

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONTRATO DE SEGURO / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARARA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE OBRA / GARANTÍA DE CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La Sala confirmará la decisión del tribunal, teniendo en cuenta que (i) las deducciones fueron correctamente realizadas y (ii) se configuró el riesgo asegurado. [...] Está demostrado que por medio de las Resoluciones 3765 y 4034 de 2011 se declaró la caducidad del contrato con ocasión del incumplimiento del Consorcio Conexión. Igualmente, en el caso no se discute que el contratista no utilizó los recursos del anticipo en la ejecución del contrato. Este hecho es fundamental para observar que sí se configuró el siniestro asegurado.

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

[L]a demanda fue presentada en el término previsto en el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 164 NUMERAL 2 LITERAL J

ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / DESCUENTO TRIBUTARIO / CLASES DE DESCUENTO TRIBUTARIO / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO TRIBUTARIO / DESCUENTO DEL IMPUESTO DE ESTAMPILLA / ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS / GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS / PROCEDENCIA DEL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS

El recurrente plantea que los descuentos realizados —el segundo asunto— lo sorprendieron y que la entidad no le notificó esos descuentos. Este argumento no puede prosperar porque la actuación del IDU era una consecuencia de la normativa legal de carácter tributario, que la aseguradora debía conocer al momento de amparar el contrato principal. En efecto, es claro que —de acuerdo con esa normativa— el IDU debió realizar los descuentos de la contribución especial y de la estampilla de la Universidad Distrital con ocasión del giro del anticipo al contratista. [...] El artículo 120 de la Ley 418 de 1997 indica que la contribución debe ser pagada por <<todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante>>. De acuerdo con lo anterior, es claro que (i) el sujeto pasivo de la obligación fue el Consorcio Conexión pues fue quien suscribió el contrato con el IDU, que es una entidad de derecho público y (ii) se configuró el hecho generador de la obligación, pues celebró el Contrato 068 de 2009. Estas mismas conclusiones son aplicables a la estampilla de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. En efecto, el Acuerdo 053 de 2002 señalaba que el pago debían realizarlo <<todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos con

los organismos y entidades de la administración central, establecimientos públicos del Distrito Capital de Bogotá y con la Universidad Distrital>>. En este caso, el tributo se generó porque se celebró con el IDU que es un establecimiento público del orden distrital.

FUENTE FORMAL: LEY 418 DE 1997 - ARTÍCULO 120 / LEY 418 DE 1997 - ARTÍCULO 121 / LEY 648 DE 2001 - ARTÍCULO 4

ANTICIPO DEL CONTRATO ESTATAL / CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO / EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / GARANTÍA DE CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO / DESCUENTO TRIBUTARIO / APROPIACIÓN INDEBIDA / INEXISTENCIA DE APROPIACIÓN INDEBIDA

La Sala ha estudiado el alcance de coberturas en materia del anticipo. Así, el Decreto 4828 de 2008 contiene tres (3) coberturas: (i) la no inversión; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los bienes de le hayan entregado en calidad de anticipo. Esto permite aclarar que no puede indicarse que hubo apropiación indebida del anticipo. La normativa es clara en establecer que la apropiación indebida requiere que el contratista destine los bienes <<que se le haya[n] entregado en calidad de anticipo>> a un asunto ajeno de la ejecución contractual. Como bien establece el recurrente, en este caso los descuentos no pudieron ser destinados a un asunto diferente, porque fueron descontados directamente por el IDU y, por ende, el contratista no pudo utilizarlos en un asunto diferente al de la ejecución contractual. No obstante, como se expresó previamente, es claro que el contratista no invirtió ningún peso del anticipo en la ejecución de la obra. Aunque es cierto que no se configuraron los siniestros referentes al incumplimiento de la obligación de buen manejo e inversión correcta del anticipo, también se pudo constatar que en el presente caso se configuró el amparo relacionado con <<la no inversión>> del anticipo. Se llega a esa conclusión por dos (2) motivos: primero, si bien es cierto que el descuento opera por la normativa tributaria, ello no releva al contratista de realizar las inversiones del anticipo en la obra. En ese sentido, el monto asegurado corresponde a la totalidad del valor del anticipo. De acuerdo con el numeral 7.2 del Decreto 4828 de 2008, <<el valor de esta garantía deberá ser equivalente al cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.>>

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de coberturas del anticipo, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de noviembre de 2020, rad. 47760, C. P. Martín Bermúdez Muñoz.

CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LAS COSTAS PROCESALES / FIJACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO

Teniendo en cuenta que no prosperó el recurso, la Sala condenará en costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP. La condena se establece de acuerdo con los criterios y tarifas señaladas por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, por concepto de agencias en derecho, se reconocerán dos (2) SMLMV a favor del IDU.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 188 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 365 / ACUERDO 1887 DE 2003 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-36-000-2013-02213-02(58593)

Actor: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS - CONFIANZA

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Tema: Se confirma la sentencia de primera instancia que dejó en firme las resoluciones que declararon el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Si bien no hubo apropiación indebida del anticipo, es claro que el contratista <<no invirtió>> el valor del anticipo frente al cual se declaró el siniestro.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por Seguros del Estado S.A. contra la sentencia del 9 de noviembre de 2016 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió lo siguiente:

<<**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas por concepto de agencias en derecho a cargo de la demandante y a favor del Instituto de Desarrollo urbano “IDU”, la suma de CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA PESOS (\$4.154.430), la cual deberá pagarse dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta sentencia.>>

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación de acuerdo con lo establecido en los artículos 150 del CPACA y 75 de la Ley 80 de 1993. El tribunal era competente para conocer el proceso en primera instancia de acuerdo con el numeral 4 del artículo 152 del CPACA, el cual establece que conocerá <<de los relativos a los contratos (...) cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes>>.

I. ANTECEDENTES

A.- La posición de la parte demandante

1.- El 18 de diciembre de 2013 la Compañía Aseguradora de Fianza S.A. (en adelante, “Confianza”) presentó demanda contra el Instituto de Desarrollo Urbano (en adelante, “IDU”) con las siguientes pretensiones:

<<1. Que se declare la nulidad de la resolución **4967** del 12 de diciembre de 2011 mediante la cual el IDU declaró la ocurrencia del siniestro del contrato IDU 68 de 2009 por el buen manejo y **correcta inversión del anticipo como consecuencia de ello ordenó el pago de siniestro en cuantía de ochocientos treinta millones ochocientos ochenta y seis mil cuarenta y cinco mil pesos (830.886.045) a favor del IDU, declaró que la ocurrencia del siniestro sería cubierta por la póliza GU074427 expedida por Confianza S.A.** por falsa motivación y violación manifiesta a las disposiciones de orden legal, y contractual en que debía fundarse, teniendo en cuenta que al momento de proferirse el acto administrativo se interpretaron y aplicaron erróneamente normas reguladoras del contrato de seguro, y se aplicaron indebidamente disposiciones legales que debieron servir de fundamento en la decisión adoptada por la administración.

2. Que se declare la nulidad de la resolución **5266** del 28 de diciembre de 2011 mediante la cual el IDU resolvió confirmar en todas sus partes la resolución 4967 del 12 de diciembre de 2011 por violación manifiesta a las disposiciones de orden legal, y contractual en que debía fundarse, teniendo en cuenta que al momento de proferirse el acto administrativo se interpretaron y aplicaron erróneamente normas reguladoras del contrato de seguro, y se aplicaron indebidamente disposiciones legales que debieron servir de fundamento en la decisión adoptada por la administración.

3. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que mi representada no estaba obligada al pago de las obligaciones derivadas de la póliza de cumplimiento GU074427 en la cuantía reclamada por las resoluciones atacadas.

4. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y como quiera que la aseguradora en lo que corresponde a su proporción en el coaseguro, pagó la suma de cuatrocientos quince millones cuatrocientos cuarenta y tres mil veintitrés pesos (415.443.023) se ordene la devolución de dicha suma junto con sus intereses y actualizaciones legales, como restablecimiento del derecho de mi representada.

3.5 Que se condene en costas y en agencias en derecho a la parte demandada>>.

2.- Confianza basó sus pretensiones en los siguientes hechos:

2.1.- El 14 de diciembre de 2009, el IDU y el Consorcio Conexión (integrado por Equiplus, Cesco Ltda., Constructora ARKGO Ltda. y GLF Construction Corporation) suscribieron el Contrato 068, con el objeto de <<ejecutar los estudios, diseños y construcción de las obras de la intersección a desnivel de la Avenida Laureano Gómez con Calle 94 y su conexión con la Avenida Santa Bárbara>>.

2.2.- El valor del contrato ascendió a la suma de cuarenta y cinco mil ochocientos sesenta y ocho millones quinientos trece mil setecientos diecisiete pesos (\$45.868.513.717). De ese valor, treinta y dos mil quinientos setenta y seis millones setecientos ochenta y nueve mil novecientos ochenta y seis pesos (\$32.576.789.986) correspondían al valor estimado de las obras de construcción y redes.

2.3.- De conformidad con las cláusulas tercera y novena, el contratista recibiría un anticipo equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor total correspondiente a las obras de construcción y redes.

2.4.- La cláusula décima quinta estableció que el contratista debía presentar la siguiente garantía única, la cual debía contener el siguiente amparo: <<2) **Buen manejo y correcta inversión del anticipo:** su cuantía será equivalente al cien por ciento (100%) del mismo y cubrirá el plazo del contrato. Este amparo cubre eventos en los cuales no sea devuelto el valor entregado por este concepto o cuando el CONTRATISTA no amortice la totalidad de este valor entregado o haga mal uso de éste>>.

2.5.- El 25 de noviembre de 2009 Confianza expidió la garantía única de seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 31 GU07442. Dentro de los amparos de la garantía se encontraba el de <<ANTICIPO>> por un valor asegurado de trece mil treinta millones setecientos quince mil novecientos noventa y cuatro pesos con cuarenta centavos (\$13.030.715.994,40). El amparo fue modificado en varias ocasiones de forma tal que la cobertura total ascendió a diecinueve mil ochocientos treinta millones setecientos quince mil novecientos noventa y cuatro pesos con cuarenta centavos (\$19.830.715.994,40).

La garantía fue otorgada bajo la modalidad de coaseguro por Confianza en un cincuenta por ciento (50%) y por Seguros del Estado S.A. en el otro cincuenta por ciento (50%).

2.6.- El 26 de diciembre de 2009 el IDU giró al Consorcio Conexión la suma de doce mil ciento dieciocho millones quinientos sesenta y cinco mil ochocientos setenta y cuatro pesos (\$12.118.565.874), luego de descontar novecientos doce millones ciento cincuenta mil ciento veinte pesos (\$912.150.120). Ese descuento se refería a los siguientes impuestos y contribuciones:

Tributo	Valor
Contribución Especial Impuesto de Guerra	\$651.535.799
Estampilla Universidad Distrital	\$130.307.160

Estampilla pro cultura	\$65.153.580
Estampilla pro personas mayores	\$65.153.580
TOTAL	\$912.150.120

2.7.- Mediante la Resolución 3765 del 30 de agosto de 2011 el IDU declaró la caducidad del contrato e hizo efectiva la cláusula penal, decisión que fue confirmada por la Resolución 4034 de 2011. Como consecuencia de la declaratoria de caducidad, el IDU solicitó al Consorcio Conexión la devolución de la totalidad del valor del anticipo entregado.

2.8.- Confianza pagó al IDU tres mil ciento cuarenta y tres millones cuatrocientos veinticinco mil seiscientos ochenta y cinco pesos con noventa centavos (\$3.143.425.685,90).

2.9.- En relación con el anticipo, el 19 de octubre de 2011, el Consorcio Conexión le entregó al IDU la suma de doce mil sesenta y nueve millones quinientos veintidós mil setecientos ochenta y ocho pesos con ochenta y tres centavos (\$12.069.522.788,83), previo descuento del gravamen de los movimientos financieros. Este gravamen ascendió a cuarenta y nueve millones cuarenta y tres mil cincuenta y ocho pesos con treinta y tres centavos (\$49.043.058,33).

En la misma consignación, el Consorcio Conexión entregó al IDU cuatro millones seiscientos diecisiete mil ochocientos sesenta y seis pesos con setenta y dos centavos (\$4.617.866,72) por concepto de los rendimientos financieros generados por el anticipo.

2.10.- A través del memorando 20113360796991, el IDU solicitó el reintegro de una suma restante del anticipo por el monto de mil nueve millones seiscientos sesenta y siete mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos con ochenta y tres centavos (\$1.009.667.468,83). De esta cifra, novecientos doce millones ciento cincuenta mil ciento veinte pesos (\$912.150.120) correspondían a tributos descontados al contratista; cuarenta y nueve millones cuarenta y tres mil cincuenta y ocho pesos con treinta y tres centavos (\$49.043.058,33) al gravamen de los movimientos financieros causado con la devolución del anticipo; y cuarenta y ocho millones cuatrocientos setenta y cuatro mil doscientos sesenta y tres pesos con cincuenta centavos (\$48.474.263,50) al gravamen causado por giro del anticipo al contratista.

2.11.- Teniendo en cuenta que el contratista no consignó el dinero requerido, el IDU expidió la Resolución No. 4967 de 2011 por medio de la cual declaró la ocurrencia del siniestro de <<buen manejo y correcta inversión del anticipo>>, por un valor de ochocientos treinta millones ochocientos ochenta y seis mil cuarenta y cinco pesos (\$830.886.045), dado que el Consorcio Conexión se <<apropió indebidamente>> de esa suma.

2.12.- Esta decisión fue recurrida por Confianza, entre otros, y confirmada por el IDU en la Resolución No. 5266 del 28 de diciembre de 2011.

2.13.- Durante 2011 Confianza presentó tres derechos de petición al IDU acerca del manejo del anticipo. Esta entidad indicó que la totalidad de los recursos del anticipo se encontraban en la cuenta del contratista y que debían ser utilizados de acuerdo con el plan de inversión. Igualmente, el IDU indicó que se había solicitado a <<la interventoría no autorizar pagos del anticipo, sin la autorización previa de la entidad>>.

2.14.- Teniendo que Confianza había coasegurado el cincuenta por ciento (50%) de los amparos, pagó al IDU cuatrocientos quince millones cuatrocientos treinta y tres mil veintidós pesos con ochenta centavos (\$415.433.022,80).

2.15.- Las Resoluciones 4967 y 5266 de 2011 adolecen de nulidad. La falsa motivación y la violación de las normas superiores se configuró por cuatro razones:

2.15.1.- Se pretende trasladar al contrato de seguro los descuentos que no eran objeto del amparo del anticipo. Los actos desconocieron los artículos 1054 y 1077 del Código de Comercio y el artículo 4.2.1. del Decreto 4828 de 2008, modificado por el Decreto 2393 de 2009. Esto, porque el IDU consideró que se configuró el siniestro, a pesar de que la normativa establece que el amparo procede cuando el contratista *recibe* los recursos a título de anticipo, y (i) no los invierte, (ii) hace un uso indebido o (iii) se los apropia indebidamente.

Además, el IDU asumió el cobro del movimiento al gravamen financiero generado por el giro inicial que la entidad realizó del anticipo. El fundamento para ello fue que el valor del gravamen estaba cubierto en <<el monto de la cláusula penal que se hizo efectiva para tal efecto, como tasación anticipada de perjuicios>>. En ese sentido, ese criterio debió aplicarse también en los otros descuentos realizados sobre el anticipo, teniendo en cuenta que en total el IDU recuperó dieciocho mil trescientos cincuenta y seis millones trescientos setenta y cuatro mil quinientos ochenta y ocho pesos con ochenta centavos (\$18.356.374.588,80)¹. Lo contrario significaría que habría un enriquecimiento sin causa de la entidad.

Finalmente, señaló que el IDU cuenta con mecanismos propios para buscar el reintegro de los tributos que fueron pagados, pues como <<dueño de los dineros y como giradora directa de los tributos con cargo al anticipo es la única persona que puede buscar el reembolso directo de los mismos>>.

2.15.2.- Modificación y agravación del estado del riesgo. El IDU modificó el riesgo asegurado porque nunca le comunicó a Confianza las deducciones realizadas sobre el anticipo.

¹Discriminados así: (i) doce mil sesenta y nueve millones quinientos veintidós mil setecientos ochenta y ocho pesos con ochenta y tres centavos (\$12.069.522.788,83) del anticipo devuelto por el contratista; y (ii) seis mil doscientos ochenta y seis millones ochocientos cincuenta y un mil trescientos setenta y un pesos con ochenta centavos (\$6.286.851.371,80) de las sumas pagadas por las aseguradoras por la cláusula penal hecha efectiva con la declaratoria de caducidad.

2.15.3.- Inexistencia de solidaridad en el coaseguro. Contrario a lo indicado por los actos demandados, Confianza sólo debía responder en proporción al porcentaje que había coasegurado, pues en esta figura no existe responsabilidad solidaria.

2.15.4.- Ausencia de prueba del siniestro. El IDU no probó el siniestro porque no se presentaron los supuestos para indicar que hubo <<apropiación indebida>> de los recursos del anticipo.

2.16.- Aunque no se planteó dentro de los cargos de violación, Confianza señaló que se le vulneró el debido proceso porque (i) la suma devuelta al contratista fue la que realmente entregó, (ii) se desconoció el alcance del amparo conforme el Decreto 4828 de 2008, (iii) se desconoció el concepto y alcance del anticipo, (iv) el IDU se enriqueció sin justa causa porque ha recibido más de dieciocho mil millones de pesos por la devolución del anticipo que hizo el contratista y el pago de la cláusula penal realizado como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato, y (v) hubo un defecto sustantivo al no dar aviso oportuno sobre las modificaciones y agravación del estado del riesgo, según lo previsto en los artículos 1060 y 1054 del Código de Comercio.

B.- Posición de la parte demandada

3.- El 23 de julio de 2014 el IDU contestó la demanda y se opuso a las pretensiones con base, entre otros, en los siguientes argumentos:

3.1.- El contratista debió responsabilizarse de los descuentos por concepto de los tributos que debió asumir, más el gravamen del movimiento financiero causado con la devolución del anticipo.

3.2.- Los descuentos se realizaron por el pacto contractual y por expresa disposición de la ley. Esto se explicó en el acto administrativo en el que se realizó el análisis de la procedencia de los descuentos de cada uno de los tributos. En la explicación se hace referencia a (i) <<la contribución especial – impuesto de guerra>>, (ii) la estampilla de la de la Universidad Distrital, (iii) la estampilla procultura, (iv) la estampilla proadulto mayor; y (v) el gravamen financiero del 4x1000. En ese sentido, el monto entregado se mantiene <<incólume, por cuanto estas cargas (tributarias) corresponden al contratista y no a la entidad>>.

3.3.- Sostuvo que declaró el siniestro del anticipo porque el IDU no se ha beneficiado y que, por eso, debe restituirse completamente el anticipo que no fue invertido <<en debida forma>>.

3.4.- Señaló que no es cierto que se haya modificado el riesgo asegurable, razón por la cual se dio cumplimiento a la normativa del Código de Comercio.

3.5.- En relación con la vulneración de la normativa del coaseguro, indicó que no procede su aplicación porque Seguros del Estado S.A. no suscribió la póliza. En todo caso, si llegara aplicarse dicha regulación, es claro que se le dio

cumplimiento a tal punto que Seguros del Estado S.A. <<interpuso los recursos de ley y efectuó el pago del otro 50%>>.

3.6.- Indicó que sí probó la ocurrencia del evento amparado porque la <<declaratoria de caducidad es el siniestro mismo, por ende, es la resolución (...) la que constituye un siniestro probado>>.

4.- El IDU llamó en garantía a Seguros del Estado S.A. y al Consorcio Conexión. Este llamamiento fue negado por auto del 15 de septiembre de 2014² y confirmado por el auto del 1º de junio de 2016 por el Consejo de Estado³.

C.- La sentencia recurrida

5.- La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones⁴ y condenó en costas porque no encontró configurado ninguno de los cargos de nulidad:

5.1.- Frente al traslado al contrato de seguro de los descuentos que no eran objeto del amparo del anticipo, indicó que la póliza había amparado la devolución de la totalidad del anticipo: la garantía fue otorgada por el ciento por ciento (100%) del valor entregado por anticipo, sin exclusión alguna. Así, aunque el contratista no haya recibido <<líquidamente>> la totalidad del anticipo, la garantía sí cubría la totalidad de ese monto.

5.2.- Acerca de la modificación y agravación del estado del riesgo, sostuvo que ello no procedía porque el IDU había cobrado previamente lo correspondiente al incumplimiento del contrato, por lo que la proporción cobrada corresponde a la suma del anticipo que el contratista no devolvió.

5.3.- Sobre la inexistencia de solidaridad en el coaseguro alegó que, contrario a lo indicado por los actos demandados, Confianza sólo debía responder en proporción al porcentaje que había coasegurado, pues en esta figura no existe responsabilidad solidaria. Sin embargo, ello no afecta la legalidad del acto, en la medida en que las aseguradoras respondieron en proporción al valor coasegurado.

5.4.- En relación con la ausencia de prueba del siniestro, señaló que no son aplicables los artículos 1075 y 1077 del Código Comercio relativos a la reclamación por parte del asegurado porque la entidad pública puede declarar la ocurrencia del siniestro de forma unilateral, tal como ocurrió en este caso.

Adicionalmente, indicó que se demostró que el contratista no reintegró oportunamente la totalidad del anticipo. Aunque este se manejara en una cuenta

²Fl. 99 y 100 del Cuaderno 2

³Fls. 133 a 141 del Cuaderno 3.

⁴Fls. 107 a 112 del Cuaderno Principal.

conjunta, no se demostró que la no entrega de la totalidad del anticipo fuera atribuible al IDU o a un tercero.

5.5.- No hubo violación del debido proceso porque la declaratoria del siniestro se realizó conforme al procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Tampoco se desconoció el principio indemnizatorio porque haber hecho efectiva la cláusula penal era un amparo diferente al del anticipo que <<no se invirtió>>.

D.- Recurso de apelación

6.- El 22 de noviembre de 2016⁵ Confianza solicitó que se revocara la sentencia con base en dos argumentos:

6.1.- Primero, sí se demostró la <<primera violación>>, esto es, que se declaró el siniestro por un hecho que no hace parte de la cobertura del amparo de anticipo. Esto, porque al contratista no le *entregaron* los dineros objeto del acto administrativo, razón por la cual el <<contratista no se apropió indebidamente de parte de los recursos del anticipo>>.

Además, la aseguradora no conoció, ni se le dio a conocer que al contratista se le entregó una suma, previos descuentos de los impuesto y retenciones. En ese sentido, lo que garantiza el contrato de seguros es el dinero entregado como anticipo al contratista para la ejecución del contrato, y <<no para cubrir impuestos, contribuciones ni otros conceptos que no tienen que [ver] con la ejecución del contrato>>.

6.2.- Segundo, no es viable que se haga extensivo el contrato de seguro a sumas de dineros frente a las cuales no se pactó claramente que se descontarían del anticipo. Ello además vulnera el principio de confianza legítima.

Lo anterior, porque las autoridades no pueden sorprender a los particulares. En ese sentido, reiteró que si el IDU asumió el cobro del movimiento al gravamen financiero generado por la entrega del anticipo, no es coherente que no asuma dicho rubro frente a la devolución del anticipo. Insistió en que la entidad debió aplicar ese criterio en los otros descuentos realizados sobre el anticipo, teniendo en cuenta que en total el IDU recuperó dieciocho mil trescientos cincuenta y seis millones trescientos setenta y cuatro mil quinientos ochenta y ocho pesos con ochenta centavos (\$18.356.374.588,80)⁶.

Finalmente, reiteró que el IDU cuenta con mecanismos propios para buscar el reintegro de los tributos que fueron pagados, pues como <<dueño de los dineros y

⁵Fls.116 a 123 del Cuaderno Principal.

⁶Discriminados así: (i) doce mil sesenta y nueve millones quinientos veintidós mil setecientos ochenta y ocho pesos con ochenta y tres centavos (\$12.069.522.788,83) del anticipo devuelto por el contratista; y (ii) seis mil doscientos ochenta y seis millones ochocientos cincuenta y un mil trescientos setenta y un pesos con ochenta centavos (\$6.286.851.371,80) de las sumas pagadas por las aseguradoras por la cláusula penal hecha efectiva con la declaratoria de caducidad.

como giradora directa de los tributos con cargo al anticipo es la única persona que puede buscar el reembolso directo de los mismos>>.

E.- El trámite de segunda instancia

7.- El recurso fue admitido mediante providencia del 16 de febrero de 2017⁷. En el auto del 16 de marzo de 2017⁸ se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión.

7.1.- El 7 de abril de 2017⁹ el recurrente presentó alegatos de conclusión reiterando lo indicado en el recurso.

7.2.- El mismo día la parte demandada se opuso a los dos argumentos del recurrente¹⁰: por un lado, indicó que la cobertura de la póliza era por el valor total del anticipo, que ascendió a trece mil treinta millones setecientos quince mil novecientos noventa y cuatro pesos con cuarenta centavos (\$13.030.715.994,40). Vale la pena indicar que, aunque se realizaron los descuentos tributarios, ello no quiere decir que el <<anticipo no se haya hecho en su totalidad>> porque significaría que la aseguradora no estaba cubriendo el valor total del anticipo.

Por el otro, los descuentos realizados se hicieron como agente retenedor, pero el obligado era el contratista. No podría entonces éste quedarse con los recursos que fueron cancelados en su nombre, porque conllevaría un enriquecimiento sin causa a favor del particular. Además, el IDU no podía dejar de realizar las retenciones, pues ello conllevaría desconocer la normativa tributaria.

7.3.- El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

F.- Cuestiones preliminares, decisión y plan de exposición

8.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada en el término previsto en el literal j)¹¹ del numeral 2 del artículo 164 del CPACA. En efecto, (i) las resoluciones demandadas quedaron ejecutoriadas el 29 de diciembre de 2011¹² y la demanda se presentó el 18 de diciembre de 2013, previo agotamiento del requisito de procedibilidad¹³.

9.- La Sala confirmará la decisión del tribunal, teniendo en cuenta que (i) las deducciones fueron correctamente realizadas y (ii) se configuró el riesgo asegurado. En la primera parte, se establecerá que la entidad realizó

⁷Fl. 136 del Cuaderno Principal.

⁸Fl. 154 del Cuaderno Principal.

⁹Fls. 157 a 161 del Cuaderno Principal.

¹⁰Fls. 162 a 169 del Cuaderno Principal.

¹¹"j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento."

¹²Fl. 134 del Cuaderno 2.

¹³Fls. 427 a 430 del Cuaderno 3.

adecuadamente los descuentos como consecuencia de la normativa vigente. En esta parte se podrá constatar que los tributos estaban en cabeza del contratista y que la entidad no podía solicitar su devolución. En la segunda parte se expondrán las razones por las cuales no se configuró ninguna de las causales de nulidad alegadas, teniendo en cuenta que había lugar a declarar el siniestro porque no se invirtió el anticipo, si bien no hubo apropiación indebida del mismo.

G.- El IDU realizó las retenciones como consecuencia de la normativa tributaria

10.- El valor del siniestro del acto administrativo demandado se refiere a dos (2) asuntos: por un lado, a la aplicación del gravamen financiero del 4x1000; por el otro, al descuento realizado por la entidad referente a la contribución especial de guerra y a la estampilla de la Universidad Distrital.

De acuerdo con el acto administrativo aportado y con lo indicado en la demanda, el siniestro generó la obligación de pagar ochocientos treinta millones ochocientos ochenta y seis mil cuarenta y cinco pesos con treinta y tres centavos (\$830.886.045,33). En las motivaciones de la Resolución 5266 de 2011¹⁴, que confirmó la Resolución 4967, se indicó que ese valor corresponde a las siguientes sumas:

Concepto	Valor
Descuento de Contribución Especial del 5% - Artículo 121 de la Ley 418 de 1997	\$651.535.800,00
Estampilla Universidad Distrital del 1% - Decreto 093 de 2003	\$130.307.160,00
Tributo de orden nacional a cargo del titular de la cuenta bancaria	\$49.043.085,33
TOTAL	\$830.886.045,33

11.- El recurrente plantea que los descuentos realizados —el segundo asunto— lo sorprendieron y que la entidad no le notificó esos descuentos. Este argumento no puede prosperar porque la actuación del IDU era una consecuencia de la normativa legal de carácter tributario, que la aseguradora debía conocer al momento de amparar el contrato principal. En efecto, es claro que —de acuerdo con esa normativa— el IDU debió realizar los descuentos de la contribución especial y de la estampilla de la Universidad Distrital con ocasión del giro del anticipo al contratista.

11.1.- En relación con la contribución del cinco por ciento (5%) prevista en el artículo 120 de la Ley 418 de 1997, es preciso tener en cuenta los incisos primero y segundo del artículo 121 de la norma:

¹⁴Fl. 132 del Cuaderno 2.

<<ARTÍCULO 121. Para los efectos previstos en el artículo anterior, la entidad pública contratante **descontará el cinco por ciento (5%) del valor del anticipo, si lo hubiere**, y de cada cuenta que cancele al contratista.

El valor retenido por la entidad pública contratante deberá ser consignado inmediatamente en la institución que señale, según sea el caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad territorial correspondiente.>>

Como se puede observar, la norma indica que la contribución especial de la Ley 418 de 1997 debe descontarse del valor del anticipo, si este fue pactado. En ese sentido, no hay duda de que, en virtud de la normativa tributaria, le correspondía al IDU realizar el descuento.

11.2.- La anterior conclusión también se aplica a la estampilla pro-Universidad Distrital Francisco José de Caldas. El artículo 4º de la Ley 648 de 2001 autorizó al Concejo Distrital de Bogotá a determinar las <<características, tarifa y todos los demás asuntos referentes al uso obligatorio de la estampilla>>. En relación con el recaudo, el artículo 4º del Acuerdo 053 de 2002¹⁵ indicó lo siguiente:

<<Artículo Cuarto.- Para los efectos previstos en el artículo anterior, estas entidades públicas contratantes del Distrito Capital **descontarán el uno por ciento (1%) del valor del anticipo, si lo hubiere** y de cada cuenta que se pague al contratista.>>

De acuerdo con lo expuesto, es claro que el IDU —en calidad de entidad descentralizada del orden distrital contratante— debía descontar el monto de la estampilla de la Universidad Distrital.

Así las cosas, contrario a lo indicado por el recurrente no era necesario que se pactara que se realizarían dichos descuentos sobre el anticipo, porque ello era una consecuencia necesaria de las normas tributarias aplicables al contrato. En ese sentido, no puede argumentarse que la aseguradora fue sorprendida —y por ende se vulneró el principio de confianza legítima—, pues ella debía conocer la normativa legal que imponía al IDU realizar los descuentos de la contribución especial y de la estampilla de la Universidad Distrital.

12.- Adicionalmente, Confianza sostuvo que el IDU podría solicitar el reintegro de los recursos que fueron objeto del acto administrativo. Ello no es cierto ni en relación con los descuentos, ni frente al gravamen al movimiento financiero.

12.1.- Frente al gravamen al movimiento financiero 4x1000, el inciso primero del artículo 871 del Estatuto Tributario¹⁶ indica lo siguiente:

<<ARTICULO 871. HECHO GENERADOR DEL GMF. El hecho generador del Gravamen a los Movimientos Financieros lo constituye **la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos**

¹⁵Aunque fue derogado por el Acuerdo 696 de 2007, el Acuerdo 053 de 2002 es la norma que resulta aplicable en el presente caso.

¹⁶Conforme a la Ley 633 de 2000, aplicable al momento de los movimientos.

depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia.>>

De acuerdo con esto, se llega a dos conclusiones: uno, si la devolución del anticipo generó este gravamen, ello debía ser asumido por el contratista dado que, por su actuación, dichos recursos tuvieron que ser reintegrados a la entidad. Dos, el hecho generador del tributo se causó por la realización de la transacción financiero, motivo por el cual el IDU no podría reclamar la devolución.

12.2.- Frente a los descuentos realizados por el IDU, tampoco es procedente que dicha entidad solicitara su devolución. Esto porque el hecho generador del tributo ocurrió y el sujeto pasivo de la obligación era el contratista.

El artículo 120 de la Ley 418 de 1997 indica que la contribución debe ser pagada por <<todas **las personas naturales o jurídicas** que **suscriban** contratos de obra pública, con **entidades de derecho público** o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante>>. De acuerdo con lo anterior, es claro que (i) el sujeto pasivo de la obligación fue el Consorcio Conexión¹⁷ pues fue quien suscribió el contrato con el IDU, que es una entidad de derecho público¹⁸ y (ii) se configuró el hecho generador de la obligación, pues celebró el Contrato 068 de 2009.

Estas mismas conclusiones son aplicables a la estampilla de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. En efecto, el Acuerdo 053 de 2002 señalaba que el pago debían realizarlo <<todas las **personas naturales o jurídicas que suscriban** contratos con los organismos y entidades de la administración central, **establecimientos públicos del Distrito Capital de Bogotá** y con la Universidad Distrital>>. En este caso, el tributo se generó porque se celebró con el IDU que es un establecimiento público del orden distrital.

H.- Las Resoluciones 4967 y 5266 de 2011 declararon correctamente el siniestro porque el anticipo *no se invirtió* en la obra

13.- El recurrente insistió en que no se configuró el riesgo asegurado porque no pudo haber apropiación indebida, en la medida en que hubo recursos que fueron directamente descontados por la entidad pública.

14.- Las Resoluciones 4967 y 5266 de 2011 declararon que se configuró el siniestro sobre la póliza GU 074427, en relación con el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Según las condiciones generales de la póliza¹⁹ y con el artículo 4.2.1. del Decreto 4828 de 2008, esta cobertura se refiere al siguiente asunto:

¹⁷Integrado por personas jurídicas, como se indicó previamente.

¹⁸Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de febrero de 2020, exp. 22473, C.P. William Hernández Gómez.

¹⁹Fl. 148 del Cuaderno 3.

<<El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante asegurada, 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 haya entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, éstos deberán tasarse en dinero en el contrato.>>

15.- Está demostrado que por medio de las Resoluciones 3765 y 4034 de 2011²⁰ se declaró la caducidad del contrato con ocasión del incumplimiento del Consorcio Conexión. Igualmente, en el caso no se discute que el contratista no utilizó los recursos del anticipo en la ejecución del contrato. Este hecho es fundamental para observar que sí se configuró el siniestro asegurado.

15.1.- La Sala ha estudiado el alcance de coberturas en materia del anticipo²¹. Así, el Decreto 4828 de 2008 contiene tres (3) coberturas: (i) la no inversión; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los bienes de le hayan entregado en calidad de anticipo.

Esto permite aclarar que no puede indicarse que hubo *apropiación indebida* del anticipo. La normativa es clara en establecer que la apropiación indebida requiere que el contratista destine los bienes <<que se le haya[n] entregado en calidad de anticipo>> a un asunto ajeno de la ejecución contractual. Como bien establece el recurrente, en este caso los descuentos no pudieron ser destinados a un asunto diferente, porque fueron descontados directamente por el IDU y, por ende, el contratista no pudo utilizarlos en un asunto diferente al de la ejecución contractual.

15.2.- No obstante, como se expresó previamente, es claro que el contratista no *invertió* ningún peso del anticipo en la ejecución de la obra. Aunque es cierto que no se configuraron los siniestros referentes al incumplimiento de la obligación de buen manejo e inversión *correcta* del anticipo, también se pudo constatar que en el presente caso se configuró el amparo relacionado con <<la no inversión>> del anticipo.

Se llega a esa conclusión por dos (2) motivos: primero, si bien es cierto que el descuento opera por la normativa tributaria, ello no releva al contratista de realizar las inversiones del anticipo en la obra.

En ese sentido, el monto asegurado corresponde a la totalidad del valor del anticipo. De acuerdo con el numeral 7.2 del Decreto 4828 de 2008, <<el valor de esta garantía deberá ser equivalente al **cien por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo**, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.>>

²⁰Fls. 150 a 235 y 280 a 335 del Cuaderno 3.

²¹Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de noviembre de 2020, exp. 47760.

En este caso la cobertura inicial correspondió a trece mil treinta millones setecientos quince mil novecientos noventa y cuatro pesos con cuarenta centavos (\$13.030.715.994,40), esto es, al valor total del anticipo entregado sin tener en cuenta las deducciones realizadas por la entidad. Esto también explica que el plan de inversión —aceptado por el Consorcio Conexión— se refiera al monto total del anticipo, y no a este valor menos los descuentos que debía realizar la entidad. Así, el amparo de <<no inversión>> implica la devolución total del valor nominal del anticipo, y no sólo de su valor neto.

Segundo, las deducciones realizadas no son equiparables a la inversión del anticipo girado al contratista. Esas deducciones cubren obligaciones tributarias que, como se pudo constatar, el contratista debía asumir, pues era el sujeto pasivo de la obligación tributaria. Esos tributos, sin embargo, no correspondían a los asuntos en los que debía invertir el anticipo, pues se reitera que las deducciones correspondían al pago de obligaciones tributarias del contratista. Por este motivo, no es posible indicar que no se afecta el patrimonio del Estado, porque la entidad contratante estaría asumiendo una obligación que no le corresponde.

16.- Cabe aclarar que el recurrente indica que el IDU recuperó dieciocho mil trescientos cincuenta y seis millones trescientos setenta y cuatro mil quinientos ochenta y ocho pesos con ochenta centavos (\$18.356.374.588,80), correspondientes a (i) doce mil sesenta y nueve millones quinientos veintidós mil setecientos ochenta y ocho pesos con ochenta y tres centavos (\$12.069.522.788,83) del anticipo devuelto por el contratista y (ii) seis mil doscientos ochenta y seis millones ochocientos cincuenta y un mil trescientos setenta y un pesos con ochenta centavos (\$6.286.851.371,80) de las sumas pagadas por las aseguradoras por la cláusula penal hecha efectiva con la declaratoria de caducidad.

Si bien ese hecho no está discutido, lo cierto es que las resoluciones declararon el siniestro sobre el monto del anticipo que no fue invertido por el contratista. Por ello, para analizar la legalidad de este acto, es indiferente si se obtuvo el pago de la cláusula penal, pues en este caso ella cubre los perjuicios causados por la entidad por la declaratoria de caducidad. Dicho en otras palabras, el litigio se circunscribe a si se constituyó el siniestro que cubría la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, lo cual justamente ocurrió en el presente caso.

17.- El recurrente puso de presente que el IDU expresamente excluyó la declaratoria de siniestro frente al gravamen al movimiento financiero causado por la entrega del anticipo. Así, considera que la entidad debía aplicar ese mismo criterio frente a las sumas objeto de los actos demandados.

Ese razonamiento no es correcto por dos (2) motivos: uno, como se indicó en la primera parte, el gravamen al movimiento financiero causado por la *devolución* del anticipo únicamente es atribuible al contratista incumplido. Este hecho generó que esa suma no se hubiera invertido en la obra, con lo cual se configuró la ocurrencia del amparo cubierto.

Dos, la situación de las deducciones sobre la contribución especial y a la estampilla de la Universidad Distrital tampoco son equiparables porque, como se constató en la primera parte, ellas responden a obligaciones tributarias del contratista, frente a las cuales se configuró el hecho generador.

18.- Finalmente, debe advertirse que en el recurso no se indica expresamente que se discuta que no se configuró la falsa motivación, lo cual haría inane pronunciarse sobre este aspecto. No obstante, como el argumento planteado se refiere a que no es cierto que hubo apropiación indebida de los recursos por parte del Consorcio Conexión, debe indicarse que ese hecho no permite acreditar el error de derecho. En efecto, esa imprecisión en la calificación jurídica no se puede equiparar con el desconocimiento <<de los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados²²>>, en la medida en que sí se configuró el amparo declarado por el IDU en las Resoluciones 4967 y 5266 de 2011, conforme al Decreto 4848 de 2008.

I.- Costas

19.- Teniendo en cuenta que no prosperó el recurso, la Sala condenará en costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP. La condena se establece de acuerdo con los criterios y tarifas señaladas por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, por concepto de agencias en derecho, se reconocerán dos (2) SMLMV a favor del IDU.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2016 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: CONDÉNASE a Confianza en costas de segunda instancia a favor del IDU. Por Secretaría, liquídense según lo dispuesto en el artículo 366 del CGP e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, conforme a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen para su cumplimiento, una vez ejecutoriada esta providencia.

²²Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2017, exp. 53206, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado