Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDIO (Q)
M.P. Alejandro Jaramillo Londoño

REFERENCIA: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: MUNICIPIO DE ARMENIA
DEMANDADO: EMPRESA DE DESAROOLLO URBANO DE ARMENIA – EDUA LTDA Y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.
RADICACIÓN: 63001233300020220005800

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PREVIOS A SENTENCIA ANTICIPADA.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, actuando en mi condición de apoderado especial de la sociedad ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. presento alegaciones de conclusión, para lo cual expondré argumentos preferiblemente fácticos y probatorios y procuraré que las citas sobre aspectos jurídicos se mantengan en su mínima expresión.

- **SE HA PROBADO LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO PRODUCTO DE FALLAS IMPUTABLES AL MUNCIPIO DE ARMENIA EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO.**

Desde la suscripción de las actas de Suspensión No. 001 y acta de Suspensión No. 002 (que se menciona en el hecho DÉCIMO OCTAVO de la demanda) se han expuesto ciertas circunstancias no imputables al contratista EDUA que produjeron la imposibilidad de continuar ejecutando materialmente el objeto contractual, el del contrato interadministrativo No. 008 del 2015, por ejemplo: **1)** que el MUNICIPIO DE ARMENIA no dio la ubicación correcta del box culvert existente en la planimetría, **2)** la falta de correspondencia de la real profundidad del terreno rocoso con la que el Municipio estableció en la planimetría, **3)** la diferencia negativa de las áreas licenciadas para construcción por la Curaduría que provocó menor obra ejecutable, **4)** la imposibilidad de hacer obras nuevas en los inmuebles por falta de tradición en favor del Municipio (ya que los bienes eran y siguen siendo de INVIAS), **5)** la no desafectación de los inmuebles a intervenir como de uso público y finalmente, **6)** la suspensión de la obra por la intervención sobreviniente del Ministerio de Cultura, que tuvo relación con las irregularidades por desconocer el PEMP.

Antes de proseguir quiero relievar que estas situaciones eran perceptibles porque se pueden aglutinar en factores de riesgo internos, en relación a los factores internos porque derivan de yerros estrechamente relacionados con algunas de las actividades administrativas y/o misionales, que se llevan a cabo en la entidad, dese luego de forma irregular, errada o inacabada, y son el germen que afecta la planeación.

El Consejo de Estado[1] ha indicado que para aplicar esta figura de la excepción del *contrato no cumplido -en contratos estatales- solo aplica* ***cuando el incumplimiento de la Entidad impide la ejecución del contrato****. En ese orden, no cualquier incumplimiento de la Entidad contratante libera al contratista del deber de cumplir sus obligaciones contractuales.* Por lo que vale la pena resaltar que fue justamente el incumplimiento del MUNICIPIO DE ARMENIA de sus obligaciones de planeación, como por ejemplo, la de contar con el dominio del predio titulado, la articulación con el Ministerio de Cultura y Turismo para armonizar las obras con los requerimientos del PEMP

[1] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil veintidós (2022) Radicación: 08001233100020010054 6 01 acumulado 08001233100320000190 3 01 (45969) y 25000232600020010245 0 01 (32907).

especialmente, lo que no permitió que EDUA y los subcontratistas siguieran desarrollando el objeto del Contrato Interadministrativo No. 008 del 2015, y que el mismo esté en una parálisis total desde agosto del 2016. ¿Cómo podía EDUA ejecutar obras a través de los subcontratistas si ello implicaba irrogar un perjuicio a INVIAS y procurarle un daño antijuridico a la Nación? Sobre el impedimiento real para el desarrollo del objeto a que esta obligado como obligación principal el contratista, dice el Consejo de Estado [2]que:

> *Señala el artículo 1609 del Código Civil que "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". Sobre el precepto anterior la doctrina y la jurisprudencia han pretendido edificar la figura de la excepción de contrato no cumplido – exceptio non adimpleti contractus-, la* ***cual tuvo su génesis en el derecho privado pero que será procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando del incumplimiento de la administración, se genere una razón de imposibilidad de cumplir para la parte que se allane a ejecutar la prestación debida, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado (…)***
>
> *En los demás eventos, como regla general el contratista estará obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución****. Tal postura se basa en la aplicación de cuatro fundamentos, a saber: que se trate de contratos sinalagmáticos, que el incumplimiento de la administración sea cierto o real, que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el incumplimiento, y que quien la invoca no haya dado lugar al incumplimiento de la otra (…)"***

No por nada, mucho del material probatorio que arrimó el togado actor da cuenta especialmente de estas transgresiones al principio de la planeación del contrato estatal, del que dimanan una serie de obligaciones relacionadas con la materialidad de principios superiores como la moralidad administrativa y la prevalencia del interés general, que fueron contrariadas por el MUNICIPIO DE ARMENIA. El *INFORME AUDITORIA DE CUMPLIMIENTO - INTERVENCION FUNCIONAL CONSTRUCCION CENTRO CULTURAL Y TURÍSTICO A ESTACIÓN, FASE 1, ARMENIA QUINDIO OCTUBRE DE 2020* de la Contraloría General de la República (en adelante CGR) dice:

> *Como resultado de la auditoría realizada, la Contraloría General de la República considera que en la contratación y ejecución del convenio 008-2015 suscrito entre el municipio de Armenia, Quindío y la EDUA, así como de los contratos derivados, no se cumplieron las normas vigentes en materia de contratación, ni se tuvieron en cuenta los principios de eficiencia, eficacia, economía, entre otros, que deben regir las contrataciones que, en todos los aspectos significativos, frente a los criterios aplicados, teniendo como fundamento los resultados que se registran en el presente informe, de los cuales se presentan los más representativos así:*
>
> *(…)*
>
> - *La construcción del centro cultural y turístico,* ***adolece de graves fallas, desde la estructuración del proyecto****, por lo que a pesar de haberse girado más del 90% de los recursos al contratista desde el año 2015, no hay obras realizadas; el contrato fue suscrito con un plazo inicial de 7 meses, acta de inicio del 20 de abril de 2015, con su modificación se prorrogó hasta el 19 de julio de 2016. A la fecha y desde el 6 de octubre hasta el 29 de diciembre de 2015, se empezaron a suscribir las suspensiones de los contratos de obra. A la fecha de corte de la actuación, 30 de octubre de 2020, la obra no se ha reiniciado y entro en estado de abandono …*

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 26831; sentencia de 10 de septiembre de 2014, Expediente 28875, entre otras.

En el mismo reporte, la CGR indica que:

> *4.1 RESULTADOS GENERALES SOBRE EL ASUNTO O MATERIA AUDITADA*
> *MATERIA: Contrato Interadministrativo celebrado entre Alcaldía de Armenia y Empresa de Desarrollo Urbano de Armenia EDUA.*
>
> *El proyecto de la Construcción del centro turístico y cultural fase 1, se diseñó en un sector con aferencia a una vía férrea existente actualmente no utilizada y* ***en predio de propiedad del Invias, por lo tanto, el proyecto del cual se derivó el convenio 008 de 2020 no tuvo la debida planeación, ni el estudio jurídico, ni técnico adecuado, que diera la inviabilidad del mismo antes de su ejecución, …***

Y podrá decirse que el Convenio Interadministrativo No. 008 del 2020 no es el negocio jurídico sobre el que gravita la controversia contractual que planteó el Municipio, no obstante, es claro, que en este mare magnum de contratos estatales coligados que encuentran su punto de convergencia en el Proyecto de La Estación, la entidad territorial, en su conducta como contratante ha hecho muestra de una conducta absolutamente contraria a los estamentos mas básicos que rigen los postulados de la contratación estatal, sobre todo, reitero, los que atañen a la etapa de la planeación contractual.

Así, la misma dolencia es evidente con relación al Convenio Interadministrativo No. 008 del 2015, la CGR, en el corpus documental del informe aportado por la misma entidad territorial actora indica al respecto que el ejercicio de auditoria tuvo por objetivo específico:

> *Ejercer la* ***vigilancia y control fiscal del Contrato Interadministrativo No. 008 del 03 de marzo de 2015*** *celebrado entre Alcaldía de Armenia y Empresa de Desarrollo Urbano de Armenia EDUA PARA LA CONSTRUCCION CENTRO CULTURAL Y TURISTICO LA ESTACION FASE 1.*

Y en dicho punto del Informe en comento, la CGR atisba que:

> *Adicionalmente* ***los siguientes hechos demuestran debilidades en la estructuración del proyecto y por ende en la etapa de planeación*** *del mismo:*
>
> *• La licencia de Construcción No. 1-1420222 expedida el 30 de diciembre de año 2014, otorga permiso para la la licencia de construcción para obra nueva en el predio con matrícula No. 280118943 con un área de Lote: 32298,77 m2.*
>
> *• El certificado de tradición y libertad de fecha 24 de abril de 20191 del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 280-118943, con numero catastral 63001010400010001000, establece la dirección actual del inmueble "LOTE ESTACIÓN DEL FERROCARRIL DE ARMENIA-COMPRAVENTA". Y establece entre otras las Matrículas Matriz: 280-77414 / 280-79387 / 280-78028 1 200-79387(Ficha Catastral N°:010301320001000 / 010301360001000 / 010301160001000 / 01030118.001000), las cuales corresponde a las bodegas y el edificio Republicano que hacen parte del alcance del proyecto de la estación.* ***Establece como propietario del predio de la matrícula mencionada al Instituto Nacional de vías****, con la anotación No. 3 "(...) escritura 2100 del 2010-07-26 (...) transacciDn(sic) traspaso a título gratuito de una franja de terreno destinada a la prestación del servicio público del Transporte ferroviario cuyas medidas se encuentran contenidas en los linderos(...)".*
>
> *El folio de matrícula 280- 118943 nace a la vida jurídica mediante la misma escritura de englobe ya referida escritura 654 del 19 de diciembre de 1996 notaria 4 de santa fe de Bogotá, en donde se englobaron 16 predios entre ellos el folio 280-780282.* ***"Como se observa en el folio de***

> ***matrícula consultado a la fecha de generación de la respuesta el INVIAS no ha suscrito formalmente ningún acto traslaticio de dominio del bien identificado con matrícula 280-118943…*** *Es menester manifestar, que la línea férrea correspondiente a la estación del Ferrocarril de Armenia existe de manera parcial, ya que ha sido intervenida por dicho Municipio, para la ejecución del proyecto denominado "Complejo Turístico y Cultural La Estación".*

Es decir, que el MUNICIPIO DE ARMENIA, pretendió reformar de forma absoluta un inmueble que no era suyo y ¿no previó que no podía? Si bien luego se celebró una relación jurídica entre INVIAS y el MUNICIPIO DE ARMENIA (el Convenio 751 de 2019) que habilitaba al Municipio a efectuar remodelaciones y obras de mantenimiento y conservación, el alcance de esas prerrogativas allí clausuladas, no tenían el alcance suficiente como para reestructurar físicamente el inmueble, que era lo que implicaba el objeto del Convenio No. 008 del 2015 /(en el objeto se previó que el Municipio podría adelantar obras para conservar, mantener y embellecer…, no para remodelar, ni demoler). De forma categórica la CGR indica:

> *La situación detectada por la CGR* ***fue causada por errores en la estructuración y planeación del proyecto, puesto que se dio viabilidad a un proyecto que jurídicamente no era viable. Lo anterior, por cuanto involucraba la eliminación de la línea férrea que existía entre la estación del ferrocarril, las bodegas centrales, norte y sur, incumpliendo la franja obligatoria de 15 m a lado y lado de la vía férrea, y porque se encontraba implantado en un lote que no era del municipio de Armenia.*** *Así mismo, por la demora en la solución de las situaciones técnicas y legales que se encontraron, que solamente se podrían verificar en el 2019, que evidencian diferencia en los diseños.*

Las suspensiones del contrato, ya que si se revisan las Actas de suspensión y las suspensiones propiamente dichas que con ellas se acreditan, llama la atención que en la Suspensión 1, del 25 de junio del 2015 se da porque se encontraron tuberías de distintos tipos que no estaban referenciadas ni por el MUNICIPIO DE ARMENIA ni por la EPA (Empresas Públicas de Armenia), las cuales no podían ser eliminadas por el perjurio que generaría a los usuarios beneficiarios de dicha infraestructura del servicio público de acueducto, lo que requirió un diseño nuevo para darle continuidad a las obras. Es decir que por alguna razón no imputable a EDUA, el MUNICIPIO DE ARMENIA no previó dichas tuberías en la etapa de la planeación del contrato.

Sobre la suspensión 2, esta también devino por novedades no imputables a EDUA, ya que cuando se estaban llevando a cabo labores de excavación para la construcción de la cimentación que soportara la estructura del parqueadero, se evidenció un suelo rocoso a una distancia de profundidad menor (4 y 5 metros promedio) a la planteada en los diseños iniciales (14 metros promedio), lo que modificó la estructura, siendo necesario calcular nuevamente las cargas de la edificación con estas características, por tanto hasta no tener el re diseño no se puede continuar con la ejecución. Si bien el rediseño debía ser realizado por EDUA y el subcontratista de obra, su necesidad proviene de una falta de correspondencia entre lo que arrojaron los estudios previos el MUNICIPIO DE ARMENIA en la etapa de planeación y los hallazgos intempestivos.

Como si fuera poco, no solo el MUNICIPIO DE ARMENIA no procuró la tradición total, ni parcial del dominio de la cabida a intervenir, sino que, además, cometió errores omisivos en el trámite para conceder las licencias de construcción precisas, tales son estos errores, que resultan casi inverosímiles de no ser por los resultados del informe de auditoría de la CGR que dan cuenta de ello, que al respecto dice:

> *El municipio de Armenia, Quindío, a través de la Secretaría de Infraestructura obtuvo mediante trámite ante la curaduría No. 2 la licencia de Construcción No. 1-1420222 expedida el 30 de diciembre de año 2014, para el predio con matrícula No. 280118943****. Bajo dicha licencia se***

aprobó la construcción de un proyecto de semisótano con un área de 5413 m3 dentro del predio con un área de Lote: 32298,77 m2.

En la nueva licencia otorgada mediante resolución No. 63001-2-190324 de fecha 20 de diciembre de 2019, se otorga para un área de 4318,32 m2 para obra nueva de parqueaderos en sótano para el mismo lote con la misma matrícula inmobiliaria. Esto implica una diferencia entre las licencias de 1.094,68 m2.

El efecto generado es que se construya menos obra civil de la inicialmente planteada y contratada, que se define en las condiciones iniciales del contrato interadministrativo No. 008 de 2015, máxime cuando la oferta presentada por la Empresa de Desarrollo Urbano, se estructuró mediante presupuesto de obra pública a precios unitarios (costos directos), y AIU (costos indirectos).

Además, en la etapa de planeación del contrato problemático se ignoraron las implicaciones de la existencia del plan especial de manejo y protección PEMP avalado por el Ministerio de Cultura mediante resolución No 3277 de 2014, ajustada por Resolución No 1230 de 2017, que debían de conformidad con la Ley 397 de 1997 modificada por la Ley 1185 de 2008 y su decreto reglamentario 763 de 2009, el PEMP contiene: el área afectada, la zona de influencia, el nivel permitido de intervención, las condiciones de manejo y el plan de divulgación. Lo anterior era relevante porque las competencias para la expedición de licencias de construcción en inmuebles o en espacios públicos que estén o no localizados en un Sector Urbano de Interés Cultural o en una Zona de Influencia, está establecido en el artículo 3° del Decreto 1469 de 2010 -Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones-, como sigue:

“Artículo 3°. Competencia. El estudio, trámite y expedición de las licencias de urbanización, parcelación, subdivisión y construcción de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo anterior corresponde a los curadores urbanos en aquellos municipios y distritos que cuenten con la figura. En los demás municipios y distritos y en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina corresponde a la autoridad municipal o distrital competente.

La expedición de las licencias de intervención y ocupación del espacio público de que trata el numeral 5 del artículo anterior será competencia de los municipios y distritos. No obstante, los curadores urbanos al expedir licencias de construcción para predios que se ubiquen en sectores urbanizados o desarrollados podrán autorizar la reconstrucción o rehabilitación de los andenes colindantes con el predio o predios objeto de licencia, la cual se otorgará siguiendo las normas y demás especificaciones de diseño, construcción y accesibilidad definidas por la reglamentación vigente para la intervención del espacio público. Sin perjuicio de lo anterior, en ningún caso se podrá desmejorar las condiciones existentes en el espacio público antes de la ejecución de la obra.”

A pesar de lo sospechoso que resulta que en el informe que al respecto hizo la Contraloría Municipal de Armenia no se haga el mismo examen critico y riguroso sobre la etapa de planeación del Contrato Interadministrativo No.008 de 2015 y que lo hayan enfocado en la etapa de la ejecución únicamente, en el análisis que hicieron sobre el presunto detrimento patrimonial que generó el Contrato de consultoría No. 749 de 2019, allí también se hace mención de una forma conclusiva, a que el estado de parálisis del Contrato Interadministrativo No.008 del 2015 obedece en gran medida y de forma decisiva a sendos errores cometidos por el mismo Municipio contratante en la etapa tempranera de la planeación del mismo contrato. Se dice:

*En la actualidad el contrato interadministrativo se encuentra suspendido con múltiples complicaciones de orden administrativo, financiero técnico y jurídico al punto que**, a la fecha de este informe de auditoría, el Municipio no ha logrado darle solución a esta problemática**,*

no se han ejecutado las obras conforme a los desembolsos realizados.

(…)

La primera fecha de terminación del contrato mencionado data para el mes de noviembre de 2015, y posteriormente para julio de 2016, hoy 4 años después el panorama no ha cambiado, ***la administración Municipal no ha hecho las gestiones suficientes para dar solución a los problemas presentados*** *y encaminados a identificar la responsabilidad de la EDUA en el manejo contractual y sobre todo en determinar los posibles detrimentos patrimoniales que se han suscitado en la celebración y desarrollo del contrato interadministrativo No 08 de 2015.*

Ya que resulta prístino, que era el MUNICIPIO DE ARMENIA quien antes de aceptar la oferta de EDUA, en la etapa de planeación, debió tener listo un plexo de circunstancias que habilitaran con un propósito, la celebración del Contrato interadministrativo No. 008 del 2015, el MUNICIPIO DE ARMENIA tenía que hacerse con el derecho de dominio de los predios que iban a ser impactados con el objeto del contrato proyectado, tenía que pedir a las Empresas Públicas de Armenia (EPA) todos los planos relacionados con la infraestructura de distribución de acueducto y del sistema de alcantarillado que subyacía el predio de ”La Estación” y las zonas residenciales aledañas de los Barrios Berlín, Salazar, El Recreo, Montevideo y San José inclusive, las cuales, por su antigüedad requerían una inspección técnica por parte de la EPA, ya que se las podía comprometer con las excavaciones que eran necesarias para ejecutar la Fase I del proyecto “La Estación” para la construcción de los 159 estacionamientos previstos, las plazas y la instalaciones de la losa.

Entonces la conveniencia, oportunidad organizacional, técnica y de riesgo que sirvan de soporte para la contratación, eran ejes o aspectos que tenían que determinarse por el MUNICIPIO DE ARMENIA en la etapa de planeación, porque es esta, quien mide y determina la necesariedad del proyecto, y la cualificación de las necesidades colectivas que se satisfarán con él.

El producto de una atención eficiente por parte de la entidad pública contratante a los deberes y obligaciones que le asisten derivados de la etapa de la planeación del contrato estatal, le da una bitácora clara al contratista y a la vez, es uno de los ejes principales de la contratación estatal, pues permite encaminar el uso eficiente de los recursos públicos. El incumplimiento en este sentido entonces potencialmente genera consecuencias adversas para la administración misma, en este caso para el MUNICIPIO DE ARMENIA, que pueden oscilar desde la declaratoria de nulidad del contrato celebrado (como ocurre en este caso y se expondrá más adelante en este mismo escrito) y permite afirmar sin ambages, que el MUNICIPIO DE ARMENIA ha provocado decisivamente la parálisis de la ejecución del objeto contractual.

La estructuración de todo estudio previo debe tener en cuenta los riesgos del proceso, los previsibles, imprevisibles, mitigables a través de garantía, los asignados al contratista, los que recaen sobre la entidad. Para el tema de los previsibles y mitigables con garantía se tiene en cuenta lo establecido por el Decreto 1082 de 2015 sobre el tema general de riesgos. En este caso llama mucho la atención que el riesgo de parálisis del contrato interadministrativo afianzado era absolutamente previsible, porque la materialidad, grosso modo del Contrato interadministrativo implicaba intervenir la obra civil e infraestructura existente en el inmueble, era preciso demoler una parte y construir otros componentes a tal grado, que implicaría la remodelación total del predio. No por nada las licencias de construcción otorgadas mediante la Resolución No. 1 – 14 20222 del 30 de diciembre de 2014, en la modalidad de obra nueva (parqueaderos para carros y bodegas); la Resolución No. 1815 20056 del 12 de agosto de 2015 para el reconocimiento de construcciones para edificaciones Estación Ferrocarril; y la Resolución No. 37 – 15 2000 18 del 12 de agosto de 2015, se dieron en las modalidades de adecuación reforzamiento estructural, las cuales fueron expedidas por la Curaduría Urbana No. 2 de Armenia.

Lo anterior es concordante con lo que se indica en el Informe final de la Gestión en el que se menciona que esta falencia relacionada con la consecución de la tradición del dominio de los inmuebles a intervenir, se pudo prevenir desde mucho antes incluso de que se proyectara si quiera planear el contrato para aperturar la contratación o el análisis del oferente porque en el Manual de Interventoría del Municipio de Armenia se establece que *verificar que los sitios donde se ejecutarán las obras sea de la propiedad del Municipio de Armenia,* era algo predispuesto y ya establecido por cumplir, según la Resolución 055 del 25 de marzo del 2015.

La planeación es intrínseca en cualquier proceso de contratación como base fundamental para poder desarrollar procesos acoplados a las normas establecidas y que cumplan criterios mínimos y en efecto satisfagan necesidades; y termina siendo la etapa de un proceso administrativo global, cuyos propósitos son los siguientes: Establecer directrices, definir estrategias y seleccionar alternativas, lo cual en este caso no ocurrió, por cuanto no se definieron estrategias y no se seleccionaron alternativas.

Si la ejecución se da sobre un contrato improvisado, las consecuencias se verán reflejadas en la calidad de las actividades recibidas o en la no realización del objeto contractual, afectando así los intereses de la Entidad y, a la vez, al contratista mismo; al respecto de lo anterior, en la sentencia 15469 de 29 de agosto de 2007 indican que, ***"las omisiones de la Administración (…), generan el incremento de los costos del proyecto y, en el más grave de los casos, conducen a la paralización de las obras o a su imposibilidad de realizarlas*** *por falta de los recursos requeridos, situaciones que generalmente culminan en cuantiosos pleitos judiciales"* (Consejo de Estado, Sala de Contencioso administrativo, S15469, 2007b)

La misma corporación de cierre de la jurisdicción ha sostenido que *"(…)* ***Los resultados de un proceso de contratación dependerán, en la mayor parte, del proceso de planeación;*** *si las obligaciones no se pueden cumplir en los plazos inicialmente acordados, por falta de previsión o por fallar al deber de planeación, se revela es un caso de incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato* (...)". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S 11001031500020130191900, 2014).

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993 alude al Principio de Responsabilidad en la contratación pública, ligando su contenido con el concepto de planeación, comoquiera que, se debe garantizar que la contratación atiende a fines constitucionales, y la obras, en efecto, satisfacen las necesidades de la comunidad, al mejorar su calidad de vida y garantizar su desarrollo.

El Consejo de Estado, con ponencia del consejero Santofimio Gamboa, ha indicado que:

> *"(…)La planeación del contrato de obra, implica mucho más que los procedimientos legales y el cumplimiento con el ordenamiento jurídico en materia de contratación pública, porque tiene una finalidad material y social superior, que excede las fórmulas jurídicamente establecidas, toda vez* ***que las obras contratadas deben ser las que se requieren en atención a unos planes de desarrollo vigentes que consideren cuáles son prioritarias, que existan los recursos para su plena ejecución y que no se inicien obras que no se puedan concluir****, que se pague por ellas lo justo de acuerdo al mercado, que se cuente con los estudios previos necesarios, realizados en términos racionalmente económicos de tiempo, uso y compromiso de las finanzas públicas y, además, que se entreguen al servicio, con garantía por un tiempo técnicamente establecido acorde con su funcionalidad (Rave, 2008). De igual manera,* ***que se contemple su sostenibilidad y continuidad en el tiempo, para que cumplan los objetivos de la responsabilidad social y buen gobierno corporativo,*** *para que el erario público sea aprovechado de manera óptima, sirviendo lo contratado al desarrollo con justicia social* (Consejo

de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287).

Así, las entidades públicas que contratan, aparte de cumplir con la ley, lo harán dentro de estándares de calidad, planeación estratégica, normas internacionales de contabilidad e información financiera, buen gobierno de las agencias públicas, para que se minimicen los problemas de clientelismo y corrupción que históricamente han afectado la contratación pública.

- **NULIDAD SUSTANCIAL DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 008 DEL 2015 POR DEVENIR ILÍCITO ANTE LAS FALLAS ABULTADAS Y MANIFIESTAS DEL MUNICIPIO DURANTE LA ETAPA DE PLANEACIÓN – TANTO LA CAUSA COMO EL OBJETO DEL CONTRATO RESULTAN ILICITOS.**

Antes de entrar a indagar si la Aseguradora tiene o no, legitimidad en la causa para invocar y defender la tesis de que el Contrato Interadministrativo No., 008 del 2015 es nulo desde lo sustancial por ilícito, téngase en cuenta que, en el auto interlocutorio del 23 de octubre del 2023, en la fórmula de fijación del litigio el magistrado planteó dicho problema jurídico, justamente porque hay un antecedente jurisprudencial que habilita al juez de lo contencioso administrativo a revisar la validez de los contratos estatales de oficio[3].

> *La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.*

En la misma sentencia se dice: *El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder. (…) Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.*

La existencia de fallas en el principio de planeación, como ocurre en este caso, genera la nulidad absoluta del Contrato interadministrativo No. 008 del 2015 por ilicitud en su objeto y en su causa:

- **Nulidad absoluta por objeto ilícito:**

En su objeto, se presenta ilícito porque se vulneraron principios de consagración legal superlativa como la moralidad administrativa y prevalencia del interés común como fin de la contratación estatal, y porque el objeto del contrato problemático, producto de las fallas en la etapa de planeación, buscaba intervenir físicamente un inmueble y una infraestructura que no eran de propiedad de la entidad contratante, es decir que el objeto del contrato afectaba materialmente un bien ajeno sin contar con el dominio sobre el mismo, ni con la respectiva aquiescencia de INVIAS, que al sol de hoy sigue siendo la propietaria. Si bien con posterioridad el MUNICIPIO DE ARMENIA suscribió otro convenio interadministrativo con el INVIAS, tal situación que generó esencialmente la parálisis de la ejecución de este contrato interadministrativo No .008 del 2015 debió evitarse por lo menos desde la etapa precontractual, porque, aunque el MUNICIPIO DE ARMENIA tenía múltiples alternativas para conjurar dicha irregularidad que es de una puerilidad supina (pudo conciliar con INVIAS el daño emergente que le causo y cambio negociar la tradición e incluso compensar con al entidad del orden nacional),

[3] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02693-01(23042)

lo cierto es que para evitar la parálisis de las labores de los contratistas EDUA y los subcontratistas subordinados, el dominio del bien o la plataforma de condiciones jurídicas y administrativas para intervenir físicamente el inmueble debían estar listas antes de que se firmara el acta de inicio del contrato.

Es que el objeto del contrato implicaba que la EDUA como colaboradora del Municipio, por virtud del contrato interadministrativo No. 008 del 2015, tuviera la obligación (que acometió materialmente hasta cierto punto) de intervenir físicamente un predio catalogado de uso público y de propiedad de una entidad del orden nacional sin haber previamente obtenido la transferencia del dominio, ni haber celebrado con INVIAS, la real propietaria, cualquier otro negocio jurídico que transfiriera el dominio o cualquiera de sus atributos como la tenencia material, para así refaccionarlo o intervenirlo, lo cual, conlleva a concluir que el objeto del contrato comportaba inicialmente un daño antijurídico a un tercero -INVIAS-, por la lesión al derecho real de propiedad de que es titular la entidad del orden nacional descentralizada especializada denominada INVIAS, no solo porque EDUA terminaba comprometiéndose a realizar una obra civil y a levantar construcciones allí, sino porque ocuparía de forma abrupta, irregular y desautorizada ese inmueble.

- **Nulidad absoluta por ilicitud en la causa:**

El Contrato Interadministrativo No. 008 del 2015 es ilícito en cuanto a su causa porque con el mismo se buscaba, en la realidad, generar el subterfugio para la celebración mediata de otros contratos menores o subordinados que pudieron ser celebrados de una forma directa por el MUNICIPIO DE ARMENIA. Sobre este punto el Informe de la Contraloría desarrolla análisis lapidarios que me voy a permitir cita estructuradamente:

> *En los estudios previos del mencionado contrato interadministrativo entre el municipio de Armenia, Quindío y Edua, para Construcción Centro Cultural y Turístico La Estación Fase 1, señala:*
>
> *• En el numeral 1- Descripción de la necesidad que se pretende satisfacer con la contratación directa: "…**14**. El Municipio de Armenia cuenta con la Empresa de Desarrollo Urbano de Armenia como entidad descentralizada, siendo una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con una participación de capital representada así: Empresas Públicas de Armenia, que es una Empresa Industrial y Comercial del Estado con un 39% y el Municipio de Armenia con un 61% tal y como consta en sus estatutos consignados en la Escritura Pública No. 1118 de junio 29 de 2012, empresa que tiene como misión "Formular, promover, gestionar y ejecutar acciones a nivel local, departamental y nacional para un desarrollo urbano integral, contribuyendo a la construcción, modificación y renovación del espacio urbano y rural, así como participar en los programas y proyectos que propenden por la protección e integridad del espacio público y urbano; De igual forma apoyar la gestión de las Entidades Públicas y/o Privadas en el desarrollo de actividades para el logro de sus objetivos generando la dinámica necesaria para el bienestar y seguridad de los ciudadanos". (Páginas 3 Y 4). "La Empresa de Desarrollo Urbano de Armenia Ltda "EDUA" **es una entidad con reconocida idoneidad y experiencia** para desarrollar en los términos del objeto social Proyectos Urbanos Integrales, que contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida y de esta forma, fortaleciendo el modelo de gestión municipal, es decir fortaleciendo el cumplimiento de los fines esenciales del Municipio consagrados en la Constitución Política de Colombia, ha participado y ejecutado diversos proyectos, de índole regional, por su competencia por su competencia y celeridad en el desarrollo de procesos administrativos, contractuales y operativos" (Página. 5).*
>
> *• En el numeral 3 Fundamentos jurídicos que fundamentan la modalidad de selección: "…En*

razón a que se trata de será suscrito entre entidades estatales, el procedimiento de selección ***será por contratación directa****, por la causal contemplada en el literal c) numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la ley 1474 de 2011, en concordancia con lo indicado en el artículo 76 del decreto 1510 de 2013, ello, acogiendo los preceptos propios de este tipo de contratos…".*

Revisada la ejecución del contrato interadministrativo No. 008-2015 la EDUA contrató con terceros para desarrollar el objeto del convenio interadministrativo, los siguientes contratos*:*

-Contrato de obra: 002-2015: "movimiento de tierra para la construcción de los parqueaderos del Centro Cultural y Turístico la Estación Fase 1 del municipio de Armenia" por valor de por $842.995.753;

-Contrato de obra 003-2015: "construcción de acueducto y alcantarillado para el Centro Cultural y Turístico la Estación Fase 1 del municipio de Armenia", por valor de por $669.868.068.75, adicionado en $58.742.609,25, para un valor total de $728.610.678;

-Contrato de obra 004-2015: "figurado y armado de hierro para estructuras en concreto para la construcción del Centro Cultural y Turístico la Estación Fase 1 del municipio de Armenia", por valor de $ 928.159.911;

-Contrato de obra 005-2015: "contrato de mano de obra para la construcción del Centro Cultural y Turístico la Estación Fase 1 del municipio de Armenia, por valor de por $961.641.722,

-Contrato de suministro 004-2015 "suministro de materiales de construcción, para la construcción del Centro Cultural y Turístico la Estación Fase 1 del municipio de Armenia", por valor de por $961.945.644,

-Varios contratos de consultoría y prestación de servicios en cuantía total de $273.741.300.

Conforme a lo antes expuesto, se evidencia que la empresa EDUA a pesar de haber sido seleccionada de manera directa para la construcción del centro cultural y turístico por contar con la idoneidad y experiencia para desarrollar el objeto del contrato interadministrativo, no realizo directamente la obra, ni el suministro de materiales requeridos para el desarrollo de la misma, sino que subcontrato con terceras personas estas actividades.

Es decir, la oferta de la EDUA se aceptó porque supuestamente, a criterio de Planeación Municipal, dicha empresa reunía con creces unos requisitos de idoneidad y experiencia para desarrollar Proyectos Urbanos Integrales, que contribuyen al mejoramiento de calidad de vida y el modelo de gestión municipal, es decir fortaleciendo el cumplimiento de los fines esenciales del municipio consagrados en la Constitución Política de Colombia, porque según el mismo MUNICIPIO DE ARMENIA, EDUA ha participado y ejecutado diversos proyectos de índole regional, por su competencia y celeridad en el desarrollo de procesos administrativos, contractuales y operativos, no obstante, cuando se revisa en la auditoria de la CGR el desarrollo del objeto del contrato, se encuentra que el MUNICIPIO DE ARMENIA usó un contrato interadministrativo para desentenderse de adelantar procesos de selección, es decir para pretermitir ilegalmente las obligaciones imperiosas e ineludibles de analizar y estudiar rigurosamente la necesidad de adelantar cada proceso de contratación estatal, porque como se puede ver, EDUA, tiene una pluralidad de subcontratistas de consultoría, obra, prestación de servicios y otros, lo que sugiere que EDUA no tenía desde el inicio ningún interés de ejecutar la obra, ni de promoverla, sino de "suplantar" (cuando menos) al MUNICIPIO DE ARMENIA como seleccionadora de contratistas.

Fue eso, o se simuló un contrato de administración delegada porque realmente, se encuentran los elementos de la forma negocial regulada tanto en el artículo 85 del Decreto 150 de 1976 como en los artículos 90 a 100 del Decreto 222 de 1983. No por nada en el informe de marras, la CGR indica:

> *"(…) la cláusula tercera del contrato interadministrativo 008-2015 establece el valor del mismo, por la suma de $4.999.880.522, en el cual se encuentra inmerso el valor de administración (15%) paga a la EDUA por el municipio, por $599.985.663, más el 10% de imprevistos y utilidad, en total de $399.990.441, por lo que pactar una retribución para la Edua del 25% por AIU, en suma aproximada de mil millones de pesos, a través de la figura de convenio interadministrativo, fue igual de onerosa que haber pactado un contrato de administración delegada, por medio de esta figura contractual, la administración paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración, donde el administrador delegado es responsable por el manejo que dé a los fondos necesarios para el cumplimientos de las funciones y obligaciones y sobre tales le asiste obligación de rendir cuentas a la Entidad contratante y a los entes de control (…)".*

O sea que con el Contrato Interadministrativo No. 008 del 2015 fue el vehículo mediante el cual el MUNICIPIO DE ARMENIA transgredió (de ahí la ilicitud) el principio de transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva porque utilizaron la modalidad de contratación directa y trasladaron la responsabilidad a EDUA; quien carecía de capacidad para ejecutar y terminaron subcontratando típicos contratos de obra, suministro y prestación de servicio. Con lo cual se vulnerando principios de responsabilidad, trasparencia y deber de selección objetiva1 que deben regirse la contratación con dineros públicos, establecidos en la Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007.

Las fallas en la planeación de un contrato estatal como un vicio contractual, se da por la violación de normas imperativas, como la procuración y protección del interés general, que es a la vez motivo y fin de la actividad contractual del Estado y tienen fuerza normativa, por lo que no es opcional el acatamiento y constituyen la senda a la que, en este caso, el MUNICPIO DE ARMENIA debió ceñir su actividad contractual, por lo que la consecuencia será la nulidad absoluta por objeto ilícito del contrato.

Ley 80 de 1993, Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. *"(...) Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines(...)".*

- **TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO POR LA OPERATIVIDAD DE LA REGLA DEL INCISO FINAL DEL ART. 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO ANTE LA AGRAVACIÓN DEL RIESGO INCOMUNICADA A LA ASEGURADORA.**

Es importante precisar que revocación unilateral y la terminación son dos figuras jurídicas diferentes, pues en la revocación media la voluntad privada de cualquiera de las partes que intervienen en la relación negocial -en este caso del seguro de cumplimiento-, en la terminación automática por mora en el pago de la prima, es el legislador el que imperativamente asigna unas consecuencias jurídicas a una situación que se presenta, estableciendo una sanción a la conducta del deudor incumplido. Por esto la prohibición de que trata el art. 2.2.1.2.3.2.5., del Decreto 1082 de 2015 que dispone: *"La garantía única de cumplimiento expedida a favor no expira por falta de pago de prima, ni puede ser revocada unilateralmente",* no se aplica en este caso, porque lo que operó fue una terminación por consecuencia de una disposición legal.

El legislador le fijó al asegurado o al tomador, una obligación positiva que consiste en *"mantener el estado del riesgo"* que a su turno se desdobla en una negativa, de abstenerse de alterarlo. Además, radicó en su cabeza la obligación de información de los hechos o circunstancias originados con posterioridad a la celebración del contrato de seguro.

Debe llamar la atención del juez que el en el hecho VIGÉSIMO TERCERO del acápite fáctico de la demanda, se indica que, para marzo del 2021, existía un informe de la Secretaría de Infraestructura del Municipio que daba luces sobre las circunstancias sobre las que gravitaba el incumplimiento multimodal de EDUA de cara al contrato interadministrativo garantizado con la Póliza, alertando sobre el atraso en la ejecución de la obra y el supuesto incumplimiento a la fecha.

De la anterior se resalta también que, al margen de lo anterior, MUNICIPIO DE ARMENIA como asegurada y la EDUA como tomadora de la Póliza con ASEGURADORA SOLDARIA DE COLOMBIA E.C. incumplieron su obligación legal de comunicar a la Aseguradora sobre esta circunstancia -que el Municipio consideraba un potencial incumplimiento- porque aquel plexo fáctico tenía incidencia sobre el estado del riesgo asegurado mediante la Póliza No. 300-47-994000007585, porque si el contrato afianzado, según el MUNICIPIO DE ARMENIA, supuestamente a punto de ser incumplido, el estado del riesgo que se trasladó a mi prohijada se agravó y no se dio a conocer esto a la Aseguradora en los términos de que habla el art. 1060 del Código de Comercio.

Las vicisitudes que se presentan durante la ejecución del contrato estatal, no sólo se ven reflejadas en el contrato suscrito entre la administración y su contratista, sino que tiene una repercusión directa en el contrato de seguro de cumplimiento que lo garantiza, en este caso la Póliza que expidió mi prohijada. Infortunadamente, no es raro ver que los diseños, licencias o documentos previos con los que la administración debía contar para contratar, no son entregados al contratista en los tiempos acordados, como ha ocurrido en este asunto; que el anticipo, no es girado o pagado al contratista dentro del periodo contractual establecido; que las obligaciones del contrato son modificadas por circunstancias que sobrevienen y que pudieron haber sido previstas en el periodo precontractual y asignación de los riesgos y sin embargo no se hizo; que se imponen multas a los contratistas a pesar de existir circunstancias que justifican la situación por la cual se les sanciona y un sin fin de circunstancias que no solo van en detrimento del contratista sino también de la garantía.

En este punto es importante indicar que el MUNICIPIO DE ARMENIA no solo es asegurada en el seguro de cumplimiento de la Póliza No. 300-47-994000007585 sino que como contratante en el Contrato Interadministrativo No. 008 del 2015, tenía las funciones de supervisión técnicas, jurídicas y administrativas como entidad estatal contratante dentro de la ejecución del contrato garantizado y ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones a su cargo, se generan unas consecuencias que inciden de manera directa en el contrato de seguro que lo garantiza, pues el riesgo de incumplimiento del contratista se hace inminente y por consiguiente genera la agravación del estado del riesgo de acuerdo con lo señalado por el art. 1060 del estatuto mercantil colombiano, se presenta ante hechos o circunstancias nuevos o sobrevinientes con posterioridad a la celebración del contrato, que de haberse presentado, hubieran conducido al asegurador a no celebrar el contrato, o de haber optado por celebrarlo, lo hubiera hecho en condiciones más onerosas a las pactadas.

En este proceso hay un momento crucial en el que el MUICIPIO DE ARMENIA debió estar al tanto de todas las circunstancias que generarían la agravación del estado del riesgo que se le trasladó a la compañía aseguradora, perceptibles y asimilables a la inminencia de un incumplimiento, desde la visita a la obra de fecha 24 de septiembre del 2020 (y muy posiblemente desde mucho antes), realizada a la construcción del Centro Cultural y Turístico La Estación Fase 1, pues en ese momento la Contraloría General de la República encontró que luego de la suspensión de los contratos derivados 002-2015, 003-2015, 004-2015, 005-2015 y 004-2015 (suministro), la obra entró en estado de abandono, y dicho

estado de abandono se podía constatar con una inspección visual del panorama, sin necesidad de conocimientos velados de tecnicidad, por esto, en el Informe Final, la CGR comenta los hallazgos así: *inexistencia del campamento de obra, mal aspecto general del lugar (capa vegetal espesa y de gran altura) y que no permite observar a simple vista las actividades ejecutadas, hurto de materiales informado en la visita por los contratistas sin evidencia de denuncia penal por parte de ellos o de la entidad.*

Ciertamente, a través de la figura de la supervisión del contrato el Municipio asegurado vigilaba el estado del riesgo asegurado y de la relación que podía tener para a la evitabilidad del detrimento del interés asegurado como elemento esencial del contrato de seguro, de conformidad con el artículo 1045 del Código de Comercio. Ya que claramente el MUNICIPIO DE ARMENIA tiene relación económica, expuesta a diversos riesgos, que se concreta en derechos subjetivos económicos o en situaciones jurídicas protegidas de carácter patrimonial.

Pero es que el contratista garantizado y tomador de la Póliza, EDUA, sabía que cada uno de los contratos derivados o subordinados que suscribió con el propósito de materializar el objeto del Contrato interadministrativo No. 008 del 2015 estaban en franco incumplimiento y lo sabia desde el 15 de marzo del 2018, pues en dicha fecha el gerente de la EDUA elevó de forma individualizada solicitudes que tenían por propósito conocer el estado de cumplimiento de cada uno de estos contratos subordinados, Sobre el Contrato de suministro No. 04 - Ferrelima con el oficio G- EDUA- 352-2018 pidió: "*Copia de las remisiones de materiales despachados con sus respectivos soportes de recibo por parte del funcionario autorizado por la EDUA Ltda. Balance del contrato a la fecha de la suspensión, 30 de octubre de 2015, y soportes de entrega de materiales no contratados, si existen. Informe y/o soporte del estado actual de las pólizas que brindan garantía al contrato de la referencia".* Al contratista del Contrato de mano obra No. 05, con el oficio G- EDUA- 351-2018 le pidió: "*Balance del contrato a la fecha de la suspensión, 30 de octubre de 2015, y soportes de aprobación de actividades no contratadas, si existen. Informe y/o soporte del estado actual de las pólizas que brindan garantía al contrato de la referencia*".

Las solicitudes por parte del gerente de EDUA continuaron, el 20 de marzo de 2018, solicita al contratista del Contrato de obra No. 02) con el oficio G- EDUA- 0348-2018: "*3. Balance del contrato a la fecha de la suspensión, 06 de octubre de 2015, y soportes de aprobación de actividades no contratadas, si existen. 4. Informe y/o soporte del estado actual de las pólizas que brindan garantía al contrato de la referencia*. Al contratista del Contrato de obra No. 03) con el oficio G- EDUA- 349-2018: "*3. Balance del contrato a la fecha de la suspensión, 29 de diciembre de 2015, y soportes de aprobación de actividades no contratadas, si existen. 4. Informe y/o soporte del estado actual de las pólizas que brindan garantía al contrato de la referencia"*. Al contratista del Contrato de obra No. 04 con el oficio G- EDUA- 0350-2018 le pidió: "*3. Balance del contrato a la fecha de la suspensión, 30 de octubre de 2015, y soportes de aprobación de actividades no contratadas, si existen. 4. Informe y/o soporte del estado actual de las pólizas que brindan garantía al contrato de la referencia.".*

Con oficio del 2 de mayo de 2018 el contratista responde a la EDUA, entre otros aspectos, así: "*Como es de conocimiento de la entidad la obra de la Estación sufrió constantes robos, tan es así que a la Edua le robaron casi 29.000 kg de hierro figurado que ya había sido recibido. Del hierro que me pertenecía fui víctima de robo por 8.988 kg de hierro ya figurado con un valor de $31.458.000. Le reitero a la entidad la solicitud de que adelante los trámites necesarios ante la empresa de vigilancia que tenía contratada para cuidar los insumos de la obra que se encontraba en ejecución. Es dicha empresa la que debe responder por los elementos robados ya que estaban bajo su cuidado y vigilancia"*.

Es claro entonces, que tanto el MUNICIPIO DE ARMENIA, como la EDUA sabían que el Contrato Interadministrativo No. 008 del 2015 no iba a cumplirse en sus cometidos macro y que las

probabilidades de que se incumpliera de forma definitiva, eran mayúsculas y que en general, sería un fracaso inminente, pero, aun así, no hay dentro del dossier documental ni en el acervo que arrimó el MUNICIPO DE ARMENIA, ni mucho menos, en el que arrimó la EDUA, un comunicado, memorial o misiva en el que bien la entidad territorial asegurada, o la EDUA trataran de poner al tanto a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. al respecto de las situaciones comentadas que son cognoscibles por quienes administran el riesgo asegurado durante la ejecución del seguro, por que el riesgo mismo es la ejecución de otro contrato en el que la aseguradora no es parte.

El riesgo en sede aseguraticia se incorpora por la Aseguradora con base en la presentación que del mismo haga quien toma el seguro, pero su identidad y entidad es relevante no sólo en la etapa de formación del contrato (etapa formativa o genitora), sino a lo largo de todo su desenvolvimiento funcional (etapa ejecutiva) -que para el caso sería el término temporal del plazo del Contrato de Interventoría No. 008 del 2015-, porque siempre está latente la probabilidad de que se modifique (o no) a raíz de advenimiento inesperado y sorpresivo de hechos agravantes, que pueden imputarse (o no) a la gestión del Asegurado mismo, o del tomador, recordando que debe procurarse el respeto del estado del riesgo, hasta donde sea razonable y ontológicamente posible, ese que fue objeto de declaración por el candidato a tomador, y de valoración por el asegurador en la fase precontractual.

Entonces cuando ese estado *óptimo* del estado del riesgo −para ambas partes− se modifica, altera, cambia o se transforma de modo apreciable y posterior a la negociación del seguro, el ordenamiento jurídico debe proveer los remedios necesarios y conducentes, así se morigere, la regla de la firmeza, fuerza, intangibilidad o fidelidad negociales (pacta sunt servanda), porque no es absoluta, sino relativa, y no puede ser óbice para la injusticia contractual, originada en la inmutabilidad del contrato, impidiendo su responsable y cauta revisión cuando naturalmente haya lugar a ello, pues el contrato de seguro, en este caso el instrumentado en la Póliza No. 300-47-994000007585 no deja de ser un negocio jurídico de tracto sucesivo, que si bien tiene un componente identitario de aleatoriedad, no por ello es ajeno a la introducción de paliativos y correctivos oportunos, cuando determinadas circunstancias lo ameritan, a diferencia de lo que equivocadamente se estima, como si en este acuerdo negocial todo valiera, con estribo en el argumento que la 'teoría de la imprevisión' o sus equivalentes (excesiva onerosidad sobrevenida, cláusula rebus sic stantibus, imprevisión contractual, desaparición de la base del contrato, etc.).

Entonces es sobre esta oportunidad en los correctivos, que el deber que impone el art. 1060 del Código de Comercio, cobra sentido, pues en virtud de la aplicación irreductible del principio de ubérrima buena fe característica de los seguros (de todos los seguros), la Aseguradora tiene derecho de saber la condición actual y real del estado del riesgo asegurado. El profesor Rubén Stiglitz[4] enseña: *"...la alteración del riesgo produce un desequilibrio en las prestaciones de las partes, no previstas al tiempo de la conclusión del negocio o que, de haber sido conocidas, de haberse celebrado el contrato, lo hubiera sido en condiciones distintas".*

El inciso 1 del art. 1060 del estatuto comercial colombiano, es preciso al disponer que la notificación a cargo de tomadores y asegurados debe hacerse respecto de los *"...hechos o circunstancias ...que, conforme al criterio consignado en el inciso 1º del artículo 1058, significa agravación del riesgo o variación en su identidad local".* Y sabido es que el criterio preceptivo en comento, por expresa referencia del citado art. 1058, cobija las dos posibilidades ya reseñadas: la no celebración del seguro, o su celebración en condiciones más onerosas.

Este primer inciso del art. 1058, contentivo del régimen de declaración del estado del riesgo, en lo pertinente, estatuye que: "*La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos*

[4] Stiglitz, Rubén. Derecho de seguros, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 69. Cfr. Halperin, Isaac. Seguros, t. I, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1983, p. 429.

por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad del contrato".

En consonancia con lo anterior, el artículo 1083 del Código de Comercio dispone que, en los seguros de daños –como la garantía de cumplimiento–, "*tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización del riesgo" y que "es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero"*

En palabras del tratadista Carlos Ignacio Jaramillo, *En la agravación hay evidencia de cobertura inicial, pero por el advenimiento de hechos agravantes llamados a desestabilizar el contrato, este podría, posiblemente dejar de producir efectos, bien porque la entidad aseguradora, expressis verbis, así lo considera (revocación,rescisión, desvinculación, etc) bien porque se incumpla la carga de no agravar el estado del riesgo, o la de información en lo atinente a la afloración de un hecho o circunstancia agravante, lo que desencadenará en su terminación, por lo menos en ordenamientos como el nuestro… (pp. 433 – 434).*

Así las cosas, la terminación del contrato de seguro por la falta de notificación al asegurador de las circunstancias que agravaron el riesgo, es plenamente posible, en atención a que es al asegurado MUNICIPIO DE ARMENIA (entidad estatal contratante) a quien le corresponde supervisar la ejecución del Contrato Interadministrativo asegurado, en este orden de ideas es a quien le incumbe el deber de información de los hechos en mención, la no observancia de este deber, es lo que genera la terminación a título de sanción, esta situación fáctica no ha sido prohibida por ningún ordenamiento que tenga el carácter de especial.

Estas obligaciones relacionadas intrínsecamente con asuntos información se afincan en el principio de ubérrima buena fe que es transversal a todo tipo de seguros, y a todas las etapas de le ejecución de cualquier seguro, incluso el de garantía de cumplimiento de los contratos estatales y faltar a estos deberes recíprocos de información en el contrato de seguro y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador hacen referencia a que el contrato pueda ser terminado por la violación de uno de éstos deberes, por cuanto la ley regula el contenido de la información que debe suministrarse y las consecuencias que puede llegar a tener el incumplimiento correspondiente, en tal sentido enuncia especialmente las siguientes obligaciones:

Informar sobre la agravación del riesgo (artículo 1060 del Código de Comercio); Notificar al asegurador sobre los seguros coexistentes antes del siniestro (artículos 1092 y 1093 del Código de Comercio); Avisar la ocurrencia del siniestro (artículo 1075 del Código de Comercio); Informar la coexistencia de seguros posterior a la ocurrencia del siniestro (artículo 1076 del Código de Comercio); suministrar información necesaria para que el asegurador pueda ejercer el derecho de subrogación (artículo 1098 del Código de Comercio), entonces, el deber de información reciproco tiene un desarrollo normativo profuso, para que en el evento que se quebrante, el contratista afectado, pueda llegar a solicitar la terminación del contrato y el resarcimiento de los perjuicios generados con esta actitud; sustenta esta opinión, lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 02 de febrero de 2005, expediente 9124 con ponencia del Dr. Pedro Antonio Munar Cadena, cuando refiriéndose a los deberes derivados de la buena fe, declaró*:*

> *Como quiera que la inobservancia de los dictados de la buena fe denota un comportamiento antijurídico, prontamente se advierte que del mismo deben desgajarse diversas consecuencias adversas para quien incurre en él, secuelas que, según cada caso, van desde la privación de las ventajas que corresponden a quien actúa de buena fe; o la sanción contra la validez, o eficacia del acto o negocio de que se trate; o, justamente el nacimiento de la responsabilidad civil con la obligación de resarcir los daños derivados de tal conducta*".

Sobra decir que el art. 1060 en su inciso final proclama la inaplicabilidad de la sanción a "*los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario".* Lo que permite deducir, mediante la interpretación a contrario sensu, que los demás incisos no admiten este tipo de convención y son por tanto inmodificables. Por consiguiente, es viable aseverar que tanto por su naturaleza, como por su texto el artículo 1060 tiene carácter imperativo, salvo el régimen de seguro de vida con sus amparos accesorios.

- **AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA PORQUE LOS HECHOS QUE SUPONEN PÉRDIDA PARA EL MUNICIPIO DE ARMENIA OCURRIERON POR FUERA DE LAS VIGENCIAS PREVISTAS PARA LOS AMPAROS DE CUMPLIMIENTO Y ANTICIPO:**

La cobertura otorgada opera única y exclusivamente bajo la modalidad de ocurrencia, esto es, hechos ocurridos durante la ejecución del contrato y durante la vigencia de la póliza. No. 300-47-994000007584, las cuales se pactaron asi:

DATOS DEL ASEGURADO Y BENEFICIARIO

ASEGURADO:	MUNICIPIO DE ARMENIA	IDENTIFICACIÓN:	NIT	890.000.464-3
BENEFICIARIO:	MUNICIPIO DE ARMENIA	IDENTIFICACIÓN:	NIT	890.000.464-3

AMPAROS

GIRO DE NEGOCIO: CONVENIO INTERADMINISTRATIVO

DESCRIPCION AMPAROS CONTRATO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CUMPLIMIENTO	24/03/2015	24/02/2016	499,988,053.00
ANTICIPO	24/03/2015	24/02/2016	2,499,940,261.00
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	24/03/2015	24/10/2018	249,994,027.00
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	VER NOTA ACLARATORIA		999,976,105.00

BENEFICIARIOS
NIT 890000464 - MUNICIPIO DE ARMENIA

POLIZA DE CUMPLIMIENTO DE CONVENIO INTERADMINISTRATIVO:

OBJETO DE LA GARANTIA

EL OBJETO DE LA PRESENTE POLIZA ES GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADAS DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO NO. 008 DE 2015 ENTRE EL MUNICIPIO DE ARMENIA Y LA EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE ARMENIA EDUA, PARA LA CONSTRUCCION CENTRO CULTURAL Y TURISTICO LA ESTACION FASE 1, DE FECHA 3 DE MARZO DE 2015 CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, RELACIONADO CON " CONTRATO INTERADMINISTRATIVO ENTRE EL MUNICIPIO DE ARMENIA Y LA EMPRESA DE DESARROLLO URBANO EDUA, PARA LA CONSTRUCCION CENTRO CULTURAL Y TURISTICO LA ESTACION FASE 1"

En la página 14 del Informe final auditoria de la CGR, en el resumen de las conclusiones que se hace a modo de prefacio para facilitar el entendimiento de toda su extensión se dice lo siguiente:

> • *Las pólizas que amparan el contrato principal y los derivados* ***se encuentran vencidas****, por lo que la "construcción" existente no están en condiciones de cumplir con la función, servicio y/o finalidad a las que estaban destinadas de acuerdo con la necesidad que dio origen a la contratación respectiva*

En la modificación No 1 del 29 de diciembre de 2015, del Contrato No. 008 de 2015, en su cláusula primera se adiciona por seis meses el plazo de ejecución, contados a partir del 19 de enero de 2016., es decir, hasta julio del 2016, no obstante, el amparo de cumplimiento y de anticipo tienen una vigencia temporal que expiraba el 24 de febrero del 2016 que jamás se renovó. Lo anterior resulta importante porque muchos de los hechos que supuestamente generaron pérdida al MUNICIPIO DE ARMENIA como asegurado acontecieron después de febrero del 2016, hasta la actualidad inclusive por lo cual, dicha regla deberá tenerse en cuenta para lo que fuere menester.

El riesgo asegurado no solo se delimita material y conceptualmente mediante descripciones de amparos, pacto de exclusiones, sino también temporalmente a través de la vigencia de cada póliza que es el lapso en que el garante asume el riesgo. Cualquier situación que afecte los intereses de un asegurado por fuera de dicha ventana temporal, no goza de cobertura. Esto, además, para el caso resulta relevante porque los amparos en mención -cumplimiento y anticipo- no estarían vigentes al momento de la liquidación del contrato, como manda el Decreto 1082 de

2015, artículos 2.2.1.2.3.1.10., al 2.2.1.2.3.1.16.

- **NO SE ACREDITÓ LA OCURRENCIA DE UN SINIESTRO Y POR ENDE LAS OBLIGACIONES INDEMNIZATORIAS CONDICIONALES DE LA PÓLIZA SON INEXIGIBLES.**

- **CON BASE EN EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DE LA PÓLIZA:**

No se prueba el siniestro entendido este como la realización del riesgo asegurado y hecho constitutivo de la condición que da lugar al nacimiento de la obligación del asegurador siempre y cuando cumpla con los requisitos señalados en el contrato de seguro, por no haber cumplido el MUNICIPIO DE ARMENIA como interesada con los requisitos impuestos por el art. 1077 del Código de Comercio ante una evidente insatisfacción de la carga probatoria, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. no tiene la obligación de mantener indemne con cargo al seguro de cumplimiento de la Póliza No. 300-47-994000007584 al Municipio asegurado ni de haber pagado la prestación solicitada, ni de haber objetado nada frente a la solicitud de pago del seguro, porque en consonancia armónica con lo que establece el art. 1077 del Código de Comercio, el art. 1080 dice que *"El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077(…)"*, pero en este asunto particular, el Municipio no logró probar la ocurrencia del siniestró, como ya se explicó, ni su cuantía.

No probó su ocurrencia porque no se probó que EDUA hubiera incumplido el Contrato Interadministrativo asegurado y este es justamente el amparo que busca hacer exigible – el de cumplimiento –

> *EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO, ASÍ COMO DE SU CUMPLIMIENTO TARDÍO O DE SU CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO, CUANDO ELLOS SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, LOS DAÑOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR ENTREGAS PARCIALES DE LA OBRA, CUANDO EL CONTRATO NO PREVÉ ENTREGAS PARCIALES, ADEMÁS DE ESOS RIESGOS, ESTE AMPARO COMPRENDERÁ EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAYAN PACTADO EN EL CONTRATO GARANTIZADO.*

En palabras del Consejo de Estado en la Sentencia del 28 de febrero 2022 de la Sección Tercera, Subsección A con ponencia del Dr. José Roberto Sáchica Méndez, los seguros de cumplimiento son seguros de daños que, por su naturaleza, son de carácter estrictamente indemnizatorio. *En ese sentido, "el mero incumplimiento <<del contratista>> no configura el siniestro, sino que ese hecho debe estar acompañado de la causación de un daño o perjuicio patrimonial para el asegurado, pues, si así no fuere, el seguro constituiría una fuente de enriquecimiento, en contra de lo que manda el ya citado artículo 1088 que establece el principio indemnizatorio …*

Pero la pauta especial para entender porque no se puede predicar la ocurrencia de un siniestro de cara al amparo de cumplimiento contenido en la Póliza, se da por la *expresión "IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO",* ya que, en este caso, por lo discurrido, la parálisis de las obras de la Fase I del proyecto La Estación se provocan por razones imputables al MUNICIPIO DE ARMENIA como ya con tesón y suficiencia se ha expuesto (porque no procuró el dominio del predio, porque no tuvo en cuenta el PEMP que generó la suspensión de la obra a sabiendas que la titularidad de la propiedad la ostentaba INVIAS y que por las características de la infraestructura de las edificaciones preexistentes de La Estación, se trataba de un predio catalogado como Patrimonio Cultural Arquitectónico de la Nación y porque los diseños, planimetría y descripción topográfica del área

estaban absolutamente erradas y demandaron ajustes).

La teoría general de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto de la contractual como de la extracontractual, es de tradición culpabilista si se revisan los artículos 63 y 1604 del Código Civil. De esta manera, el sistema normativo nacional le confiere al elemento subjetivo notable relevancia al momento de valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, y el alcance de la indemnización. Por eso sin lugar a error, el elemento subjetivo siempre será un criterio determinante para la definición y el alcance de la responsabilidad, comoquiera que el contrato es un acto que se mueve por excelencia en el terreno de la *previsibilidad*, está regido por la autonomía de la voluntad, de manera que la reparación del perjuicio está atada al grado de culpabilidad del deudor.

El artículo 63 del Código Civil contempla un sistema de graduación de la culpabilidad civil: (i) culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; (ii) culpa leve, descuido leve o descuido ligero (iii) culpa o descuido levísimo; y (iv) dolo. En tanto que el artículo 1604 *ibídem* señala los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata o por la culpa leve, o por la levísima. Esta regulación, según lo ha destacado la jurisprudencia, se refiere exclusivamente a las culpas contractuales y no a las extra contrato, y constituye parámetro para la graduación de la responsabilidad[5]:

> *"La graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, más no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida"*
>
> *"Las voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.*
>
> *De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 C.C.) ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual (…)* ***acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la posición del deudor aún en frente de eventos imprevisibles*** *(artículo 1616 C.C.); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual (…) las parte pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella,* ***y su intensidad se gradúa para asignar diferentes efectos a sus diversos grados*** *(artículo 1604), y por último no agrava la posición del deudor sino ante los que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato (artículo 1616 C.C.)"*

- **CON BASE EN EL AMPARO DE ANTICIPO DE LA PÓLIZA:**

Empezaré el argumento aduciendo que, en este caso, los recursos iniciales que MUNICIPIO DE ARMENIA le entregó a la EDUA y que ahora se duele de incorrecta inversión, no fueron un anticipo, sino un pago anticipado, y ello no se amparó en la póliza.

[5] (Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil nueve (2009);. Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01. pp.: 71

El anticipo es un préstamo que le hace el MUNICIPIO DE ARMENIA como contratante al contratista para financiarlo y que apalanque el inicio de la ejecución del objeto del contrato hasta que este alance relativa inercia y pueda iniciar sus actividades; en su condición de préstamo, debe devolverse y pagarse al contratante a medida que avanza el contrato, pero también debe manejarse en los términos pactados. Es decir que se ampara el pago del préstamo (es decir que EDUA le devuelva o retorne el dinero al Municipio) o la recomposición del patrimonio del contratante, en el segundo, su direccionamiento a otros patrimonios, y en el tercero, su uso en temas ajenos a las actividades del contrato.

Así las cosas, el MUNICIPIO DE ARMENIA tenía que distinguir bajo el amparo de manejo del anticipo cual fue la obligación incumplida por el contratista EDUA y distinguir los amparos contratados, con el fin de determinar si la póliza cubrió o no la obligación incumplida. Pero en el caso de marras no solo no lo hace, sino que deja ver que no hay cobertura porque no hubo anticipo, hubo pago anticipado, que es distinto. A dicha conclusión se llega sin dificultad porque en el mismo hecho vigésimo noveno de la demanda, así se menciona, en paráfrasis al contenido clausular del Contrato Interadministrativo en el que se señala: ***Forma de pago: i) 50% anticipo a la suscripción del acta de inicio***, *ii) 40% del valor del contrato una vez se certifique por lo menos el 75% de ejecución iii) el 10% final terminación de obra al 100%*

La anterior circunstancia también repercute en la ausencia de prueba sobre el segundo componente de la teoría de acusación de supuesto incumplimiento contractual relacionado con el manejo del anticipo, pues, se tiene que en el dossier del proceso, se aportaron como prueba documental, las actas parciales de ejecución contractual y pago No. 1 del 28 de agosto de 2015, firmadas por el Interventor del Contrato, el Secretario de Infraestructura del MUNICIPIO DE ARMENIA en las que se certificó el cumplimiento del contrato por parte de la EDUA hasta esa fecha y etapa, y aprobó los productos entregados, dado que se ajustaban al objeto y obligaciones contratados, y respondían a las especificaciones y ajustes requeridos.

Al margen de lo anterior hay prueba de que EDUA entregó recursos a los subcontratistas subordinados a título de anticipo en cada contrato, por ejemplo, con base en el Contrato de obra No. 02 de 2015, entregó al contratista en calidad de anticipo la suma de $421.497.876 equivalente al 50% del valor total del contrato, Enel Contrato de Obra No. 003 del 2015 la EDUA entregó al contratista en calidad de anticipo la suma de $334.934.034 equivalente al 50% del valor total del contrato. El contrato de suministro No. 04 del 22 de mayo de 2015 tuvo igual suerte, la EDUA, entregó al contratista en calidad de anticipo la suma equivalente al 40% del valor total del contrato.

Entonces no solo hay prueba del cumplimiento de EDUA que derruye el cargo de presunto mal manejo del anticipo por indebida administración del mismo, sino que de cara a su supuesta no inversión, en este trámite no se ha probado que los recursos entregados como anticipo al EDUA se hayan destinado por esta a un asunto ajeno de la ejecución contractual del objeto del Contrato Interadministrativo No. 008 del 2015, dado que el hecho de aducir la ocurrencia de mayores cantidades y costos indirectos se previó en la forma de establecer la remuneración del contrato y se ha probado que las razones por las cuales no se ha invertido de forma total el anticipo, es porque el plazo previsto para la ejecución del Contrato asegurado ha sufrido dos suspensiones, de hecho, el mismo continúa indefinidamente suspendido y uno de los efectos de la suspensión del contrato es la suspensión de las actividades del contratista, lo cual explicaría la no inversión del anticipo.
Pero, además, como puede el MUNICIPIO DE ARMENIA apresurarse a afirmar que no se amortizó el anticipo porque no se ha invertido correctamente si en estricto sentido -por las razones que sean, principalmente atribuibles al mismo Municipio – el Contrato Interadministrativo No. 008 del 2015 alcanzó un estado de parálisis y a la fecha, si bien existe como vinculo negocial, sigue paralizado y estático. Esto es importante porque para la operatividad del amparo de anticipo, en la Póliza se

condiciona su cobertura y exigibilidad a que la garantía puntualmente haya estado vigente hasta la liquidación del Contrato afianzado.

1.3 AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN AL ANTICIPO:

EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE, DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DE (I) LA NO INVERSIÓN DEL ANTICIPO, (II) EL USO INDEBIDO DEL ANTICIPO Y (III) LA APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA GARANTIZADO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, ÉSTOS DEBERÁN TASARSE EN DINERO EN EL CONTRATO.

***LA GARANTIA DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO DEBE ESTAR VIGENTE HASTA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO O HASTA LA AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO, DE ACUERDO CON LO QUE DETERMINE LA ENTIDAD ESTATAL**.*

- **EXCLUSIÓN DE LAS PÉRDIDAS PROVOCADAS POR LA CULPA DE LA VICTIMA QUIEN CON SU CONDUCTA OMISIVA PROVOCÓ LAS FALENCIAS EN LA ETAPA DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL Y POR LA AUSENCIA DE SUPERVISION DEL CONTRATO PRINCIPAL Y NO CONTRATAR LA DEBIDA INTERVENTORIA NO MITIGÓ SU PERDIDA Y DEJÓ PROPAGAR EL EVENTUAL SINIESTRO**

En los informes de la CGR y de la Contraloría Municipal de Armenia se da cuenta de que el perjuicio que ahora la entidad territorial quiere cobrar a la Aseguradora, proviene del incumplimiento a las funciones de supervisión conforme al artículo 81 y siguientes de la ley 1474 de 2011. Son múltiples las menciones al respecto por lo menos en lo que atañe al Informe Final auditoria de la CGR que tiene por objeto *El alcance de la auditoria comprende los aspectos financieros, presupuestales, técnicos y legales del proyecto de construcción del centro cultural y turístico de Armenia, Quindío, Fase 1, y abarcó el período comprendido entre la fecha de suscripción del convenio interadministrativo No. 008-2015, que para el caso es el 03 de marzo de 2015 y de la fecha de suscripción de los contratos de obra derivados: 002-2015 (05 mayo de 2015), 003-2015 (06 mayo de 2015), 004-2015 (07 de mayo de 2015), 005-2015 (21 de mayo de 2015) y de suministro 004-2015 (22 de mayo de 2015) y hasta el 30 de octubre de 2020 (fecha en la cual culminó la etapa de ejecución de la presente actuación).*

En este informe, como dije, en múltiples ocasiones se dice que *"(…)* ***La situación detectada por la CGR fue causada por debilidad en las funciones de supervisión del contrato No. 008 de 2015 por parte del municipio que no contrató interventoría para la obra*** *(…)".*

Luego, sobre el particular se reitera por la CGR: *"(…)* ***No existe contratación de las funciones de interventoría y las labores de supervisión que debía ejercer el municipio de Armenia*** *a la ejecución del convenio 008-2015, no se realizó de manera adecuada, lo que se evidencia en incumplimientos contractuales por parte de los contratistas del convenio 008-2015 y los contratos derivados de obra 002-2015, 003-2015, 004-2015, 005-2015 y de suministro 004-2015".*

Para entender porque el hecho de que el MUNICIPIO DE ARMENIA se haya desentendido de la supervisión del Contrato Interadministrativo No. 008 del 2015 es una conducta calificable como culpable, empecemos por aclarar que no era deliberativo determinar si contrataba o no la

correspondiente interventoría.

> *ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual,* ***las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor,*** *según corresponda.*
>
> *La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados****. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.***
>
> *La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.*
>
> *Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual, en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.*
>
> ***El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.***

La falta de supervisión -o de interventoría- es determinante a la hora de examinar la pérdida a que el MUNICIPIO DE ARMENIA se expuso porque del presupuesto de obra que hace parte del hay un valor, según la misma versión de la demanda, de $730.795.907, que corresponde a obras ejecutadas **pero que no fueron contratadas**, lo cual permite concluir que fueron invertidos $730.795.907,18 en actividades no autorizadas por la parte contratante, generando de esta manera una inadecuada inversión del recurso. Es decir, que el mal manejo del anticipo también se produjo en parte por la conducta omisiva del MUNICIPIO DE ARMENIA de cara a la vigilancia de la ejecución del contrato y de los recursos públicos confiados y comprometidos a EDUA.

Es decir, que según las mismas pruebas documentales que aporta el MUNICIPIO DE ARMENIA, se colige que incurrió en una conducta culposa, por transgredir un mandato legal de contratar interventoría o por lo menos, supervisión del contrato. Si bien, la interventoría solo es obligatoria en los contratos de obra pública que hubieran sido contratados a través de licitaciones públicas, y el Contrato Interadministrativo No. 008 del 2015 no lo es, la Entidad Estatal en los estudios previos de este contrato, que superaba la menor cuantía del municipio, con independencia de la modalidad de selección, tenía que pronunciarse sobre los motivos de la necesidad de contar con interventoría, es decir, explicar son suficiencia, la razonabilidad de prescindir de ella. Esta exigencia está presente incluso en casos de no contratar interventoría en un contrato de obra pública celebrado bajo el marco de la urgencia manifiesta, y siempre se debe justificar esta decisión teniendo en cuenta los riesgos del contrato, el valor del contrato, la complejidad o extensión del contrato, entre otros, lo cual en este caso el MUNICIPIO DE ARMENIA no atendió.

Evidentemente, a criterio de la CGR, por la Resolución 055 del 27 de marzo de 2015 se designó como supervisor del contrato al Arquitecto Cesar Ovidio Rodríguez Gil, quien ostentaba el cargo de subsecretario de infraestructura del Municipio de Armenia, pero su labor fue insuficiente. ¿cómo puede afirmarse que el supervisor actuó correctamente en su labor de vigilancia y salvaguarda si el 12 de febrero del año 2016, suscribió acta de suspensión Nro. 002 pero no se le ocurrió pedirle a la EDUA suspender los contratos subordinados? Sobre el particular la CGR dice:

> ***La situación detectada por la CGR fue causada por debilidad en las funciones de supervisión del contrato No. 008 de 2015, al mantener activos los contratos de prestación de servicios durante la suspensión de las obras.***
>
> *Análisis de la respuesta de las entidades. La Alcaldía de Armenia no envió respuesta a las observaciones presentadas por la CGR. La EDUA, especifica lo siguiente:* ***"(...) Con base en las actas de suspensión 1 y 2 se puede verificar que en las fechas que se afirma por parte de la contraloría ninguno de los contratos se encontrabna suspendidos, ya que dichas suspensiones se dieron de la siguiente manera; según acta de suspensión uno esa se realizó el 25 de julio de 2015 con reinicio el 25 de agosto de 2015, la suspensión se dio con acta del 12 de febrero de 2016 la cual a la fecha no se ha dado reinicio****. (...)".*
>
> *Al respecto, la CGR, encontró en el Secop I, las actas de suspensión No. 2 para cada contrato, lo cual fue posteriormente verificado con el expediente de cada contrato, por lo tanto, no se retira la observación, se incluye el anexo con las actas respectivas de cada contrato de obra mencionado.*

El deber de mitigar los daños es, en principio, ajeno al sistema de Derecho europeo continental. A manera de ejemplo, en Colombia sólo está consagrado de forma expresa y especial para el contrato de seguros, en el artículo 1074 Código de Comercio. Adicionalmente, se contemplada en el artículo 77 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 19802, adoptada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999 y en vigor desde el 1º de agosto de 2002. La ausencia en nuestro régimen contractual de una cláusula general que imponga al acreedor el deber de aminorar las pérdidas causadas por el incumplimiento del deudor permitiría pensar que la mitigación de daños es sólo aplicable a las figuras contractuales arriba señaladas. Sin embargo, cabe evaluar el papel del acreedor ante el daño que le ha sido infringido con ocasión del incumplimiento del deudor en todo tipo de contratos y, por ello, preguntarse si existen los fundamentos para predicar que el deber de mitigar los daños es o no una regla general, toda vez que el tráfico moderno exige replantear los fundamentos de la responsabilidad civil, para centrarse no solo en el problema del daño y su indemnización, sino también en su prevención y aminoramiento.

Si el MUNICPIO DE ARMENIA hubiere ejercido de forma correcta la supervisión del contrato interadministrativo 008 del 2015, y no hubiera permanecido inerte e impávido ante el daño causado para posteriormente reclamar una indemnización de perjuicios que pudo evitar o mitigar, en todo o en parte, quiere decir ello que, con su omisión, parcialmente contribuyó a que el daño del que ahora se duele tenga la magnitud que aduce. Lo anterior no es baladí, es que en el curso de las investigaciones que la CGR ha llevado a cabo se pudo observar que el oportuno ejercicio de las acciones legales frente al incumplimiento contractual, pudo mitigar el daño, de hecho, este es uno de los hallazgos fiscales comunes en dicha sede.

Pero hubo una circunstancia especial y preponderante que no permitió el normal flujo de desarrollo de obligaciones conmutativos y sinalagmáticas del Contrato Interadministrativo No. 008 del 2015 y fue, el hecho de que el MUNICIPIO DE ARMENIA no tuviera, no ya el dominio de los predios a intervenir, ni que hubiera procurado su tradición de INVIAS, sino que ni siquiera procuró el

beneplácito de la entidad nacional, pues solo hasta el 10 de abril de 2019, el MUNICIPIO DE ARMENIA y el INVIAS, suscribieron Convenio 000751-2019 con el objeto de "*Aunar esfuerzos entre el instituto Nacional de Vías y el Municipio de Armenia para la Conservación, embellecimiento, mantenimiento y custodia de los predios contenidos en el Lote denominado Estación del Ferrocarril de Armenia"*. Es decir, casi 4 años después de que iniciara el decurso del plazo del Convenio Interadministrativo No. 008 de 2015, la pregunta que entonces refulge es: ¿por qué el MUNICIPIO DE ARMANIA no convocó a INVIAS a conciliar mediante el mecanismo de conciliación extrajudicial, para el reconocimiento de perjuicios materiales, en especial, daño emergente, a favor de la entidad de INVIAS, y así garantizarse el título traslaticio de dominio?

En comunicado SRT 29234 del 16 de julio de 2019 como respuesta a la entrada No. 53559 con fecha del 4 de julio de 2019, INVIAS especifica que conocer las versiones finales del proyecto Complejo turístico y cultural la Estación, que están de acuerdo con el convenio, y que *"(...)A nivel estructural se pudo evidenciar la disposición sobre una zona de parqueaderos de una placa que permite conectar los sectores del corredor férreo, con la posibilidad de habitar el transito si este es requerido a futuro(...)".*

El Consejo de Estado en sentencia del 28 de mayo de 2012 bajo expediente interno 21489 con ponencia de la Consejera Ruth Stela Correa Palacio ha dicho lo siguiente sobre el principio de planeación:

> *En tal virtud, el deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.*

Observadas las prórrogas y suspensiones del contrato en cuestión se debieron, principalmente a una falta de planeación por la entidad contratante.

Como bien lo advirtió el togado representante del MUNICIPIO DE ARMENIA en su memorial de pronunciamiento sobre las excepciones, la fuente de obligación en el caso particular y concreto (artículo 1494 Código Civil), lo constituye la Póliza No. 300-47-994000007584, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, y decreto único reglamentario N° 1082 de 2015.

Por lo tanto, el régimen especial contenido en el citado Decreto Único Reglamentario N° 1082 de 2015, aplicable al caso concreto y en relación con las exclusiones y la inoponibilidad de excepciones de la póliza de cumplimiento, establece lo siguiente:

> *"Artículo 2.2.1.2.3.2.3. Exclusiones. La Entidad Estatal solamente admitirá las siguientes exclusiones, en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos que suscriba, y cualquier otra estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a estas, no producirá efecto alguno:*
>
> 1. ***Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.***

2. *Daños causados por el contratista a los bienes de la Entidad Estatal no destinados al contrato.*

3. *Uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la Entidad Estatal.*

4. ***El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo. (Decreto 1510 de 2013, artículo 131)". (Subraya fuera de texto).***

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del Contrato de Seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al Asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

> *"Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro"*[6]

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la Póliza en comento, se señalan una serie de exclusiones, las cuales solicito aplicar expresamente al caso concreto, específicamente las siguientes:

1. *EXCLUSIONES*

   LOS AMPAROS PREVISTOS EN LA PRESENTE PÓLIZA NO OPERARAN EN LOS SIGUIENTES CASOS:

   2.1 CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, ***EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.***

Es importante mencionar que las exclusiones antes señaladas se encuentran establecidas dentro de las condiciones generales de la póliza, de conformidad a lo señalado por la Superfinanciera en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, en la que la mencionada entidad reafirmó la postura que desde el año 1996 viene adoptando, realizando una regulación de la emisión de las pólizas y del contenido que estas deben tener, así:

1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros:

[6] Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020

Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:

1.2.1.1. En la carátula:

1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Co.

1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1º del art. 1068 del C.Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

1.2.1.2. ***A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones)***

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza*. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral.* (Énfasis añadido)

En ese sentido, la regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia, es completamente clara, pues indica que los amparos y exclusiones deben consignarse a partir de la primera página de la póliza, esto es, no de forma restrictiva en la carátula de la misma, puesto que, por razones prácticas, por imposibilidad física, y por las indicaciones legales referidas, no es viable que confluyan en esta misma página del contrato de seguro.

Adicionalmente, el Código de Comercio estable con respecto a la póliza, entendida esta como el documento que contiene el contrato de seguro, precisa en el parágrafo del artículo 1047, los elementos que hacen parte de la póliza, indicando que:

"PARÁGRAFO. En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria – hoy Superintendencia Financiera de Colombia – para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo."

En este orden de ideas, las exclusiones pactadas en las condiciones generales y que están contenidas en los anexos, hacen parte integrante de la póliza de seguro, sin que estas deban constar en la primera página.

Es preciso enfatizar que la Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tiene por objeto supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

De acuerdo entonces a la función pública que realiza esta entidad es claro que sus conceptos y las circulares que expide tienen un fin orientador, claramente de carácter vinculante, no siendo

coherente que expida una circular que vaya en desmedro de los intereses de los asegurados, tomadores o beneficiarios en el contrato de seguro.

Respecto a la eficacia de la ubicación de las exclusiones, la Corte en Sentencia SC2879 de 2022, zanjo tal discusión en los siguientes términos:

> *(…)*
> *Así las cosas, con base en las anteriores consideraciones la Corte unifica su posición, en el sentido de definir la adecuada interpretación de la norma sustancial bajo estudio, esto es, del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, conforme a la cual, en sintonía con las disposiciones de la Circular Jurídica Básica de la Superintendencia Financiera de Colombia, en las pólizas de seguro los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados,* ***a partir de la primera página de la póliza****, en forma continua e ininterrumpida.*
>
> *Ahora bien, con el propósito de aquilatar la hermenéutica de la norma en cuestión, debe recordarse que, conforme lo establece el artículo 1046 del Código de Comercio, se denomina póliza al documento que recoge el contrato de seguro. Esta póliza en sentido amplio contiene, como se ha visto, (i) la carátula, en la que se consignan las condiciones particulares del artículo 1047 ibídem y las advertencias de mora establecidas en los cánones 1068 y 1152 del mismo Código; (ii) el clausulado del contrato, que corresponde a las condiciones negociales generales o clausulado general; y (iii) los anexos, en los términos del artículo 1048.*
>
> *En ese sentido, se insiste en que el ordenamiento mercantil diferencia con claridad la carátula de la póliza de la póliza misma, y que, dada esa distinción, no cabe sostener que la regla del precepto 184 del ESOF debe cumplirse incluyendo los amparos básicos y las exclusiones, «en caracteres destacados» en la referida carátula.*
>
> *Cuando la norma en cita alude a «la primera página de la póliza» debe entenderse que se refiere a lo que esa expresión significa textualmente, es decir, al folio inicial del clausulado general de cada seguro contratado, pues es a partir de allí donde debe quedar registrado, con la claridad, transparencia y visibilidad del caso, uno de los insumos más relevantes para que el tomador se adhiera, de manera informada y reflexiva, a las condiciones negociales predispuestas por su contraparte: la delimitación del riesgo asegurado.*

- **LÍMITES MÁXIMOS DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR Y CONDICIONES DE LA PÓLIZA No. 300-47-994000007584 QUE ENMARCA LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES.**

En gracia de discusión y sin que la presente constituya el reconocimiento de obligación alguna de mi representada, cabe mencionar que en el remoto evento de que prosperaran una o algunas de las pretensiones del libelo, se destaca que en la Póliza No. 300-47-994000007585 mediante la cual se aseguró el Contrato Interadministrativo No. 08 de 2015 mediante el amparo de cumplimiento y el da buen manejo de anticipo se estipularon las condiciones, los límites, los amparos otorgados, las exclusiones, las sumas aseguradas, los deducibles pactados, etc., de manera que exclusivamente son estos los parámetros que determinarían en un momento dado la posible responsabilidad que podría atribuirse a mi poderdante, en cuanto enmarcan la obligación condicional que contrajo y las diversas cláusulas del aseguramiento, incluso y sin perjuicio de las estipulaciones que la exoneran de responsabilidad, que pido declarar en el fallo.

Téngase en cuenta que expresamente en la póliza se estipuló el límite de la cobertura de *CUMPLIMIENTO* y el de *BUEN MANEJO DEL ANTICIPO* para hechos amparados por el contrato y en este punto impera el precepto del art. 1079 del C. Co., conforme al cual el asegurador estará

obligado a responder únicamente hasta concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el art. 1088 ibídem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

En desarrollo del carácter indemnizatorio que tiene el contrato de seguro de daños según el art. 1088 del Código de Comercio, el artículo 1089 del Código de Comercio al definir las reglas relativas a la cuantía máxima de indemnización dispone que *"Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá en ningún caso del valor real de interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario".*

Ahora bien, en las condiciones generales de la citada póliza se convino que los límites máximos son los que se encuentran en la carátula de la misma, y alcanzan el tope de $ 499.988.053 para el caso del amparo de CUMPLIMIENTO y de $2.499.940.261 para el de *BUEN MANEJO DEL ANTICIPO.*

Es importante resaltar que, en este caso, en la Póliza en comento se han limitado a través de cláusulas en ejercicio de la autonomía de la voluntad de ellos contrayentes, la responsabilidad económica o patrimonial que, por medio de la transferencia del riesgo, ha asumido la aseguradora, llama especialmente la atención el sublimite pactado en lo atañedero con los perjuicios extrapatrimoniales, el sublimite es un límite adicional que se aplica además al límite general de una forma específica y calificad, en este caso, al evento en que se imponga una obligación indemnizatoria cuyos rubros identitarios respondan a tipologías de daño inmaterial, como lo son el daño a la salud y el daño moral por ejemplo, que fueron tipologías solicitadas en las pretensiones de la demanda.

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en los artículos 1056 y 1103 del Código de Comercio dentro del contrato de seguro se otorga la posibilidad de limitar la responsabilidad a la compañía que funja como aseguradora, facultades legales por las cuales se establecen condiciones contractuales, mediante la constitución convenida de exclusiones, periodos de carencia y sublímites aplicables de manera específica a ciertos amparos, que siempre que aparezcan escritos de manera expresa y literal e el contrato de seguro, bien sea en el certificado individual o en las condiciones generales de la póliza deben ser acatadas.

En todo caso, es imprescindible destacar que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a las condiciones de la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la demostración (por parte del beneficiario) del perjuicio alegado y su cuantía, siempre
y cuando no se configure una causal legal o convencional de inoperancia del contrato de seguro.
Respetuosamente solicito declarar probada esta excepción.

- **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE MI MANDANTE Y LOS DEMAS DEMANDADOS – INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO.**

Esta excepción se propone con fundamento en que la solidaridad surge exclusivamente cuando la Ley o la convención la establecen. En el caso que nos ocupa, la fuente de las obligaciones de mi procurada está contenida en el contrato de seguro y en él no está convenida la solidaridad entre las partes del contrato.

Es importante recabar sobre el particular por cuanto a que la obligación de mí representada la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. tiene su génesis en un contrato de seguro celebrado dentro de unos parámetros y límites propios de la autonomía de la voluntad privada y no de la existencia de responsabilidad civil extracontractual propia de la aseguradora, sino

de la que se pudiere atribuir al asegurado conforme lo establecido por el artículo 2341 del Código Civil, por tanto se encuentra frente a dos responsabilidades diferentes a saber: 1. La del asegurado por la responsabilidad civil extracontractual que se le llegaré a atribuir, cuya fuente de obligación indemnizatoria emana de le ley propia y 2. La de mí representada aseguradora cuyas obligaciones no emanan de la ley propiamente dicha, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros dados por los artículos 1036 del Código de Comercio y S.S., encontrándose las obligaciones de mí representada debidamente delimitadas por las condiciones pactadas en el contrato de seguro celebrado, constituyéndose entonces las obligaciones del asegurado y de la aseguradora en obligaciones independientes y que no son solidarias.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y mediante ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez en sentencia SC20950-2017 Radicación n° 05001-31-03-005-2008- 00497-01 ha indicado que:

> *"(…) Por último,* ***la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual****, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co (…)"* (Subrayas y negrilla mías)

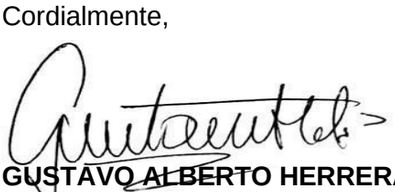
Entendido lo anterior, es preciso indicar que la solidaridad de las obligaciones en Colombia solo se origina por pacto que expresamente la convenga entre los contrayentes, lo anterior según el art. 1568 del Código Civil Colombiano que reza:

> *"(…)* ***En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda****, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*
> *Pero* ***en virtud de la convención****, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.* ***La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley****. (…)*

En virtud de tal independencia en las obligaciones, se formula esta excepción por cuanto el artículo 1044 del Código de Comercio faculta a la aseguradora proponer al tercero beneficiario las excepciones y exclusiones que pudiere interponerle al asegurado o tomador del contrato de seguro, motivo por el cual puede alegar mí representada la ausencia de cobertura ante la falta de prueba de la ocurrencia y cuantía del siniestro y las exclusiones y demás condiciones que resultaren atribuibles al presente evento.

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria que remotamente podría surgir a su cargo está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado para el amparo de muerte o lesión a una persona, con sujeción a las condiciones de la póliza.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. No. 19.395.114 de Bogotá
T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.