



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

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 250002326000200700444 01 (49.286)
Demandante: Liberty Seguros S.A. y otros
Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-
Acción: Controversias contractuales
Asunto: Sentencia de segunda instancia

Surtido el trámite de ley sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por Liberty Seguros S.A. y las sociedades integrantes del Consorcio Nueva Era en contra de la sentencia mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda¹.

Controvierte el actor la legalidad del inciso segundo del artículo tercero de la Resolución No. 5907 del 8 de noviembre de 2006 y la que la confirma, por medio del cual IDU dispuso cobrar, con cargo a la póliza de cumplimiento expedida por Liberty Seguros S.A., la multa impuesta al Consorcio Nueva Era por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra No. 56 del 27 de julio de 2004, por hechos ocurridos antes de que dicho Consorcio le cediera su posición de contratista a la aseguradora. De manera subsidiaria, la controversia gravita en torno a la pretensión de nulidad de tales actos por falsa motivación, infracción de las normas en que debían fundarse, violación del debido proceso y falta de competencia temporal y material.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Corresponde a la decisión ya referida, adoptada el 15 de agosto de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió:

***“PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda de acuerdo a las consideraciones de esta sentencia.*

***SEGUNDO:** Sin costas.*

***TERCERO:** Frente a la presente providencia procede el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo.”²*

¹ Se anota que la ponencia inicial del expediente le correspondió originalmente a la Consejera María Adriana Marín, la cual fue registrada y discutida en la Sala de la Subsección A del 2 de julio de 2021. Según consta en el acta No. 10 de esa fecha, dicha ponencia fue derrotada, motivo por el cual el proyecto fue asignado al suscrito Consejero Ponente. El expediente fue remitido al Despacho mediante auto del 12 de agosto de 2021 (folio 1043, cuaderno del Consejo de Estado).

² Folio 362, cuaderno del Consejo de Estado.

2. El anterior proveído decidió la demanda presentada el 3 de agosto de 2007³ por Liberty Seguros S.A. (en adelante, Liberty, la aseguradora o la demandante), cuyas pretensiones, hechos principales y fundamentos jurídicos se enuncian a continuación:

Pretensiones

3. Liberty formuló las siguientes pretensiones:

“1. PRINCIPALES

PRIMERA: Que se declare la NULIDAD DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO TERCERO de la Resolución 5907 del 8 de noviembre de 2006, mediante la cual el Director de Espacio Público del Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- resolvió lo siguiente:

‘ARTÍCULO TERCERO: El valor de la multa impuesta en la presente resolución deberá ser descontado de los pagos a favor del contratista CONSORCIO NUEVA ERA, una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo.

Si ello no fuere posible, la Dirección Técnica Legal deberá requerir al representante legal de la compañía aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A., para que cumpla con el pago de la multa cubierta con la garantía única de cumplimiento con cargo al amparo de cumplimiento contenido en la póliza número 428355 del 27 de julio de 2004, de conformidad con el artículo 1080 del Código de Comercio. En el caso, en que no se obtenga el pago a través de dicho requerimiento, deberá remitir por parte de la Subdirección Técnica de Procesos Judiciales, los documentos pertinentes que permitan dar inicio a las acciones judiciales correspondientes, para hacer efectivo el valor de la multa, con cargo al amparo de cumplimiento de la póliza mencionada, expedida por la compañía aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A., con ocasión del contrato 056 de 2004’.

SEGUNDA: Que se declare la NULIDAD de la Resolución 896 del 14 de febrero de 2007, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por la Compañía Liberty Seguros S.A., y el Consorcio NUEVA ERA, la cual dispuso:

‘ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución 5907 del 8 de noviembre de 2006, expedida por la Dirección Técnica de Espacio Público por la cual se impuso una multa al CONSORCIO NUEVA ERA, por el valor de CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE (\$444.533.481), por lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar la presente resolución al representante legal de la compañía aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A. y al representante legal del contratista CONSORCIO NUEVA ERA, de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 44 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y contra ella no procede ningún recurso en la vía gubernativa (...).

³ La fecha de presentación de la demanda consta en el sello impuesto por la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que está visible a folio 1 del cuaderno 1.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 5907 del 8 de noviembre de 2006 y 896 del 14 de febrero de 2007, se declare que la Compañía Liberty 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 5907 del 8 de noviembre de 2006 y 896 del 14 de febrero de 2007, y las demás declaraciones, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar la compañía Liberty Seguros S.A., en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.

QUINTA: Que se condene al Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- a pagar a favor de la Compañía Liberty Seguros S.A. las expensas y costas del proceso.

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

2. SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Que se declare la NULIDAD de la Resolución 5907 del 8 de noviembre de 2006, mediante la cual el Director de Espacio Público del Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- resolvió entre otros aspectos los siguientes:

‘ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que el CONSORCIO NUEVA ERA en desarrollo de la ejecución del contrato 056 de 2004, ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, de conformidad con lo consignado en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer al contratista CONSORCIO NUEVA ERA, integrado por las firmas EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES VAREGO LTDA. e INCIVIAS LTDA., una multa por la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE (\$444'533.481), de acuerdo con la parte motiva de la presente resolución. [transcribió a renglón seguido el artículo tercero ya citado en la pretensión primera principal]

ARTÍCULO CUARTO: Notificar al representante legal del CONSORCIO NUEVA ERA y al representante legal de la compañía aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A., el contenido del presente acto administrativo, de acuerdo con el procedimiento establecido por el Código Administrativo en sus artículos 44 y siguientes (...).

SEGUNDA: Que se declare la NULIDAD de la Resolución 896 del 14 de febrero de 2007, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por la Compañía Liberty Seguros S.A. y el CONSORCIO NUEVA ERA, la cual dispuso: [transcribió nuevamente los artículos primero a tercero de la resolución, que ya se citaron en la pretensión segunda principal]

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 5907 del 8 de noviembre de 2006 y 896 del 14 de febrero de 2007, que se declare que la Compañía Liberty 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 5907 del 8 de noviembre de 2006 y 896 del 14 de febrero de 2007, y las demás declaraciones, se ordene restituir, actualizados, los dineros que haya pagado o llegare a pagar Liberty Seguros S.A., en virtud de lo resuelto por los citados actos administrativos.

QUINTA: Que se condene al Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- a pagar a favor de la Compañía Liberty Seguros S.A. las expensas y costas del proceso.

*SEXTA: Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*⁴

Hechos de la demanda

4. En apoyo de sus pretensiones, la demandante enunció, en síntesis, los siguientes hechos:

4.1. Relató que el 27 de julio de 2004, el Instituto de Desarrollo Urbano (en adelante, el IDU, el Instituto o el demandado) y el Consorcio Nueva Era —integrado por las sociedades Equipos y Construcciones Varego Ltda. e Incivías Ltda.— (en adelante, el Consorcio) celebraron el contrato de obra No. 56 cuyo objeto consistió en la construcción y conservación de la ciclorruta y los andenes ubicados entre la avenida Agoberto Mejía —desde la calle 42 A sur— hasta la avenida Bosa, en la ciudad de Bogotá D.C.

4.2. Apuntó que el valor del contrato fue de \$3.527'357.402,57, desglosado en los conceptos de obras de construcción; global de la gestión social y ambiental; costos de manejo de tráfico; señalización y desvíos, y valor global de conservación.

4.3. Señaló que el plazo de ejecución fue de treinta y dos (32) meses, de los cuales uno (1) correspondió a la etapa de preconstrucción de las obras, siete (7) a la de construcción y veinticuatro (24) a su mantenimiento y conservación. Indicó que el primer plazo empezó a correr a partir del 14 de abril de 2005 con la suscripción del acta de inicio.

4.4. Indicó que, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 52.1 del contrato, el Consorcio constituyó a favor del IDU la garantía única de cumplimiento a través de la póliza No. 428355 expedida el 27 de julio de 2004 por Liberty, la cual amparaba, entre otros, el riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista —incluyendo multas y cláusulas penal— y el buen manejo del anticipo.

4.5. Narró que el 13 de mayo de 2005, el Consorcio y el IDU suscribieron el adicional No. 1 al contrato de obra, a través del cual aumentaron su valor y prorrogaron el plazo de la etapa de preconstrucción en 20 días.

4.6. Afirmó que el 29 de diciembre de 2005, el Consorcio y Liberty suscribieron un acuerdo mediante el cual convinieron las condiciones básicas para llevar a cabo la cesión de la posición contractual del Consorcio en el contrato de obra No. 056 de 2004 a favor de la aseguradora.

4.7. Aseveró que el 30 de diciembre de 2005, el IDU, Liberty y el Consorcio suscribieron un acta en la que acordaron los términos de la cesión.

4.8. Indicó que en el acuerdo se señaló que, con fundamento en el artículo 1110 del Código de Comercio, se autorizó a Liberty para terminar la ejecución del contrato, sin necesidad de declarar su caducidad y que se consignaron los compromisos que cada parte adquirió con esa finalidad. Dijo que en tales acuerdos se estableció que el Consorcio respondería por las eventuales sanciones que el IDU

⁴ Folios 2 a 6, cuaderno 1.

le impusiera por el incumplimiento del cronograma de obra antes del perfeccionamiento de la cesión y agregó que el Instituto, en calidad de contratante cedido, no hizo reserva en el sentido de no liberar al cedente respecto de las obligaciones que asumiría el cesionario (art. 863. Código de Comercio), por lo cual el Consorcio quedó totalmente desvinculado de la relación contractual.

4.9. Manifestó que el 25 de enero de 2006, el IDU, el Consorcio y Liberty suscribieron el otrosí No. 2 al contrato No. 56 de 2004, mediante el cual la aseguradora se obligó, en calidad de cesionaria y garante, a ejecutar las obras faltantes para agotar la etapa de construcción y a culminar la fase de mantenimiento del contrato.

4.10. Expresó que, en la cláusula décima primera de dicho negocio jurídico, se estableció que el Consorcio asumiría el valor total de las multas que se le impusieran por hechos ocurridos con anterioridad al perfeccionamiento de la cesión, las cuales serían descontadas de los saldos adeudados al cedente, excluyendo los dineros que el Consorcio le transfirió a Liberty como parte del acuerdo de cesión.

4.11. Añadió que, según la cláusula décima cuarta, la aseguradora no debía pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria porque asumió la ejecución del objeto del contrato de obra con el fin de evitarle mayores perjuicios al IDU, por lo que, afirmó, quedó liberada del pago de cualquier indemnización "*derivada de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo tercero*" de la Resolución 896 que demandó.

4.12. Señaló que, en cumplimiento de la cláusula séptima del otrosí 2, Liberty constituyó a favor del IDU las garantías de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual, las cuales fueron instrumentadas en las pólizas Nos. 2856 y 12010000698 expedidas el 25 de agosto de 2006 por Segurexpo de Colombia S.A y Central de Seguros S.A., respectivamente.

4.13. Mencionó que el 8 de noviembre de 2006, esto es, cerca de 11 meses después del perfeccionamiento de la cesión de la posición contractual, el IDU profirió la Resolución No. 5907 mediante la cual declaró el incumplimiento del contrato por hechos imputables al Consorcio e impuso una multa de \$444'533.481, la cual, de conformidad con el artículo tercero del acto, debía ser descontada de los pagos a su favor y, si ello no fuere posible, con cargo a la póliza de cumplimiento No. 428355 expedida por Liberty.

4.14. Relató que a través de la Resolución No. 896 del 14 de febrero de 2007, el IDU resolvió los recursos de reposición interpuestos por el Consorcio y Liberty en el sentido de confirmar íntegramente la Resolución No. 5907. Agregó que el 30 de abril de 2007, la aseguradora solicitó la revocatoria directa de las resoluciones, la cual fue negada mediante oficio STCC-6500 del 4 de junio de 2007.

Los fundamentos de derecho de la demanda

5. En el acápite de fundamentos de derecho, la demandante señaló que las resoluciones impugnadas violan las siguientes normas jurídicas: artículos 4, 6, 83, 121 y 122 de la Constitución Política; el artículo 28 de la Ley 80 de 1993; los artículos 863, 871, 887 a 898, 1045, 1054, 1072, 1077, 1086 y 1110 del Código de Comercio;

los artículos 769 a 1602 del Código Civil; la cláusula décima de las condiciones generales del contrato de seguro, y las cláusulas décima primera y décima cuarta del otrosí No. 2 al contrato de obra. El concepto de violación de estas disposiciones lo concretó en los siguientes cargos:

5.1. Cargo de nulidad que soporta las pretensiones principales: falsa motivación y violación directa de la ley. Argumentó que el inciso segundo del artículo tercero de la Resolución 5907 de 2006 vulnera las cláusulas décima primera y décima cuarta del otrosí No. 2 del 25 de enero de 2006, así como el acuerdo del 30 de diciembre de 2005 que, en los términos del artículo 1602 del Código Civil, son ley para las partes, porque a través suyo y con el propósito de que Liberty terminara el objeto del contrato, las partes acordaron que las multas impuestas por el IDU por incumplimientos ocurridos antes del perfeccionamiento de la cesión de la posición contractual serían asumidas exclusivamente por el Consorcio y no por la aseguradora; además de que se pactó que ésta quedaba relevada de la obligación de pagar la cláusula penal. Con base en lo anterior, el amparo de cumplimiento en los rubros de multas y cláusula penal por incumplimientos acaecidos con anterioridad a la cesión, se extinguió por ausencia de interés y riesgo asegurable.

5.2. Señaló que la causa de la cesión consistió en evitar que se declarara la caducidad del contrato, lo que se traduce en prevenir un perjuicio tanto para el IDU como para la aseguradora, por lo que cobrar con cargo a la póliza el valor de las multas por incumplimientos acaecidos con anterioridad a la cesión constituye falsa motivación.

5.3. Aseveró que el hecho de que al aceptar la cesión el IDU no hiciera reserva en el sentido de no liberar al cedente del cumplimiento de las obligaciones de la cesionaria (art. 893 Código de Comercio), indica que la vinculación del Consorcio respecto de las obligaciones que asumió la aseguradora como cesionaria se extinguió.

5.4. De otra parte, señaló que, a pesar de que el artículo 1107 del Código de Comercio dispone que la transferencia entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculada el seguro produce automáticamente la extinción del contrato, el IDU, a través de los actos administrativos demandados, sostuvo que, pese a la cesión, Liberty continuó garantizando el contrato de obra respecto del Consorcio en tanto el interés asegurable no se había extinguido, con base, de una parte, en que, según lo estipulado en la cláusula décima primera del otrosí No. 2, la entidad pública se reservó el derecho a imponer multas por los incumplimientos acaecidos antes de la cesión y, de otra, porque la posición en la que la aseguradora asumió el contrato no fue en la de garante, sino de cesionaria ordinaria, puesto que, para que actuara como garante hacía falta que se expidiera un acto administrativo que declarara un siniestro, pero ello no ocurrió.

5.5. Al respecto, la aseguradora afirmó que asumió el contrato en calidad de garante, pues además de que así lo reconoció el IDU en varias oportunidades, a través de la cesión Liberty se obligó a cumplir el objeto pactado hasta su culminación para evitar que se declarara la caducidad, lo que significaba que actuó, en su condición de aseguradora para, en lugar de pagar una indemnización, garantizar

que el objeto del contrato se cumpliera, por lo cual, insistió, el amparo de cumplimiento se extinguió.

5.6. Agregó que, incluso si se aceptara que Liberty asumió el contrato como un cesionario ordinario y no en su condición de garante, no habría interés asegurable, porque en el otrosí No. 2 se la exoneró del pago de multas y de la cláusula penal y se pactó que el Consorcio asumiría las multas que se impusieran por incumplimientos acaecidos antes de la cesión, estipulaciones que el IDU aceptó, por lo cual, reiteró, se extinguió el amparo de cumplimiento. Añadió que, si bien en la cláusula tercera del acuerdo del 30 de diciembre de 2005 se indicó que la cesión no liberaba a Liberty del cubrimiento de algunos riesgos, lo cierto era que, por lo antedicho, el asociado al amparo de cumplimiento desapareció.

5.7. Cargo de nulidad que soporta las pretensiones principales: violación del principio de buena fe y de la confianza legítima. Manifestó que la conducta del IDU al aceptar la cesión en los términos en que se pactó despertó en Liberty la confianza legítima de que luego de perfeccionarse ese acuerdo quedaría relevada de pagar cualquier sanción contractual derivada de los incumplimientos imputables al Consorcio por hechos ocurridos con anterioridad a la cesión, incluyendo las multas y la cláusula penal. Indicó que el amparo de cumplimiento se subsumió en el hecho de que la aseguradora se hizo cargo directamente de la ejecución del contrato hasta su terminación.

5.8. Cargo de nulidad que soporta las pretensiones subsidiarias: falta de competencia temporal de la administración para imponer las multas. Dijo que la función teleológica de las multas es apremiar al contratista a cumplir con sus obligaciones, por lo cual la competencia de la entidad pública para imponerlas está limitada temporalmente por la vigencia del contrato; no obstante, cuando esa sanción se impuso al Consorcio éste ya no tenía esa condición y, por tanto, ya no era sujeto de ser apremiado con la finalidad de dar cumplimiento al contrato, pues la Resolución No. 5907 se profirió once (11) meses después de que se perfeccionara la cesión, hecho que lo liberó definitivamente de la relación negocial. Afirmó que, si bien el IDU, al resolver el recurso de reposición, indicó que la multa era procedente porque el contrato aún estaba vigente, olvidó que, en relación con el Consorcio, el contrato ya había terminado.

5.9. Cargo de nulidad que soporta las pretensiones subsidiarias: falta de competencia de la administración para imponer las multas. Sostuvo que, de conformidad con la posición jurisprudencial vigente al momento de la expedición de las resoluciones demandadas —recogida en la sentencia del 20 de octubre de 2005 de la Sección Tercera de esta Corporación (Exp. 14.579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar)—, si bien es válido pactar la cláusula de multas en los contratos estatales, su imposición debe ser solicitada ante el juez y, por ende, la administración no podía imponerla unilateralmente como lo hizo.

La intervención de los integrantes del Consorcio⁵

6. El Consorcio coadyuvó las pretensiones subsidiarias de Liberty para lo cual, de una parte, reiteró los hechos de la demanda y, de otra, desarrolló los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos, adicionales:

6.1. Precisó que el 29 de diciembre de 2005, Liberty y el Consorcio suscribieron el acta de acuerdo mediante la cual el segundo le cedió a la primera la totalidad del valor de la retención a título de garantía efectuada por el IDU, los materiales existentes en obra y el valor total de las actas de avance mensual Nos. 5 y 6, con el objeto de *“amortizar el anticipo dejado de pagar por el contratista en el momento de la cesión, para el pago de las multas si se llegaren a producir y con el fin de cancelar los costos y sobrecostos que pudieren existir con motivo de la terminación de la obra”*.

6.2. Manifestó que durante la ejecución del contrato de obra No. 056 de 2004 acaecieron eventos sobrevinientes, ajenos a la voluntad del Consorcio, imprevistos e imprevisibles que alteraron su equilibrio económico. Agregó que el objeto pactado se debía ejecutar de conformidad con los diseños entregados por el IDU, pero que éstos no correspondieron a las condiciones de las zonas de las obras, lo que dificultó el desarrollo normal de los trabajos.

6.3. Afirmó que las resoluciones demandadas fueron expedidas de manera irregular porque el IDU excedió el límite de temporalidad para imponer la multa, dado que lo hizo después de cerca de once (11) meses de perfeccionarse la cesión y más de un año después de la ocurrencia del presunto incumplimiento que sancionó, desconociendo con ello las finalidades de apremio de las multas. Agregó que el demandado omitió considerar los argumentos del Consorcio que apuntaron a señalar que la ejecución del contrato se vio frustrada por hechos imprevistos, tales como el desvío del tráfico a las vías objeto del contrato producto de la construcción de las obras de Transmilenio. Agregó que las resoluciones se expidieron con infracción del derecho al debido proceso del Consorcio porque le fueron notificadas al representante de aquél, y no a los representantes de las sociedades que lo integran.

6.4. Finalmente, indicó que el hecho que dio lugar a la imposición de la multa fue el incumplimiento del cronograma de obras, pero que ese aspecto no era imputable al Consorcio sino a la falta de planeación del IDU por la entrega tardía de los planos y estudios de las obras, la falta de estudios de tránsito, entre otras circunstancias ajenas a su voluntad.

⁵ A través de auto del 24 de abril de 2008, las sociedades Equipos y Construcciones Varego Ltda. y e INCIVIAS Ltda. –integrantes del Consorcio Nueva Era–, fueron vinculadas al proceso en calidad de litisconsortes necesarios de la parte activa. A través de auto del 28 de agosto de 2008, se adicionó la providencia anterior en el sentido de conceder a las sociedades el término de 10 días para intervenir en el proceso y efectuar las manifestaciones y peticiones que consideraran pertinentes. El 24 de octubre de 2008, el apoderado de las sociedades intervino para señalar que se coadyuvaban las pretensiones subsidiarias de la demanda presentada por Liberty Seguros S.A (folios 166 a 170 y 180 a 183, 187 a 208, cuaderno 1).

Los argumentos de defensa de la parte demandada

7. El 11 de febrero de 2008, el IDU contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones⁶. Formuló las excepciones de “*inexistencia de vicios que invaliden la provisión de legalidad de los actos administrativos*”, “*la cesión del contrato implica la sustitución en la persona del contratista, en este caso Liberty Seguros*”, cuyos fundamentos fácticos y jurídicos son los siguientes:

7.1. De conformidad con la cláusula décima primera del otrosí No. 2 al contrato de obra No. 056 de 2004, el IDU se reservó la facultad de imponerle multas al Consorcio por los incumplimientos de sus obligaciones ocurridos con anterioridad a la fecha de perfeccionamiento de la cesión. En virtud de dicho acuerdo, el interés asegurable amparado por la póliza de cumplimiento expedida por Liberty pervivió a la cesión del contrato de obra, acuerdo que no contraviene ninguna norma de orden público dado que el artículo 1107 del Código de Comercio tiene naturaleza supletoria y por lo mismo, permite pacto en contrario —como el propio artículo 1162 *ibídem* lo indica claramente—.

7.2. En el numeral tercero del acta de acuerdo del 30 de diciembre de 2005, se precisó que la cesión no exoneraba a Liberty del cubrimiento del riesgo relacionado con el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones ni respecto de los demás amparos cubiertos en la póliza única de cumplimiento.

7.3. De conformidad con lo exigido por el artículo 1077 del Código de Comercio, el IDU acreditó la ocurrencia del siniestro —el incumplimiento imputable al Consorcio— junto con la cuantía del daño causado a la entidad contratante.

7.4. El IDU sí estaba facultado para expedir los actos administrativos sin necesidad de acudir al juez del contrato, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1602 del Código Civil), en el principio de autotutela y porque la multa se impuso dentro del plazo pactado para su ejecución. Afirmó que, pese a que la Ley 80 de 1993 guardó silencio sobre la posibilidad de imponer unilateralmente las multas pactadas en los contratos estatales, en virtud del artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (CCA), las decisiones de la administración gozan de la potestad de autotutela sin que ello entrañe el ejercicio de un poder exorbitante. Agregó que dichas multas podían ser impuestas hasta la finalización del plazo de ejecución del contrato —14 de diciembre de 2007— y que la póliza de cumplimiento estuvo vigente hasta el 13 de julio de 2008.

7.5. Por último, señaló que las resoluciones demandadas fueron expedidas por la autoridad y funcionarios competentes, con apoyo en razones de hecho y de derecho fundadas en las pruebas recabadas en la actuación administrativa y sin vulneración de norma legal o constitucional alguna.

Los fundamentos de la sentencia impugnada

8. Como soporte de su decisión de negar las pretensiones de la demanda el Tribunal⁷ desarrolló las siguientes razones:

⁶ Folios 68 a 82, cuaderno 1.

⁷ Ver folios 786 a 795, cuaderno del Consejo de Estado.

8.1. Indicó que los incumplimientos que dieron lugar a la imposición de las multas ocurrieron antes de la cesión del contrato de obra No. 56 de 2004 y en vigencia de la póliza de cumplimiento expedida por la aseguradora, la cual, por tanto, debía respaldar el pago de la sanción en los términos indicados en las resoluciones demandadas. Agregó que, en la cláusula tercera del acta de cesión del 30 de diciembre de 2005, las partes acordaron que Liberty no quedaba exonerada de responder por la ocurrencia de los riesgos amparados mediante la póliza de cumplimiento, por lo cual, respecto de los incumplimientos acaecidos antes de la cesión, el interés asegurable se mantuvo vigente.

8.2. Aunque encontró probado que en el otrosí No. 2 se relevó a Liberty de pagar la cláusula penal en consideración a que la aseguradora ejecutaría el objeto del contrato hasta su terminación, tal pacto debía entenderse limitado tan solo a ese aspecto. Así, a través de la multa el demandado intentó conminar al Consorcio al cumplimiento del contrato, pero la sanción se impuso después de ocurrida la cesión dada la necesidad de garantizar el debido proceso que debía precederla, decisión que era conforme a derecho.

8.3. La multa fue impuesta antes de que el contrato finalizara. Además, Liberty se subrogó en todos los derechos y obligaciones del Consorcio surgidos antes y después de la cesión.

8.4. Finalmente, señaló que las pretensiones subsidiarias no prosperaban en la medida en que se limitaron a reiterar las pretensiones principales. Con todo, afirmó que ninguno de los cargos de nulidad fue acreditado.

II. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

El recurso de apelación de Liberty Seguros S.A.

9. El 20 de septiembre de 2013, Liberty interpuso recurso de apelación⁸ con el objeto de que la decisión sea revocada para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones principales o subsidiarias de la demanda. En soporte de su petición, argumentó:

9.1. Que el Tribunal fundó su decisión en razones que no negaban las premisas sobre las que se estructuraron los cargos de nulidad planteados en la demanda como soporte de las pretensiones principales, porque:

(i) La actora controvierte la orden de hacer efectiva la póliza en caso de que el Consorcio no pague la multa con fundamento en que esta decisión atenta contra lo estipulado en los acuerdos de la cesión que fueron avalados por el IDU.

(ii) La aseguradora no está debatiendo el incumplimiento del Consorcio contratista.

⁸ El edicto 13-LATC-110 notificando la sentencia de primera instancia (folio 796, cuaderno del Consejo de Estado) se fijó el 4 de septiembre de 2013 y se desfijó el 6 de septiembre de 2013. El término para interponer y sustentar el recurso vencía el 20 de septiembre de 2013 (contando 10 días, desde el 7 de septiembre, los días 7, 8, 14 y 15 de septiembre fueron inhábiles). El recurso de apelación de Liberty Seguros S.A. fue presentado y sustentado el 20 de septiembre de 2013 (folios 806 a 823, cuaderno del Consejo de Estado), por lo que es oportuno.

9.2. De otra parte, señaló que, aunque era cierto que en el acuerdo de cesión se precisó que Liberty no quedaba exonerada del pago de los amparos cubiertos por la póliza de cumplimiento, esta estipulación debía interpretarse a la luz de los demás pactos a través de los cuales se instrumentó la cesión, incluyendo la cláusula décima primera del otrosí No. 2 del 25 de enero de 2006, de la que se colegía que las multas impuestas con ocasión de los incumplimientos imputables al Consorcio eran de su exclusivo cargo y no de responsabilidad de Liberty.

9.3. Así, el acuerdo según el cual Liberty no se exoneraba del cubrimiento relacionado con el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y demás amparos cubiertos por la póliza de cumplimiento debía entenderse en el sentido de que esos demás amparos no incluían las sanciones que se impusieran por hechos acaecidos antes de la cesión y expresó que, cualquiera fuera la causa de la multa, según lo pactado en el marco de la cesión del contrato, la aseguradora quedó relevada de su pago.

9.4. Insistió en que con la cesión de la posición contractual se extinguió el interés asegurable respecto del amparo de cumplimiento.

9.5. En relación con la afirmación del Tribunal de que la multa se impuso para conminar al Consorcio al cumplimiento del contrato, dijo que este análisis no es lógico, porque la sanción se impuso cerca de once (11) meses después de la cesión, esto es, cuando el Consorcio ya no era parte contractual y, por tanto, ya no podía ser conminado al cumplimiento, por lo cual la multa carecía de objeto. Precisó que este argumento hizo parte de los fundamentos en los que se sustentaron las pretensiones subsidiarias de la demanda.

9.6. Manifestó que el Tribunal guardó silencio sobre el cargo de nulidad que se basó en la violación del principio de buena fe y de la confianza legítima despertada en Liberty por el IDU.

9.7. En relación con las pretensiones subsidiarias de la demanda, la recurrente manifestó que no es cierto que se limitaran a reiterar las pretensiones principales, porque en las primeras tan solo se atacó la nulidad parcial de las resoluciones del IDU en tanto obligaron a Liberty a pagar con cargo a la póliza de cumplimiento la multa impuesta al Consorcio, pero sin discutir la legalidad de la decisión del IDU consistente en la imposición de la sanción, mientras que en las subsidiarias sí se solicitó la nulidad íntegra de dichas resoluciones. Por lo anterior, solicitó que, en caso de que no prosperen las pretensiones principales, se analicen y accedan a las subsidiarias.

9.8. Sostuvo que, pese a que el Tribunal no se pronunció sobre las pretensiones subsidiarias, sí señaló, al resolver las principales, que la multa fue impuesta dentro del término de vigencia del contrato, lo cual, admitió, es cierto, pero, advirtió que el *a quo* no tuvo en cuenta, como se alegó en la demanda, que al momento de la expedición de las resoluciones el Consorcio ya no ostentaba la calidad de contratista por lo cual las multas carecían de una finalidad conminatoria.

9.9. Por último, manifestó que el Tribunal no se pronunció sobre el cargo relativo a la falta de competencia del IDU para imponer por sí y ante sí las multas, pese a que la jurisprudencia vigente al momento de la expedición de los actos señaló que esta facultad unilateral no podía ejercerse por la administración, sino tan solo por el juez del contrato.

El recurso de apelación de los integrantes del Consorcio Nueva Era

10. El 11 de octubre de 2013, el Consorcio interpuso recurso de apelación⁹ con el objeto de que la decisión sea revocada para que, en su lugar, se acceda a las pretensiones subsidiarias de la demanda que coadyuvó. En soporte de esta solicitud, desarrolló las siguientes razones:

10.1. Señaló que el hecho de no haber analizado todas las cuestiones de la *litis*, incluyendo los cargos de nulidad planteados por el Consorcio contra las resoluciones, condujo a la incongruencia del fallo de primera instancia.

10.2. Manifestó que el Tribunal incurrió en indebida valoración probatoria porque no tuvo en cuenta ni los testimonios ni el dictamen pericial debidamente practicados en el proceso.

10.3. Afirmó que la sentencia de primera instancia desconoció el precedente vigente al momento de expedirse las resoluciones, según el cual el IDU no era competente para imponer unilateralmente las multas que se pactaran en los contratos estatales porque dicha competencia está reservada exclusivamente al juez.

10.4. Señaló que las resoluciones incurrieron en falsa motivación porque las multas impuestas al Consorcio desconocieron que durante la ejecución del contrato ocurrieron los eventos imprevistos e imprevisibles y ajenos a su voluntad que se invocaron en la demanda —falta de entrega del plan de tránsito y entregas parciales y deficientes de los diseños de las obras—, cuya ocurrencia se acreditó en el proceso a través del dictamen y de los testimonios practicados, los cuales fueron indebidamente desechados por el Tribunal. Agregó que las resoluciones atentan contra el orden público y el interés general porque fue el IDU quien incumplió el deber de planeación y, con sus actos, le impidió la ejecución de las obligaciones del Consorcio.

10.5. Manifestó que las conductas atribuibles al IDU le generaron al Consorcio sobre costos por mayor permanencia en obra, frustraron la ejecución cumplida del cronograma de obras e impidieron solucionar a tiempo los problemas advertidos en los diseños de las obras entregados por la demandada. Además, el IDU indujo al Consorcio a cederle el contrato a Liberty so pena de declarar la caducidad del

⁹ El Consorcio presentó solicitud de adición de la sentencia el 11 de septiembre de 2013 (folios 797 a 803, cuaderno del Consejo de Estado), la cual fue resuelta negativamente por el Tribunal mediante auto proferido el 26 de septiembre de 2013 (folios 824 y 825, cuaderno del Consejo de Estado), providencia que fue notificada mediante estado del 1º de octubre de 2013 (reverso del auto). De esta manera, el término para interponer y sustentar el recurso de apelación vencía el 16 de octubre (los días 5, 6, 12, 13 y 14 de octubre fueron inhábiles). El 11 de octubre, el Consorcio presentó y sustentó su recurso de apelación (folios 826 a 867, cuaderno del Consejo de Estado), por lo que fue oportuno.

contrato, motivo por el cual la recurrente se vio forzada a hacerlo, con la afectación económica que le significó el hecho de realizar la cesión.

10.6. Por último, ratificó los argumentos que presentó en la primera instancia, que en su opinión no fueron resueltos por el Tribunal, en el sentido de que las resoluciones fueron expedidas de manera irregular y con infracción del debido proceso.

11. Al alegar de conclusión, Liberty reiteró los hechos y los cargos de nulidad contenidos en la demanda, así como las razones de reproche contra la sentencia de primera instancia. El Consorcio reiteró el contenido de su recurso de apelación. El Ministerio Público guardó silencio. El IDU presentó extemporáneamente sus alegatos¹⁰.

III. CONSIDERACIONES

El objeto de la apelación

12. De conformidad con los argumentos planteados en los recursos de apelación, la Sala deberá determinar:

12.1. En relación con las pretensiones principales:

(i) Si la sentencia de primera instancia contravino el principio de congruencia porque el Tribunal omitió pronunciarse sobre algunos de los argumentos que sustentaron las pretensiones principales de la demanda y, en cambio, resolvió aspectos que no fueron objeto de la controversia.

(ii) Si, contrario a lo concluido por el Tribunal, el IDU no podía afectar el amparo de cumplimiento cubierto por la póliza No. 428355 expedida por Liberty en el componente de multas, en virtud de los acuerdos a los que se arribaron en razón y con ocasión de la cesión del contrato No. 56 de 2004.

12.2. En caso de que se confirme la negativa del Tribunal de acceder a las pretensiones principales de la demanda, la Sala deberá determinar:

(iii) Si las Resoluciones Nos. 5907 del 8 de noviembre de 2006 y 896 del 14 de febrero de 2007 expedidas por el IDU son nulas y, en ese caso, si existe un derecho al restablecimiento reclamado.

Análisis del caso

13. Para resolver el objeto de la apelación, la Sala se pronunciará sobre las temáticas que se señalaron al formular el objeto de la apelación, en el mismo orden en el que fueron enunciadas.

¹⁰ El traslado para alegar corrió entre el 19 y el 4 de marzo de 2014. Los alegatos se presentaron el 6 de marzo de 2014 (folios 876, reverso, y 960, cuaderno del Consejo de Estado).

Lo resuelto por el Tribunal en relación con las pretensiones principales de la demanda

14. En lo que concierne al estudio de las pretensiones principales, se observa que el Tribunal no vulneró el principio de congruencia, toda vez que, de una parte, sí se pronunció respecto de los argumentos que las sustentaron y, de otra, porque no emitió fallo sobre aspectos que no hubieren sido objeto de controversia. Cosa distinta es que, con el objeto de analizar el contenido y alcance de los acuerdos de la cesión del contrato No. 56 de 2004 hubiere hecho alusión a la cláusula en la que se pactó la facultad de la administración para imponer multas y a los antecedentes que dieron lugar a la aplicación de esta sanción.

15. Al revisar el contenido de la sentencia recurrida, encuentra la Sala que el Tribunal sí se pronunció sobre los aspectos en que la parte actora soportó las pretensiones principales de la demanda, para lo cual analizó el contenido de los acuerdos que enmarcaron la cesión del contrato de obra y coligió que los mismos no tuvieron el alcance de liberar a la aseguradora del cubrimiento de los amparos contemplados en la póliza No. 428533, incluido, el de cumplimiento y, dentro de él, a las multas; específicamente, porque en la cláusula tercera del acuerdo del 30 de diciembre de 2005 se estipuló que, en razón de la cesión, Liberty no se exoneraba del cubrimiento de los riesgos que amparó en calidad de garante del contrato de obra No. 56 de 2004, de donde concluyó que el interés asegurable se mantuvo vigente y cubierto por dicha garantía. Dijo que el interés asegurable no desapareció por virtud de tales acuerdos y como los hechos en los que se fundó la multa ocurrieron en vigencia de la póliza y antes de la cesión del contrato de obra, Liberty sí estaba llamada a respaldar el pago de la sanción en los términos definidos en las resoluciones demandadas.

16. En ese contexto, concluye la Sala también que, aunque el Tribunal no hubiera hecho expresa mención frente a la alegada violación de los principios de buena fe y confianza legítima, sí resolvió este aspecto, puesto que este cargo se basó en el alegado desconocimiento de unas estipulaciones contractuales que el *a quo* estimó que no se contravinieron porque no tenían el alcance que les quiso dar la aseguradora¹¹.

17. Lo anterior confirma que el Tribunal se pronunció sobre los cargos en los que sustentaron las pretensiones principales de la demanda, además de que revela que los fundamentos en los que se basó para negarlas fueron objeto de reproche a través del recurso de apelación; por tanto, precisado lo anterior, la Sala procede a su estudio.

¹¹ En efecto, al referirse a este cargo de la nulidad, en el recurso de apelación la aseguradora señaló: “Esta causal no fue estudiada en el fallo apelado. Al revisar el contenido de la parte motiva, en ésta guardó silencio sobre los argumentos y razones que fundamentaron esta causal de nulidad, que de haberlos estudiado habría llegado a la conclusión que existió un desconocimiento de los actos propios por parte del IDU, al ordenar que en el evento de que la multa no pudiera ser descontada de los valores adeudados al Consorcio Nueva Era, fuera cancelada por Liberty Seguros S.A. con cargo a la póliza de cumplimiento No. 428355, pues las partes habían pactado en el Acuerdo de Cesión y en el otrosí 2 de Cesión y Adicional 2 al Contrato No. 056 de 2004, que las sanciones que se llegaran a imponer al mencionado Consorcio Nueva Era estarían a cargo de éste, lo que equivale decir que Liberty S.A., estaba relevada del pago de las sanciones que se llegaran a imponer al mencionado Consorcio Nueva Era. Obsérvese que en este aparte no se está discutiendo la posibilidad que tenía la Administración de imponer multa, sino el desconocimiento de que ésta sanción estuviera a cargo de la compañía aseguradora, de conformidad con los acuerdos suscritos entre las partes” (folio 817, cuaderno del Consejo de Estado).

Los reproches contra la decisión de negar las pretensiones principales de la demanda de Liberty

18. A juicio de la aseguradora, la intención de las partes fue que, al asumir la aseguradora la ejecución del contrato de obra, quedaba exonerada del pago de cualquier sanción o indemnización derivada del incumplimiento por parte del cedente —el Consorcio—, lo cual habría conducido a la extinción de dicho amparo por desaparición del interés y del riesgo asegurable. En tal virtud, como el amparo de cumplimiento cubría tanto las multas como la cláusula penal y ninguna de ellas le sería exigible, ese amparo se extinguió.

19. Para resolver este cargo de la apelación, la Sala procede a analizar si los acuerdos a los que arribaron las partes de cara a la cesión del contrato de obra No. 56 de 2004 tuvieron el alcance de modificar o, incluso, dejar sin efectos las obligaciones que asumió Liberty a través del contrato de seguro que se instrumentó a través de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 428355 en relación con el amparo de cumplimiento, o si tales estipulaciones se limitaron a determinar las obligaciones que, en calidad de contratista cesionaria, asumiría la aseguradora, sin permear el alcance de esa otra relación contractual, esto es, la del contrato de seguro.

20. Encuentra la Sala que, debido a los inconvenientes que se venían presentado en la ejecución de la obra —relacionados con el avance según su programación¹²— el 29 de diciembre de 2005, Liberty y el Consorcio suscribieron un documento denominado “*acuerdo celebrado entre Liberty Seguros S.A. y el Consorcio Nueva Era para la terminación del contrato 056 de 2004*”, cuyo objeto consistió en:

“definir los compromisos que adquieren cada una de las partes participantes y firmantes del presente acuerdo, para lograr la terminación de las obras del objeto del contrato 056 de 2004 [...] con base en lo pactado en el presente documento, LIBERTY SEGUROS S.A. firmará el documento de cesión del contrato 056 y lo terminará las obras [sic] objeto del contrato a satisfacción del IDU”¹³.

21. En las cláusulas de este negocio jurídico —que, se resalta, no fue firmado por el IDU— el Consorcio se obligó con Liberty, a: (i) endosarle la totalidad del valor de la retención por garantía que el IDU venía descontando de las actas de avance de obra desde el inicio de la ejecución del contrato, dineros que “*serán usados por LIBERTY SEGUROS S.A. para amortizar el anticipo dejado de pagar por el contratista en el momento de la cesión, para el pago de las multas si se llegaren a producir y con el fin de cancelar los costos y los sobrecostos que pudieren existir con motivo de la terminación de la obra*”¹⁴ —cláusula segunda—; (ii) endosarle el valor total de las actas de avance de obra Nos. 5 y 6, con las mismas finalidades establecidas en la cláusula segunda —cláusulas tercera y cuarta—¹⁵; (iii) cederle los dineros depositados en la cuenta corriente asociada a la ejecución del contrato

¹² En el acuerdo del 29 de diciembre de 2005, se consignó que “*debido a los atrasos que se han venido presentando en la ejecución de las obras por motivos que no se analizan en el presente documento, las partes han convenido ceder el contrato a favor de la Entidad Garante que está debidamente autorizada para terminar la obra*” (folio 62, cuaderno 2).

¹³ Folio 61, cuaderno 2.

¹⁴ Folio 63, cuaderno 2.

¹⁵ Folios 63 y 64, cuaderno 2.

de obra y los materiales comprados por el Consorcio con el dinero del anticipo — cláusulas sexta y séptima—¹⁶; (iv) presentar los documentos de reprogramación de las obras —cláusula décima cuarta—¹⁷, entre otras. Como contrapartida, Liberty se obligaría a asumir la ejecución íntegra del objeto del contrato de obra No. 56 de 2004 hasta su culminación, en la posición que ostentaba el Consorcio antes de la cesión.

22. El 30 de diciembre de 2005, el IDU, la interventoría —Restrepo y Uribe Ltda.—, Liberty y el Consorcio celebraron un acuerdo denominado “*acuerdo celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, Liberty Seguros S.A., Consorcio Nueva Era y Restrepo y Uribe Ltda.*” cuyo objeto consistió en:

“definir los compromisos que adquieren cada una de las partes participantes y firmantes del presente acuerdo y que posteriormente se incluirán en el otrosí mediante el cual se perfeccionará la cesión del contrato 056 de 2004, con el objeto de lograr la terminación y cumplimiento del objeto del contrato garantizado por LIBERTY SEGUROS S.A. a través de póliza de cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 428355 y con base en lo aquí pactado se firmará un otrosí entre el IDU y la Aseguradora”¹⁸.

23. En los antecedentes de dicho acuerdo, las partes se refirieron a la fecha de celebración del contrato de obra, a la expedición de la póliza de cumplimiento, al acuerdo logrado entre el Consorcio y Liberty y a la circunstancia de que, debido a los atrasos presentados durante la ejecución de las obras, las partes se reunieron en varias oportunidades para discutir la conveniencia de perfeccionar la cesión de la posición contractual del Consorcio y así impedir la declaratoria de caducidad del contrato¹⁹.

24. Como compromisos se establecieron, los siguientes: **(i) a cargo del Consorcio:** (a) suscribir el otrosí mediante el cual se perfeccionaría la cesión; (b) “*responder por las sanciones aplicadas por el IDU de conformidad con las estipulaciones del Contrato No. 056 de 2004, en desarrollo del cronograma de obra*”; (c) entregar la zona de obras a Liberty; **(ii) a cargo de Liberty:** (a) ejecutar y culminar a satisfacción del IDU las obras faltantes establecidas en el contrato, en los mismos términos allí previstos; (b) ejecutar las obras a través del subcontratista INCON S.A., en un plazo adicional de 5 meses y medio contados a partir del 27 de enero de 2006; y **(iii) a cargo del IDU:** (a) asumir los costos por los honorarios de la interventoría; (b) conceder el término de 5 meses y medio a Liberty para terminar la ejecución de las obras, y (c) revisar los precios unitarios, en los términos previstos en la cláusula 38.1 del contrato²⁰.

25. Además, en la cláusula tercera de los compromisos de Liberty, las partes convinieron que:

“TERCERO: La celebración del presente acuerdo no exonera a LIBERTY SEGUROS S.A. del cubrimiento del riesgo relacionado con el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones causadas en desarrollo del Contrato No. 056-04 amparados con las pólizas No. 428355, ni los amparos

¹⁶ Folio 64, cuaderno 2.

¹⁷ Folio 65, cuaderno 2.

¹⁸ Folio 68, cuaderno 2.

¹⁹ Folio 68, cuaderno 2.

²⁰ Folios 70 y 71, cuaderno 2.

*cubiertos con la póliza de responsabilidad civil No. 67189, ni demás amparos cubiertos en la póliza única de cumplimiento*²¹. (énfasis agregado)

26. Posteriormente, el 25 de enero de 2006, el Consorcio —en calidad de cedente—, Liberty —en calidad de cesionario— y el IDU —en condición de contratante cedido—, suscribieron el otrosí No. 2 al contrato de obra No. 56 de 2004. En los considerandos de dicho negocio jurídico, las partes se refirieron a la suscripción del contrato de obra, a la existencia de las pólizas expedidas por Liberty para garantizar el cumplimiento del contrato —ordinal (b)—, a los acuerdos previos encaminados a instrumentar los compromisos de las partes en relación con la cesión del contrato, entre otras circunstancias²². En los ordinales (d) y (e) de las consideraciones, las partes señalaron que los acuerdos del 29 y 30 de diciembre de 2005 integran el referido otrosí, en lo que no lo contraría.

27. En la cláusula primera del otrosí No. 2, se acordó que Liberty terminaría la ejecución de las obras objeto del contrato²³ y que asumiría también la ejecución de las obligaciones de la etapa de conservación y mantenimiento, en los mismos términos convenidos inicialmente, obligaciones que cumpliría materialmente el subcontratista de Liberty, INCON S.A.

28. En la cláusula décima primera, se estipuló lo siguiente:

“DÉCIMA PRIMERA: El CEDENTE asumirá el valor de las multas que se llegaren a imponer por hechos ocurridos con anterioridad a la aceptación de la cesión, los cuales serán descontados de los saldos que se le adeuden al CEDENTE por el desarrollo del contrato, excluyendo de estos saldos la totalidad de los dineros que han sido cedidos antes de la firma del presente documento y que son de propiedad del CESIONARIO y por lo tanto no podrán ser entendidos como saldos del CEDENTE”²⁴ (énfasis agregado).

29. En la cláusula décima cuarta se acordó que:

“DÉCIMA CUARTA: LIBERTY SEGUROS S.A. con la suscripción de este contrato queda relevada de la obligación de pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria estipulada en el contrato 056 de 2004 y amparada por la Garantía Única No. 428355, toda vez que se comprometió a terminar la obra, evitando así el eventual perjuicio para el IDU”²⁵ (énfasis agregado).

30. Finalmente, en la cláusula décima quinta, Liberty manifestó conocer todas y cada una de las obligaciones del contrato de obra No. 56 de 2004, cuyos términos se mantenían vigentes, salvo en lo modificado por el otrosí No. 2.

31. En ese contexto, atendiendo al claro tenor literal de los anteriores acuerdos, lo que encuentra la Sala es que, si bien las partes acordaron que la aseguradora quedaba exonerada del pago de la cláusula penal amparada a través de la póliza No. 428355, porque la cesión se dio justamente para evitar la declaratoria de caducidad, esa misma previsión no se extendió ni se consignó para el amparo de

²¹ Folio 71, cuaderno 2.

²² Folios 73 y 74, cuaderno 2.

²³ Para ello, en la cláusula quinta se acordó prorrogar el plazo pactado para la etapa de construcción en 5 meses y medio, contados a partir del perfeccionamiento del negocio jurídico, lo que, en los términos de la cláusula novena, ocurría con su firma.

²⁴ Folio 75, cuaderno 2.

²⁵ Folios 75 y 76, cuaderno 2.

multas por hechos ocurridos antes de la cesión —esto, al margen de si éstas cumplían o no una función conminatoria, aspecto al que se referirá la Sala al abordar el estudio de las pretensiones subsidiarias, pues este argumento se presentó, exclusivamente, como fundamento de ellas—, puesto que en ese punto lo que traducen los acuerdos es justamente lo contrario, esto es, que, por efecto de la cesión, las partes no acordaban ninguna modificación al régimen del amparo por multas cobijado por el contrato de seguro.

32. Para arribar a ese aserto, es necesario tener en cuenta que una cosa es la relación contractual derivada del contrato de obra, del que inicialmente fueron partes el IDU y el Consorcio y, posteriormente, por efecto de la cesión, la aseguradora; y otra distinta es la relación contractual derivada del contrato de seguro que amparó el cumplimiento del anterior, del que hicieron parte el Consorcio, en calidad de tomador, y Liberty, en calidad de aseguradora.

33. Aunque parezca evidente, es preciso también mencionar que, si bien uno y otro contrato están relacionados —pues, como lo ha anotado de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación, el contrato de obra es la causa de la expedición de la póliza de cumplimiento²⁶—, cada uno goza de individualidad en su naturaleza, objeto, elementos y efectos, pues se tratan de contratos autónomos. En efecto, por una parte, encuadran dentro de la tipología del contrato de obra, en los términos del numeral primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 “[...] *los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*”. Por su parte, el Código de Comercio señala que el contrato de seguro es un “*contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva*” (Código de Comercio, artículo 1036) compuesto por los elementos esenciales del interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador (Código de Comercio, artículo 1045). Así, aunque el estatuto mercantil no consagra una definición del contrato de seguro, a partir de sus características y elementos esenciales se puede señalar, como lo ha hecho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que:

“(...) el seguro es un contrato ‘por virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina ‘prima’, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al ‘asegurado’ los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de ‘daños’ o de ‘indemnización

²⁶ Ahora bien, bajo la Ley 80 de 1993, **el contrato de seguro constituye un contrato autónomo, pero colabora en el desempeño de la función pública dado el carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración.**

“No obstante su autonomía, el contrato estatal constituye la razón principal que da origen al contrato de seguro y se une de tal modo que su cumplimiento y ejecución dependen del primero. Si bien, el contrato de seguro estrictu sensu no es un contrato estatal, en virtud de ser celebrado entre dos particulares en beneficio de un tercero, este tercero es siempre la administración pública. El otorgamiento de la garantía tiene justificación en interés del patrimonio estatal, lo cual le confiere un tratamiento especial, distinto de los contratos celebrados entre particulares; tanto es así que la constitución de la garantía y su aprobación son requisitos indispensables para la ejecución del contrato”. (énfasis agregado) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2001, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, Exp. 18.506.

efectiva, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro' (...).”²⁷

34. En este orden de ideas, no cabe duda que ambos contratos son autónomos y que, por ende, las obligaciones que de ellos se derivan también difieren entre sí, por lo que no deben confundirse los derechos que adquirió y las obligaciones que asumió la aseguradora en cada negocio jurídico.

35. Sin perjuicio de lo anterior, anota la Sala que es cierto, como alega la parte recurrente, que, a través de la cláusula décima primera del otrosí No. 2 al contrato de obra No. 56 de 2004, se convino que el IDU no liberaría de responsabilidad al Consorcio por las multas que se impusieran por hechos acaecidos antes de la cesión, lo que de paso implicaba que no haría a la cesionaria en calidad de tal responsable por ellas, esto es, desde la perspectiva de la posición contractual que se estaba cediendo. De esta manera, entiende la Sala que tal acuerdo no se tradujo ni estaba llamado a producir una modificación de las estipulaciones del contrato de seguro o, menos aún, un acuerdo que implicara excluir la responsabilidad de la aseguradora frente al amparo por multas, como sí fue pactado expresamente para los efectos de la cláusula penal, acuerdo que, por demás, las partes estimaban como necesario para terminar el objeto del contrato y remediar las dificultades que se presentaron durante su ejecución.

36. Este entendimiento se ratifica al leer el texto completo de la cláusula décima primera del otrosí No. 2, en la que las partes del contrato de obra y quien sería su cesionario —la aseguradora— estipularon que el cedente asumiría el valor de las multas que se llegaren a imponer por hechos ocurridos con anterioridad a la aceptación de la cesión, conviniendo en que dichos valores serían descontados de los saldos que se adeudaran al Consorcio por el desarrollo del contrato —excluidos los dineros que de tales saldos le fueron cedidos a Liberty—, pacto que no involucró una mención expresa ni tácita a renunciar a la efectividad y cobro del amparo de multas, vigente y exigible para la época de los hechos en que se fundaran.

37. En este punto, es pertinente recordar que la cesión del contrato es una forma de transmisión de los derechos y obligaciones y no solo de la parte activa o pasiva de las relaciones jurídicas emanadas de un negocio jurídico²⁸; en éste, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres de adoptar los acuerdos que no sean contrarios a los elementos de la esencia del contrato²⁹, por lo que pueden, como lo hicieron en este caso a través de la cláusula décima primera del otrosí No. 2, acordar, en los términos del artículo 893 del Código de Comercio³⁰, que el

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2008, Rad. 2000-075, reiterada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de mayo de 2015, Exp. SC6709, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

²⁸ Por eso, la diferencia sustancial con la cesión de créditos regulada en los artículos 1959 a 1966 del Código Civil es, precisamente, que en la cesión del contrato se transfieren el conjunto de derechos y obligaciones derivados del negocio jurídico, mientras que en la otra se transfiere solo el derecho de crédito de cedente a cesionario.

²⁹ ARTÍCULO 1501, “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

³⁰ ARTÍCULO 893, Código de Comercio “Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla,

cedente no quedaba liberado de cumplir con las multas que pudieren imponerse como consecuencia de hechos acaecidos *antes* del perfeccionamiento de la cesión y que la cesionaria, en calidad de tal, no asumiría esa obligación.

38. Adicionalmente, se constata que el límite de la referida estipulación décima primera del otrosí No. 2 no comprendía, y ni siquiera implicaba que se exoneraría a la compañía aseguradora de cubrir el siniestro de cumplimiento en el rubro de multas, pues bien por el contrario, lo que hicieron fue ratificar expresamente las obligaciones de la aseguradora contenidas en la póliza No. 428355 —acuerdo del 30 de diciembre de 2005— la que, por efecto de la cesión, no se relevaría del cubrimiento de los riesgos que amparó a través de ese instrumento, pacto que, además, se reiteró al convenir que el contenido del acuerdo del 30 de diciembre de 2005 haría parte integral del otrosí No. 2, en lo que no le fuera opuesto.

39. La lectura armónica e integral de los citados acuerdos revela que no existe una contradicción entre ellos, como tampoco refleja una intención implícita del IDU a renunciar a hacer efectivo el amparo de cumplimiento - multas. Lo que se observa es que las partes convinieron que el Consorcio respondería por el valor de las multas que se llegaren a imponer por hechos ocurridos antes de la cesión del contrato con cargo a su propio peculio, pero que, a falta de acuerdo distinto, se mantendría el régimen de aseguramiento contenido en el contrato de obra, por lo que el valor de las multas podría estar llamado a hacerse efectivo con cargo a la póliza de cumplimiento expedida por Liberty. Dicho de otro modo, la obligación condicional de pago adquirida por la aseguradora en el marco del contrato de seguro sujeta al acaecimiento del riesgo de incumplimiento³¹, no varió ni se extinguió por el hecho de que el Consorcio, al ceder el contrato y no haber sido liberado de responsabilidad en el pago de las multas, fuera el primer llamado a responder por su pago.

40. En adición, reitera la Sala que, si la intención de las partes hubiera sido que, por efecto de la cesión, se modificara el contrato de seguro para excluir del amparo de cumplimiento el rubro relacionado con las multas, en lugar de ratificar que se mantenía la cobertura de los amparos cubiertos a través de la póliza No. 428355, así lo hubieran estipulado, tal como expresamente lo hicieron respecto del amparo asociado al pago de la cláusula penal, al pactar en la cláusula décima cuarta del otrosí No. 2 que la aseguradora quedaba *“relevada de la obligación de pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria estipulada en el contrato 056 de 2004 y amparada por la Garantía Única No. 428355, toda vez que se comprometió a terminar la obra, evitando así el eventual perjuicio para el IDU”*.

41. En ese mismo sentido, es pertinente señalar que el acuerdo antes referido, no conllevaba que ese pacto se extendiera también a las multas que el IDU impusiera por hechos acaecidos antes de la cesión, ante la diferente naturaleza de

pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación”.

³¹ Artículo 1080, Código de Comercio: *“El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.*

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.”

la “*cláusula penal pecuniaria*” y el pacto de multas³² lo que, por demás, condujo a distinguirlos expresamente en el amparo de cumplimiento, dentro del riesgo de incumplimiento³³.

42. Ahora, la Sala no pasa por alto que, al menos llama la atención que la póliza de cumplimiento comprendiera el amparo de la cláusula penal pecuniaria y que en el otrosí No. 2 las partes se hubieren referido a ella para señalar que se exoneraba a la aseguradora de cubrirla, cuando lo cierto es que en el contrato de obra No. 056 de 2004 no se consagró tal instrumento. Empero, además de que ningún elemento de prueba conduce a interpretar que en esa cláusula las partes hubieran querido verdaderamente referirse a las “*multas*”, Liberty no hizo consistir su demanda ni su apelación en la equiparación de la cláusula penal pecuniaria con la cláusula de multas³⁴. Con todo, vale mencionar que la cesión se dio para evitar la declaratoria de caducidad del contrato, lo que, en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, apareja el cobro de la cláusula penal pecuniaria, no la imposición de multas; esto se complementa con que en la referida cláusula décima cuarta lo que se indicó fue que la aseguradora quedaba exonerada de cubrir la cláusula penal porque al asumir la ejecución del contrato le evitaba un eventual “*perjuicio*” al IDU, a la par que en la cláusula décima primera se previó la posibilidad de que se impusieran multas por hechos acaecidos con anterioridad a la cesión, distinguiendo con ello claramente los perjuicios que se habrían derivado del incumplimiento definitivo del contrato, de la sanción por el mero retardo.

43. En este escenario, lo que se evidencia es que, a partir de los acuerdos que se dieron en el marco de la cesión del contrato de obra No. 56 de 2004, no solo no existe un acuerdo que avale la postura de la parte actora, sino que tampoco se puede inferir de ellos una conclusión como la propuesta, esto es, la extinción del amparo de cumplimiento cuya cobertura estuvo incluida en la referida póliza.

44. En suma, interpretando sistemáticamente³⁵ la prueba que se ha venido refiriendo, lo que se concluye es que el Consorcio mantuvo su responsabilidad como cedente del contrato por los incumplimientos acaecidos antes de la aceptación de

³² La cláusula penal es, por regla general, un instrumento de estimación anticipada de perjuicios que sobreviene, en el caso de la contratación estatal, como consecuencia de la declaratoria de caducidad del contrato o en virtud de la declaratoria del incumplimiento definitivo por parte del deudor de la obligación; por ello, según lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, la cláusula penal pecuniaria se debe imponer como consecuencia del incumplimiento definitivo de las obligaciones por parte del deudor y no de un incumplimiento parcial y temporal. Las multas, en cambio, son instrumentos contractuales mediante los cuales la entidad contratante, en desarrollo de su función como director de la ejecución del contrato, asegura el cumplimiento oportuno de las obligaciones a cargo del contratista. No tiene una función resarcitoria como la cláusula penal sino eminentemente conminatoria y sancionatoria, pues lo que con ellas se pretende es disuadir al contratista que se encuentra incumpliendo transitoriamente un contrato de tracto sucesivo a reajustar su conducta de modo de garantizar el cumplimiento satisfactorio de su objeto.

³³ En las condiciones generales de la póliza de cumplimiento expedida por Liberty, se precisó que el amparo de cumplimiento “*cubre a la entidad estatal única y exclusivamente contratante contra los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Este amparo comprende las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva*” (folio 53, cuaderno 2).

³⁴ Se advierte también que la aseguradora no discutió que los incumplimientos en los que se fundamentó la multa fueran los mismos que motivaron a las partes a celebrar la cesión para evitar su declaratoria de caducidad y, por tanto, para evitar que se causaran los perjuicios derivados del incumplimiento definitivo de las obligaciones y que, por ello, no fuera procedente que se impusiera la multa y tampoco que se afectara la póliza No. 428355 en el amparo de cumplimiento, en razón a que a través de la cláusula décima cuarta del otrosí No. 2 se exoneró a Liberty del pago de la cláusula penal, justamente, con ese propósito, lo que impide a la Sala adentrarse en ese estudio.

³⁵ Según el artículo 1622 del Código Civil, “*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad*”.

la cesión, mientras que Liberty permaneció como garante del cumplimiento de esas obligaciones.

45. En este punto de la providencia, estima la Sala pertinente destacar, como en otras oportunidades lo ha hecho, que el principio de buena fe, que es el cimiento en el que se funda la teoría de los actos propios, supone, en términos generales en materia contractual, que el comportamiento de las partes debe estar inspirado y tener como fin la efectiva ejecución de lo pactado y, por tanto, la preservación del contrato, lo que implica que las partes tienen el deber de respetar en su esencia lo acordado y cumplir las obligaciones derivadas de aquello.

46. Por todo lo anterior, la Sala comparte la decisión del *a quo* en cuanto a que, la resolución demandada no vulneró lo acordado en el marco de la cesión de dicho negocio jurídico, pues, al contrario, lo que se observa es que el Instituto actuó al amparo de una estipulación en la que Liberty ratificó su consentimiento a responder por los amparos cubiertos por la póliza de cumplimiento No. 428355, incluyendo el pago de las multas que se impusieran por hechos acaecidos con anterioridad a la aceptación de la cesión —se reitera, que otra cosa es si las multas impuestas cumplieran o no una finalidad conminatoria, lo cual será analizado más adelante—; por lo mismo, la Sala tampoco encuentra que se hubiere vulnerado el principio de buena fe contractual.

47. Frente al alegato de la aseguradora según el cual se habrían extinguido dos elementos esenciales del contrato de seguro en relación con el amparo de cumplimiento y, específicamente, para lo que interesa a este caso, con las multas —el interés y del riesgo asegurable—, estima la Sala necesario advertir que, si bien en su demanda la aseguradora hizo alusión al artículo 1107 del Código de Comercio³⁶, lo cierto es que la discusión que planteó en relación con la extinción del amparo de cumplimiento no se fundamentó en la transferencia del interés asegurado de un sujeto a otro —argumento que no desarrolló—, sino que se basó en que, en este caso, tanto el interés como el riesgo asegurado habrían desaparecido por acuerdo expreso entre las partes, porque en relación con los dos amparos que cubría ese siniestro —multas y cláusula penal— habrían acordado exonerar a la aseguradora de su pago, en tanto estipularon, de una parte, que el Consorcio asumiría el valor de las multas que se impusieran con ocasión de hechos acaecidos con anterioridad a la aceptación de la cesión del contrato y, de otra, que Liberty quedaba exonerada de pagar la cláusula penal ya que al asumir la ejecución del contrato evitó a la entidad pública los perjuicios que se podrían haber derivado del incumplimiento; por tanto, la Sala se limita al estudio que ya hizo de estos aspectos, pues fueron los que se plantearon en la demanda y los que se reiteraron en la apelación.

48. Con todo, vale mencionar que, incluso, si en gracia de discusión, y únicamente de ella, se admitiera que la controversia versó sobre la transferencia del

³⁶ Código de Comercio, artículo 1107: “La transferencia por acto entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro, producirá automáticamente la extinción del contrato, a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado. En este caso, subsistirá el contrato en la medida necesaria para proteger tal interés, siempre que el asegurado informe de esta circunstancia al asegurador dentro de los diez días siguientes a la fecha de la transferencia.

La extinción creará a cargo del asegurador la obligación de devolver la prima no devengada.

El consentimiento expreso del asegurador, genérica o específicamente otorgado, dejará sin efectos la extinción del contrato a que se refiere el inciso primero de este artículo”.

interés asegurable y los efectos que ésta habría producido de cara al contrato de seguro, en los términos del referido artículo 1107 —la extinción automática del contrato de seguro—, lo cierto es que las pretensiones principales tampoco estarían llamadas a prosperar, en tanto en cuanto:

(i) El interés asegurado no se trasladó de un sujeto a otro, pues éste se radicó en cabeza del IDU que no cedió su posición en el contrato de obra No. 56 de 2004 y, por tanto, dicho interés siempre se mantuvo en cabeza del sujeto asegurado³⁷;

(ii) La aseguradora no sólo consintió en la cesión del contrato, pues hizo parte de ella, sino que ratificó expresamente que en razón de ese acuerdo no se exoneraría de cubrir los riesgos que amparó a través de la póliza No. 428355 —lo que incluía las multas derivadas de los hechos que se hubieren configurado antes de la aceptación de la cesión—; por tanto, incluso si se aceptara que se configuró alguno de los supuestos a los que se refiere el inciso primero del mencionado artículo 1107 del estatuto comercial, lo cierto es que no podría producirse la consecuencia allí prevista, toda vez que, de conformidad con el inciso final de ese mismo artículo, “[e]l consentimiento expreso del asegurador, genérica o específicamente otorgado, dejará sin efectos la extinción del contrato a que se refiere el inciso primero de este artículo”;

(iii) Aun si se admitiera que como consecuencia de la cesión contractual se extinguió el contrato de seguro al haber desaparecido dos de sus elementos esenciales —el interés y el riesgo—, lo cierto es que este efecto sólo podría afectar reclamaciones originadas en incumplimientos ocurridos con posterioridad a la cesión³⁸, mas no las fundadas en incumplimientos configurados con anterioridad a ella, que es el tema que concita esta controversia, la cual, vale recordar, se refiere a las multas impuestas por hechos que tuvieron lugar antes de la aceptación de la cesión,

³⁷ De conformidad con lo previsto en el artículo 1045 del Código de Comercio, el interés asegurable —junto con el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador— constituye un elemento esencial del contrato de seguro. El doctrinante Efrén Ossa señala que el interés asegurable es el objeto mismo del contrato de seguro y lo define “como la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular”; es por esto que el artículo 1086 ibidem prevé que ese elemento esencial del contrato debe “existir en todo momento, desde la fecha en que el asegurador asuma el riesgo” y que su desaparición conlleva “la cesación o extinción del seguro”.

En el seguro de daños —del cual la póliza de cumplimiento es una especie—, el interés asegurable, en los términos del artículo 1083 del Código de Comercio se refiere a la situación de “toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero.”

Ahora, el interés asegurable que se avino a proteger la póliza de cumplimiento expedida por Liberty, consistió en la relación económica que tiene el IDU con su patrimonio, el cual podría verse menoscabado como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del contratista —riesgo amparado— del contrato de obra No. 56 de 2004. De esta manera, el supuesto de hecho del artículo 1107 del Código de Comercio se refiere a la transferencia de ese interés asegurable —y no de otro—, como sería el caso de la cesión de la posición del contrato del IDU a un tercero (Consejo de Estado, A este respecto, ver Consejo de Estado, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, Exp. 20.967)

³⁸ Téngase en cuenta que el inciso segundo del referido artículo 1107 dispone que en caso de que por la transferencia entre vivos del interés asegurado o de la cosa a la que está vinculado el seguro se extinga automáticamente el contrato de seguro, surge para el asegurador la obligación de devolver la prima no devengada, esto es, según el inciso segundo del artículo 1071 del Código de Comercio, “la que corresponde al lapso comprendido entre la fecha en que comienza a surtir efectos la revocación y la de vencimiento del contrato”, esto sólo para reflejar que, incluso en el evento hipotético que se plantea, las pretensiones principales no estaban llamadas a prosperar, en tanto, como lo ha explicado tanto la jurisprudencia como la doctrina, en los seguros de cumplimiento la prima se entiende causada en su totalidad desde el momento mismo en que el asegurador asume ese riesgo, análisis asociado a la irrevocabilidad de este tipo de seguros, irrevocabilidad que, en materia de contratos estatales está expresamente consagrada en inciso tercero del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, hoy en el inciso segundo del artículo 7º de la Ley 1150 de 2007.

cuando, no hay duda, estaban presentes todos los elementos esenciales del contrato de seguro³⁹.

49. Así las cosas, se impone confirmar la decisión del *a quo* de negar las pretensiones principales de la demanda, puesto que no se encontró razón a los argumentos esbozados por Liberty en su apelación respecto de aquéllas y, por tanto, la Sala procede a abordar el estudio de los que planteó de cara a las pretensiones que se formularon como subsidiarias.

Los reproches frente a la decisión de negar las pretensiones subsidiarias de la demanda

50. La parte recurrente alega que el Tribunal no se pronunció frente a las pretensiones subsidiarias de la demanda, aspecto frente al cual le asiste parcialmente la razón, puesto que, al revisar el contenido de la sentencia de cara a lo alegado como fundamento de tales pretensiones, lo que se encuentra es que el *a quo* sí se manifestó frente a uno de los cargos que las sustentaron, con base en unos argumentos que fueron expresamente debatidos por la aseguradora a través de su recurso de apelación; aunque, es verdad, dejó de resolver los demás.

51. Al respecto, lo que encuentra la Sala es que, al identificar el problema jurídico, el Tribunal lo limitó a determinar si la aseguradora debía asumir el valor de la multa impuesta al Consorcio a través de las Resoluciones Nos. 5907 de 2006 y 896 de 2007 y para resolverlo analizó lo relativo al alcance de los acuerdos de la cesión del contrato de obra No. 056 de 2004, es decir, el planteamiento se circunscribió —como correspondía, porque así se planteó— a determinar si, en su condición de garante del contrato, Liberty estaba o no en la obligación de asumir el valor de la multa en caso de que no la pagara el Consorcio y, por tanto, a establecer si, en ese preciso aspecto, los actos demandados estaban viciados de nulidad. Como se observa, ese análisis no estuvo dirigido a comprobar si la decisión de multar al cedente estaba o no ajustada a la legalidad, que fue el conflicto que se planteó de manera subsidiaria con fundamento en diferentes cargos que, como se pretendió, comprometen la nulidad total de las resoluciones demandadas y no solamente su nulidad parcial en relación con la afectación de la póliza de cumplimiento que amparó al contrato de obra No. 056 de 2004.

52. No obstante, se observa también que, aunque en el marco del problema jurídico previamente referido, el Tribunal sí se pronunció respecto de uno de los cargos de nulidad que soportaron las pretensiones subsidiarias de la demanda, específicamente el que se hizo consistir en que el IDU carecía de competencia para imponer la multa. En efecto, frente a este cargo, el *a quo* señaló que el Instituto sí estaba habilitado para imponer la multa porque cuando adoptó esa determinación el contrato aún estaba vigente, solo que, por efecto de la cesión, la aseguradora se

³⁹ En este punto, es pertinente precisar que, si bien la resolución de multas se expidió 11 meses después de aceptada la cesión del contrato de obra, lo cierto es que se refiere, exclusivamente a unos incumplimientos que acaecieron antes de ello. Téngase en cuenta además que en vigencia de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 679 de 1994 —vigentes para cuando se expidieron las resoluciones de multas demandadas—, únicamente el acto administrativo por medio del cual se declara la caducidad del contrato era constitutivo del siniestro, según lo dispuesto por el artículo 18 de esta ley; por ello, los demás, como el de multas, eran meramente declarativos del riesgo acaecido previamente. Después de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 y con la del Decreto 4828 de 2008 (art. 14) se dispuso que el acto que impone la multa también es constitutivo del siniestro de incumplimiento.

había subrogado en todos los derechos y obligaciones del Consorcio; razonamiento frente a la cual, como más adelante se verá, tanto la aseguradora como el Consorcio indicaron de manera expresa sus objeciones a través del recurso de apelación.

La finalidad conminatoria de las multas

53. En su recurso de apelación, la aseguradora manifestó que, para el momento en que se expidieron las resoluciones demandadas el Consorcio ya no era parte de ese negocio jurídico y, por tanto, no podía ser sujeto pasivo de apremios o coacciones con fines de cumplimiento contractual, por lo que, insistió, la multa no tuvo un carácter conminatorio y, por tanto, la entidad no podía imponerla. Agregó que, si bien el plazo del contrato no se había vencido, éste corría para la aseguradora que era la contratista, no para el Consorcio que había dejado de serlo. En ese mismo sentido refirió, como lo hizo en la demanda, que las multas se impusieron por incumplimientos relacionados con el cronograma de obras acaecidos antes de la cesión, mas no respecto de las obligaciones que asumió la aseguradora en calidad de cesionaria del contrato para lograr su cumplimiento, de donde también dedujo su extemporaneidad y falta de justificación.

54. En ese contexto, se encuentra que, más que una falta de competencia temporal para imponer las multas por terminación del contrato de obra, el cargo de la aseguradora se funda en que éstas no cumplieron la finalidad de apremio para las que fueron previstas —competencia material—, porque se impusieron a un sujeto que ya no era parte de la relación contractual y, por tanto, que ya no podía ejecutar las obligaciones necesarias para lograr el cumplimiento de lo pactado; aunado a lo anterior, porque la sanción se impuso por incumplimientos del cronograma de obra acaecidos antes de que se celebrara la cesión, mas no respecto de las obligaciones que estaba ejecutando Liberty en calidad de cesionaria para cumplir ese mismo propósito o, lo que es lo mismo, que las multas no se avinieron a conminar a la aseguradora, que era la contratista, para que cumpliera el objeto pactado⁴⁰. El Consorcio acompañó dicha argumentación señalando que la multa implicó un ejercicio indiscriminado de la facultad sancionatoria del IDU, en contravención de la teleología de las multas⁴¹.

55. Así, para resolver este cargo de la apelación es pertinente reiterar, como de manera pacífica lo ha hecho ya de antaño esta Corporación⁴², que las multas son instrumentos contractuales mediante los cuales la entidad contratante, en desarrollo de su función de dirección de la ejecución del contrato, y con fundamento en un pacto previo —dado que las multas no se incorporan por ministerio de la ley al contrato—, propende por el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, de manera que, como ya se dijo en esta misma providencia, no tienen una función resarcitoria o indemnizatoria —como la cláusula penal— pues

⁴⁰ Folio 819 a 822, cuaderno del Consejo de Estado.

⁴¹ Folio 864 y 865, cuaderno del Consejo de Estado.

⁴² Ver entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de abril de 2012, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, Exp. 22.470; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 1º de octubre de 1992, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 6.631; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 28.875; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 24.697.

se trata de una medida eminentemente conminatoria y sancionatoria⁴³, en tanto está encaminada a disuadir al contratista que se encuentra incumpliendo transitoriamente las obligaciones derivadas de un contrato de tracto sucesivo a reajustar su conducta de modo de garantizar el cumplimiento satisfactorio de su objeto.

56. En línea con lo anterior, esta Corporación ha sido enfática en señalar que las entidades públicas tienen un límite temporal para acudir a este mecanismo corrector de las obligaciones incumplidas, el cual está intrínsecamente ligado a la finalidad de apremio que persiguen, por lo cual sólo pueden aplicarse dentro de la vigencia del contrato y siempre que tengan la virtualidad de lograr su cometido, esto es, constreñir al contratista al cumplimiento, de manera que si, aún estando vigente el plazo, ese no es su propósito, porque, por ejemplo, las obligaciones que se habían inobservado ya se cumplieron o porque se acordaron otros mecanismos de remediación para lograr su cumplimiento y éstos se están ejecutando adecuadamente, entonces no habrá lugar a imponerlas, pues habrán perdido su razón de ser. En este sentido, de vieja data, se ha indicado que:

“Las multas que la administración puede imponer a un contratista cuyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales o salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse.

Este poder exorbitante de imposición de multas tiene un límite temporal obvio: mientras esté vigente el contrato y la medida pueda producir el efecto deseado (el constreñimiento del contratista), ya que la medida no busca sancionar porque sí, sino sancionar para que el contratista que está incumpliendo se sienta compelido a cumplir.”⁴⁴

57. Esta regla jurisprudencial resulta lógica porque si, a través de las multas, lo que se busca es constreñir al contratista a lograr el cumplimiento de una obligación, no tendría sentido imponer la sanción cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo o cuando, por ejemplo, la obligación ya ha sido cumplida en su integridad⁴⁵, o cuando las partes han reajustado sus compromisos en aras, específicamente, de cumplir lo pactado,

⁴³ Sobre el particular, señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil: “En efecto, la Administración no solo tiene un poder de dirección y control en la ejecución del contrato, **sino también con fundamento en el ius puniendi del Estado ciertas potestades sancionatorias** que operan frente al incumplimiento de las obligaciones en que incurra el contratista y que se concretan en la adopción de medidas extintivas que comportan la terminación anormal y anticipada del contrato (como ocurre con el decreto de caducidad del mismo), o sin que impliquen su extinción, de medidas coercitivas y apremiantes (como sucede con la imposición de multas), **para compeler y conminar al contratista a realizar y ejecutar las prestaciones del contrato y evitar así su incumplimiento total, de manera que no se trastorne o perturbe la prestación de los servicios o se impida la obtención de los bienes y obras objeto del mismo.**” (énfasis agregado) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicios Civil, concepto del 10 de octubre de 2013, C.P. Álvaro Namen Vargas, Exp. 2157. En ese mismo sentido, se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Ver entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 25 de abril de 2012, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, Exp. 22.470; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 1º de octubre de 1992, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 6.631; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 28.875; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 24.697.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 1º de octubre de 1992, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 6.631.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2017, Exp. 53.206. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

ampliando el plazo estipulado para el desarrollo de determinada obligación o modificando las condiciones para su ejecución, y tales acuerdos se vienen cumpliendo adecuadamente.

58. En concordancia con lo anterior, encuentra la Sala que las multas que pactaron las partes frente al incumplimiento del cronograma de obras —que fue el incumplimiento que se sancionó a través de las resoluciones demandadas y que Liberty amparó a través de la póliza No. 428355— responden, claramente, a un propósito conminatorio del cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. En efecto, así lo estipularon:

“[49.3] EL MONTO Y PROCEDIMIENTO DE LAS PENALIDADES SERÁ EL SIGUIENTE:

En caso de incumplimiento de sus obligaciones, el Contratista se hará acreedor de las siguientes penalidades o multas:

(...)

POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CRONOGRAMA DE OBRAS

Por no cumplir con el Cronograma de obras establecido para cada Sección de las Obras descrito en el Apéndice Técnico respectivo, previo requerimiento del interventor o del Contratante, se causará una multa equivalente al UNO (1) por mil del valor de las obras de construcción por cada día calendario transcurrido a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de esta obligación y hasta que satisfaga la obligación”⁴⁶ (énfasis agregado).

59. Del texto contractual se colige que, en relación con el cumplimiento del cronograma de obras, el contratista se haría acreedor de las multas que le impusiera el IDU, equivalentes a una milésima parte del valor de las obras de construcción, por cada día calendario de retraso desde el momento en que debía cumplirse la obligación hasta el momento de su cumplimiento. La estructura de esta disposición se aviene a la finalidad de las multas porque establece una sanción en función del periodo durante el cual se prolongue el incumplimiento y hasta el momento que cese, con lo cual el contratista estará compelido a ajustar su conducta para cumplir el cronograma de obras a la mayor brevedad.

60. En ese contexto y de cara a los argumentos planteados por la parte actora, lo primero que se debe advertir es que la cesión del contrato no impide, en principio, que la administración imponga multas con miras al cumplimiento del objeto pactado, porque, recuérdese, en los términos del artículo 887 del Código de Comercio, lo que implica ese acuerdo es que la posición contractual de una de las partes del negocio jurídico —cedente— se traslade a un tercero —cesionario— que lo sustituye en todo o en parte y, por tanto, que asume el contrato en la condición que se encuentre al momento de la cesión y, con ello, cuando la cesión es total, adquiere todos los derechos y obligaciones del cedente. Esto es así porque, como también ya se dijo, la cesión del contrato es una forma de transmisión de los derechos y obligaciones y no solo de la parte activa o pasiva de las relaciones jurídicas emanadas de un

⁴⁶ Folio38, cuaderno 1.

negocio jurídico⁴⁷ y, además, porque no es una forma de extinguir las obligaciones⁴⁸.

61. Ahora, debe tenerse en cuenta que cuando la cesión del contrato es total, el hecho de que el cesionario pase a ocupar en un todo la posición del cedente⁴⁹, implica que éste, a su vez, quede liberado respecto del contrato cedido; de manera que, a partir del momento en que la cesión produce sus efectos⁵⁰, el cedido no podrá cumplir el contrato mediante la ejecución de las obligaciones a favor del cedente⁵¹ y tampoco puede exigir de aquel el cumplimiento de las obligaciones que se trasladaron al cesionario, salvo que, al momento de aceptar la cesión, hubiera hecho la reserva de no liberarlo en caso de que el cesionario no cumpla. En ese sentido, el artículo 893 del Código de Comercio dispone:

“Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación”.

62. En consecuencia, si lo que ocurre desde el momento en que la cesión empieza a surtir efectos es que el cedente queda liberado de la relación negocial y, por ello, no está llamado a cumplir con las obligaciones derivadas del contrato, entonces, lo que se debe concluir es que no hay razón para pretender conminarlo al cumplimiento del objeto pactado a través de la imposición de una multa, salvo que, como señala el artículo 893 del Código de Comercio, el contratante cedido, al momento de aceptar la cesión, se hubiere reservado no liberarlo del cumplimiento de las obligaciones en caso de que el cesionario no lo hiciera, lo que en este caso, no ocurrió.

⁴⁷ De ahí la diferencia sustancial de esa figura con la cesión de créditos regulada en los artículos 1959 a 1966 del Código Civil pues en ésta sólo se transfiere el derecho de crédito de cedente a cesionario.

⁴⁸ Por ello, no se debe confundir la cesión del contrato con la novación por cambio de acreedor o de deudor, la cual sí es una forma de extinción de las obligaciones de conformidad con el artículo 1625 del Código Civil. En efecto, mientras que la novación es, según el artículo 1687 del Código Civil, “*la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida*”, la cesión no extingue el vínculo obligacional porque a través suyo tan solo se sustituye al cedente por el cesionario, que recibe el contrato en el mismo estado de cumplimiento que se encontraba al momento de la transmisión. Al respecto, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de septiembre de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 50.130.

⁴⁹ Sobre este aspecto anotó el tratadista chileno René Abeliuk que “*Se habla de cesión de contrato cuando uno de los contratantes, con el consentimiento del otro, traspasa los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente. [...] la cesión del contrato implica que el cedente traspasa al cesionario sus derechos y obligaciones; tanto el aspecto activo como el pasivo. [...] El cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente, lo reemplaza en el contrato, y, en consecuencia, puede exigir el cumplimiento de los créditos que a su favor emanen de este y queda obligado a cumplir las obligaciones derivadas de él*” (énfasis agregado). René Abeliuk Manasevich, “*Las Obligaciones*”, Tomo II, Santiago de Chile, cuarta edición, núms. 1160 y 1163.

⁵⁰ La cesión del contrato estatal produce efectos entre cedente y cesionario desde el momento en que se llega a un acuerdo, pero, frente a la entidad pública cedida, solamente tendrá efectos a partir de la suscripción del documento mediante el cual se autorice (Artículo 894, Código de Comercio “*La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888.*” Ver Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 16 de marzo de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 31.619; y Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 12 de agosto de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 23.088).

⁵¹ Artículo 892, Código de Comercio: “*El contratante cedido no podrá cumplir válidamente en favor del cedente las prestaciones derivadas del contrato cedido, una vez notificada o aceptada la cesión o conocido el endoso [...]*”

63. En ese sentido, vale precisar que, si bien en la cláusula décima novena del otrosí No. 2 las partes acordaron que el Consorcio asumiría el valor de las multas que se impusieran por hechos ocurridos con anterioridad a la aceptación de la cesión, es decir, que la cesionaria no lo sustituiría en relación con las obligaciones que pudieran surgir con ocasión de la imposición de esas sanciones, lo cierto es que esa cláusula se refiere, exclusivamente, a incumplimientos que hubieren tenido lugar antes de la cesión, no al posible incumplimiento de las obligaciones que, después de ella, se hicieran necesarias para cumplir con el objeto pactado, respecto de las cuales el Consorcio quedó liberado, en consideración a que las asumió la aseguradora sin que el IDU hiciera ninguna reserva sobre ese particular.

64. Igualmente, en este punto es pertinente advertir que una cosa es que, como se analizó previamente, no le asistiera razón a Liberty en cuanto a que, en virtud de lo estipulado en la referida cláusula décima primera del otrosí No. 2, en concordancia con lo pactado en la cláusula tercera del acuerdo del 30 de diciembre de 2005, hubiere quedado exonerada, en calidad de garante, de cubrir el amparo de cumplimiento en el rubro de multas, y otra muy diferente es si las multas que se impusieron al Consorcio haciendo uso de esa cláusula del otrosí cumplieron o no una función conminatoria, como fueron pactadas en el contrato.

65. Al respecto, se debe poner de presente que la referida cláusula décima primera no tuvo por objeto modificar la estipulación contenida en la cláusula 49.3 del contrato de obra 056 de 2004, en cuanto al carácter conminatorio con el que se impondrían las multas, por eso, al margen de que la mencionada cláusula del otrosí pudiera o no producir algún efecto, lo cierto es que, en cualquier caso, las multas que se impusieran debían cumplir ese propósito; sin embargo, ello no se observa en este caso, puesto que, como alegó la aseguradora, además de que la sanción se impuso a un sujeto que no podía ser conminado a cumplir el contrato porque ya no era el llamado a ejecutarlo o a responder por su cumplimiento, se aplicó, aproximadamente, once (11) meses después de aceptada la cesión, y se fundó, exclusivamente, en incumplimientos acaecidos antes de ella, respecto de los cuales no hay evidencia de que se vincularan o extendieran a las obligaciones que, en calidad de cesionaria, venía ejecutando la aseguradora, a la cual, por tanto, no se sancionó.

66. Es decir, lo que se observa es que las multas no se impusieron por incumplimientos presentes que obligaran al IDU, en calidad de director de la ejecución del contrato, a tomar medidas coercitivas para lograr su cumplimiento, sino por incumplimientos que ya no revestían ninguna importancia de cara al cumplimiento del objeto pactado; sólo así se explica que no se hubiere sancionado a quien sí estaba llamado a ejecutar el contrato, es decir, a la aseguradora en su calidad de contratista, y que las sanciones no se hubieren extendido a incumplimientos posteriores a la cesión.

67. Al respecto, encuentra la Sala que, si bien las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de que antes de la cesión del contrato el cronograma de obras no venía cumpliéndose a cabalidad —incumplimiento que fue el que se

sancionó con la imposición de la multa que se cuestiona⁵²—, en tanto, para el 30 de diciembre de 2005, fecha hasta la que se calculó la multa, se presentaban 133 días de retraso, lo cierto es que, al celebrarse la cesión, el IDU y la cesionaria acordaron adicionar en 5.5 meses el plazo previsto para la etapa de construcción, justamente, con el objeto de culminar las obras faltantes de esa etapa⁵³, por lo que, en vigencia de ese nuevo plazo y siempre que éste se estuviera cumpliendo, no había razón para que la administración adoptara medidas tendientes a conminar el cumplimiento del objeto pactado, pues las partes ya habían adoptado un mecanismo de remediación frente a esa situación.

68. En el expediente no hay prueba que indique siquiera que este nuevo plazo se hubiere incumplido por parte de Liberty, lo que explica porqué la multa sólo se impuso con corte al 30 de diciembre de 2005, fecha en la que el Consorcio, Liberty y el IDU suscribieron el acuerdo de cesión que precedió al otrosí No. 2, y también porqué no se conminó a la cesionaria al cumplimiento del objeto pactado, hechos probados que permiten deducir razonablemente que, después de la referida ampliación del plazo contractual, no era necesario aplicar una medida de esa naturaleza para la debida ejecución del contrato.

69. De hecho, lo que indican los medios demostrativos que obran en el expediente es que la situación de incumplimiento que se venía presentando en relación con el cronograma de obras hasta antes de la cesión se superó con dicho acuerdo, puesto que, incluso, con corte al 9 de junio de 2006, esto es 5 meses antes que se expidiera la Resolución No. 5907 —8 de noviembre de 2006— las obras ya presentaban un avance físico ejecutado del 85% contra un avance físico programado del 89%⁵⁴; después de ello, a solicitud de Liberty, el 11 de julio de 2006, las partes suscribieron el adicional No. 3⁵⁵, mediante el cual prorrogaron nuevamente el plazo de la etapa de construcción hasta el 12 de agosto de 2006, con el objeto de llevar a cabo los cierres ambiental y social que eran las obligaciones con las que, de conformidad con la cláusula 55.1 del contrato⁵⁶, se culmina esa etapa. Después de esto, no hay prueba de que se hubieran tenido que hacer más adiciones al plazo previsto para este ítem del contrato o de que Liberty no lo hubiera culminado en ese plazo, lo que, sugiere que esa etapa se terminó en la última fecha programada, esto es, aproximadamente, tres meses antes de que se impusiera la multa al Consorcio por los atrasos del cronograma de obra con corte al 30 de diciembre de 2005.

70. Así, lo que resulta claro es que, a la fecha de terminación de la etapa de construcción —12 de agosto de 2006— la cesionaria, necesariamente, debía haber completado el cronograma de actividades, que, de conformidad con las cláusulas

⁵² El fundamento de hecho que dio lugar a la imposición de una multa por valor de \$444'533.481 fue el incumplimiento del cronograma de obras, que presentaba un atraso, con corte al 30 de diciembre de 2005, de 133 días, que fue el periodo que se tuvo en cuenta para el cálculo monetario de la sanción.

⁵³ Considerando 4 y cláusula quinta del otrosí No. 2 (folios 74 y 75, cuaderno 2).

⁵⁴ Folio 90, cuaderno 3.

⁵⁵ Folios 88 y 89, cuaderno 3.

⁵⁶ "55.1. A la terminación del plazo establecido para la ejecución de las Obras de Construcción, el Contratista deberá entregar los paz y salvos de las empresas de servicios públicos y el cierre ambiental y social de la obra de acuerdo con los Anexos respectivos de la Sección 9. Con la expedición de estos documentos se da inicio a la etapa referente a las Obras de Mantenimiento Preventivo y al Periodo de Responsabilidad por Defectos."

17.1⁵⁷ y 27.1⁵⁸, se debió presentar para la ejecución de esa actividad; lo que, una vez más, pone en evidencia que las multas que con posterioridad a ello se impusieron al Consorcio por el incumplimiento del cronograma de obras con corte al 30 de diciembre de 2005 no tenían una finalidad conminatoria, pues, incluso, si se admitiera que éste todavía podía ser conminado al cumplimiento de las obligaciones, lo cierto es que no está probado en el expediente que, para la fecha en que se impuso la sanción, hubiere obligaciones pendientes de cumplimiento bien fuera a su cargo, o a cargo de la aseguradora.

71. Por todo lo anterior, la Sala concluye que las resoluciones demandadas fueron expedidas en contravía de la finalidad para la que fueron instituidas y pactadas las multas, las cuales consisten, se reitera, en conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones y no meramente en sancionarlo. Por ende, se revocará la decisión del *a quo* de negar las pretensiones subsidiarias de la demanda y, en su lugar, declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. 5907 del 8 de noviembre de 2006 y 896 del 14 de febrero de 2007. Advierte la Sala que con esta decisión, en manera alguna, se avala que el contratista incumpla sus obligaciones, tan solo significa que la entidad contratante debe acudir a los instrumentos contractuales a su disposición de conformidad con la teleología que los inspira, de modo de garantizar el correcto cumplimiento del objeto contractual y sin que sus prerrogativas como director del contrato devengan en ilegales y arbitrarias.

72. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, la Sala encuentra que es procedente también acceder a las pretensiones tercera y cuarta subsidiarias de la demanda porque, a título de restablecimiento del derecho, y ante la nulidad de las resoluciones que le servían de fundamento, es forzoso concluir que Liberty no tenía obligación alguna de pagar la multa impuesta por el IDU, por lo que, en caso de que dicha aseguradora hubiere cancelado su valor, la entidad demandada deberá reintegrarlo, debidamente actualizado. No sucederá lo mismo en la hipótesis en que el Consorcio cedente hubiere pagado tales multas, pues este sujeto, si bien intervino en el proceso como coadyuvante, ningún restablecimiento de sus derechos patrimoniales puede derivar de las pretensiones de la demanda.

73. Por lo anterior, si hay lugar a restablecer los derechos de Liberty, para efectos de actualizar el valor que Liberty hubiere pagado en razón de lo ordenado en las Resoluciones 5907 del 8 de noviembre de 2006 y su confirmatoria la Resolución 896 del 14 de febrero de 2007, el IDU deberá tomar el valor efectivamente pagado y actualizarlo desde la fecha de su pago hasta la fecha de su reintegro conforme la siguiente fórmula: *Valor actualizado = [Valor histórico * (IPC final [fecha de reintegro] / IPC inicial [fecha de pago de la multa al IDU])]*.

74. En la medida en que por el cargo acabado de analizar se declarará la nulidad de las resoluciones demandadas y en consideración a que, en los términos del artículo 175 del CCA, “[l]a sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo

⁵⁷ Cláusula 17.1 “El Contratista podrá empezar las Obras en la Fecha de Iniciación y deberá ejecutarlas con arreglo al programa que hubiera presentado, con las actualizaciones que el Interventor hubiera aprobado, y terminarlas en la Fecha Prevista de Terminación”, folios 116 y 117, cuaderno 3.

⁵⁸ Cláusula 27.1 del contrato “Dentro del plazo establecido en los Datos del Contrato, el Contratista presentará al Interventor para aprobación, un Programa en el que consten los métodos generales, procedimientos, secuencias y tiempos de ejecución de todas las actividades relativas a las Obras”, folio 118, cuaderno 3.

*tendrá fuerza de cosa juzgada ‘erga omnes’*⁵⁹, la Sala queda relevada de analizar si en su expedición se configuraron vicios adicionales por expedición irregular, por falta de competencia, por violación de normas superiores, por vulneración del debido proceso y por incurrir en falsa motivación.

Costas

75. En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral primero de la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de agosto de 2013, pero solo en tanto negó las pretensiones principales de la demanda presentada por Liberty Seguros S.A., por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: En lo demás, **REVOCAR** la sentencia de primera instancia para, en su lugar:

***1. DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones Nos. 5907 del 8 de noviembre de 2006 y 896 del 14 de febrero de 2007 por medio de las cuales el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- declaró el incumplimiento parcial de las obligaciones e impuso una multa al contratista.*

***2. DECLARAR** que Liberty Seguros S.A. no está obligada a efectuar pago alguno en virtud de lo resuelto en las Resoluciones 5907 de 2006 y 896 de 2007; por tanto, en caso de que así lo hubiere hecho, el IDU deberá reintegrar, debidamente actualizada, la suma de dinero que ésta hubiere cancelado en cumplimiento de lo dispuesto por las Resoluciones Nos. 5907 de 2006 y 896 de 2007.*

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁵⁹ En este mismo sentido se pueden consultar las siguientes providencias: Subsección A, sentencia del 16 de diciembre de 2020, C.P. José Roberto SÁCHICA, Exp. 40.919; y Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, Exp. 29.857 y Subsección A, sentencia del 6 de noviembre de 2020, Exp. 46.589.

Expediente 250002326000200700444 01 (49.286)
Demandante: Liberty Seguros S.A. y otros
Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-
Acción: Controversias contractuales

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con Aclaración de Voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace:
<https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>