de cumplimiento extendida por la Compañía Mundial de Seguros S.A., son nulas por violación directa de la Ley y falsa motivación, debido a que fueron expedidas (i) desconociendo que el anticipo entregado al Consorcio Proyectar fue debidamente invertido, (ii) sin que se hubiese efectuado la liquidación del contrato de obra, (iii) sin demostrar la ocurrencia del siniestro de uso indebido o apropiación del anticipo, y (iv) omitiendo resolver cada uno de los planteamientos de los recursos de reposición presentados por el Contratista y la Aseguradora, y sobre las pruebas solicitadas.

6.2. Tesis

No hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, porque con fundamento acta de recibo final de la obra (documento que según las estipulaciones del contrato era el concepto definitivo de la interventoría para establecer si el anticipo había sido invertido de forma adecuada), el anticipo no fue amortizado en la suma de \$3.890.208.234.34, lo cual demuestra la configuración del siniestro y su cuantía en los términos señalados en las decisiones demandadas.

La entidad contratante estaba autorizada para declarar la ocurrencia del siniestro por indebido manejo del anticipo, al encontrarse demostrada su configuración durante la ejecución del contrato, sin tener en cuenta las obras no aceptadas, susceptibles de deterioro, y las obras aceptadas y no facturadas, por no haberse cumplido con las exigencias para descontar estos rubros del anticipo entregado, tales como el visto bueno frente a la calidad de las obras por parte de la Interventoría y la facturación en los términos contractuales dentro del plazo de ejecución del contrato.

De otra parte, la liquidación del contrato no era requisito para declarar la ocurrencia del siniestro de uso indebido o apropiación del anticipo, y el INVIAS se pronunció sobre los argumentos expuestos en los recursos contra el acto administrativo que declaró el siniestro, tal y como se evidencia en el contenido de la resolución que los resolvió.

En materia de las pruebas en vía administrativa, no se evidencia una violación sustancial del debido proceso, en tanto que el INVIAS expuso una motivación general para descartar la necesidad de decretar pruebas distintas a las que obraban en el expediente y, en todo caso, no está demostrado que otras pruebas desvirtuaran la configuración del siniestro por el manejo del anticipo.

6.2. Presupuestos procesales de la acción

6.3.1. Jurisdicción y competencia

De acuerdo con lo señalado en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias originadas como consecuencia de la actuación de las entidades públicas, y dado el criterio orgánico establecido, en atención a la naturaleza jurídica de la entidad demandante, es ésta la encargada de pronunciarse sobre las controversias relativas a la nulidad de los actos administrativos dictados por el Instituto Nacional de Vías, en contexto del Contrato de obra No. 1657 de 14 de septiembre de 2005.

Así mismo, esta Corporación es la competente para conocer en primera instancia del proceso de la referencia, de acuerdo según establece el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 597 de 1988 art. 2 y la Ley 446 de 1998, art. 40, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en

primera instancia de los procesos referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y cuando la cuantía exceda de los 500 SMLMV, teniendo en cuenta que la parte demandante estimó la cuantía en una suma de \$3.890.208.234,38.

6.3.2. De la caducidad de la acción

El numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, dispone que en las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En este caso, el debate versa sobre la nulidad de las Resoluciones Nos. 07389 del 22 de diciembre de 2009 y No. 03182 del 16 de julio de 2010, proferidas por el INVIAS con ocasión del Contrato de Obra No. 1657 de 14 de septiembre de 2005, celebrado entre este Instituto y el Consorcio Proyectar, a través de las cuales se declaró el siniestro de mal manejo del anticipo y su debida inversión. La Resolución No. 03182 del 16 de julio de 2010 que resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. 07389 fue notificada por edicto desfijado el 24 de agosto de 2010, y contra esta no procedían recursos.

Así las cosas, la demanda podía interponerse oportunamente hasta el 25 de agosto de 2012, y como fue radicada el 11 de mayo de 2011, la conclusión es que su presentación fue dentro del término de caducidad.

6.3.3. Legitimación en la causa

El Consorcio Proyectar y el Instituto Nacional de Vías están legitimados en la causa por activa y pasiva, debido a su calidad de partes dentro de la relación sustancial objeto de este proceso (El contrato de obra No. 1657 de 14 de septiembre de 2005).

Está claro el interés de la aseguradora de obtener la nulidad de estos actos administrativos con el fin de evitar que se haga efectiva la garantía que extendió frente al contrato de obra No. 1657 de 14 de septiembre de 2005.

La firma Consultores Regionales Asociados - CRA SAS fue vinculada al proceso como llamada en garantía del Instituto Nacional de Vías, en virtud del Contrato de Interventoría No. 2095 de 2005. El llamamiento en garantía fue admitido, y sobre esta relación deberá definirse de prosperar parcial o totalmente las pretensiones en contra de la entidad demandada.

6.4. Desarrollo normativo y jurisprudencial

6.4.1. Del anticipo

La institución del anticipo en el contrato estatal está prevista en el párrafo 3º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y corresponde a fijar un límite porcentual al monto

que es dable pactar: cincuenta por ciento del valor del contrato. En este orden, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado como características conceptuales de anticipo así: i) asume como un verdadero préstamo de la entidad contratante al contratista; ii) es necesario en ciertos contratos para que el particular cuente con el estatus financiero requerido para dar inicio a la ejecución del objeto contractual; iii) los recursos entregados mantienen su naturaleza pública a diferencia de los pagos anticipados, y iv) se amortiza paulatinamente en función de los pagos que a favor del contratista se vayan causando.

La titularidad sobre los recursos desembolsados por concepto de anticipo radica en cabeza del Estado, aun incluso, luego de ser girados al contratista, el legislador y el Ejecutivo Nacional contemplaron la evidente necesidad de que el buen manejo y la correcta inversión de tales erogaciones fueran incluidos dentro de la garantía única de cumplimiento diseñada para afianzar el buen devenir del contrato estatal, tal cual se preveía en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, que posteriormente fue derogado por el Decreto 4828 de 2008, disposición aplicable al presente asunto, teniendo en cuenta la fecha de suscripción del contrato y la fecha de emisión de los actos acusados, norma que en su artículo 4 dispuso:

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

(...)

4.2 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales: La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:

4.2.1. Buen Manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión de anticipo cubre a entidad estatal contratante, de 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. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.”

6.4.2. Garantías contractuales

Las garantías contractuales son una facultad concebida para salvaguardar el interés público implícito en la contratación, y para proteger el patrimonio de la Administración, frente a eventuales incumplimientos del contratista¹.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 24 de agosto de 2000, exp. 11318; del 24 de mayo de 2001, exp. 13598, sentencia del 23 de febrero de 2012, exp. 20810; Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 25742; y Subsección C, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 48459.

La administración cuenta con la facultad de declarar el siniestro con fundamento en lo establecido inicialmente en los numerales 4º y 5º del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo (“CCA”)², y luego en el artículo 7 de la Ley 1170 de 2005³. De esta manera, a través de un acto administrativo se cumplen las cargas señaladas en los artículos 1075 a 1077 del Código de Comercio para hacer efectiva una póliza de seguros.

El Consejo de Estado ha destacado que, en un principio, la Sección Tercera consideró que la facultad de determinación de la cuantía se desprendía del artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, porque, sin esta cuantificación, sería nugatoria la exigibilidad ejecutiva de la obligación, establecida en dicha norma.

Sin embargo, más recientemente, la Sala Plena de la Sección Tercera precisó *“que el hecho de cuantificar el valor de la pérdida o el monto de los perjuicios en el acto administrativo mediante el cual se declara la ocurrencia del siniestro, no constituye el ejercicio de una facultad excepcional por parte de la entidad estatal que pretende hacer efectiva la garantía de cumplimiento de un contrato, contenida en una póliza de seguro [...], toda vez que ello hace parte de la mecánica propia de la reclamación que debe efectuar el beneficiario de la misma, tal y como lo establece el artículo 1077 del Código de Comercio”*⁴. Atendiendo a ello, en fallos recientes⁵, se ha reducido el monto de la obligación condicional de la aseguradora, definido en el acto administrativo que declaró el riesgo, con fundamento en los artículos 170 del CCA y 184 del CPACA⁶.

Si bien el Consejo de Estado ha señalado que de acuerdo con lo señalado en el artículo 1077 del Código de Comercio, no siempre es necesario demostrar la cuantía de la pérdida asegurada, ha precisado que *“tratándose de los seguros de daños y por ende en los seguros de cumplimiento, en cuanto estos constituyen una especie de aquellos, es indispensable no solo demostrar la ocurrencia del siniestro sino*

² “Artículo 68. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos: [...] 4. Los contratos, las pólizas de seguro y las demás garantías que otorguen los contratistas a favor de entidades públicas, que integrarán título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con la resolución ejecutoriada que decreta la caducidad, o la terminación según el caso. || 5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación”.

³ “Artículo 7º. [...] El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare. [...]”,

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de noviembre de 2019, exp. 36600.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 5 de marzo de 2021, exp. 39249; y del 19 de marzo de 2021, Rad. No. 48041.

⁶ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 14 de octubre de 2021, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Rad. No. 2013-00362-01(50623).

*determinar la cuantía del perjuicio ocasionado al patrimonio del acreedor, elemento que es de su esencia para proceder a la indemnización, puesto que [...] en los seguros de daño, no basta que haya ocurrido el siniestro sino que éste debe necesariamente haber causado un perjuicio al patrimonio, puesto que si no es así no se habrá producido daño alguno y en consecuencia no habría lugar a la correspondiente indemnización*⁷.

De otra parte, el Consejo de Estado ha señalado que el derecho de la entidad contratante a hacer efectiva la póliza de garantía **surge con el incumplimiento contractual⁸, derecho que se materializa y concreta con el acto administrativo de declaración del siniestro, del cual se desprenden las consecuencias contractuales y legales del caso⁹**. Si bien, en este orden de ideas, el riesgo objeto de amparo debe producirse durante la vigencia del contrato de seguro, no ocurre lo mismo con la reclamación del pago o declaración del siniestro, que puede ser coetánea o posterior a la vigencia de la póliza, en cuanto no supere el término bienal establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio¹⁰, a partir del conocimiento de la ocurrencia del siniestro^{11, 12}.

En cuanto a la entrega del anticipo al contratista, la Corporación ha señalado que constituye un *interés cierto, asegurable y asegurado*, por encontrarse “*pendiente del cumplimiento por parte de la contratista, como forma de restituir lo recibido por la entidad*”¹³. De esta forma, **el siniestro por buen manejo y correcta inversión del anticipo puede darse, así, cuando acaezca el plazo para el cumplimiento del**

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 22 de abril de 2009, exp. 14.667; y 23 de junio de 2010, exp. 16494.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de agosto de 2020, exp. 45183.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2001, exp. 12724, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2014, exp. 27563; y del 23 de junio de 2010, exp. 16494.

¹⁰ “Artículo 1081. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. || La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. || La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. || Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 21 de marzo de 2007, exp. 29102; del 22 de abril de 2009, exp. 14667; del 23 de junio de 2010, exp. 16494; Subsección C, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 48459; y Subsección A, sentencia del 17 de abril de 2017, exp. 23359.

¹² Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 14 de octubre de 2021, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Rad. No. 2013-00362-01(50623).

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp. 29906.

contratista o cuando se establezca con precisión el valor faltante por reintegrar^{14, 15}

6.5. Pruebas relevantes y hechos probados

6.5.1. Del Contrato de Obra No. 1657 del 14 de septiembre de 2005

Del contrato de obra frente al cual se declaró la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo se destacan las siguientes cláusulas:

OBJETO: CUYO OBJETO ES EL DISEÑO, RECONSTRUCCIÓN, PAVIMENTACIÓN Y/O REPAVIMENTACIÓN DE LA VIA GRUPO 44 TRAMO 1 HINCHE - LA PEÑA - PASO DEL REJO -NIMAIMA - NOCAIMA - AUTOP MEDELLÍN PASO DEL REJO - TOBIA - AUTOP, MEDELLÍN DEL K0 000 AL K17+360; DEL K23+070 AL K33+460; DEL K34+5C0 AL K36+750 CON UNA LONGITUD DE 30 KILOMETROS Y TRAMO 2 NOCAIMA VERGARA DEL K7+200 AL K12+760 CON UNA LONGITUD DE 5.56 KILOMETROS EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, de conformidad con los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública DG-164-2004, la propuesta presentada por EL CONTRATISTA corregida y aceptada por EL INSTITUTO y las cláusulas del presente contrato, a los precios unitarios cotizados para los diferentes ítem presentados en la propuesta, de acuerdo con las especificaciones generales de construcción de carreteras vigentes, del INSTITUTO y las particulares incluidas en el ANEXO TÉCNICO, contenidos en el Formulario No. 4.

VALOR DEL CONTRATO: \$10.796.021.801

CLÁUSULA CUARTA: PLAZO: El plazo máximo previsto para la ejecución del contrato es **hasta 24 meses**, contados a partir de la fecha de la orden de iniciación que impartirá el Secretario General técnico del Instituto, previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización del presente contrato, así como, los requisitos señaladas en el parágrafo primero de esta cláusula. El plazo aquí señalado se discrimina de la siguiente forma: TRES MESES para la etapa de estudios y diseños y hasta VEINTIÚN meses para la etapa de construcción, de conformidad con el anexo 1.

CLÁUSULA QUINTA: VIGILANCIA Y CONTROL DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. EL INSTITUTO ejercerá el control y vigilancia de la ejecución de los trabajos del CONTRATISTA **por conducto de un interventor contratado** para tal fin. Igualmente, el INSTITUTO contratará a un Consultor de Apoyo a la Gestión, que ejercerá las funciones de supervisión en los términos establecidos en la respectiva contratación.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de julio de 2020, exp. 62645.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 14 de octubre de 2021, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Rad. No. 2013-00362-01(50623).

CLÁUSULA SEXTA: EVALUACIÓN DE AVANCE Y ACTUALIZACIÓN. Durante la ejecución de la obra, EL INSTITUTO efectuará un seguimiento a los programas de estudios y diseños y de obra, como uno de los mecanismos de verificación del cumplimiento del contrato. Por tal motivo, EL CONTRATISTA deberá mantener los programas actualizados de manera que en todo momento representen la historia real de lo ejecutado para cada actividad, así como su programa de obra proyectado para la terminación de los trabajos dentro del plazo contractual. **El CONTRATISTA y el Interventor evaluarán semanalmente la ejecución del contrato**, revisando los programas de estudios y diseños y obra actualizados para establecer en qué condiciones avanzan los trabajos. De estas evaluaciones **se levantará un acta**, suscrita por los ingenieros residentes del CONTRATISTA y de la Interventoría, donde se consignará el estado real de los trabajos; en caso de presentarse algún atraso, se señalarán los motivos del mismo, dejando constancia de los correctivos que se tomarán para subsanar dicho atraso, los cuales se plasmarán en una modificación al programa de obra que no podrá contemplar la disminución de las cantidades de obra programadas para cada mes ni una prórroga del plazo inicialmente establecido. Cuando fuere necesario suscribir Actas de modificación de cantidades obra o modificar el valor o el plazo del contrato, EL CONTRATISTA deberá ajustar el programa de obra a dicha modificación, para lo cual deberá someter a aprobación del INSTITUTO, a través del Consultor de Apoyo a la Gestión, y con el visto bueno de la Interventoría, el nuevo programa de obra, previo a la suscripción del documento mediante el cual las partes acuerden dicha modificación. Constituye causal de incumplimiento del. contrato el hecho de que EL CONTRATISTA no ejecute, por lo menos, las cantidades de obra previstas en su programa de obra.

CLÁUSULA SÉPTIMA: FORMA DE PAGO.- El INSTITUTO pagará al CONTRATISTA el valor de este contrato de la siguiente forma a) Estudios y Diseños: Se pagará al cien por ciento (100%) al terminar el hito completo por tramo, teniendo en cuenta que se trata de un ítem de pago global, previa presentación de la respectiva acta de recibo final de Estudios y Diseños de cada tramo y debidamente aprobada por la Interventoría, la cual debe ser refrendada por el Contratista, el Interventor, el Consultor de Apoyo a la Gestión y los funcionarios y/o contratistas del Instituto que determinen las resoluciones internas de la Entidad; dicha acta debe estar acompañada del programa de trabajo para la Etapa de Construcción e Inversiones aprobado por el INSTITUTO del respectivo tramo. b) El cien por ciento (100%) del valor de la etapa de construcción se pagará, previa presentación de las respectivas Actas de obra por hito ejecutado y debidamente recibido por la Interventoría, que verificará como requisito de aprobación, la total ejecución del Plan de Manejo Ambiental; las Actas deben ser refrendadas por EL CONTRATISTA, el Interventor, el Consultor de Apoyo a la Gestión y los funcionarios y/o contratistas del INSTITUTO que determinen las resoluciones internas de la Entidad, y acompañadas del programa de Trabajo e Inversiones aprobado por EL INSTITUTO. **Las Actas se pagarán de acuerdo a la construcción de los hitos.** PARÁGRAFO PRIMERO: El pago correspondiente a la última acta de obra se efectuará previa presentación del acta de recibo final de obra debidamente firmada por las partes. PARÁGRAFO SEGUNDO: AJUSTE DE PRECIOS.- Los precios serán actualizados para cada ítem cada doce meses con base en la variación de los respectivos grupos del ICCP, correspondiente al período comprendido entre la fecha del cierre de la licitación y los doce meses siguientes y así sucesivamente hasta el vencimiento del plazo del Contrato. Las cantidades de obra que no se ejecuten dentro del programa anual de intervenciones no estarán sujetas a la actualización prevista anteriormente, sino que serán pagadas a los precios de la anualidad en la cual debieron haber sido ejecutados. Las anualidades se entienden como

períodos de doce (12) meses contados a partir de la fecha del cierre de la Licitación.

PARÁGRAFO TERCERO: CUENTAS BANCARIAS.- El CONTRATISTA presentará a) Certificación bancaria (cuenta corriente o de ahorros), con la información necesaria para el pago de estudios y diseños y obras ejecutadas, en la cual el Área de Tesorería de la Subdirección Financiera del INSTITUTO abonará los pagos en desarrollo de la ejecución del contrato. b) Certificación bancaria (cuenta corriente), para el manejo del anticipo, cuenta que debe ser manejada en forma conjunta por EL CONTRATISTA y/o su Representante, por el Interventor del contrato y por el Consultor de Apoyo a la Gestión, contratados por el INSTITUTO.

PARÁGRAFO CUARTO: CANTIDADES DE OBRA. Las cantidades de obra por ejecutar son las que se presentan en el Formulario No. 4, estas son aproximadas; por lo tanto, se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra, tales variaciones no viciarán ni invalidarán el presente contrato. El CONTRATISTA está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten, a los mismos precios de la propuesta, salvo que se presenten circunstancias imprevisibles que afecten el equilibrio económico del contrato. Una vez finalizada la Etapa de Estudios y Diseños es necesario modificar las cantidades de obra establecidas en el Formulario No. 4, EL CONTRATISTA estará en la obligación de incluir los cambios a que haya lugar en el citado formulario, de acuerdo con la respectiva acta de modificación. Para los fines de pago por hito regirán las cantidades de obra realmente ejecutadas.

PARÁGRAFO QUINTO: ACTAS DE OBRA POR HITO.- Es el documento en el que EL CONTRATISTA y el Interventor dejarán sentadas las cantidades de obra realmente ejecutadas durante la construcción completa de cada hito. Los ingenieros residentes del CONTRATISTA y de la Interventoría deberán elaborar el acta por hito finalizado dentro de los cinco (5) días calendario del mes siguiente a la terminación del hito. El valor básico del acta será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutada por los precios unitarios estipulados en el Formulario No. 4 de la propuesta del CONTRATISTA para cada Tramo o por los precios acordados para los nuevos ítem que resulten durante el desarrollo del contrato. **Las Actas de obra por hito tendrán carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales. El Interventor podrá, en Actas posteriores, hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las Actas anteriores aprobadas por él y deberá indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que EL INSTITUTO se abstenga de pagarlos al CONTRATISTA o realice los descuentos correspondientes, hasta que el Interventor dé el visto bueno. Ninguna constancia de parte del Interventor que no sea la de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras, podrá considerarse como constitutiva de aprobación de algún trabajo u obra.**

PARÁGRAFO SEXTO: Las Actas de Obra por hito finalizado, deberán presentarse en las oficinas del Consultor de Apoyo a la Gestión contratado por el INSTITUTO dentro de los cinco (5) días calendario del mes siguiente a la terminación del hito. Así mismo, EL CONTRATISTA deberá radicar en la dependencia competente del INSTITUTO las correspondientes facturas de pago, dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de las actas de obra debidamente aprobadas y EL INSTITUTO las pagará dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de presentación de las mismas o, si a ello hubiere lugar, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha en que EL CONTRATISTA subsane las glosas que le formule EL INSTITUTO. En caso de mora en el pago, EL INSTITUTO reconocerá al CONTRATISTA un interés moratorio del ocho por ciento (8%) anual, siguiendo el procedimiento descrito en el Artículo 1°. del Decreto 679 de 1994. La fecha en que se hagan efectivos los pagos se determinará según lo previsto en la normatividad vigente del INSTITUTO. En todo caso los pagos estarán sujetos a la disponibilidad de PAC (Programa Anual Mensualizado de Caja).

CLAUSULA OCTAVA: ANTICIPO.- Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, **EL INSTITUTO concederá al CONTRATISTA previa solicitud, un anticipo del doce punto cinco por ciento (12.5%) del valor básico del contrato, sujeto a la disponibilidad del Plan Anual de Caja — PAC,** para lo cual, el Secretario General Técnico del INSTITUTO debe autorizar el pago en el formato "Ordenación del Pago" establecido para tales efectos, que se radicará para el trámite con sus respectivos anexos. Los dineros del anticipo no podrán invertirse sino en **la ejecución del objeto del contrato y para los gastos propios del respectivo Contrato.** Se establece como fecha de entrega del anticipo, la de la consignación en la cuenta conjunta respectiva. La constitución y aprobación de la garantía son requisitos indispensables previos para la entrega del anticipo. Si durante la ejecución del contrato el INSTITUTO considera procedente otorgar un puntaje de anticipo mayor al establecido en la presente cláusula, podrá autorizarlo previa solicitud del Contratista y cumplimiento de los requisitos establecidos por la entidad, incluida la modificación de la garantía correspondiente. PARÁGRAFO PRIMERO: MANEJO DE LA CUENTA BANCARIA. Los recursos entregados al CONTRATISTA se manejarán en cuenta corriente conjunta separada a nombre del CONTRATISTA y de la Entidad de conformidad con lo establecido en el Artículo 7 del Decreto 2170 de 2002. PARÁGRAFO SEGUNDO: AMORTIZACIÓN. El valor de dicho anticipo se comenzará a amortizar en el doble del porcentaje del anticipo **en cada Acta de Obra por hito, una vez se hayan entregado al menos la mitad de los hitos proyectados a ejecutarse.** PARÁGRAFO TERCERO: La iniciación de las obras o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales no se hallan supeditadas, en ningún caso, al recibo del anticipo.

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: DIVERGENCIAS. - Las divergencias que ocurran entre el Interventor y EL CONTRATISTA, relacionadas con la supervisión, control y dirección de los trabajos, serán dirimidas por el secretario técnico del INSTITUTO. En caso de no llegarse a un acuerdo, se acudirá al director general cuya decisión será definitiva.

CLÁUSULA DECIMA NOVENA: GARANTIA ÚNICA.- Para cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento, El CONTRATISTA se compromete a constituir, a favor del INSTITUTO, una póliza expedida por Compañía de Seguros autorizada para funcionar en Colombia o garantía bancaria que ampare lo siguiente: a) **El cumplimiento general del contrato,** el pago de las multas y demás sanciones que se le impongan, por el equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y cinco (5) meses más. b) **Amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo otorgado al CONTRATISTA,** por el equivalente al cien por ciento (100%) del monto que EL CONTRATISTA reciba por este concepto y con una vigencia igual al plazo del contrato y cinco (5) meses más. c) El pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que EL CONTRATISTA haya de utilizar para la ejecución de las obras, por el equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y tres (3) años más. d) Calidad de los Estudios y Diseños, por una cuantía equivalente al uno por ciento (1%) del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo del contrato y cinco (5) meses más. e) La estabilidad de las obras ejecutadas, por el equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total del contrato, con vigencia de cinco (5) años contados a partir de la suscripción del Acta de Recibo Definitivo de las obras a satisfacción del INSTITUTO. La garantía única deberá constituirse dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de suscripción del presente contrato y requerirá la aprobación de la Oficina Asesora Jurídica del INSTITUTO.

CLAUSULA VIGÉSIMA CUARTA: LIQUIDACIÓN. - Se efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993. El término para la liquidación del contrato empezará a contabilizarse **a partir del Acta de Recibo Definitivo o Final de la Obra**, que se suscribirá máximo dentro de los **45 días calendario siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del contrato**. Para la liquidación se exigirá al CONTRATISTA la ampliación de la garantía, si es del caso, a fin de avalar las obligaciones que este deba cumplir con posterioridad ala extinción del presente contrato. SI EL CONTRATISTA no se presentare para efectos de la liquidación del contrato o las partes no llegan a ningún acuerdo, el INSTITUTO procederá a su liquidación por medio de resolución motivada susceptible del recurso de reposición.

En cuanto a las modificaciones, suspensiones y aclaraciones del Contrato de Obra está demostrado lo siguiente:

Aclaración Contrato No. 1657, con fecha de 5 de septiembre de 2007 (Folios 121, cuaderno 1)	Aclara las abscisas del objeto del contrato
Modificación Contrato No. 1657, con fecha de 6 de abril de 2006 (Folios 123 y 124, cuaderno 1)	Modifica el abscisado del Contrato
Contrato Adicional No. 2 de 28 de diciembre de 2007 (Folios 126 y 127, cuaderno 1)	Adiciona el valor del contrato en la suma de \$812.105.553
Acta No. 1 de suspensión de 19 de noviembre de 2007 (folio 4483)	Por 7 días, entre el 19 y el 25 de noviembre de 2007. Reanudación el 25 de noviembre de 2007.
Modificación y prórroga del Contrato, de fecha 29 de noviembre de 2007 (Folios 129 y 130, cuaderno 1)	Adiciona el valor del anticipo en la suma de \$3.131.017.002, para un total acumulado de anticipo de \$5.334.286.602 . Prorrogar el plazo del contrato en nueve meses contados desde el 1 de diciembre de 2007 hasta el 1 de septiembre de 2008.
Acta No. 2 de suspensión (Folio 4483)	Por 96 días, entre el 29 de agosto de 2008 y el 30 de noviembre de 2008. Reanudación el 1º de noviembre de 2008.

Modificación No. 3 al Contrato, de 29 de octubre de 2007 (Folio 131, cuaderno 1).	Modifica la forma de pago: "...b) FORMA DE PAGO: EL INSTITUTO pagará al CONTRATISTA el valor de este contrato de la siguiente vía forma: (...) b) Obra ejecutada: El cien por ciento (100%) del valor de la etapa de construcción se pagará previa presentación de las respectivas actas de obra por medio de hito (de 0.5 Km) de vía terminada, completa, ejecutado y debidamente recibido por la Interventoría, quien verificará como requisito de aprobación, la total ejecución del Plan de Manejo Ambiental, las Actas deben ser refrendadas por el CONTRATISTA, el Interventor, el Consultor de Apoyo a la Gestión y los funcionarios y/o contratistas del INSTITUTO que determinen las resoluciones internas de la entidad, y acompañadas del programa de trabajos e inversiones aprobado por el INSTITUTO. Las actas se pagarán de acuerdo a la construcción de los hitos"
Fecha de vencimiento del contrato (Folio 4483)	6 de diciembre de 2008

6.5.2. Pagos relacionados con el anticipo

INVIAS - CREACIÓN CONTABLE de 13 de diciembre de 2007	ANTICIPO por valor de \$3.131.017.002. . Base de Ley 104 \$2.045.776.321. Retención Ley 104 \$102.288.816 (Folio 180, cuaderno 1)
Autorización del pago del anticipo de 6 de diciembre de 2007, por el asesor de la Dirección General del INVIAS, en calidad de ordenador del gasto, por delegación	Por valor de \$3.131.017.002, para un anticipo total acumulado de \$5.334.286.602. (Folio 181, cuaderno 1)
INVIAS - CREACIÓN CONTABLE de 26 de diciembre de 2005	Por valor de \$869.697.949. Base de Ley 104 \$841.067.468 Retención Ley 104 \$42.053.373 (Folio 182, cuaderno 1)
Autorización del pago del anticipo de 20 de diciembre de 2005, por la asesora de la Dirección General del INVIAS, en calidad de ordenador del gasto, por delegación	Por valor de \$869.697.949, para un anticipo total acumulado de \$2.203.269.600 (Folio 183, cuaderno 1)
INVIAS - CREACIÓN CONTABLE de 28 de octubre de 2005	Por valor de \$1.333.571.651. Base de Ley 104 \$1.285.419.203 Retención Ley 104 \$64.270.960 (Folio 184, cuaderno 1)
Autorización del pago del anticipo de 26 de octubre de 2005, por el Secretario General Técnico del INVIAS, en calidad de ordenador del gasto, por delegación	Por valor de \$1.333.571.651. Base de Ley 104 \$1.285.419.203 Retención Ley 104 \$64.270.960 (Folio 185, cuaderno 1)
INVIAS - CREACIÓN CONTABLE de 26 de octubre	Por valor de \$1.364.916.314. Base de Ley 104 \$1.310.432.722 Retención Ley 104 \$65.521.636 (Folio 52, cuaderno sin carátula)

INVIAS - CREACIÓN CONTABLE de 21 de diciembre de 2005	Por valor de \$791.907.025. Base de Ley 104 \$788.274.785.68. Retención Ley 104 \$39.413.739 (Folio 53, cuaderno sin carátula)
INVIAS - CREACIÓN CONTABLE de 30 de diciembre de 2006	Por valor de \$1.301.220.220. Base de Ley 104 \$1-249.279.195. Retención Ley 104 \$62.463.959 (Folio 55, cuaderno sin caratula)
INVIAS - CREACIÓN CONTABLE de 29 de diciembre de 2007	Por valor de \$1.091.000.000 Base de Ley 104 \$1.091.000.000 . Retención Ley 104 \$54.500.000 (Folio 82, cuaderno sin caratula)
INVIAS - CREACIÓN CONTABLE de 28 de octubre de 2005	Por valor de \$1.317.296.501 Base de Ley 104 \$1.265.201.354. Retención Ley 104 \$63.260.067 (Folio 95, cuaderno sin carátula)
INVIAS - CREACIÓN CONTABLE de 23 de diciembre de 2005	Por valor de \$798.122.248 Base de Ley 104 \$766.937.860 Retención Ley 104 \$38.346.893 (Folio 96, cuaderno sin carátula)
INVIAS - CREACIÓN CONTABLE de 12 de diciembre de 2007	Por valor de \$2.275.568.888. Base de Ley 104 \$2.184.546.132. Retención Ley 104 \$109.227.306 (Folio 102, cuaderno sin carátula)
Certificación de pagos al Consorcio Proyectar hasta el 29 de mayo de 2008, emitida por el área de Tesorería del INVIAS	Registra como anticipo la suma de \$5.210.712.118 (Folio 186, cuaderno 1).
Cuadro control de inversión anticipo adicional, firmado por Contratista, Interventor y Consultor	Señala como amortización del anticipo la suma de \$5.334.286.602 (Folio 136A, cuaderno sin carátula)
Informes de inversión del anticipo firmados por contratista e interventor	(Folios 141 a 143, 159 a 163; 168 y 169, 188, cuaderno sin carátula)
Relación de pagos del INVIAS al CONSORCIO PROYECTAR hasta el 29 de mayo de 2008. Con firma de tesorero, Contrato 1657	Valor actas: \$1.037.703.443. Valor IVA \$65.811.029. Anticipos (concedido) \$5.210.712.118 . Valor pagado bruto \$6.314.226.590. Valor pagado neto \$6.016.624.441 (Folio 193, cuaderno sin caratula)
Relación de pagos del INVIAS al CONSORCIO PROYECTAR hasta el 29 de mayo de 2008. Con firma de tesorero. Contrato 1668	Valor actas: \$2.338.980.257. Valor IVA \$68.314.903. Anticipos (concedido) \$3.791.355.633 Valor pagado bruto \$6.198.650.793. Valor pagado neto \$5.418.724.394 (Folio 195, cuaderno sin caratula)

Relación de pagos del INVIAS al CONSORCIO PROYECTAR hasta el 10 de julio de 2009. Con firma de Tesorero. Contrato 1657	Valor actas: \$1.037.703.443. Valor IVA \$65.811.029. Anticipos (concedido) Amortización \$5.210.712.118. Valor pagado bruto \$6.314.226.590. Valor pagado neto \$6.016.624.441 (Folio 197, cuaderno sin carátula).
--	--

6.5.3. Comunicaciones relevantes en la ejecución del contrato

Oficios de 22 de enero, 14 de marzo, 21 y 28 de mayo de 2008.	Interventor y consultor instan al contratista a cumplir con la construcción de la obra en el tiempo asignado, con altos estándares de calidad de acuerdo con las especificaciones técnicas del contrato, señalan que no se ha cumplido la programación presentada, solicitan mayor control de los recursos entregados como anticipo; reclaman que en las obras no se ve reflejado el anticipo (Folio 327, cuaderno 7)
Análisis del Contrato por parte de la interventoría de 3 de junio de 2008.	Concluye que no había certeza de la ejecución total del contrato (Folios 331 y 332, cuaderno 7)
Oficio de 14 de mayo de 2008.	De la Interventoría al Contratista, en el que advierte que la ejecución del contrato era del 10.5% comparado con lo programado. También que el anticipo adicional no se reflejaba en el avance de la obra. (Folio 333, cuaderno 7)
Oficio de 28 de junio de 2008 de 2008, del Interventor al Contratista.	La facturación no corresponde con el valor del anticipo adicional desembolsado (Folio 337, cuaderno 7)
Oficio de 28 de junio de 2008, del Interventor a la Compañía Mundial de Seguros sobre la utilización y amortización de anticipo	Señala que de la totalidad del anticipo \$5.334.286.602, se han desembolsado \$3.191.407.264, quedando un saldo de \$2.142.879.338. Pero al momento, el anticipo amortizado es \$123.574.484 (Folio 338, cuaderno 7)
Oficio de 28 de julio de 2008, del Interventor al Contratista	Menciona reunión de 15 de julio de 2008, en la que se acordó que el Consorcio Proyectar llevaría a cabo en el lapso de tiempo faltante, la ejecución y culminación de cerca de 6 hitos, para lo cual el contratista entregaría un flujo detallado con la programación de desembolso de anticipo necesario. (Folio 342, cuaderno 7)

6.5.4. Acta de entrega y recibo definitivo de obra del 20 de abril de 2009¹⁶.

Del documento se destaca lo siguiente:

6.5.4.1. Valores

VALOR TOTAL DEL CONTRATO	<u>\$ 11.817.964.888,00</u>
VALOR TOTAL DE LA OBRA EJECUTADA:	
Valor total básico de la obra ejecutada:	<u>\$ 3.035.277.807,90</u>
Valor IVA de la obra ejecutada:	<u>\$ 19.425.777,97</u>
Valor total básico de la obra ejecutada que no se acepta:	<u>\$ 953.082.140,50</u>
Valor IVA de la obra que no se acepta:	<u>\$ 6.099.725,70</u>
Valor total básico de la obra ejecutada y aceptada:	<u>\$ 2.082.195.667,40</u>
Valor IVA de la obra ejecutada y aceptada:	<u>\$ 13.326.052,27</u>
Valor total básico de la Obra facturada	<u>\$ 1.004.602.731,00</u>
Valor ajustes Obra facturada	<u>\$ 33.100.712,00</u>
Valor IVA de la obra facturada	<u>\$ 65.811.029,00</u>
Valor básico de obra ejecutada y aceptada sin facturar	<u>\$ 1.077.592.936,40</u>
Valor básico Estudios y Diseños:	<u>\$ 385.219.581,00</u>
Valor IVA de los estudios y diseños:	<u>\$ 61.635.133,00</u>
Valor Básico Ajustes Total Obra Aceptada:	<u>\$ 109.870.290,28</u>
Valor IVA Ajustes Total Obra Aceptada:	<u>\$ 703.170,00</u>
Valor Básico Ajustes Obra Rechazada:	<u>\$ 53.909.636,00</u>
Valor IVA Ajustes Obra Rechazada:	<u>\$ 345.022,00</u>
Valor estimado de Obras susceptibles de deterioro y no certificadas por Interventoría	<u>\$ 801.857.622,61</u>

6.5.4.2. Concepto de la interventoría sobre cumplimiento de las condiciones contractuales

“En cuanto a la calidad de la obra la interventoría manifiesta no conformidades, que resumen de la siguiente manera: La no conformidad de base y sub-base granular, corresponde a la colocación de materiales que no cumplen las especificaciones de E de A y el Contratista por decisión propia coloca capas suprayacentes, en este caso la interventoría considera no aceptable la capa de pavimento que incumple y las suprayacentes. En los concretos el contratista fue notificado de materiales que

¹⁶ Folios 4483 a 4489.

incumplen especificación, de incumplimientos de resistencias, de malos terminados y no solucionó ni presentó soportes que permitieran el recibo de las obras mencionadas; en filtros si el material drenante no cumple o el filtro no tiene la entrega de aguas, no se consideran las cantidades, se resalta que el contratista fue notificado del incumplimiento de la especificación del material drenante y por decisión propia lo continuó colocando.

El Contratista no anexó los resultados de IRI (medidas de la interventoría indicaban el no cumplimiento), ni de resistencia al deslizamiento.

Para cierre ambiental el contratista entregó un formato de cierre ambiental en el mes de septiembre de 2008, el cual fue objetado por la Interventoría, finalizando marzo de 2009 el Consorcio Proyectar remitió informe ambiental el cual modifica información anterior. De los pagos parafiscales el revisor fiscal con fecha 2 de abril certifica que los pagos realizados tienen cobertura hasta el 31 de julio de 2008 lo que indica que queda pendiente hasta diciembre de 2008 que según descripción suma un total de \$42.242.223 y además indica que queda pendiente el valor de \$17.710.418 por concepto de liquidaciones y prestaciones sociales. El Consorcio proyectar informó al 20 de abril que las deudas pendientes para expedición de paz y salvos ya fueron acordados las formas de pago con los interesados.

NOTA DEL CONTRATISTA: El contratista manifiesta que solicita el reconocimiento de las cantidades de obra básica ejecutada y no aceptada por la interventoría y se reciban las cantidades susceptibles de deterioro, para lo que manifiesta su disponibilidad de análisis conjunto con el INVIAS”

6.5.4.3. Metas físicas, anticipo y resumen financiero del contrato

El contratista solicitó el reconocimiento de actividades ejecutadas y que en el acta definitiva firmada y no tramitada no habían sido consideradas. Las cantidades relacionadas corresponden a soportes de ejecución del Contratista. La Interventoría no ha tramitado, ni certifica las cantidades por no haber sido entregadas en su momento, por no contar con trazabilidad y por corresponder a sectores que no quedaron con la capa de concreto asfáltico como lo indican las directrices del Plan 2500, por lo que la Interventoría las consideraba como actividades de mantenimiento de la vía.

METAS FÍSICAS Y OBRA NO EJECUTADA

TRAMO 1.

De los 20,789 km que estaban contemplados pavimentar conforme la última modificación del contrato de obra, se pavimentaron 3,623 km longitud que tiene observaciones. En tramos de sector pavimentados, no se realizaron la totalidad de cabezotes y aletas (Sector Tobía - La María), se efectuó conformación para construcción de cunetas y no se construyeron las mismas dejando sin apoyo el concreto asfáltico (sector Tobía - La María).

TRAMO 2

De los 5,560 km que estaban contemplados pavimentar conforme la última modificación del contrato de obra, se pavimentaron 3,860 km longitud que tiene observaciones. En el Sector Cascajal - Nocalima el Contratista fresó el pavimento existente y no ejecutó la pavimentación, lo que significó una desmejora en las condiciones de la vía. En Nocalima - Vergara, el Contratista construyó un muro PR 9+390, pero no terminó el relleno respectivo por lo que el inicio lo terminó parcialmente.

PAGO DE ANTICIPO O PAGO ANTICIPADO

Valor total concedido:	\$ 5.334.286.602,00
Valor total amortizado:	\$ 123.574.484,00
Valor consignado en cuenta INVIAS No.310-00164-9	\$ 1.320.503.883,62 Cheque No. J4200968
Saldo por amortizar	\$ 3.890.208.234,38

RESUMEN FINANCIERO DEL CONTRATO

ACTA DE OBRA No.	MES	VR BASICO	AJUSTES PROVIS.	AJUSTES DEFINIT.	VALOR IVA	VALOR TOTAL
1	hito 1	\$ 385.219.581,00			\$ 61.635.133,00	\$ 446.854.714,00
2	hito 2	\$ 390.541.513,00	\$ 20.859.408,00	\$ -	\$ 2.632.366,00	\$ 414.033.887,00
3	hito 23	\$ 220.227.111,00	\$ 11.783.499,00	\$ -	\$ 1.484.868,00	\$ 233.495.478,00
4	hito 24	\$ 8.614.526,00	\$ 457.805,00	\$ -	\$ 58.062,00	\$ 9.130.393,00
TOTALES		\$ 1.004.602.731,00	\$ 33.100.712,00		\$ 65.811.029,00	\$ 1.103.514.472,00

Mediante la suscripción del Acta de entrega y recibo Definitivo de las obras se asume plena responsabilidad por la veracidad de la información en ella contenida, pero no exonera al Contratista de las obligaciones y responsabilidades estipuladas en el contrato; en consecuencia, si dentro del periodo de vigencia de la póliza de estabilidad, se detectaren fallas imputables a mala calidad de la obra, el INVIAS deberá exigir al constructor, las reparaciones del caso o en su defecto hará efectiva la póliza de estabilidad correspondiente.

6.5.5. Póliza de seguro

PÓLIZA ÚNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES N - A0054178, mundial seguros	Folio 157 cuaderno 1	Tomador Consorcio Proyectar. Asegurado y beneficiario INVIAS	Certificado N-A0105797	Amparo de buen manejo del anticipo \$1.349.502.725 . Vigencia desde el 14 de septiembre de 2005 hasta el 14 de febrero de 2008
ANEXO 13 MODIFICACIÓN DE PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES, DE MUNDIAL DE SEGUROS.	Folio 140, cuaderno 1	Vigencia desde el 14 de septiembre de 2005 hasta el 24 de noviembre de 2012	Certificado No 6055709	Amparo de buen manejo del anticipo \$2.203.269.600 . Vigencia desde el 7 de mayo de 2007 hasta el 24 de abril de 2008

ANEXO 20 MODIFICACIÓN DE PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES, DE MUNDIAL DE SEGUROS	Folio 142, cuaderno 1	Vigencia desde el 14 de septiembre de 2005 hasta el 1 de septiembre de 2013	Certificado No 6190222	Amparo de buen manejo del anticipo \$5.334.286.602. Vigencia desde el 5 de agosto de 2008 hasta el 1 de febrero de 2009
ANEXO 15 MODIFICACIÓN DE PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES, DE MUNDIAL DE SEGUROS	Folio 146, cuaderno 1	Vigencia desde el 14 de septiembre de 2005 hasta el 24 de enero de 2013	Certificado No 6069996	Amparo de buen manejo del anticipo \$5.334.286.602. Vigencia desde el 29 de noviembre de 2007 hasta el 24 de enero de 2009
ANEXO 17 MODIFICACIÓN DE PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES, DE MUNDIAL DE SEGUROS	Folio 150, cuaderno 1	Vigencia desde el 14 de septiembre de 2005 hasta el 24 de enero de 2013	Certificado No 6072007	Amparo de buen manejo del anticipo \$5.334.286.602. Vigencia desde el 29 de noviembre de 2007 hasta el 1 de febrero de 2009
ANEXO 19 MODIFICACIÓN DE PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES, DE MUNDIAL DE SEGUROS	Folio 153, cuaderno 2	Vigencia desde el 14 de septiembre de 2005 hasta el 24 de enero de 2014	Certificado No 6072545	Amparo de buen manejo del anticipo \$5.334.286.602. Vigencia desde el 29 de noviembre de 2007 hasta el 1 de febrero de 2019

6.5.6. Actos administrativos demandados.

- Mediante Resolución No. 07389 de 22 de diciembre de 2009, el Asesor de la Dirección General – Coordinador Plan 2500 del Instituto Nacional de Vías declaró la ocurrencia del siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 1658 de 14 de septiembre de 2005.

Entre las consideraciones principales de la decisión, están las siguientes:

“Que el valor del anticipo amortizado por el contratista fue la suma de CIENTO VEINTITRÉS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$123.574.484.00)

MONEDA CORRIENTE; a través del 18 de Julio de 2008 el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS solicitó al consorcio efectuar la devolución del saldo del anticipo sin amortizar por un monto equivalente a CINCO MIL DOSCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL CIENTO DIECIOCHO PESOS (\$5.210.712.118,00) MONEDA CORRIENTE; de dicha solicitud se remitió copia a la Compañía Mundial de Seguros S.A., garante del contrato.

Que la firma Interventora del Contrato de Obra No. 1657 de 2005, CONSULTORES REGIONALES ASOCIADOS "C.R.A S.A. LIMITADA", mediante oficio CRA-0145-09 del 15 de enero de 2009, allegó original de la consignación del Cheque No J4200966 por valor de MIL TRESCIENTOS VEINTE MILLONES QUINIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$1.320.503.884,62) realizada por el CONSORCIO PROYECTAR a favor del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. De este oficio el Interventor entregó copia a la Compañía Mundial de Seguros S.A.

Que, según Acta de Entrega y Recibo Definitivo del 20 de abril de 2009, suscrita por la Representante del Consorcio Proyectar y el Representante Legal de la firma Interventora Consultores Regionales Asociados "CRA S.A.", el valor del anticipo no amortizado del Contrato de Obra No. 1657 de 2005, es la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$3.890.208.234,38) MONEDA CORRIENTE.

Que por lo anterior se registra un saldo por amortizar de TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$3.890.208.234,38) MONEDA CORRIENTE.

*Por lo anterior, el saldo del valor total del anticipo dejado de amortizar debe ser cancelado por el Contratista o reconocido con cargo al amparo de buen manejo del anticipo de la Garantía Única de Cumplimiento No. N-A 0054178 otorgada por la Compañía Mundial de Seguros S.A., **toda vez que con las presentes declaraciones se constituye el siniestro por hechos acaecidos durante la vigencia de la póliza.***

Que el uso, apropiación o indebida disposición de los fondos otorgados por el Estado como anticipo, puede constituir un delito, una vez en firme esta resolución y toda la documentación que la soporta serán enviadas a la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo”.

- Mediante Resolución No. 03182 de 16 de julio de 2010, el Asesor de la Dirección General – Coordinador Plan 2500 Instituto Nacional de Vías, resolvió los recursos interpuestos en contra de la Resolución No. 07389 de 22 de diciembre de 2009.

En el acto administrativo aparecen los resúmenes de los recursos de reposición interpuestos, de los cuales se destaca lo siguiente:

RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRATISTA	ARGUMENTOS INVIAS PARA CONFIRMAR LA DECISIÓN
<p>1.- Falsa motivación.</p> <p>1.1.- Arguye el recurrente que INVIAS es el único responsable de la no amortización del anticipo, puesto que el manejo se efectúa conjuntamente y la obra fue recibida a satisfacción.</p>	<p>No es procedente esta acusación pues quien incumple el contrato referido es el contratista, a quien la administración le concedió tiempo suficiente para realizar el objeto contractual, incumplimiento que quedó plasmado en el Acta de entrega y recibo definitivo de la obra. Con relación al manejo y debida inversión del anticipo, el cual es el asunto que nos ocupa, el contratista incumplió con la carga que la relación contractual le impone de amortizar los valores por este concepto desembolsados o en su defecto, su devolución, situación de la cual deriva la ocurrencia del siniestro que se declara. En este sentido se niega por lo tanto el cargo y se reitera la providencia recurrida.</p>
<p>1.2. Igualmente considera que previa a la declaratoria del siniestro se debió efectuar la liquidación del contrato, acto en el cual se efectúa el balance económico y financiero, razón por la cual no se podría verificar la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del mismo.</p> <p>Indica el recurrente que se debe considerar las obras adicionales efectuadas por el contratista y la obra por facturar de acuerdo al acta de recibo, afirmando que de hacerse la liquidación del contrato, quedaba probado que el anticipo se invirtió en un 100% en la obra contratada. Para el contratista con el recurso "no se pretende desconocer la existencia de una diferencia entre el anticipo invertido y el anticipo amortizado", sino que no se puede desconocer que el anticipo se invirtió en su totalidad.</p>	<p>Para el despacho esta argumentación tampoco es de recibo en cuanto resulta contraria a la realidad material deducible de la documentación que obra en el expediente y que fue ampliamente relacionada en el punto anterior de este escrito. La configuración de la falsa motivación se pretende sustentar con un discurso no ajustado desde la perspectiva probatoria (...) La negligencia del contratista durante el proceso para acreditar la amortización del anticipo se prueba a lo largo del expediente y no es pertinente que este alegue que se requiera la liquidación contractual para cumplir con sus obligaciones. Si el contratista no cobra a la entidad, bajo el procedimiento legal establecido para ello, mal haría la administración con tener en cuenta los valores no soportados para la amortización del anticipo. El contratista debió efectuar la amortización del anticipo a medida que fuera ejecutando la obra, sin embargo, en el momento en el que se suscribió el acta de entrega y recibo definitivo de obra se verificó un valor sin amortizar de TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$3.890.208.234.38) MONEDA CORRIENTE. El contratista, se encontraba en la obligación de efectuar la amortización <u>con los extractos, facturas y conciliaciones bancarias, comprobantes de egreso contable y tributariamente soportados, cosa que hasta la fecha no ha ocurrido.</u> De igual manera, para proceder a la liquidación del anticipo por haber sido invertido totalmente en la ejecución de la obra, se debe agotar por parte del contratista trámites administrativos y contables que soporten la actuación, le extraña al despacho que el contratista no hubiese a la fecha cumplido con estas exigencias fundamentales para el soporte de la cuenta y ahora las</p>

	<p>alegue sin sustento alguno para efectos del presente recurso.</p>
<p>1.3.- Considera el recurrente que debe operar compensación entre contratante y contratista una vez se liquide el contrato, exonerando al contratista del pago por concepto del siniestro del anticipo. Para el recurrente, INVIAS se encuentra en mora frente al pago de las obras ejecutadas por el contratista y por lo tanto, en su obligación de liquidar el contrato.</p>	<p>Con relación a esta consideración es preciso aclarar que, como ya se expuso anteriormente, el Contratista no amortizó totalmente el valor del anticipo como legal, administrativa y contablemente debía, por lo tanto, no se puede efectuar compensación de los valores descritos por el recurrente, por cuanto estos, por la negligencia del contratista, no se encuentran debidamente legalizados y en ninguna medida se cumplen los presupuestos legales para que opere la compensación de deudas</p>
<p>2.- Verdaderas cifras del contrato.</p> <p>Estima el contratista recurrente que se deben tener en cuenta obras ejecutadas fuera del plazo del contrato por un valor de \$1.016.971.809, obras recibidas pendientes por facturar por un valor de \$1.077.592.836,40 más ajustes y el valor de sobrecostos por \$5.347.559.784,40 correspondientes a la:</p>	<p>Con relación a esta consideración es preciso aclarar que, como ya se expuso anteriormente, el Contratista no amortizó totalmente el valor del anticipo como legal, administrativa y contablemente debía, por lo tanto, no se puede efectuar compensación de los valores descritos por el recurrente, por cuanto estos, por la negligencia del contratista, no se encuentran debidamente legalizados y en ninguna medida se cumplen los presupuestos legales para que opere la compensación de deudas (...)</p>

<p>1. Afectación por el régimen extraordinario de lluvias,</p>	
<p>2. Afectación por el cierre del puente Luis Ignacio Andrade, 3. Ubicación de las fuentes de materiales, y 4. Prohibición del paso de vehículos de carga.</p>	<p>Sobre este punto, resulta sorprendente que el contratista insista en el reconocimiento de obras ejecutadas por fuera del plazo estipulado en el contrato, esto no es solo el reconocimiento expreso del incumplimiento contractual, constituye una verdadera confesión de su actuar indebido y violatorio a los intereses estatales, mal podría el Instituto validar actos posteriores al contrato y que solo a través del aval de la jurisdicción contenciosa se podrían considerar para efectos de mermar los perjuicios sufridos por la Administración. En este orden de ideas, tampoco el Instituto podría tener en cuenta obras que una vez verificadas en cuanto a su calidad y requerimientos técnicos, los mismos no se satisfacen, razón por la cual en su momento no fueron aceptadas y no encuentra en ello sustento para la amortización del anticipo.</p> <p>Respecto a los supuestos sobrecostos presentados, este despacho considera que éste no es el momento procesal para ponerlos a consideración de la Administración, no podemos perder el horizonte donde lo que se busca es ante todo es sancionar a un contratista, que dio con su negligencia y falta de cuidado en la ejecución del contrato, un mal uso de los anticipos que la Entidad, confiada en el principio de buena fe, le asignó para su ejecución. Por lo tanto resulta inadmisibles la discusión que pretende suscitar el señor contratista en relación a este punto.</p> <p>(...)</p> <p>Se trata por lo tanto, de un asunto sumido en las razones derivadas de los mandatos de los artículos 2, 123 inciso 2 y 209 de la Constitución Política que disponen de manera imperativa, que toda actuación de la administración pública debe hacerse y operarse en procura de consolidar los intereses públicos y generales de la comunidad. Para el caso, nada más claro y coherente con este postulado constitucional, como es el de obtener <u>la devolución de recursos públicos que no fueron debidamente invertidos por el contratista y que adicionalmente, en clara vulneración del principio de la buena fe negocial, los retiene de manera ilegal lesionando el patrimonio público, desconociendo, en consecuencia sus deberes y compromisos contractuales.</u></p>

<p>4.1.- Debido Proceso. Se viola para el recurrente este principio por que INVIAS desconoció las actuaciones del contratista para demostrar la ejecución de obras por valor superior a la declaratoria de siniestro del anticipo y por no liquidar en el plazo establecido contractualmente para ello el contrato, en la cual se determine el resultado económico real e igualmente desconoce la circunstancias que generaron el desequilibrio económico del contrato. Considera el recurrente que INVIAS no le dio la oportunidad al contratista de solicitar pruebas y controvertir las existente en contravía de este principio.</p>	<p>Con respecto a este punto lo que se observa del estudio de la documentación contenida en el expediente, es todo lo contrario a lo expresado por el recurrente: se deduce sin mayores esfuerzos el sumo cuidado y respeto a los derechos del contratista, por parte de la administración durante la ejecución del contrato. Del estudio de las diferentes actas que acompañaron la ejecución, lo que se observa es el respeto permanente a los derechos procesales del contratista, pero también el reclamo permanente y vehemente de la administración al mismo, con ocasión de los malos manejos y falta de la debida inversión de los anticipos entregados. Lo que se deduce en el actuar de los funcionarios del Instituto y de la interventoría, es la permanente defensa del interés público y general al exigir la amortización o la devolución de los anticipos (recursos públicos) que venían siendo mal utilizados por el contratista. Esta es la verdad que fluye sin mayor esfuerzo del expediente del contrato. La administración tiene la certeza documental y técnica de que el anticipo no fue invertido totalmente por el contratista. (Véase acta de entrega de fecha 20 de Abril de 2009).</p> <p>Al contratista se le comunicó oportunamente lo que la administración consideró como ocurrencia del siniestro. Del estudio de la documentación en la carpeta de la presente actuación, se observa que al contratista se le informó el objeto de la convocatoria, se le dio la oportunidad para expresar sus opiniones y ejercer el derecho de defensa, incluso se le recibió la suma de MIL TRESCIENTOS VEINTE MILLONES QUINIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$1.320.503.884,62) MONEDA CORRIENTE, por concepto de devolución del anticipo; luego no se entiende la razón de alegar la violación del debido proceso. De igual manera, mediante la presente providencia se está resolviendo los recursos de reposición interpuestos por tanto él como por la compañía garante del contrato, lo cual demuestra que la Administración ha sido excesiva en las garantías brindadas al contratista y por lo tanto, no es de recibo ésta acusación.</p>
<p>5.- Insuficiencia en la motivación del acto administrativo impugnado. El recurrente considera que INVIAS deja de lado hechos y situaciones ligados al acto administrativo como la existencia de los valores correspondientes a obra ejecutada fuera del plazo y no recibida y la ausencia de liquidación del contrato. Al haber recibido a satisfacción la obra ejecutada y declarar frente a lo recibido a paz y salvo al contratista, no es tiempo para INVIAS declarar el siniestro del anticipo.</p>	<p>"Sobre este punto el Despacho ya se ha pronunciado..."</p>

<p>6.- Solicita el recurrente tener como pruebas, además de los documentos que se encuentran dentro del expediente del contrato relacionados con la adecuada inversión y manejo del anticipo, prueba pericial por técnico especializado en vías que certifique la existencia, calidad y valor de las obras ejecutadas por el contratista e Inspección judicial a la contabilidad del Consorcio Proyectar para determinar el valor recibido por anticipo, su inversión e inversión total realizada en la obra.</p>	<p><u>Con relación a las pruebas solicitadas por el contratista, para este despacho la prueba carece de idoneidad y conducencia para desvirtuar los argumentos del fallo de instancia y con ella lo único que se busca es demorar de manera injustificada la presente actuación procesal.</u></p> <p>Por otra parte, del caudal probatorio que obra en el expediente, todos de carácter documental, con participación del contratista, fluye con suprema claridad la situación fáctica que involucra la declaratoria del siniestro, documentos que gozan de presunción de legalidad y que no fueron tachados por el recurrente en su debida oportunidad conforme lo establece el Código de Procedimiento Civil.</p>
---	--

RECURSO DE REPOSICIÓN ASEGURADORA	ARGUMENTOS INVIAS PARA CONFIRMAR LA DECISIÓN
<p>1.- Imposibilidad de Declarar la ocurrencia del siniestro del anticipo, toda vez que el contrato No. 1657 de 2005 no ha sido liquidado en los términos de la cláusula vigésima cuarta del mencionado contrato y los artículos 60 y 61, de la Ley 80 de 1993.</p>	<p>Con respecto a este punto nos remitimos a lo ya considerado en los numerales 1.1. y 1.2. frente al recurso presentado por el contratista.</p>
<p>Para el recurrente, a la fecha de expedición del acto administrativo de declaratoria de siniestro del anticipo, el plazo del contrato se encontraba vencido y por eso lo único procedente es la liquidación bilateral o unilateral del contrato, en la cual se ha de establecer los valores pendientes de pago y si es preciso, lo que debe devolver el contratista. Relaciona en el recurso la entidad garante valores de obra ejecutada pendiente de facturar por el contratista que se encuentran contenidos en el Acta de Entrega y Recibo Definitivo de la obra en cuantía de \$801.857.622.61, las cuales considera deben ser tenidas en cuenta al momento del balance económico y se deben descontar del anticipo pendiente por amortizar</p>	

<p>Imposibilidad de declarar la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, toda vez que no se demostró plenamente la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida en términos de las condiciones generales cláusula cuarta y artículo 1077 del Código de Comercio. El contratista invirtió el anticipo en la ejecución.</p> <p>Para la entidad garante, el siniestro se configura por el uso indebido o la apropiación de los dineros recibidos por anticipo por parte del contratista, situación que considera no se encuentra demostrada en la resolución recurrida, toda vez que el contratista si invirtió el anticipo en la ejecución de la obra, de acuerdo a los pagos autorizados por la Interventoría y el saldo devuelto a la entidad estatal. Adiciona el recurrente que tampoco se encuentra demostrada la cuantía de la pérdida como ni la ocurrencia del siniestro.</p>	<p>Con <u>el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, suscrita y reconocida por el contratista,</u> se puede claramente determinar que existe un saldo pendiente por amortizar del anticipo concedido y el valor corresponde a TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$3.890.208.234.38) MONEDA CORRIENTE, por lo tanto, considera este despacho que la ocurrencia del siniestro y la cuantificación de la pérdida se encuentran debidamente probadas, contrario a lo que estima el recurrente.</p>
<p>3.- El valor pretendido por el Instituto Nacional de Vías, no tuvo en cuenta la totalidad de las obras ejecutadas por el contratista pendientes de pago, así como las obras no aceptadas por Interventoría y las susceptibles de deterioro, las cuales tienen un costo que debió ser descontado del valor del anticipo no amortizado. Para el recurrente, debe tenerse en cuenta el valor de obra ejecutada y aceptada por valor de \$1.077.592.936.40 y obra ejecutada pero no aceptada y obras susceptibles de deterioro y no certificadas por valor de \$953.082.140.50 y \$801.857.622.61.</p>	<p>"Con respecto a este punto nos remitimos a lo ya considerado en el numeral 2 frente al recurso presentado por el contratista"</p>
<p>4.-Compensación.</p> <p>Solicita el recurrente que en caso de no ser revocado el acto administrativo se efectúe compensación del valor pretendido con los saldos existentes a favor del contratista pendientes de pago.</p>	<p>"...el contratista no amortizó totalmente el valor del anticipo como legal, administrativa y contablemente debía, por lo tanto, no se puede efectuar compensación de los valores descritos por el recurrente, por cuanto estos, por la negligencia del contratista no se encuentran debidamente legalizados..."</p>

- En cuanto a los recursos de reposición interpuestos, la Interventoría se pronunció en la forma que sigue:

"Que la firma Interventora del Contrato de Obra No. 1657 de 2005, CONSULTORES REGIONALES ASOCIADOS "CRA S.A.", mediante oficio CRA-0819-10 del 16 de marzo de 2010, radicado INVIAS 20757 DEL 18 DE

Marzo De 2010, con relación al recurso presentado por el contratista y la compañía aseguradora garante expuso lo siguiente:

1.- En relación al anticipo establece que se concedió por este concepto un valor de \$5.334.286.602,00, se amortizó un total de \$**123.574.484.00**, se efectuó devolución por valor de \$1.320.503.883,62, quedando un saldo por amortizar de \$3.890.208.234,38.

2.- **En balance revisado por el Consorcio Proyectar y la Interventoría, el valor amortizado conforme las actas de recibo parcial presentadas es de \$123'574.484.00.**

3.- Que son total responsabilidad del Contratista **la presentación de Actas por hitos terminados inicialmente de un kilómetro**, posteriormente, se indicó que podían ser 500 metros y se requería la presentación del Acta correspondiente, previa revisión del cumplimiento de las especificaciones y demás aspectos contractuales.

4. Que al elaborar el Acta de recibo definitivo, se efectuó una evaluación completa y en conjunta Interventoría – Contratista, **dejando claridad en todo lo ejecutado y recibido incluyendo las obras susceptibles de deterioro que podía certificar la Interventoría y obras susceptibles de deterioro y no certificadas por la Interventoría, porque no contaron en su momento con la trazabilidad de cantidad y calidad**, aspecto que fue decisión del Contratista en su programación y orden de ejecución de labores.

5. Que el balance final arroja un valor básico de \$1.077.592.936.40 de obra ejecutada y aceptada sin facturar, tal como figura en el acta de entrega y recibo definitivo de obra y un monto de \$891.857.622.61 que corresponde a obras susceptibles de deterioro y no certificadas por la Interventoría”.

6.5.7. Memorando No. SGT-GPD 52025 de 16 de agosto de 2013 del INVIAS

Al expediente fue aportado el memorando de 16 de agosto de 2013, remitido por Mauricio Ospina Reyes, del Grupo Plan 2500, a la Oficina Asesora Jurídica.

El contenido es el siguiente:

*“Manifiesta el accionante en los numerales 15 y 16 de los hechos que la cuenta conjunta era manejada por el representante legal de la obra y la correspondiente de la interventoría, sin embargo, las inversiones deben verse reflejadas en obras, es decir a todo costo o erogación está asociado un precio o valor de venta, que incluya el AIU, es decir el costo más un presunto beneficio, **lo que no se puede explicar es por qué al hacer el cierre de las obras, no hay obras suficientes que permitan corroborar que los recursos entregados en calidad de anticipo fueron invertidos en la obra.***

• *El Instituto tiene evidenciado que inicialmente el siniestro de anticipo ascendía a \$5.210.712.118.00, toda vez que no estaba probado por el contratista la inversión en la obra o mejor que las obras ejecutadas no reflejaban los recursos entregados por el Instituto, es decir a todo precio se tiene asociada una utilidad*

y en las obras ejecutadas no se evidencia dicha relación; de otro lado argumenta el demandante que el acta de recibo es la prueba que los recursos se invirtieron y se hace mención a que hay obras que prueban que el Instituto desconocía dicha circunstancia, al contrario, **el Instituto indica que hay recursos sin demostrar su inversión y por ello previo el proceso sancionatorio, se evidencia que los recursos no están invertidos en la obra.**

- Evidencia el demandante que hay obras por \$953.082.140.50 que "no se aceptan" y que están reflejadas en el Acta de Recibo, si es evidentemente cierto, pero también es evidentemente cierto que **las obras ejecutadas no satisfacen los estándares de calidad y los requisitos mínimos técnicos** que permitan ofrecer una vía segura, técnicamente bien hecha y a los costos ofertados por el contratista, en ese contexto, las "obras" no pueden ser recibidas y por ende los valores mencionados no pueden ser sujeto de descuento del monto del siniestro por cuanto la amortización del anticipo, debe satisfacer unas condiciones que para este caso no se cumplen.

- De otro lado se relacionan obras por \$53.909.637.30 como obra rechazada, que significa esto?, simple, que las condiciones constructivas, técnicas, no satisfacen los requisitos mínimos técnicos del Manual de Construcción de Carreteras que hace parte del contrato y por tanto, no son siquiera susceptibles de eventuales reparaciones, rechazo de plano, en ese marco **no se puede descontar del anticipo, una obra que no sirve y que no puede contabilizarse afectando unos recursos del estado, por ello si debe desconocerse este valor para efectos del siniestro de anticipo.**

- De otro lado, en el Acta de Recibo a que se ha venido haciendo referencia, se mencionan o indican obras susceptibles de deterioro por \$801.857.622.61 que quiere decir esto?, para poner en contexto al señor juez y haciendo un parangón, si se contrata la construcción de una casa, se hace todas las obras de cimentación, construyen paredes, se hacen e instalan las puertas, se enchapan los baños pero no se hace la cubierta, las obras que se hicieron, seguramente en breve plazo se deterioran gravemente, que seguramente implicarán en corto plazo la demolición y una nueva construcción y al contratista que contraté para que me hiciera la casa, pues no puedo pagarle lo que no construyó; huelga decir que el instituto contrató la construcción de una vía y estableció como condición de pago el HITO, **en este caso, no se cumplió dicho hito, que significaba la entrega de la obra terminada en condiciones de operación y seguridad que garantizara la vida de los usuarios.**

- De otra parte, en la misma acta de marras se mencionan obras que fueron recibidas pero que no se encuentran facturadas por \$1.077.592.936.40, **ello lo que evidencia es que el contratista no cumplió a tiempo con la presentación de las Actas de Obra, debidamente aprobadas por las instancias correspondientes como lo es la Interventoría, el Gestor de Proyecto y la aprobación del Ordenador del Gasto, trámites que deben surtir para el reconocimiento y pago de obras, acorde a lo establecido en el Manual de Interventoría y que era de conocimiento del contratista; con base en lo anterior el Instituto hace el balance del contrato y determina que no se encuentran justificados, explicados y amortizados los recursos entregados a título de anticipo al 100% y por ello se hace indispensable llamar al garante a**

responder. **En resumen no se pueden aceptar ni deben tenerse en cuenta al hacer el balance del contrato**, toda vez que el carácter del anticipo no es pagar los errores u omisiones del contratista, sino coadyuvar en el inicio de las obras y la falta de técnica, los malos procesos constructivos, la falta de logística, no puede ser trasladada al Instituto y debe responder el garante que afianzó al contratista mediante una garantía única de cumplimiento que está siendo afectada por una serie de insucesos a cargo del afianzado.

- Los contratos estatales cuentan con un plazo para ser liquidados y esta liquidación resume los acreencias a favor de una u otra de las partes, pero una trámite básico y preliminar para hacer este balance es tener recibidas las obras, los reconocimientos sólo son posibles dentro de la liquidación como establece la ley, pero es claro que el Instituto dio aviso al garante que no se evidenciaba que los recursos entregados en calidad de anticipo, **no se encontraban invertidos o que no se evidenciaban obras que satisficieran los dineros entregados a título de anticipo, aviso que se hizo dentro del plazo para hacer el aviso.**

- El demandante demanda que las obras no recibidas "debían ser sometidas a discusión sobre su aceptación", obvio que se hizo la discusión, **cuando el plazo del contrato era hasta el 6 de diciembre de 2008**, el acta de recibo sólo se suscribió hasta el 20 de abril de 2009, cuando sólo se disponía de 45 días para ello y el contratista la suscribió cuando se desglosaron las obras no recibidas, las rechazadas, las no facturadas etc. Es claro que para poder liquidar se requiere contar con el acta de recibo y hasta que la misma se suscribiera no se podrían iniciar acciones para liquidar, **pero si se evidenció que había recursos sin justificar o con obras por recibir que cumplieran los parámetros técnicos para recibirla y que implicaran amortización del anticipo.**

- Finalmente, se considera que si bien había una cuenta conjunta para el manejo de recursos, no es menos cierto que el **esquema o la inversión de los dineros girados, no se ven reflejados en obra**, es importante mencionar que el Instituto sólo aportaba parte de los recursos y eran como apalancamiento y no para resolver las limitaciones de liquidez del contratista y para ocultar un problema de adquisición de bienes o pagos, que requerían su propia eficiencia y control y deberían guardar correlación con los APU y los costos propuestos¹⁷.

6.5.8. Testimonio del Ingeniero Orlando Ortiz Gómez

A folio 404 del expediente obra el registro de audio y video del testimonio de Orlando Ortiz Gómez, quien declaró lo siguiente:

“Casado, con 2 hijas. Ingeniero Civil Con especialización en administración de obras civiles. Soy funcionario público hace desde el año 88. Fui jefe de la sección de licitaciones y contratos del Fondo Nacional de Caminos vecinales. En el año 94 pasé al Instituto Nacional de Vías como profesional, especializado del área de licitaciones. Me desempeñé en la subdirección de la red terciaria y férrea del Instituto Nacional de Vías, en la coordinación del Grupo tercero y

¹⁷ Folios 59 y 60, cuaderno contestación de la demanda.

férrea. Estuve encargado de alrededor de 9 meses de la subdirección del medio ambiente del Instituto Nacional de Vías. Fui, por un año, director de transporte de la Secretaría de movilidad del distrito. Estuve 2 años, aproximadamente en el Grupo Plan 2500 del Instituto Nacional de Vías como coordinador. Fui coordinador del grupo Túnel de la línea del año. 2014 al año. 2000. 18. Y actualmente me desempeño en el Instituto Nacional de Vías. Como gestor de proyecto del cruce de la cordillera central, túnel de la línea”.

De la declaración sobre los hechos del proceso, se destaca lo siguiente:

“Magistrado. Entonces yo me voy a permitir relacionar todas las circunstancias que conocí en desarrollo de la ejecución de este contrato en el año. En el año 2009, llego al Grupo Plan 2500, hay un programa de pavimentación de carreteras de vías secundarias establecidas en su momento en el plan de desarrollo del señor Presidente Uribe. En el momento en que llegue yo al Grupo se me informó acerca de la situación del plan, entre los cuales habían algunas situaciones con varios contratos en ejecución por razones de incumplimiento. Durante mi gestión, dentro de los principales objetivos que me tocaban (sic) desarrollar, porque éste era un contrato que ya había finalizado, había finalizado en el año 2008, en diciembre de 2008. Pues tenía la obligación, pues a la delegación de funciones que me habían dado, de llevar adelante una serie de procesos sancionatorios por incumplimientos de los contratos y por falta de amortización de algunos anticipos (...). En este caso específico, estamos hablando de la firma contratista proyectar. Encontramos que. Tenía alrededor. Yo tengo aquí la cifra de exactas, pero lo voy a decir de lo que me acuerdo tenía alrededor de 5 o 6 contratos en el Instituto, Boyacá, Cundinamarca, Santander, si no estoy mal, y todos en problemas, todos en problemas en la ejecución (...) Entonces encontramos un contrato incumplido, iniciamos un proceso, en su momento, un proceso de caducidad solicitado por interventoría de un contrato que venía, de acuerdo a la información, con una sanción en el 2017, y con un precio de caducidad, después de tener el conocimiento de todo lo que había pasado en el desarrollo de la ejecución y haber adelantado una serie de audiencias para este proceso de caducidad. Entonces él no fue posible aplicar esta caducidad por algunas circunstancias de orden jurídico que los abogados son los que conocen de la materia (...) Mi obligación era salvaguardar los dineros públicos, y de acuerdo a la información suministrada tanto por interventoría, como por la firma consultora que había contratado el Instituto Nacional de Vías, en ese momento que ejercía la supervisión, indicaba que el contrato había ejecutado un valor mínimo, casi por debajo del anticipo. Y que adicionalmente, las obras que se habían ejecutado no las podía la interventoría recibir en su totalidad porque no cumplían con las condiciones de calidad. En ese orden de ideas y de acuerdo al Contrato mismo firmado y al Acta de recibo final, donde incluso la misma apoderada del contratista la firma, indica claramente de que hay un anticipo sin amortizar de alrededor de 3800 millones de pesos, y el contrato dentro de sus cláusulas también establecía que la amortización del anticipo se hacía con la presentación de las actas de obra (...) Por lo tanto, una vez tenida en cuenta el acta de recibo final se observa claramente que existe un anticipo sin amortizar y, por lo tanto, es que en el interior del grupo se toma entonces la decisión y se hace todo el trámite para hacer el siniestro del anticipo, del cual estamos hablando. Eso con respecto al trámite, señor magistrado, usted dice, pues que no me puedo extender en más circunstancias, que quisiera hacer para indicar que es muy difícil que una

empresa que se presenta una habitación es que valen alrededor de 75.000 millones, hago una propuesta por 45,000 millones, y que un contrato en el cual se ejecuta alrededor de 3000 millones, y ni siquiera se ejecute el valor del anticipo otorgado, que es de 5000 millones. Estamos ante una inversión de anticipo que no está bien ejecutada.

Se contrató una firma especializada para hacerle la supervisión. Entonces, durante la ejecución del contrato, de acuerdo a la información suministrada y documentos que reposan en el expediente, es muy claro, que el interventor tiene todas las evidencias donde demuestra que de las obras que el contratista ejecutó, muchas no cumplían con las condiciones de calidad. Estoy hablando que se indicaba que la base y la subbase para el pavimento, no cumplía con las especificaciones de construcción que en su momento tenía el Instituto Nacional de Vías. Estoy hablando de que se dejaban obras a la intemperie y no se pavimentaron, es decir, obras que con los aguaceros se iban a perder. Estoy hablando de que los materiales que suministraron no cumplían con especificaciones de construcción. Todas esas circunstancias, más los registros fotográficos que deben de estar en los respectivos informes de interventoría y de la consultoría, y los respectivos resultados de ensayos de laboratorio, los materiales a los cuales se le hayan realizado son evidencias claras de que hay obras que no cumplieron con las especificaciones y que por dicha razón el interventor, que es el Instituto Nacional de Vías en la obra, y el consultor en este caso, certificaron de que dichas obras no cumplían con las especificaciones y, por tanto, no las recibieron”.

Sobre los conceptos que se utilizan en el acta de terminación:

“Lo primero que quisiera aclarar es que el contrato indicaba que la forma de pago era por hito terminado, que llamamos hito terminado. En este caso era 1 km de carretera debidamente pavimentada, y para ello puede inventar una carretera, necesito hacerle una estructura de pavimento que llamamos nosotros, que es un material que llamamos capa de su base, con unas especificaciones, un material encima que llamamos capa de base, con unas especificaciones más fuertes que el anterior, una capa de asfalto y sus respectivas obras de drenaje que es por donde pues sacamos el agua, circula el agua de lluvia, y los filtros por no usar el agua, infiltración que es el agua que está por debajo de la tierra. Entonces, la condición de la forma de pago era, usted me termina 1 km y yo se lo pago, el contrato tuvo una modificación y es que para darle más flujo al contratista le dijeron, venga, le voy a pagar, no solo cuando tengo 1 km, sino cuando tenga medio kilómetro. Haciendo esa claridad, entonces pasó a hacer la desagregación de lo que la interventora en su momento certificó. El que dice el señor ejecutó obra por un valor decerca 3000 millones, con las cifras que recuerdo y he podido repasar. De esos 3000 millones que él ejecutó hay 1000 que no le recibo porque no cumple las especificaciones de construcción, o sea, que los materiales no cumplen la calidad de exigida, hay 2000 que sí se lo recibo, de esos 2000, el señor contratista presentó una factura por alrededor de 1000, y de los otros 1000, pues el señor contratista no presentó la factura. Digo, realmente no me acuerdo, no se por qué no la presentó, seguramente no tenía los documentos completos, seguramente no, no tenía los paz y salvos respectivos. De todas formas, no los presentó. Ahora, qué dice el interventor, dice hombre, él también hizo algo, ¿Pero es que es algo? Como le comento si yo tenía que pagarle a

nivel de pavimento, ese algo es un ejemplo, hizo la subbase, pero es que la subbase, sin el pavimento con el con el agua se deteriora. Entonces dijo, sí, él hizo eso, pero ese trabajo que él hizo se va a deteriorar. con el agua y yo no se lo pago porque es que la forma de pago no es esa, la forma de pago en este contrato es especial y es muy diferente a las formas de pago que se utilizan en en algunos contratos de obra pública, que es a precios unitarios, que es si usted me hace 1 metro cúbico de concreto yo lo pago. Pero es que aquí la condición era diferente aquí es que usted me tiene que hacer es 1 km pavimentado de día y después medio kilómetro, o sea, la estructura completa. También dice, creo que hay otra otra otra clasificación, que era una, y es que hay unas obras que el señor hace, y el contratista la llamada rechazadas, que creo que ya lo he dicho, o sea que no cumple especificaciones. Y creo que hay otra apreciación que hablan ahí, y es que hay unas obras que se hicieron, pero que el interventor no estaba, o sea que hicieron volver el tiempo, o sea, que él no tiene como certificar. Esa es esa obra. Entonces, básicamente eso como los conceptos que me acuerdo, que estaban trabajando y en ese en ese contrato, bien. (...)

“A las 4:10 PM. se le otorga el uso de la palabra al apoderado de demanda. Para que así lo desea formule preguntas al testigo. Muchas gracias, señor al magistrado. Ingeniero.(...) Quisiera preguntarle la razón por la cual Usted en la resolución que declara la ocurrencia del siniestro de anticipo, no incluyó obras ejecutadas y aceptadas por la interventoría (...) que el ACTA es del 20 de abril, y la resolución que declara la ocurrencia del siniestro, la 07389 es del 22/12/2009 (...) Le hago la siguiente claridad, el contrato se venció en diciembre de 2008, desde el punto de vista presupuestal, el contratista tiene la obligación de cobrar las obras que la interventoría le recibe dentro del año fiscal en que las ejecuta, porque si el contratista no las factura dentro del año fiscal que las ejecuta, el presupuesto fenece, el presupuesto no se puede ejecutar, y la obra no se puede pagar en ese momento. Y entonces, qué le toca hacerle al contratista, al contratista le toca adelantar un proceso ante la procuraduría para hacer una conciliación y para que la entidad, a través de un rubro completamente diferente al rubro de inversión, sino al rubro de conciliaciones, haga ese respectivo pago. La Oficina de Contabilidad, mientras que la cuenta no le llegue, no puede sentar ninguna inversión y, por lo tanto no puede hacer ninguna amortización. La Oficina de contabilidad reporta los valores de anticipo sin amortizar. Los valores sin amortizar, sin anticipar son los valores que se van a los entes de control, independientemente de que el señor no haya cobrado, independientemente de que el señor no haya hecho la obra, independientemente y que el señor esté reclamando porque tiene desequilibrio, cuentas, y ese es el valor que el funcionario público debe velar porque esos dineros sean devueltos al Estado, tal y como los giró en anticipo. ¿Entonces, por qué no se puede incluir? Porque es que esos valores que usted no o que el contratista no ha facturado, primero, se tiene que pagar por otro lado, segundo, esos valores requieren pagar unos impuestos y los impuestos los debe pagar es el contratista, no el Instituto. Entonces, mientras que esos valores no estén pagos en la vía, forma y se hayan pagado los impuestos correspondientes, no es posible que la Oficina de Contabilidad los contabilice. ¿Entonces? Dentro de la resolución de siniestros de anticipo, está claramente definido que de acuerdo que el contrato Usted me amortiza con las actas de obra recibidas y facturadas, (...) Por todas esas cosas entonces por esa razón

yo no podía incluir en la resolución un acta que a la entidad no se la han presentado formalmente y que haya legalizado la Oficina de Contabilidad”.

En cuanto a la liquidación del Contrato:

“Preguntado. Manifiéstele al despacho la razón o razones por las cual en su calidad de asesor de la Dirección General y coordinador del Plan 2500 del invías, por qué no liquidaron una vez vencido el plazo del contrato, no liquidaron el mismo. Y, por el contrario, sí. profirieron resolución después de muchos meses para declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento(...) Como lo dije anteriormente. este es un contrato que desde el principio incumplió (...) En el 2007 sé que aplicaron una multa. En la documentación se ve que en el 2018 inició un proceso de caducidad, cuando yo llego y encuentro un contrato incumplido, se me solicita el curso de caducidad. ¿Entonces, qué pasa? Yo llego en el 19 Inicio de todo un proceso de caducidad con una serie de audiencias con una serie de requerimientos esperando que el señor conteste el concepto del interventor, el concepto de la consultoría, el concepto espera que la aseguradora se pronuncie (...) Esto conlleva un tiempo (...) Y lo que me acuerdo es que cuando nosotros después de que adelantamos todo ese proceso que tenía involucrado el proceso de causalidad y sin eso anticipó. (...) Por todo ese trámite que se hizo y estas cosas es que es que seguramente la la resolución no me acuerdo en qué año salió, no sé, 2009 fue cuando llegue, sí en el 2009, de 2009. Entonces eso tiene, pues esos, esos, esos, esos trámites de tiempo que hubo que, o que se gastaron haciendo todo ese procedimiento y que la responsable en el momento en que salió. Preguntado: Sí, ingeniero, pero la pregunta es concreta, porqué no liquidaron el contrato. Testigo: (...) Y es que yo, si hay un contrato incumplido, lo primero que tengo es que es que bien sea declarar el incumplimiento o los abogados dicen que demandar el incumplimiento, pues hasta que yo no tenga claro todo eso, yo no publicar un contrato porque se supone que la liquidación de un contrato es como el cierre final, no, o sea. (...) Si yo tengo un problema con un contrato de incumplimiento, pues yo primero tengo que resolver esa situación y declara y no liquidarlo.

Finalmente ingeniero, manifiesta usted en esta declaración que el contratista definitivamente no amortizo anticipo, y así lo pues, así está en la resolución que declara la ocurrencia del siniestro (...) pero obra en el presente proceso ya en esta controversia que conforme a la documentación suministrada por el contratista. Una, para efectos de inversión del anticipo y para efecto del contrato de seguro. Una relación de pagos autorizada por la interventoría con cargo al anticipo, invertidos en desarrollo y ejecución del contrato, pagos esos que fueron presentados por el contratista y autorizados por la interventoría como obra en el expediente. (...) La pregunta es muy concreta ¿Qué tiene usted para manifestar como asesor y director del Plan 2500 de la época a esta prueba que aparece en relación con el desarrollo y ejecución del contrato y específicamente con el tema de inversión del anticipo?. Testigo: Bueno, lo primero es aclarar que efectivamente hay una devolución del anticipo que se tuvo en cuenta porque efectivamente se nos hizo llegar, se nos hizo llegar la consignación, y eso sí, bastante bien, lo recuerdo y lo volvió a consultar está incluido. Lo segundo es que esa relación hay pagos que fueron creados por interventoría porque también es claro de que en este contrato, en ese momento, la cuenta de anticipo la manejaba el interventor y el contratista, lo

cual ahora es a través de una. Entonces, ahí veo que usted tiene en el expediente una relación donde supuestamente el interventor le autorizó giros por ese valor, no se legalizó. No sé, entonces, respecto a eso, nosotros, como le decía en la resolución, pues nosotros en la resolución estamos dando la aplicación al contrato, o sea, a mí no me dice el contrato que yo tengo que amortizar contra relaciones, que el interventor me pase (...) Para mí es claro, primero que si un contratista se gasta el anticipo y no hace obras bien hechas, pues se está perdiendo su plata. ¿Por qué?, porque no se le va a pagar. Por un lado y por el otro lado, lo que le digo, el anticipo está basado en lo que está firmado contractualmente, y contractualmente está firmado que yo amortizó con actas de obra recibidas, en este caso kilómetros de pavimento ejecutados, no con una relación donde mira que el señor compró. (...) Sí, vuelvo, insisto, el anticipo se amortizará es con obra, no con relaciones de compras, eso está en el contrato”

6.5.8.1. Tacha del testimonio

En el curso de la diligencia se planteó la tacha del testimonio, en los siguientes términos:

*“...sin perjuicio de la intervención del despacho para interrogar cuando considere pertinente, previo al uso de la palabra, se otorga el tiempo para que se pronuncie el **apoderado demandante** por solicitud que ha hecho a esta audiencia. Muchas gracias, honorable magistrado. Para que sea analizado el testimonio en el momento del fallo. De acuerdo con las circunstancias que se den en la diligencia, me permito manifestar que tacho el testimonio, por estar en circunstancias de dependencia, de interés en las resultas del proceso. Y porque, básicamente, honorable magistrado, y pues, entiendo que este no es el momento procesal para plantearlo. Si se consulta que el objeto de la prueba, pedida por la parte demandada, se pide la declaración del ingeniero Orlando Ortiz Gómez para que “Especifique sobre los antecedentes que conllevaron a la declaratoria del siniestro de anticipo de la póliza de cumplimiento”. Y consultado ¿Que quién es el señor Declarante? Pues el ingeniero Orlando Ortiz Gómez, Honorable magistrado, es quien suscribe los actos administrativos que declaran la ocurrencia del siniestro y confirma la resolución mediante la cual se interpusieron los recursos de reposición. Para la parte demandante es claro que incluso la parte demandada no debió solicitar el testimonio de quien profirió el acto administrativo, cuando ese acto administrativo es derivado de un procedimiento administrativo que ya está en firme. Y que cualquier cosa que se diga por fuera del contenido de los actos administrativos, eh, cualquier cosa que se diga por fuera del contenido de los actos administrativos, pues se debería revivir nuevamente la actuación administrativa. En ese orden de ideas para nosotros, honorable magistrado, el testimonio, pues no debió ser pedido, no debió ser decretado. Y por supuesto, pues, como le digo en este momento, no es el momento procesal porque ya no hay recursos contra la prueba, pero sí, pues nos gustaría que quedara como constancia del recibo de un testimonio de quien profiere los actos administrativos y de unos actos administrativos cuyo procedimiento administrativo quedó ya en firme por la interposición de los recursos. Y el motivo de la tacha. Porque seguramente su Señoría ordenará de todas maneras practicar la prueba de testimonio es básicamente que se tenga en cuenta esos 2 aspectos. Uno, que el declarante es el mismo que suscribió*

los actos administrativos. Y dos, porque, por supuesto, hay un interés en las resultas del proceso y hay una dependencia, como lo acaba de manifestar, que sigue siendo funcionario del INVIAS como gestor del proyecto de cordillera central y quien suscribió como coordinador del Plan 2500 las resoluciones demandadas”.

El Magistrado se pronunció sobre la tacha del testimonio así:

“Bien. Como lo manifiesta el mismo apoderado demandante, no hay lugar a pronunciarse sobre reparos al decreto y práctica de esta prueba, la cual ya fue decretada mediante auto que quedó ejecutoriado bien firme y por lo tanto se seguirá adelante con la prueba. Por lo demás se trata de testigo idóneo justamente porque tiene conocimiento directo del desarrollo de las actividades en ejecución del contrato. Ya mencionado por otra parte, desde luego se tendrán en cuenta las circunstancias mencionadas por el apoderado al momento de analizar y sopesar la validez del testimonio que va a rendir el ingeniero Ortiz Gómez al momento de valorar las pruebas y proferir el fallo que en derecho corresponda, por lo tanto, el Despacho seguirá adelante con el testimonio”

Así las cosas, en la audiencia en que se recibió el testimonio, el Magistrado Sustanciador se pronunció sobre la improcedencia de formular la tacha del testimonio en esa etapa del proceso, de manera que no hay lugar a emitir pronunciamiento adicional sobre este asunto por haber sido definido en etapa anterior a esta sentencia.

6.6. Caso concreto

La Compañía Mundial de Seguros S.A. presentó demanda en ejercicio de la acción contractual con el fin de obtener la nulidad de actos administrativos proferidos por el INVIAS con ocasión del Contrato de Obra No. 1657 de 14 de septiembre de 2005, celebrado entre este Instituto y el Consorcio Proyectar, a través de los cuales se (i) declaró el siniestro de mal manejo del anticipo y su debida inversión; en consecuencia (ii) se impuso al Contratista la obligación de pagar la suma de \$3.890.208.234, 34, y (iii) se hizo efectiva la garantía única de cumplimiento extendida por la Compañía Mundial de Seguros S.A.

En general, la parte actora alega que los actos administrativos son nulos:

1. Por falsa motivación y violación directa de la ley, porque fueron dictados sin que el contrato de obra se hubiese liquidado.
2. Por falsa motivación, ya que al resolverse el recurso de reposición no estudió el cargo relacionado con la imposibilidad de declarar la ocurrencia del siniestro de anticipo sin que se hubiese liquidado el contrato.
3. Por violación al debido proceso y al derecho de defensa, al no sustentarse la negativa del decreto de las pruebas solicitadas por el Contratista, y por la ausencia de pronunciamiento en cuanto a la prueba solicitada por la

Aseguradora (tales pruebas habían sido solicitadas en los recursos de reposición contra el acto que declaró el siniestro).

4. Por falsa motivación y violación directa de la ley (artículo 1077 del Código de Comercio), al no demostrarse la ocurrencia del siniestro, su cuantía y que se había incurrido en uso indebido o apropiación del anticipo.
5. Por falsa motivación, porque el INVIAS no tuvo en cuenta todas las obras ejecutadas por el contratista pendientes de pago, las obras no aceptadas por la Interventoría y las susceptibles de deterioro, las cuales debieron descontarse del valor del anticipo.

El Instituto Nacional de Vías funda su defensa en la facultad que tenía para declarar el siniestro una vez este se configurara, sin que fuera un requisito para hacerlo la previa liquidación del contrato de obra. Señala que existían razones técnicas para no aceptar ciertas obras realizadas por el Contratista, y que las obras existentes no daban cuenta de la inversión del anticipo. Afirma que algunas obras se realizaron por fuera del plazo de ejecución del contrato o sin el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos. En cuanto a los actos administrativos demandados, considera que se resolvieron cada uno de los puntos planteados en el recurso de reposición.

La firma Consultores Regionales Asociados CRA Limitada fundó su defensa en la ineptitud e improcedencia del llamamiento en garantía al no demostrarse siquiera sumariamente el dolo o culpa grave; la imposibilidad de imputarle fáctica o jurídica las causales de nulidad, puesto que no participó en las decisiones tomadas a través de los actos administrativos cuya nulidad se persigue; el cumplimiento de las obligaciones de la Interventoría con respecto a la autorización del anticipo y verificación de su amortización.

El Consorcio Proyectar, en calidad de litisconsorcio necesario, no se pronunció en este proceso.

Procede resolver la controversia a partir del análisis de los cargos propuestos por el demandante, de acuerdo con lo probado en el proceso

6.6.1. Por falsa motivación y violación directa de la ley, porque fueron dictados sin que el contrato de obra se hubiese liquidado.

Este cargo no prospera, debido a que la ley no exige que la entidad contratante deba liquidar el contrato antes de declarar el siniestro por mal manejo del anticipo.

La entidad contratante podía hacer efectiva la póliza de garantía cuando surgiera el incumplimiento contractual, a través del acto administrativo de declaración del siniestro.

En este sentido se ha pronunciado esta Subsección, al señalar:

“De otra parte, debe resaltar la Sala que la declaratoria de siniestro de manejo de anticipo no exige que previamente la administración liquide el contrato, pues no se trata de un cierre de cuentas, sino por el contrario basta con que la entidad pública advierta del incumplimiento de la amortización del mismo, para exigir su devolución”¹⁸.

En consecuencia, no hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, a través de los cuales se declaró la ocurrencia del siniestro por el manejo del anticipo, bajo el argumento de que antes debía liquidarse el contrato.

6.6.2. Por falsa motivación, ya que al resolverse el recurso de reposición no estudió el cargo relacionado con la imposibilidad de declarar la ocurrencia del siniestro de anticipo sin que se hubiese liquidado el contrato.

De la lectura de la Resolución No. 03182 de 16 de julio de 2010, a través de la cual el Asesor de la Dirección General – Coordinador Plan 2500 Instituto Nacional de Vías, resolvió los recursos interpuestos en contra de la Resolución No. 07389 de 22 de diciembre de 2009, el Despacho advierte que el Instituto Nacional de Vías se pronunció en cuanto a este argumento.

Sobre el particular, se remitió a la motivación que ya había expuesto sobre el mismo cargo que ya había sido propuesto por el Contratista, al señalar: **“Con respecto a este punto nos remitimos a lo ya *considerado en los numerales 1.1. y 1.2. frente al recurso presentado por el contratista*”.**

Y en particular, sobre la alegada imposibilidad de declarar la ocurrencia del siniestro, sin haber antes liquidado el contrato, precisó:

*“La negligencia del contratista durante el proceso para acreditar la amortización del anticipo se prueba a lo largo del expediente y **no es pertinente que este alegue que se requiera la liquidación contractual para cumplir con sus obligaciones**. Si el contratista no cobra a la entidad, bajo el procedimiento legal establecido para ello, mal haría la administración con tener en cuenta los valores no soportados para la amortización del anticipo. El contratista debió efectuar la amortización del anticipo a medida que fuera ejecutando la obra, sin embargo, en el momento en el que se suscribió el acta de entrega y recibo definitivo de obra se verificó un valor sin amortizar de TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$3.890.208.234.38) MONEDA CORRIENTE. El contratista, se encontraba en la obligación de efectuar la amortización con los extractos, facturas y conciliaciones bancarias, comprobantes de egreso contable y tributariamente soportados, cosa que hasta la fecha no ha ocurrido. De igual manera, para proceder a la liquidación del anticipo por haber sido invertido totalmente en la ejecución de la obra, se debe agotar por parte del contratista trámites administrativos y contables que soporten la actuación, le extraña al*

¹⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia de 9 de septiembre de 2020, M.P. María Cristina Quintero Facundo, Rad. No. 250002326000201100023-00.

despacho que el contratista no hubiese a la fecha cumplido con estas exigencias fundamentales para el soporte de la cuenta y ahora las alegue sin sustento alguno para efectos del presente recurso”.

Luego, no procede declarar la nulidad de los actos administrativos demandados por falta motivación, en tanto que se emitió un pronunciamiento sobre el argumento propuesto por la compañía aseguradora en su recurso. Tampoco se evidencia la falsedad en las razones expuestas por la demandada para descartar dicho argumento y, en todo caso, la parte demandante únicamente aludió a la falta de pronunciamiento frente al cargo propuesto en su recurso.

6.6.3. Por violación al debido proceso y al derecho de defensa, al no sustentarse la negativa del decreto de las pruebas solicitadas por el Contratista, y por la ausencia de pronunciamiento en cuanto a la prueba solicitada por la Aseguradora (tales pruebas habían sido solicitadas en los recursos de reposición contra el acto que declaró el siniestro).

En el acto administrativo demandado hay una referencia expresa sobre las pruebas solicitadas por el contratista con su recurso, en los siguientes términos:

“Con relación a las pruebas solicitadas por el contratista, para este despacho la prueba carece de idoneidad y conducencia para desvirtuar los argumentos del fallo de instancia y con ella lo único que se busca es demorar de manera injustificada la presente actuación procesal.

Por otra parte, del caudal probatorio que obra en el expediente, todos de carácter documental, con participación del contratista, fluye con suprema claridad la situación fáctica que involucra la declaratoria del siniestro, documentos que gozan de presunción de legalidad y que no fueron tachados por el recurrente en su debida oportunidad conforme lo establece el Código de Procedimiento Civil”.

Si bien no hay una referencia expresa frente a pruebas solicitadas por la Aseguradora, de lo expuesto en el aparte citado se deduce que el Instituto Nacional de Vías señaló que no eran necesarias pruebas distintas a las que obraban en el expediente administrativo, y estos argumentos se extienden a las pruebas solicitadas por la Aseguradora.

De igual manera, debe resaltarse que no cualquier omisión en el acto administrativo puede considerarse como una violación sustancial del debido proceso, y en el caso específico no hay sustento para afirmar que el decreto de otras pruebas habría alterado la decisión de declarar la ocurrencia del siniestro por mal manejo e incorrecta inversión del anticipo.

La Aseguradora señala que el acto administrativo no podía basarse únicamente en el acta de entrega y recibo definitivo de la obra; por el contrario, la Sala considera que este documento era fundamental para establecer si se había invertido correctamente el anticipo, tal y como se estipulaba en el contrato de obra, como se explicará en lo sucesivo.

En consecuencia, no hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos por este cargo.

6.6.4. Por falsa motivación y violación directa de la ley (artículo 1077 del Código de Comercio), al no demostrarse la ocurrencia del siniestro, su cuantía y que se había incurrido en uso indebido o apropiación del anticipo.

El artículo 1077 del Código de Comercio establece que corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. Luego, en cumplimiento de esta disposición normativa, al INVÍAS le correspondía demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía del perjuicio.

El control y vigilancia de la ejecución de los trabajos del Contratista estaba a cargo del interventor contratado, tal y como se estableció en la cláusula quinta del contrato de obra.

El contrato de interventoría *“es una consultoría a través de la cual las entidades públicas ejercen su potestad de coordinación, dirección y control de la ejecución de contratos”*, de acuerdo con lo señalado en el artículo 14.1 de la Ley 80 de 1993. Por lo tanto, a la Interventoría le correspondía el control en los términos del contrato suscrito, en cuanto aspectos técnicos, legales, administrativos y financieros de las obras contratada.

En la cláusula séptima del Contrato de Obra No. 1657 del 14 de septiembre de 2005, quedó establecido que **las actas de obra por hito tendrían carácter provisional** en lo que se refería a la calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales. De manera que el Interventor podría en actas posteriores, hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas por él y debería indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hubieran ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que el Instituto se abstuviera de pagarlos al Contratista o realizara los descuentos correspondientes, hasta que el Interventor diera el visto bueno. Expresamente en el contrato se estipuló que **“Ninguna constancia de parte del Interventor que no sea la de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras, podrá considerarse como constitutiva de aprobación de algún trabajo u obra”**.

Así las cosas, el acta de recibo definitivo de la obra era el documento principal con respecto al cual podía verificarse el cumplimiento de las obligaciones del Contratista, particularmente lo concerniente a la inversión del anticipo, y las actas anteriores tenían carácter provisional.

En el párrafo segundo de la cláusula octava del Contrato de Obra quedó establecido que el valor de dicho anticipo se comenzaría a amortizar en el doble del porcentaje del anticipo en cada **acta de obra por hito**, una vez se hayan entregado al menos la mitad de los hitos proyectados a ejecutarse.

Sin embargo, el acta de recibo final de obra contenía el resumen del cumplimiento en torno a la inversión del anticipo, y en este quedaba consignado la posición definitiva de la Interventoría; luego, era un documento contractual idóneo para sustentar la declaratoria del siniestro por el manejo del anticipo.

Ahora bien, en el acta de recibo definitivo de la obra, suscrito por el Interventor y el Contratista quedó establecido lo siguiente frente a la amortización del anticipo (numeral 6.5.4.3., Metas físicas, anticipo y resumen financiero del contrato):

PAGO DE ANTICIPO O PAGO ANTICIPADO

Valor total concedido: \$5.334.266.602

Valor total amortizado: \$123.574.484

Valor consignado en cuenta INVIAS No. 310-00164-9: \$1.320.503.883,62

Saldo por amortizar: \$3.890.208.234,38

Con todo, este no es el único documento en el que se advierten los problemas en la ejecución del contrato y, principalmente, la ausencia de la demostración de la inversión del anticipo, obran comunicaciones en las que la Interventoría reclamaba al Contratista que el anticipo no se veía reflejado en las obras (numeral 6.5.3. Comunicaciones relevantes en la ejecución del contrato).

De acuerdo con lo expuesto, está demostrada la ocurrencia del siniestro a partir de lo declarado por la Interventoría en el acta de recibo final de obra, porque no se amortizó la totalidad del anticipo entregado al Contratista, además se estableció con claridad la cuantía del siniestro.

Por último, en lo atinente a que solo debía tenerse en cuenta el valor del anticipo y no de los rendimientos financieros, la Sala advierte que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, entonces, la titularidad sobre los recursos desembolsados por concepto de anticipo radicaba en cabeza del Estado, aun incluso luego de ser girados al contratista, lo que también de los rendimientos sobre dichos recursos.

En cuanto a los impuestos bancarios que se hubieren descontado del valor del anticipo, representarían erogaciones a cargo del Contratista, pero en relación con el valor del anticipo, está demostrado que la Contratante depositó la totalidad de los recursos y que de acuerdo con las estipulaciones contractuales, debía afectarse a la construcción de los hitos del contrato. En todo caso, la Contratante debía establecer la amortización del anticipo de acuerdo con lo que señalara la Interventoría, y esta nada señaló sobre valores adicionales por impuestos bancarios o gastos del contrato. De otra parte, en el acta de recibo final, el contratista no expresó reparo en torno a rubros no amortizados por estos conceptos.

Así las cosas, queda desvirtuado el argumento en torno a que no se demostró la ocurrencia del siniestro y su cuantía, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio.

6.6.5. Por falsa motivación, porque el INVIAS no tuvo en cuenta todas las obras ejecutadas por el contratista pendientes de pago, las obras no aceptadas por la Interventoría y las susceptibles de deterioro, las cuales debieron descontarse del valor del anticipo.

La parte demandante alega que en la Resolución No. 03182 únicamente se aludió a la improcedencia de no descontar del anticipo las obras no aceptadas por interventoría. Por el contrario, de la lectura del acto administrativo, se advierte que el INVIAS también se pronunció sobre las obras susceptibles de deterioro, las aceptadas y no facturadas.

En general, sobre estos conceptos, en el acto administrativo se consignó lo siguiente:

*“Si el contratista no cobra a la entidad, bajo el procedimiento legal establecido para ello, mal haría la administración con tener en cuenta los valores no soportados para la amortización del anticipo. **El contratista debió efectuar la amortización del anticipo a medida que fuera ejecutando la obra, sin embargo, en el momento en el que se suscribió el acta de entrega y recibo definitivo de obra se verificó un valor sin amortizar de TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$3.890.208.234.38) MONEDA CORRIENTE.** El contratista, se encontraba en la obligación de efectuar la amortización con los extractos, facturas y conciliaciones bancarias, comprobantes de egreso contable y tributariamente soportados, cosa que hasta la fecha no ha ocurrido. De igual manera, para proceder a la liquidación del anticipo por haber sido invertido totalmente en la ejecución de la obra, **se debe agotar por parte del contratista trámites administrativos y contables que soporten la actuación,** le extraña al despacho que el contratista no hubiese a la fecha cumplido con estas exigencias fundamentales para el soporte de la cuenta y ahora las alegue sin sustento alguno para efectos del presente recurso (...)*

*Con relación a esta consideración es preciso aclarar que, como ya se expuso anteriormente, el Contratista **no amortizó totalmente el valor del anticipo como legal, administrativa y contablemente debía,** por lo tanto, no se puede efectuar compensación de los valores descritos por el recurrente, por cuanto estos, por la negligencia del contratista, no se encuentran debidamente legalizados y en ninguna medida se cumplen los presupuestos legales para que opere la compensación de deudas.*

(...)

*Sobre este punto, resulta sorprendente que el contratista insista en el **reconocimiento de obras ejecutadas por fuera del plazo estipulado en el contrato,** esto no es solo el reconocimiento expreso del incumplimiento contractual, constituye una verdadera confesión de su actuar indebido y violatorio a los intereses estatales, mal podría el Instituto validar actos posteriores al contrato y que solo a través del aval de la jurisdicción contenciosa se podrían considerar para efectos de mermar los perjuicios sufridos por la Administración. En este orden de ideas, tampoco el Instituto podría tener en*

cuenta obras que una vez verificadas en cuanto a su calidad y requerimientos técnicos, los mismos no se satisfacen, razón por la cual en su momento no fueron aceptadas y no encuentra en ello sustento para la amortización del anticipo.

(...)

*Se trata por lo tanto, de un asunto sumido en las razones derivadas de los mandatos de los artículos 2, 123 inciso 2 y 209 de la Constitución Política que disponen de manera imperativa, que toda actuación de la administración pública debe hacerse y operarse en procura de consolidar los intereses públicos y generales de la comunidad. Para el caso, nada más claro y coherente con este postulado constitucional, como es el de obtener **la devolución de recursos públicos que no fueron debidamente invertidos por el contratista y que adicionalmente, en clara vulneración del principio de la buena fe negocial, los retiene de manera ilegal lesionando el patrimonio público, desconociendo, en consecuencia sus deberes y compromisos contractuales**”.*

A su vez, sobre el recurso de reposición en contra de la resolución que declaró la ocurrencia del siniestro, la Interventoría señaló lo siguiente:

*“3.- Que son total responsabilidad del Contratista **la presentación de Actas por hitos terminados inicialmente de un kilómetro**, posteriormente, se indicó que podían ser 500 metros y se requería la presentación del Acta correspondiente, previa revisión del cumplimiento de las especificaciones y demás aspectos contractuales.*

*4. Que al elaborar el Acta de recibo definitivo, se efectuó una evaluación completa y en conjunta Interventoría – Contratista, **dejando claridad en todo lo ejecutado y recibido incluyéndolas obras susceptibles de deterioro que podía certificar la Interventoría y obras susceptibles de deterioro y no certificadas por la Interventoría, porque no contaron en su momento con la trazabilidad de cantidad y calidad**, aspecto que fue decisión del Contratista en su programación y orden de ejecución de labores.*

5. Que el balance final arroja un valor básico de \$1.077.592.936.40 de obra ejecutada y aceptada sin facturar, tal como figura en el acta de entrega y recibo definitivo de obra y un monto de \$891.857.622.61 que corresponde”.

De ahí que en los actos administrativos, el INVÍAS presentó motivación suficiente para no tener en cuenta las obras no facturadas, las obras no aceptadas por la Interventoría y las susceptibles de deterioro como descuentos del anticipo.

Los argumentos expuestos son válidos, puesto que para demostrar la correcta inversión del anticipo, debía contarse con el concepto de la Interventoría en cuanto a la aceptación de las obras y además la adecuada facturación de su pago en el plazo de ejecución del contrato, puesto que en ese momento se verificaban los soportes contables de las obras y se efectuaba el pago con el presupuesto disponible.

A su vez, la entrega de las obras debía hacerse durante el plazo de ejecución del contrato, con la finalidad de que las Interventoría pudiera verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos y legales que permitieran tener como afectado el valor del anticipo y se afectara contablemente el presupuesto del contrato, luego no hay lugar a tener en cuenta obras con respecto a las cuales no se cumplieron las estipulaciones del contrato para tener por amortizado el anticipo.

Con respecto a este punto, el Memorando No. SGT-GPD 52025 de 16 de agosto de 2013 del INVIAS y el testimonio del Ingeniero Orlando Ortiz Gómez complementan lo reportado por la Interventoría frente a los conceptos que no fueron descontados del anticipo, y colocan de presente la imposibilidad de tener en cuenta como amortización del anticipo obras que revelan el incumplimiento de las obligaciones contractuales, que a su vez conllevaron a la afectación de los recursos públicos, por el obstáculo de alcanzar el objeto del contrato estatal (numerales 6.5.7 y 6.5.8.).

En suma, según lo establecido en el acta de entrega y recibo definitivo el anticipo no fue amortizado en la cuantía **de \$3.890.208.234.38**, y sin el concepto de la interventoría en cuanto al cumplimiento de los requisitos técnicos y legales para tener como adecuadamente invertidos otros recursos, no era procedente descontar las obras no aceptadas, susceptibles de deterioro, y las aceptadas y no facturadas.

De ahí, que la entidad contratante estaba autorizada para declarar la ocurrencia del siniestro por indebido manejo del anticipo, al encontrarse demostrada su configuración durante la ejecución del contrato, sin tener en cuenta estos rubros por no haberse cumplido con las exigencias para descontarlos del anticipo entregado, tales como el visto bueno frente a la calidad de las obras por la interventoría y la facturación en los términos estipulados dentro del plazo de ejecución del contrato.

6.7. Conclusión.

No hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, porque con fundamento acta de recibo final de la obra (documento que según las estipulaciones del contrato era el concepto definitivo de la interventoría para establecer si el anticipo había sido invertido de forma adecuada), el anticipo no fue amortizado en la suma de \$3.890.208.234.38, lo cual demuestra la configuración del siniestro y su cuantía en los términos señalados en las decisiones demandadas.

De otra parte, la liquidación del contrato no era requisito para declarar la ocurrencia del siniestro de uso indebido o apropiación del anticipo, y el INVIAS se pronunció sobre los argumentos expuestos en los recursos contra el acto administrativo que declaró el siniestro, tal y como se evidencia en el contenido de la resolución que los resolvió.

En materia de pruebas en vía administrativa, no se evidencia una violación sustancial del debido proceso, en tanto que el INVIAS expuso una motivación

general para descartar la necesidad de decretar pruebas distintas a las que obraban en el expediente y, en todo caso, no está probado que otras pruebas desvirtuaran la configuración del siniestro por el manejo del anticipo.

6.8. No procede la condena en costas.

No procede emitir condena en costas, debido a que no está probado que la parte demandante actuara con temeridad o de mala fe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección “C”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Desagregar el memorial visible desde el folio 254 del cuaderno 2 que no corresponden a este proceso.

CUARTO: Por Secretaría, expídanse las copias de que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devolver los remanentes si existieren, y archivar el proceso, dejando las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 104).

(Firmado electrónicamente en la plataforma digital SAMAI).

(Firmado electrónicamente)
FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

(Firmado electrónicamente)

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

(Firmado electrónicamente)

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.