Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA (REPARTO)

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE PALERMO (HUILA)

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Cali, identificado con la Cédula de Ciudadanía No.19.395.114 de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA,** sociedad legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con NIT No. 860.524.654-6, conforme al poder adjunto al presente escrito, respetuosamente acudo ante su Despacho para formular **MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES,** de conformidad con el artículo 141 y 161 No. 1 de la Ley 1437 de 2011 en contra del **MUNICIPIO DE PALERMO (HUILA),** representado por el señor HELVER YESID PINZÓN SAAVEDRA, en su calidad de Alcalde municipal, o quien haga sus veces, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales que a continuación se relacionan: i) Resolución No. 100.47.245 del 05 de mayo de 2022 *"por medio del cual se declara el incumplimiento, se hace efectiva la imposición de la cláusula penal, se declaran unos siniestros y hace efectiva la póliza de seguros dentro del Contrato de Compraventa No. 100.15.02.240 de 2021, suscrito por el Consorcio Maquinaria Amarilla y el Municipio de Palermo (Huila);"* ii) Resolución No. 100.47.253 del 11 de mayo de 2022 *"por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 100.47.245 del 11 de mayo de 2022"* y; iii) Resolución No. 100.47.4769 del 19 de diciembre de 2022, por medio de la cual se resolvió la solicitud de revocatoria directa, proferidos en el marco del proceso de incumplimiento contractual adelantado por la Secretaría de Planeación e Infraestructura del municipio de Palermo en contra del **CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA** y mi representada, y en virtud de los cuales se declaró la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y de manejo de anticipo, amparados por la póliza de garantía única de cumplimiento No. 460-47-994000044789, conforme a las siguientes consideraciones de orden fáctico y jurídico:

I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

Las partes que integran el presente contradictorio son las siguientes:

PARTE DEMANDANTE:

- **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA,** sociedad legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con NIT 860.524.654-6, representada legalmente por el señor JOSÉ IVÁN BONILLA PÉREZ, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.520.827.

- **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE:**

  El suscrito, **GUSTAVO ALBERTO HERRRERA ÁVILA,** mayor de edad, vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.385.114 expedida en Cali, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 39.116 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, con dirección de notificación física en la Calle 69 No 4 – 48, oficina 502 de la Ciudad de Bogotá y dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co.

PARTE DEMANDADA:

- **MUNICIPIO DE PALERMO (HUILA) – SECRETARÍA DE PLANEACIÓN E INFRAESTRUCTURA MUNICIPAL**, entidad territorial representada legalmente por el señor HELVER YESID PINZÓN SAAVEDRA, en su calidad de alcalde municipal o quien haga sus veces, e identificada con Nit No. 891.180.021-9, con dirección de notificación física en la Carrera 8 No. 8 – 54 del municipio de Palermo (Huila) y electrónica a los correos: alcaldia@palermo-huila.gov.co y contactenos@palermo-huila.gov.co.

II. ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CONTROVERTIDOS

1. Resolución No. 100.47.245 del 05 de mayo de 2022 *"por medio del cual se declara el incumplimiento, se hace efectiva la imposición de la cláusula penal, se declaran unos siniestros y hace efectiva la póliza de seguros dentro del contrato de compraventa No. 100.15.02.240 de 2021, suscrito por el Consorcio Maquinaria Amarilla y el municipio de Palermo (Huila).*

2. Resolución No. 100.47.253 del 11 de mayo de 2022 *"por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 100.47.245 de 2022".*

3. Resolución No. 100.47.4769 del 19 de diciembre de 2022, por medio de la cual se resolvió la solicitud de revocatoria directa.

III. PRETENSIONES

PRIMERA: Que, una vez surtido el trámite correspondiente, se **DECLARE LA NULIDAD** de la Resolución No. 100.47.245 del 05 de mayo de 2022 *"por medio del cual se declara el incumplimiento, se hace efectiva la imposición de la cláusula penal, se declaran unos siniestros y hace efectiva la póliza de seguros dentro del contrato de compraventa No. 100.15.02.240 de 2021, suscrito por el Consorcio Maquinaria Amarilla y el municipio de Palermo (Huila)",* en cuyos artículos tercero, cuarto y quinto, se declaró la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y manejo de anticipo, así como la efectividad de dichos amparos, contemplados en la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento No. 460-47-994000044789 expedida por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.

SEGUNDA: Que, una vez surtido el trámite correspondiente, se **DECLARE LA NULIDAD** de la Resolución No. 100.47.253 del 11 de mayo de 2022 *"por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 100.47.245 de 2022",* en la cual se decidió confirmar en su integridad la Resolución No. 100.47.245 de 2022.

TERCERA: Que, una vez surtido el trámite correspondiente, se **DECLARE LA NULIDAD** de la Resolución No. 100.47.4769 del 19 de diciembre de 2022, por medio de la cual se resolvió la solicitud de revocatoria directa, mediante la cual se decidió negarla.

CUARTA: Que se **DECLARE** que mi representada no está legal ni contractualmente obligada a afectar el amparo de cumplimiento pactado en la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento No. 460-47-994000044789, por el monto señalado por la SECRETARÍA DE PLANEACIÓN E INFRAESTRUCTURA MUNICIPAL DE PALERMO, HUILA, toda vez que no se configuró el riesgo asegurado del incumplimiento y se afectó la póliza sin que esta tuviera vigencia para la fecha en que se configuró el presunto incumplimiento.

QUINTA: Que se **DECLARE** que mi representada no está legal ni contractualmente obligada a afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo pactado en la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento No. 460-47-994000044789, por el monto señalado por la SECRETARÍA DE PLANEACIÓN E INFRAESTRUCTURA MUNICIPAL DE PALERMO, HUILA, toda vez que no se configuró el riesgo asegurado en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y se afectó la póliza sin que esta tuviera vigencia para la fecha en que se configuró el presunto incumplimiento.

SEXTA: Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se **CONDENE** a la entidad demandada a restituir la totalidad de los valores que mi representada desembolsó como consecuencia de los actos administrativos contractuales demandados, a saber:

6.1. Pago realizado el día 14 de julio de 2022 por valor de DOSCIENTOS TREINTA MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL CIEN PESOS MCTE ($230.610.100), correspondientes a la totalidad del valor asegurado en el amparo de cumplimiento de la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento No. 460-47-994000044789.

6.2. Pago realizado el 17 de marzo de 2023 por valor de MIL CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS MCTE (1.191.972.823), correspondientes a la totalidad del valor asegurado en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo de la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento No. 460-47-994000044789, más los intereses moratorios liquidados por el MUNICIPIO DE PALERMO – HUILA en el marco del proceso administrativo de cobro coactivo adelantado por dicha entidad territorial e identificado con el Auto de Mandamiento de Pago No. 41524-2023-10-04-01-101-03 del 17 de enero de 2023.

SÉPTIMA: Que se **CONDENE** a la entidad demandada a pagar a **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, el valor correspondiente a los intereses moratorios sobre las sumas de dinero que se hayan pagado conforme a los actos administrativos que se demandan, réditos que deberán liquidarse a la tasa máxima de interés corriente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, incrementada en un cincuenta por ciento, conforme al artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por la Ley 510 de 1999; intereses que se calcularán hasta la fecha del reembolso o pago de las sumas anteriormente indicadas.

SÉPTIMA SUBSIDIARIA: En subsidio de la pretensión anterior, se **CONDENE** a la entidad demandada a pagar a mi representada las sumas de dinero que se hubiesen pagado conforme a los actos administrativos que se demandan, debidamente indexadas.

OCTAVA: Prevenir a la demandada para que de estricto cumplimiento a la sentencia que se profiera en el marco de este litigio, de conformidad con los artículos 187 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

NOVENA: Condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

IV. HECHOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES

En este capítulo se presentarán los hechos en los que encuentra fundamento la presente demanda, conservando una estructura lógica en seis (6) acápites:

- El primer acápite corresponde a los hechos generales sobre el proceso administrativo de incumplimiento contractual adelantado por el MUNICIPIO DE PALERMO – HUILA.

- En segundo lugar, se planteará un acápite de hechos relacionados con la expedición de los actos administrativos contractuales con infracción de normas en que debería fundarse y mediante una falsa motivación, por cuanto la póliza no. 460-47-994000044789 carecía de cobertura temporal frente a los siniestros declarados.
- En el tercer acápite, se expondrán los hechos relativos a la expedición de los actos administrativos contractuales con infracción de normas en que deberían fundarse y mediante una falsa motivación, por cuanto no se acreditó el riesgo asegurado en el amparo de cumplimiento, al haberse configurado una causa extraña.
- En el cuarto acápite, se plantearán los hechos relativos a la expedición de los actos administrativos contractuales con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, por cuanto en la citación a la audiencia de presunto incumplimiento no se advirtió que una de las consecuencias sería la afectación al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- En el quinto acápite, se expondrán los hechos relativos a la expedición de los actos administrativos contractuales con infracción de normas en que deberían fundarse y mediante una falsa motivación, por cuanto no se acreditó el riesgo asegurado en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- por último, en el sexto acápite se plantearán los hechos relativos a la expedición de los actos administrativos contractuales con infracción de normas en que deberían fundarse, por cuanto no se aplicó el principio de proporcionalidad al tasar la cláusula penal.

4.1. HECHOS GENERALES

PRIMERO: Luego de agotar las etapas precontractuales del Proceso de Selección Abreviada de Subasta Inversa No. SA-SIP-007-2021, el 04 de junio de 2021 se celebró el CONTRATO DE COMPRAVENTA No. 100.15.02.240 de 2021 entre el MUNICIPIO DE PALERMO – HUILA y el CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA cuyo objeto fue la *"COMPRA DE MAQUINARIA DESTINADA A LA EJECUCIÓN DE LOS PLANES Y PROGRAMAS DE MANTENIMIENTO VIAL DEL MUNICIPIO DE PALERMO DEPARTAMENTO DEL HUILA".*

SEGUNDO: De conformidad con la cláusula segunda del citado contrato, el valor del mismo se pactó en DOS MIL TRESCIENTOS SEIS MILLONES CIENTO UN MIL PESOS MCTE ($2.306.101.000), discriminados así:

ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UND DE MEDIDA	CANT	V/UNITARIO	IVA	VALOR UNITARIO INCLUIDO IVA	VALOR TOTAL
1	RETROEXCAVADORA SOBRE LLANTAS	UN	2	$372.000.000	$70.688.000	$442.680.000	$885.360.000
2	MOTONIVELADORA	UN	1	$847.000.000	$160.930.000	$1.007.930.000	$1.007.930.00
3	VIBRO – COMPACTADOR	UN	1	$346.900.000	$65.911.000	$412.811.000	$412.811.000
VALOR TOTAL							$2.306.101.000

Lo anterior, en consideración a la propuesta económica presentada por el CONSORCIO

MAQUINARIA AMARILLA, la cual cumplió con las condiciones técnicas, jurídicas y financieras previstas en el pliego de condiciones definitivo del Proceso de Selección Abreviada de Subasta Inversa No. SA-SIP-007-2021.

TERCERO: A su turno, en la cláusula cuarta del CONTRATO DE COMPRAVENTA No. 100.15.02.240 de 2021 se estipuló la siguiente forma de pago:

> *"CLÁUSULA 4 – FORMA DE PAGO: El MUNICIPIO pagará al CONTRATISTA e valor del contrato, así: ANTICIPO: Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, el municipio concederá al contratista un anticipo equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor del Contrato, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la suscripción del acta de inicio del Contrato, previa radicación de los documentos correspondientes para tal fin. La iniciación del contrato o el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales no se hallan supeditados, en ningún caso, al recibo de anticipo.* ***Los recursos del anticipo sólo podrán ser utilizados para los gastos propios del respectivo Contrato, situación que deberá ser verificada por el supervisor.*** *Los recursos concedidos a título de anticipo son para todos los efectos legales del municipio. La constitución y aprobación de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo es requisito indispensable previo para la entrega del anticipo.* ***El contratista deberá presentar para la aprobación del anticipo, un programa de fujo de fondos del contrato, y un programa de inversión del anticipo, para la correspondiente aprobación del supervisor del cual deberá remitir copia a la sociedad fiduciaria.*** *La vigilancia sobre el manejo y correcta inversión del anticipo estará a cargo del supervisor, por lo que el contratista deberá ejercer el control del manejo e inversión y suministrar al supervisor toda la información que este requiera. Los recursos desembolsados en calidad de anticipo y sus rendimientos son del municipio, los cuales deberán ser reintegrados en la cuenta que para el efecto indique la Secretaría de Hacienda Municipal, a la terminación del contrato. El anticipo se amortizará en el mismo porcentaje otorgado con respecto al valor del Contrato, en cada pago y, en caso de no haberse amortizado en su totalidad, el saldo se amortizará en el acta de liquidación (…) PAGO: El municipio pagará al Contratista el valor del Contrato en un solo pago el valor correspondiente al valor de la maquinaria equipos automotores, previa presentación de los siguientes documentos: Factura o su documento equivalente, informe de cumplimiento suscrito por el supervisor en e que conste el recibo a satisfacción, Constancia de ingreso a Almacén municipal".*

CUARTO: De acuerdo con la mentada cláusula, el 03 de julio de 2021, el CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA presentó la respectiva cuenta de cobro y el plan de inversión del anticipo, así:

DESCRIPCIÓN	VALOR
PAGO ABONO A COMPRA DE RETROEXCAVADORA SOBRE LLANTA	$ 354.144.000,00
PAGO ABONO A COMPRA DE MOTONIVELADORA	$ 403.172.000,00
PAGO ABONO A COMPRA DE VIBRO COMPACTADOR	$ 165.124.400,00
TOTAL	**$ 922.440.400,00**

QUINTO: Asimismo, en cumplimiento de la cláusula decimoséptima del contrato de compraventa, se suscribió un contrato de seguro entre el CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., el cual se materializó en la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 460-47-994000044789 cuyo asegurado y beneficiario fue el MUNICIPIO DE PALERMO, y en donde se ampararon los siguientes riesgos:

- CUMPLIMIENTO por un valor asegurado de $230.610.100 y vigencia entre el 04/06/2021 y el 07/11/2021.
- BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO por un valor asegurado de $922.440.400 y vigencia entre el 04/06/2021 y el 07/11/2021.
- CALIDAD DE LOS BIENES por un valor asegurado de $230.610.100 y vigencia entre el 04/06/2021 y el 07/11/2022.

SEXTO: En los numerales 1.2. y 1.3 de las condiciones generales de esta póliza, se definieron los amparos de cumplimiento del contrato y, de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en concordancia con el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, así:

> *"1.2 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO*
> *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, CUAND 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.*
>
> *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. EL VALOR DE LA GARANTIA COMPRENDERA EL 100% DE LA SUMA ESTABLECIDA COMO ANTICIPO, YA SEA EN DINERO O EN ESPECIE".

SÉPTIMO: El día 07 de julio de 2021 se suscribió la respectiva acta de inicio, sin embargo, el 15 de julio de 2021 se suscribió el acta de suspensión No. 1 al contrato de compraventa con la siguiente justificación:

"Por parte de la empresa IMPORTADORA se nos notifica que en el marco de la emergencia sanitaria mundial generada por la pandemia de CORONAVIRUS-COVID-19 con el fin de contener y mitigar los efectos de la pandemia se implementó la nueva forma de trabajo remoto (VIRTUAL) puestas en práctica en ENTIDADES DEL ESTADO como lo son la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), BANCO DE LA REPÚBLICA y la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO los cuales se involucran de manera directa en el proceso de IMPORTACIÓN Y NACIONALIZACIÓN DE BIENES y produce que en cada eslabón de la cadena logística de este proceso se eleve en 25 días más de lo habitual, los cuales se emplean en AUTORIZACIONES, PERMISOS, TRANSPORTES INTERNOS E INSPECCIONES"

En virtud de lo anterior, el plazo contractual se suspendió por un término de cuarenta y cinco (45) días calendario, es decir, hasta el 17 de septiembre de 2021.

OCTAVO: En la medida que no se habían superado las circunstancias imprevisibles e irresistibles que sirvieron de justificación para la suspensión No. 1, el 17 de septiembre de 2021 se pactó una prórroga a dicha suspensión por el término de cuarenta y cinco (45) días calendario, es decir, hasta el 19 de noviembre de 2021.

NOVENO: El 24 de noviembre de 2021, el supervisor del contrato remitió un informe en el que da cuenta de un presunto incumplimiento por parte del CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA, aun cuando reconoció que: *"a principios del mes de diciembre, llega una retroexcavadora de llanta de marca CATERPILLAR TOTALMENTE NUEVA, en un camión hasta la bodega del municipio de donde el conductor manifestaba que la mandaba el contratista, pero dicha máquina, no se ha recibido por parte del municipio".*

En dicho documento, el supervisor realiza una relación de las obligaciones específicas del contratista contempladas en la CLÁUSULA OCTAVA del contrato de compraventa, aduciendo a que ninguna de ellas se cumplió a cabalidad, por lo que concluyó que durante el tiempo

contractualmente pactado, el contratista no cumplió con el objeto contractual.

DÉCIMO: En virtud de lo anterior, el 16 de diciembre de 2021 se citó al CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA y a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. a la audiencia de la que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con indicación de los hechos, normas o cláusulas posiblemente violadas, y las posibles consecuencias que se derivan para el contratista en caso de que se encuentre probado el incumplimiento, esto es, *"(…) se declararía el siniestro de incumplimiento ante la aseguradora, se haría efectiva la cláusula penal pecuniaria y se imputarían los perjuicios causados si a ello hubiere lugar, además se procedería a comunicar la sanción impuesta ante los Órganos de Control y la Cámara de Comercio correspondiente".*

Como se aprecia de esta citación, resulta evidente que ninguno de los hechos, normas y posibles consecuencias derivadas del incumplimiento refieren al anticipo y/o al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por lo que no se cumplió con dicha carga procesal y tampoco se permitió desde un comienzo ejercer una oportuna defensa respecto a los presuntos incumplimientos del anticipo.

Igualmente, de esta citación resulta importante mencionar que dentro de los hechos se adujo que, una vez finalizado el término previsto para la suspensión, se pretendió entablar comunicación telefónica con el contratista a efectos de que se allegaran las pólizas actualizadas, sin embargo, no se obtuvo respuesta. Asimismo, la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal de Palermo – Huila señaló que el contratista no se ha presentado ante la Administración Municipal con el objetivo de entregar los elementos objeto de compra, esto es, dos (2) retroexcavadoras sobre llantas, una motoniveladora y un vibro-compactador, aun cuando previo a dicha citación, el supervisor del contrato reconoció que en la bodega del municipio se encontraba una retroexcavadora de llanta marca CATERPILLAR.

DÉCIMO PRIMERO: Finalmente, el 9 de febrero de 2022 se llevó a cabo la audiencia por presunto incumplimiento contractual, en la que tanto el contratista como la aseguradora tuvieron la oportunidad de presentar sus descargos en los siguientes términos:

- **CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA:** Como se evidencia en el acta de la respectiva audiencia, el apoderado del contratista adujo que la certificación de disponibilidad de los equipos no fue emitida por el consorcio, sino por las empresas distribuidoras de la maquinaria en Colombia, en la medida que el contratista no es distribuidor autorizado. Igualmente, se indicó que desde el mes de mayo, esto es, antes de que se adjudicara el contrato, se realizaron cotizaciones con las empresas autorizadas para la distribución de la maquinaria objeto del contrato, al punto de que el 25 de junio se concretó un acuerdo comercial y se desembolsó un anticipo por valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE ($150.000.000). Lo anterior, con miras a poner en evidencia de la entidad

contratante las acciones realizadas por el contratista tendientes a cumplir oportunamente con el objeto contractual, sin embargo, por situaciones imprevisibles e irresistibles como las huelgas presentadas en todo el país, que produjeron la declaratoria como zona roja de los puertos marítimos, no fue posible cumplir con el plazo previamente pactado.

Adicionalmente, ante el evidente incumplimiento por parte de sus proveedores, se señaló que el contratista buscó cumplir con el objeto contractual al contactar a la empresa GECOLSA, distribuidora de la marca CATERPILLAR, con el fin de comprar las dos (2) retroexcavadoras sobre llantas, las cuales fueron enviadas a la bodega de la entidad contratante, sin embargo, estas no habían sido recibidas a satisfacción. Al respecto, se aclaró que si bien en la propuesta se relacionó la ficha técnica de una retroexcavadora marca CASE, se logró adquirir una máquina marca CATERPILLAR que supera las condiciones técnicas solicitadas en el pliego de condiciones.

Por último, se puso en conocimiento de la entidad el evidente desequilibrio económico generado por las situaciones imprevisibles e irresistibles ya mencionadas, aun así, se pretendió cumplir a cabalidad con el objeto contractual, concluyendo en que existen circunstancias constitutivas de fuerza mayor, caso fortuito y hecho de un tercero que hacen improcedente la declaratoria de responsabilidad. Concretamente, respecto a la maquinaria contratada, se afirmó: *"Queremos manifestarle a las partes que tenemos dos máquinas en el patio taller que queremos entregarlas y cerrar el ciclo y definir ciertos temas y tengo conversaciones parte equipos que si yo pido la motoniveladora el día de hoy me llega a mitad de junio y son cosas que no se compran en el país, hay otra maquinaria como lo es Comatsu (SIC) que hay en el país y se puede comprar pero entonces necesitaría la aprobación técnica porque su importación no dura más de 25 o 35 días el vibro compactador hay uno con una ficha técnica de marca c y vende Caterpillar en Colombia porque dina pack no vuelva a traer sino por encargo solo queremos que partes queden satisfechas"*[1].

- **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.:** Mi representada se ciñó a solicitar comprensión por parte de la entidad contratante ante los inconvenientes presentados por el contratista y que son de público conocimiento. A su vez, instó a las partes a superar dichas circunstancias y recibir los equipos pendientes, por lo que se aclaró el interés que tiene la aseguradora de que se privilegie la ejecución del contrato, a efectos de satisfacer la necesidad de la administración.

En virtud de lo anterior, el contratista remitió a la entidad pública los documentos aducidos en sus descargos, dentro de los que se encuentran las facturas de venta de las retroexcavadoras, quedando pendientes sus fichas técnicas. Por lo anterior, se decidió suspender la audiencia.

[1] Pág. 6 del Acta No. 1 de la Audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

DÉCIMO SEGUNDO: El 21 de abril de 2022 se reanudó la audiencia de presunto incumplimiento, en donde el contratista manifestó que contaba con la ficha técnica de una retroexcavadora Wv93r y una motoniveladora GD535 marca KOMAT, así como un vibro compactador xs75j marca NEW HOLLAND, a la espera de que la entidad contratante analice si dichas fichas técnicas cumplen con las características exigidas en el pliego de condiciones. Adicionalmente, se informó que la adquisición de una de las máquinas requería un anticipo por valor de CIEN MILLONES DE PESOS ($100.000.000), de modo tal que, una vez aprobada la ficha técnica por parte del supervisor, se procedería con el pago de dicho rubro. Por último, aclaró que los distribuidores le informaron que las máquinas demorarían en llegar al municipio entre 30 y 45 días.

En consideración a lo anterior, el supervisor del contrato solicitó al contratista que allegara las fichas técnicas de la maquinaria, otorgándole el término de apenas un (1) hábil, además de los documentos de importación, compraventa, factura de compra u orden de compra, que debía allegar en la reanudación de la audiencia.

DÉCIMO TERCERO: Por escrito del 26 de abril de 2022, el CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA allegó la ficha técnica de los equipos relacionados a continuación:

ITEM	MAQUINA	CANT	MARCA	REFERENCIA
1	RETROEXVAVADORA DE LLANTA	2	KOMATSU	WB93R-5E0
2	MOTONIVELADORA	1	KOMATSU	GD535-5

DÉCIMO CUARTO: A pesar de que el 27 de abril de 2022, el contratista solicitó aplazamiento de la audiencia de presunto incumplimiento del CONTRATO DE COMPRAVENTA No. 100-15-02-240 de 2021 en razón a que *"(…) el técnico-asesor de la casa matriz KOMATSU no nos puede acompañar y en aras de evitar yerros fácticos es vital de su presencia y por motivos personales y laborales se le dificulta asistir a la audiencia en mención"*, la entidad contratante celebró dicha audiencia el día 28 de abril de 2022, en la cual se afirmó que si bien se habían entregado las fichas técnicas de la retroexcavadora de llanta y la motoniveladora, hacía falta la ficha técnica del vibro compactador, por lo que el municipio no tenía la información completa.

En el mismo sentido, se solicitó al contratista que entregara los documentos de negociación de compraventa u orden de compra de la maquinaria, aun cuando la entidad pública ni siquiera había analizado las fichas técnicas entregadas y, por contera, no había avalado la compra de dichos equipos.

En atención a dicho requerimiento, el contratista afirmó que era de vital importancia la presencia del profesional de la casa matriz, a efectos de que se aclararan las inquietudes técnicas de la nueva maquinaria. Asimismo, se señaló que sería irresponsable de su parte iniciar negociaciones con el distribuidor sin contar con la aprobación previa de las respectivas fichas técnicas por parte de la

entidad contratante. Por otro lado, indicó que si bien se había solicitado un cuadro comparativo, este no era posible realizarlo porque las fichas técnicas tenían datos distintos y, por esta razón, era necesaria la presencia del profesional de la casa matriz.

Aun ante las explicaciones del delegado del CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA, el Secretario de Planeación e Infraestructura Municipal decidió suspender la audiencia para el 5 de mayo de 2021, fecha para la cual se daría resolución final respecto al proceso administrativo de incumplimiento contractual.

DÉCIMO QUINTO: En concordancia con lo anterior, la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal de Palermo expidió la Resolución No. 100.47.245 del 05 de mayo de 2022 *"por medio del cual se declara el incumplimiento, se hace efectiva la imposición de la cláusula penal, se declaran unos siniestros y hace efectiva la póliza de seguros dentro del contrato de compraventa No. 100.15.02.240 de 2021, suscrito por el Consorcio Maquinaria Amarilla y el municipio de Palermo (Huila)",* en la que decidió declarar el incumplimiento total del contrato de compraventa y, en concordancia, hacer efectiva la cláusula penal prevista en el contrato por valor de CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS VEINTE MIL DOSCIENTOS PESOS ($461.220.200) MCTE.

Igualmente, declaró la ocurrencia de los siniestros de cumplimiento y buen manejo y correcta inversión del anticipo contemplados en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 460-47-994000044789, expedida por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., en consecuencia, hizo efectivos estos amparos por la suma de DOSCIENTOS TREINTA MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL CIEN PESOS MCTE ($230.610.100) y NOVECIENTOS VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS MCTE ($922.440.400), respectivamente.

DÉCIMO SEXTO: En el acápite de fundamentos de la decisión, la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal adujo que se encontraba demostrado que el contratista no entregó la maquinaria objeto del contrato de compraventa dentro del plazo pactado. Asimismo, señaló que aun cuando se alude la configuración de causales de fuerza mayor y caso fortuito, el contrato se suscribió el 4 de junio de 2021, esto es, cuando ya se conocían los efectos de la pandemia del COVID-19, por lo que el contratista debía disponer de la maquinaria en el territorio nacional, más no pretender su importación.

En los mismos términos, añadió que la entidad contratante procuró la ejecución del contrato al aprobar la suspensión del plazo contractual, otorgándole así un lapso de cinco (5) meses al contratista para que cumpliera con su obligación principal, no obstante, ello no ocurrió. Por tales razones, decidió declarar el incumplimiento total del contrato de compraventa e imponer la cláusula penal. Sin embargo, aun sin que hubiese fundamento fáctico o jurídico para ello, también afectó el

amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, bajo la premisa de que no hubo abono (o amortización) del mismo, al no realizarse la entrega de ninguna de las máquinas objeto del contrato.

DÉCIMO SÉPTIMO: Dentro de la oportunidad correspondiente, mi procurada interpuso recurso de reposición arguyendo que: i) hubo una vulneración al debido proceso y derecho de defensa por no aplazarse la audiencia para otro día, impidiendo una sustentación en debida forma; ii) se acreditó la circunstancia de fuerza mayor como eximente de responsabilidad e incluso fue reconocida por la entidad contratante al autorizar la suspensión, no obstante, se desconoció su ocurrencia pretendiendo aducir que el contratista la conocía desde la etapa precontractual; iii) no se acreditaron los perjuicios para hacer efectiva la póliza de cumplimiento y; iv) tampoco se probó la ocurrencia de ninguno de los riesgos asegurados dentro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues el incumplimiento no trae implícita la ocurrencia del siniestro. Incluso, se declaró la ocurrencia del siniestro aun cuando se entregaron dos máquinas que tenían especificaciones técnicas mayores a las exigidas en el pliego de condiciones.

DÉCIMO OCTAVO: Por su parte, el contratista sustentó el recurso de reposición en los siguientes términos:

i) Se entregaron dos de las cuatro máquinas contratadas, que se encuentran en poder del municipio y cumplen con las condiciones técnicas.
ii) Se presentaron distintas alternativas para el cumplimiento del contrato, lo cual requería la aprobación previa de las fichas técnicas por parte del municipio de Palermo – Huila.
iii) Se configuraron circunstancias de fuerza mayor que eximen de responsabilidad al contratista.

DÉCIMO NOVENO: A pesar de dichos argumentos que desvirtúan la responsabilidad del contratista, en especial, por la configuración de situaciones constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito, la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal de Palermo – Huila expidió la Resolución No. 100.47.253 del 11 de mayo de 2022 *"por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 100.47.245 de 2022",* en donde resolvió confirmar en su integridad la resolución de incumplimiento, bajo los argumentos que se señalan a continuación:

- Con relación al presunto desconocimiento del derecho de defensa, el Despacho se ciñó en afirmar que: *"(…) la audiencia se suspendió por el tiempo suficiente para que pudiera estudiar la decisión a recurrir y estructurar el recurso, como efectivamente ocurrió conforme se desprende de su intervención al reanudar la diligencia, en la que además se le concedió el tiempo necesario para que lo argumentara".*
- Ahora bien, respecto al cumplimiento parcial alegado tanto por el contratista como por la aseguradora, la entidad contratante señaló que no hay duda acerca del incumplimiento total,

habida cuenta de que las dos máquinas entregadas no cumplían con las especificaciones técnicas y marcas convenidas en los estudios previos, pliegos de condiciones y propuesta. Por lo anterior y más aun considerando que esta maquinaria se entregó fuera del plazo contractual, la entidad no tenía la obligación de recibirlo. Aun así, si bien en la propuesta se remitió la ficha técnica de maquinaria con una marca específica, lo cierto es que ni en los pliegos de condiciones, ni en el contrato quedó estipulado que las máquinas debían ser de una casa matriz en específico, pues para cumplir con el objeto contractual, estas debían atender las especificaciones técnicas previstas en el respectivo anexo técnico. De esta manera, es claro que la entidad contratante desconoció que hubo cumplimiento parcial de las obligaciones, lo que hace improcedente la imposición de la totalidad de la cláusula penal.

- Con respecto a la existencia de fuerza mayor y caso fortuito, adujo que las situaciones acaecidas no eran imprevisibles, ni irresistibles, máxime si se considera que el contratista no pretendió prorrogar la suspensión al momento de finalizarse el plazo contractual.
- Por último, se refirió a los argumentos de la aseguradora indicando, con relación al amparo de cumplimiento, que está acreditado el incumplimiento total de la obligación principal del contratista y, siendo la cláusula penal una tasación anticipada de perjuicios, es procedente su imposición y la declaratoria del respectivo siniestro. De otro lado, respecto al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, adujo que se probó el pago realizado al contratista a título de anticipo y que este no lo invirtió en el cumplimiento del contrato. Así pues, afirmó que no se invirtió la totalidad del anticipo en las dos máquinas entregadas al municipio y, en todo caso, estas no cumplían con las especificaciones técnicas, por lo que dicha inversión no la realizó en debida forma.

VIGÉSIMO: Ante las infundadas e irrazonables decisiones que causaban un perjuicio irremediable a mi representada, por escrito del 26 de octubre de 2022, se solicitó la revocatoria directa de las resoluciones No. 100.47.245 del 5 de mayo de 2022 y No. 100.47.253 del 11 de mayo de 2022, con fundamento en las causales 2 y 3 previstas en el artículo 93 del CPACA, y en consideración a que: i) hay un evidente falta de cobertura de los siniestros de cumplimiento y buen manejo de anticipo, en la medida que la vigencia de la póliza expiró el 7 de noviembre de 2021, aun cuando la fecha de terminación final del contrato de compraventa se pactó para el 7 de diciembre de 2021 e, igualmente, en el contrato se pactó que los amparos debían tener vigencia hasta la terminación del contrato y su liquidación; ii) asimismo, se modificó el estado del riesgo sin notificación previa a la aseguradora, por cuanto se suspendió el contrato y se prorrogó dicha suspensión sin que se comunicara a al entidad aseguradora.

En el mismo sentido, se reiteró que el presunto incumplimiento se configuró, a voces de la entidad contratante, el día 7 de diciembre de 2021, fecha para la cual finalizó el plazo contractual y en la que la póliza ya no estaba vigente. Así las cosas, ante la evidente falta de cobertura temporal de la póliza afectada, se solicitó la revocatoria directa de los actos administrativos aludidos.

VIGÉSIMO PRIMERO: Por Resolución No. 100.47.769 del 19 de diciembre de 2022, la ALCALDÍA DE PALERMO – HUILA resolvió negativamente la solicitud de revocatoria directa por considerar que la causal invocada no era la segunda y tercera del artículo 93 del CPACA, sino la primera y, a luces del artículo 94 *ibidem,* es improcedente la revocatoria directa por esta causal si se interpusieron los recursos procedentes que, para el caso, era el recurso de reposición.

Como vemos, la administración municipal ni siquiera analizó los argumentos esbozados por mi representada, limitándose a negar la revocatoria directa por la formalidad prevista en el artículo 94 del CPACA, aun cuando es evidente la falta de cobertura temporal de la póliza afectada al no haberse renovado hasta la terminación del plazo contractual.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Pese a la evidente ilegalidad y falta de fundamento de la decisiones que vienen de comentarse, el 19 de enero de 2023 se notificó a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. del Auto de Mandamiento de Pago No. 41524-2023-10-04-01-101-02 del 17 de enero de 2023, mediante el cual se libró orden de pago en contra de mi procurada por la suma de DOSCIENTOS TREINTA MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL CIEN PESOS MCTE ($230.610.100), por concepto de la afectación del amparo de cumplimiento de la Póliza No. 460-47-994000044789.

VIGÉSIMO TERCERO: En esta misma fecha se notificó a mi procurada del Auto de Mandamiento de Pago No. 41523-2023-10-04-01-101-03 del 17 de enero de 2023, mediante el cual se libró orden de pago en contra de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. por la suma de NOVECIENTOS VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS ($922.440.400), por concepto de la afectación del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo de la Póliza No. 460-47-994000044789.

VIGÉSIMO CUARTO: Dentro de la oportunidad correspondiente, se interpusieron las correspondientes excepciones de mérito frente a los autos que libraron mandamiento de pago. Frente al relacionado con el amparo de cumplimiento, se presentaron las excepciones de i) pago efectivo y, ii) falta de título ejecutivo. Ahora, respecto al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, se reiteraron los argumentos expuestos durante el proceso de incumplimiento contractual que dan cuenta de una evidente falta de cobertura de la póliza y, por contera, una ausencia de título ejecutivo, toda vez que: i) la póliza carecía de cobertura temporal al momento de la terminación del plazo contractual, ii) se modificó el estado del riesgo sin previa notificación a la entidad aseguradora y, iii) en todo caso, no se configuró el riesgo asegurado porque se invirtió el anticipo en la compra de dos máquinas que cumplían las condiciones técnicas pactadas. Así pues, se plantearon como excepción la de falta de título ejecutivo.

VIGÉSIMO QUINTO: Por Resolución No. 120.47.013 del 21 de febrero de 2023 se resolvieron las excepciones contra el Auto de Mandamiento de Pago No. 41524-2023-10-04-01-101-02 del 17 de

enero de 2023 (amparo de cumplimiento), en la cual se declaró probada la excepción de pago efectivo y, en consecuencia, se ordenó la terminación del procedimiento administrativo de cobro coactivo.

VIGÉSIMO SEXTO: De otro lado, mediante la Resolución No. 120.47.018 del 21 de febrero de 2023 se resolvieron las excepciones contra el Auto de Mandamiento de Pago No. 41524-2023-10-04-01-101-03 del 17 de enero de 2023 (amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo), en la cual se declararon improcedentes las excepciones presentadas, bajo el único argumento de que no cursaba un debate formal respecto a dichos actos administrativos, en la medida que el término para interponer el recurso de reposición procedente ya había fenecido y, por tal razón, estos prestan mérito ejecutivo para adelantar el procedimiento de cobro coactivo, aun cuando es evidente la falta de cobertura de la póliza respecto al buen manejo y correcta inversión del anticipo, máxime si se considera que, a día de hoy, no se ha liquidado el contrato, de manera tal que no se ha cumplido con la obligación a cargo de la entidad pública de solicitar al contratista el reintegro de los recursos entregados por concepto de anticipo, desconociéndose así la suma concreta que -presuntamente- no se invirtió en el cumplimiento del contrato. En virtud de lo anterior, se continuó con la ejecución y embargo de bienes en contra de mi prohijada.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Por Auto No. 41523-2023-10-08-1-07-107-20 del 14 de marzo de 2023, se procedió a la liquidación del crédito, el cual fue pagado por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. el día 17 de marzo de 2023 por la suma de MIL CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS MCTE ($1.191.972.873).

a. <u>HECHOS RELACIONADOS CON LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE Y MEDIANTE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO LA PÓLIZA No. 460-47-994000044789 CARECÍA DE COBERTURA TEMPORAL FRENTE A LOS SINIESTROS DECLARADOS</u>

PRIMERO: En la cláusula 17 del Contrato de Compraventa No. 100.15.02.240 del 4 de junio de 2021 suscrito entre el municipio de PALERMO – HUILA y el CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA, se contempló como obligación del contratista la constitución de una garantía con los siguientes amparos:

AMPAROS	VALOR ASEGURADO	VIGENCIA
Buen manejo y correcta inversión del anticipo	100% del valor del anticipo	Término de duración del contrato y hasta su liquidación.
Cumplimiento	10% del valor del contrato	Término de duración del contrato y hasta su liquidación.
Calidad y correcto funcionamiento de los bienes	10% del valor del contrato	Término de duración del contrato, hasta su liquidación y un año más.

SEGUNDO: Como se observa, en el pacto contractual se estipuló la necesidad de amparar el buen manejo y correcta inversión del anticipo, y el cumplimiento del contrato, con una vigencia hasta la terminación del contrato y/o su liquidación, de conformidad con lo normado en los artículos 2.2.1.3.1.2.10 y 2.2.1.3.1.2.12 del Decreto 1082 de 2015 que, respecto a estos amparos, establece:

> *"Artículo 2.2.1.2.3.1.10. Suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del an-ticipo.* ***La Garantía 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****. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie.*
>
> *(…)*
>
> *Artículo 2.2.1.2.3.1.12. Suficiencia de la garantía de cumplimiento.* ***La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato****. El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que el valor del contrato sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV, caso en el cual la Entidad Estatal aplicará las siguientes reglas (…)"*

TERCERO: En cumplimiento de la estipulación contractual antes aludida, mi prohijada expidió la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 460-47-994000044789, con los siguientes amparos y vigencias:

DESCRIPCION CONTRATO	AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
	CUMPLIMIENTO	04/06/2021	07/11/2021	230,610,100.00
	ANTICIPO	04/06/2021	07/11/2021	922,440,400.00
	CALIDAD DEL BIEN	04/06/2021	07/11/2022	230,610,100.00

CUARTO: A pesar de haberse suscrito el Acta de Suspensión No. 1 y la Prórroga a dicha suspensión, que arrojaron como fecha de reinicio el día 19 de noviembre de 2021 y, por consiguiente, nueva fecha de terminación el día 07 de diciembre de 2021, el CONTRATISTA no cumplió con su obligación de ampliar la vigencia de la póliza expedida, tal y como lo exige el parágrafo 1 de la cláusula 17 del contrato de compraventa que a su tenor indica: *"PARÁGRAFO 1: Cuando el Contrato es modificado para incrementar su valor o prorrogar su plazo, el (los) Contratista*

(s) deberá ampliar el valor de otorgada o ampliar su vigencia, según el caso".

QUINTO: Incluso, el incumplimiento de esta obligación fue advertida por la entidad contratante en la citación a la audiencia de incumplimiento contractual de la que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

> *"XIII. Que a la fecha de la presente comunicación, ni el contratista, ni sus integrantes se han presentado ante la Administración Municipal, con el objetivo de hacer entrega de las póliza actualizadas, así como entregar los elementos objeto de compra, como son dos retroexcavadoras sobre llantas, una motoniveladora y un vibro – compactador".*

SEXTO: Entonces, como se aprecia, las pólizas no fueron renovadas hasta la fecha de liquidación como lo exige el contrato y los artículos 2.2.1.3.1.2.10 y 2.2.1.3.1.2.12 del Decreto 1082 de 2015, lo cual deriva en una ausencia de cobertura temporal y, por supuesto, la imposibilidad de afectar los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y cumplimiento.

SÉPTIMO: Al respecto, resulta importante mencionar que el Consejo de Estado ha reconocido que la obligación indemnizatoria del asegurador se circunscribe a los límites temporales pactados en la póliza, por lo que la entidad aseguradora sólo está obligada si el siniestro se presenta o configura dentro de dichos límites. Así las cosas, ha dicho:

> *"32. Dada la naturaleza de la obligación que contrae el asegurador, resulta de la mayor importancia la determinación del momento exacto a partir del cual aquel asume el riesgo que le es trasladado y así mismo, la hora y el día hasta los cuales va tal asunción,* ***puesto que únicamente estará obligado a ejecutar la prestación a su cargo cuando el riesgo se realice dentro de ese lapso, es decir si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales****. Al respecto, el artículo 1073 del C. de Co., relativo a la responsabilidad del asegurador, establece que "Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.* ***Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro****".*
>
> *33. De acuerdo con lo anterior,* ***el legislador sólo concede el derecho a la indemnización a cargo del asegurador, cuando el riesgo se realiza o inicia su realización dentro del periodo amparado por la respectiva póliza****. Como lo sostuvo la Sala, "Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho a obtener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida*

por la ley"[2]*.*

OCTAVO: Esta posición ha sido retomada por Colombia Compra Eficiente en los siguientes términos:

> *"Por consiguiente, resulta claro que el riesgo que se traslada al garante solamente será aquel se realice dentro del plazo de vigencia del contrato de seguro;* ***es decir, si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales el garante deberá asumir sus consecuencias****. Conviene mencionar que, para hacer una reclamación válida al garante no es indispensable que la garantía se encuentre vigente,* ***sino que lo haya estado en el momento de la concreción de riesgo.*** *Es por esto que la garantía única de cumplimiento es uno de los requisitos de ejecución del contrato estatal, tal como lo determina el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que exige que esta garantía debe encontrarse aprobada por la entidad contratante antes del inicio de la ejecución del contrato. Es decir, que sin la garantía única de cumplimiento no se puede dar inicio a la ejecución del contrato,* ***puesto que se estaría dejando desprotegido el patrimonio de la entidad estatal ante los potenciales riesgos y efectos derivados de un incumplimiento del contratista durante el lapso de la ejecución que no estuviese amparado.***
>
> *(…)*
>
> *Por ello, la fecha de expedición corresponde al momento en que la aseguradora extiende la póliza con fines probatorios del contrato de seguro celebrado con el contratista, el cual, recae sobre el contrato estatal celebrado entre el contratista y la entidad estatal, de modo que la descripción y características del contrato amparado, como su vigencia, deben coincidir con la garantía otorgada, en atención a lo establecido en los numerales 5 y 6 del artículo 1047 del Código de Comercio que exigen la identificación precisa del contrato estatal objeto de aseguramiento en la póliza, así como la iniciación y vencimiento de la asunción del riesgo.* ***Por lo anterior, es lógico que la vigencia de la garantía, es decir, el momento exacto a partir del cual el garante asume el riesgo que le es trasladado y el momento en que este finaliza, comprenda la vigencia del contrato estatal amparado****, independientemente de la fecha de expedición de la prueba de ese contrato de seguro que es la póliza.*
>
> *Por la relevancia que las garantías tienen para la protección del patrimonio público, no se puede dar inicio a la ejecución del contrato si estas no se encuentran aprobadas, verificando que el inicio de la vigencia de la garantía corresponda a la fecha desde la cual se asume la eventual ocurrencia de los riesgos,* ***pues el riesgo que se traslada al garante solamente será aquel que se realice dentro del plazo de vigencia del contrato de seguro; es decir, si el siniestro se presenta dentro de esos límites***

[2] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 25472 del 19 de junio de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

temporales el garante deberá asumir sus consecuencias"[3].

NOVENO: Como se observa, el Tribunal de Cierre en materia de lo Contencioso Administrativo es claro en advertir que la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora sólo se configura en caso de que el siniestro se haya presento dentro de la vigencia pactada y, es por tal razón, que la norma exige que la póliza tenga una vigencia desde el inicio del plazo contractual hasta su finalización, precisamente con el fin de no dejar desprotegido el patrimonio público durante el lapso de ejecución contractual.

DÉCIMO: Pues bien, en el caso concreto, el siniestro se configuró el último día del plazo contractual, esto es, el 7 de diciembre de 2021, en consideración a que las obligaciones derivadas de un contrato de compraventa como el suscrito entre el municipio de PALERMO – HUILA y el CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA son de ejecución instantánea, más no de tracto sucesivo, de manera que si bien el contratista contaba con un plazo de VEINTE (20) DÍAS HÁBILES para cumplir con el objeto contractual, podía hacerlo el día uno (1) o el día veinte (20), de manera tal que no hay duda de que el incumplimiento se presentó el último día del plazo contractual.

DÉCIMO PRIMERO: Incluso, dicha interpretación fue acogida por la entidad contratante al momento de declarar el incumplimiento en la Resolución No. 100.47.245 del 5 de mayo de 2022, al afirmar:

> *"En el presente caso, está demostrado que dentro del plazo para el cumplimiento del contrato, el cual venció el 7 de diciembre de 2021, el contratista no suministró la maquinaria al municipio, incurriendo así en mora de conformidad con lo consagrado en el artículo 1608 del Código Civil".*

DÉCIMO SEGUNDO: De acuerdo con el artículo citado por la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal de Palermo – Huila, el contratista se constituye en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, de modo tal que el incumplimiento se configuró el último del plazo contractual y, para esta fecha, la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 460-47-994000044789 no estaba vigente, por lo que a luces de la jurisprudencia citada, mi representaba no estaba obligada a asumir el riesgo de incumplimiento, ni el de mal manejo e incorrecta inversión del anticipo, pues estos se configuraron sólo en el momento en que feneció el plazo contractual, esto es, el 7 de diciembre de 2021, fecha para la cual no estaba vigente la póliza.

b. <u>HECHOS RELATIVOS A LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE Y MEDIANTE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO NO SE</u>

[3] COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-126 de 2022.

ACREDITÓ EL RIESGO ASEGURADO EN EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO, AL HABERSE CONFIGURADO UNA CAUSA EXTRAÑA

PRIMERO: Como se advirtió previamente, mi representada expidió la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 460-47-994000044789, con los siguientes amparos y vigencias:

DESCRIPCION CONTRATO	AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
	CUMPLIMIENTO	04/06/2021	07/11/2021	230,610,100.00
	ANTICIPO	04/06/2021	07/11/2021	922,440,400.00
	CALIDAD DEL BIEN	04/06/2021	07/11/2022	230,610,100.00

SEGUNDO: Bajo esta óptica, la obligación condicional de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. solo sería exigible si se cumplen con los presupuestos pactados por las partes en las condiciones generales de la mentada póliza.

TERCERO: La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

> *"(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento "de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual* ***se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado"****.*
>
> *Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato aseguraticio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (…)*[4]*".* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

CUARTO: Específicamente, en las condiciones generales de la póliza se estableció el alcance del amparo de cumplimiento del contrato, en los siguientes términos:

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00.

"1.2 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

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".

QUINTO: En concordancia con el artículo 2.2.1.2.3.2.3. del Decreto 1082 de 2015, se pactaron las siguientes excusiones:

"2. EXCLUSIONES

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

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

3.2. DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTRATISTA A LOS BIENES DE LA ENTIDAD NO DESTINADOS AL CONTRATO.

3.3. EL USO INDEBIDO O INADECUADO O LA FALTA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO A QUE ESTÉ OBLIGADA LA ENTIDAD CONTRATANTE.

3.4. EL DEMÉRITO O DETERIORO NORMAL QUE SUFRAN LOS BIENES ENTREGADOS CON OCASIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO, COMO CONSECUENCIA DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO".

SEXTO: Pese a que se definió con claridad que el amparo de cumplimiento cubría los perjuicios derivados de los incumplimientos imputables al contratista, salvo por hechos relacionados con una causa extraña, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, la entidad contratante no logró acreditar la configuración del riesgo asegurado, en la medida que los presuntos incumplimientos no son atribuibles al contratista, sino a situaciones constitutivas de fuerza mayor como lo manifestado en el acta de suspensión No. 01, en la que se justificó dicha suspensión en los siguientes términos:

"Por parte de la empresa IMPORTADORA se nos notifica que en el marco de la emergencia sanitaria mundial generada por la pandemia del CORONAVIRUS-COVID-19 con el fin de contener y mitigar los efectos de la pandemia se implementó la nueva forma de trabajo remoto (VIRTUAL) puestas en prácticas en ENTIDADES DEL ESTADO como lo son la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), BANCO DE LA REPÚBLICA y la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO los cuales involucran de manera directa en el proceso de IMPORTACIÓN Y NACIONALIZACIÓN DE BIENES y produce que en cada eslabón de la cadena logística de este proceso se eleve en 25 días más de lo habitual, los cuales se emplean en AUTORIZACIONES, PERMISOS, TRANSPORTES INTERNOS E INSPECCIONES".

SÉPTIMO: En atención a que dichas circunstancias no se habían superado al momento de que finalizara el término de suspensión, entre las partes se suscribió una prórroga a dicha suspensión bajo la misma justificación, la cual contempló como posible fecha de reinicio el 19 de noviembre de 2021.

OCTAVO: Sobre el particular, es importante resaltar que la suspensión temporal del cumplimiento de las obligaciones tiene fundamento en la prevalencia del interés general y busca reconocer la imposibilidad de continuar con la ejecución, ante situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o procura del interés público. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, al afirmar:

"Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar. ***Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual.***

(…)

A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983 no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, ***las exigencias en la práctica cuotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución.*** *Debe indicarse que, aun sin que previamente las partes hayan dispuesto en el contrato alguna cláusula referida a la*

suspensión y a sus efectos, cuando surgen circunstancias que implican de facto la justificada parálisis de la ejecución de las obligaciones, los contratantes pueden y suelen acordar formalmente consignar por escrito las situaciones que originaron la suspensión y establecer sus efectos en el contrato.

(…)

Ha coincidido la jurisprudencia en que el fin de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho se asocia directamente al interés general, puesto que el contrato estatal es uno de los "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. Es por eso que, a más del principio de la autonomía de la voluntad, la aplicación de la figura de la suspensión temporal encuentra sus límites y fundamento en la primacía del interés general como causa de la contratación estatal, y en la consecución de los fines del Estado tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. (…) ***Recuerda la Sala que la justificación del principio general de conservación de los contratos reside en que no obstante que se pueden observar imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, las partes normalmente tienen interés en mantener vigente el negocio originario, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo con la consecuente pérdida de tiempo y de recursos, razón por la cual se les impone el deber de hacer "lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla" y acordar "los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente" las situaciones que lleguen a presentarse.*** *En síntesis, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sin desconocer el principio de legalidad administrativa y dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, del interés general y del principio de conservación del contrato, permite la estipulación de cláusulas o la elaboración de acuerdos con el fin de suspender justificadamente de forma temporal la ejecución del contrato estatal"*[5]*.*

NOVENO: Como se observa, la figura de la suspensión está prevista para que, ante situaciones de fuerza mayor y caso fortuito que imposibiliten la continuación del contrato, se paralice temporalmente la ejecución del mismo. Así las cosas, el fundamento de dicha suspensión reside en la prevalencia del interés general y la necesidad de mantener la vigencia del contrato originario, pues las partes tienen el deber de hacer lo necesario para que el objeto contratado se cumpla, conviniendo mecanismos para solucionar eficazmente las situaciones que lleguen a presentarse. Entonces, el reinicio del contrato sólo podría ocurrir al momento en que se superen o desparezcan los motivos que dieron lugar a la suspensión, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado, así:

"Valga la pena precisar que la finalidad de la suspensión del contrato estatal está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones que impiden la ejecución temporal

[5] CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2278 del 5 de julio de 2016, C.P. Germán Bula Escobar.

del negocio jurídico, y es precisamente por este motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición, ***de ahí que una vez desaparezcan los motivos de la suspensión las partes están en la obligación de reiniciar la ejecución de las obras****"*[6].

DÉCIMO: Bajo esta óptica, el reinicio del contrato sólo es procedente al momento de que desaparezcan los motivos de suspensión, pues de otra forma se estaría desconociendo la finalidad misma de dicha figura, esto es, la prevalencia del interés general y el procurar mantener el contrato originario a través de mecanismos para solucionar las situaciones imprevistas que se presenten durante la ejecución contractual. Pues bien, en el caso concreto, es evidente que no podía reiniciarse el contrato porque no se habían superado las situaciones de fuerza mayor y caso fortuito presentadas con ocasión a la pandemia del COVID-19 que, si bien inició antes de la suscripción del contrato, sus efectos persistían al momento de ejecutar el contrato y, en esta medida, constituía una circunstancia de fuerza mayor y caso fortuito no atribuible al contratista.

DÉCIMO PRIMERO: Al respecto, en la resolución que declaró el incumplimiento, la Secretaría de Planeación e Infraestructura del municipio de Palermo argumentó que el contratista no acreditó la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, en la medida que para la fecha de celebración del contrato, esto es, el 4 de junio de 2021, ya se conocían los efectos en la actividad comercial de la pandemia del COVID-19, así como la protesta social en Colombia iniciada el 29 de abril del mismo año. Sin embargo, como viene de señalarse, aun cuando la pandemia inició antes de la suscripción del contrato, sus efectos eran imprevisibles e irresistibles, máxime si se considera que en reiteradas ocasiones el Ministerio de Salud ordenó el levantamiento del confinamiento y, por diferentes circunstancias, entre ellas el aumento de casos, lo volvía a decretar. Igualmente, no puede olvidarse que si bien la protesta social también inició antes de la suscripción del contrato, al momento de presentarse la propuesta se desconocía su duración y efectos, de modo tal que dicha circunstancia tampoco podía atribuirse al contratista.

DÉCIMO SEGUNDO: En gracia de discusión, si se reconociera que tanto los efectos de la pandemia del COVID-19, como los derivados de la protesta social iniciada el 28 de abril de 2021 eran previsibles, debe considerarse que en atención a los deberes de planeación en cabeza de la entidad contratante, esta debió anticipar dichos efectos y ampliar el plazo contractual o evaluar las posibilidades en relación a los proveedores nacionales e internacionales. No obstante, la entidad faltó a dicho deber, por lo que de manera alguna puede atribuirlo al contratista, tal y como lo ha afirmado el Consejo de Estado, así:

"Si bien es cierto que –como lo reconoce la jurisprudencia de esta Colegiatura y de la Corte Suprema– el contratista tiene las cargas correlativas de diligencia, rigor, seriedad, previsión y sagacidad en la estructuración de las ofertas que presenta ante las entidades

[6] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad 34802 del 12 de mayo de 2016, C.P. Hernán Andrade Rincón.

estatales, ***estas no pueden llevarlo hasta punto de sustituir a la entidad contratante en la elaboración de estudios previos, en una franca actitud de desconfianza en la seriedad e integridad de la labor de la Administración, la cual resultaría impropia de una relación contractual regida por el principio de buena fe, y acarrearía además una duplicidad de labores, contraria al principio de economía, que –según lo manifestado por esta Colegiatura– impone la maximización de los beneficios colectivos, con una correlativa aminoración de los recursos utilizados, así como la realización de estudios previos, por parte de la entidad contratante, que permitan la consecución efectiva de los fines del contrato, teniendo en cuenta la regulación jurídica aplicable****"[7].*

DÉCIMO TERCERO: Entonces, aun cuando el contratista tiene cargas de seriedad en la estructuración de su oferta, en principio, el deber de planeación le corresponde a la entidad pública, por lo que si las situaciones constitutivas de fuerza mayor que, incluso, fueron reconocidas por el MUNICIPIO DE PALERMO en el acta de suspensión y su prórroga, eran previsibles para el contratista, debieron haber sido consideradas al momento de estructurar los estudios previos, en aras de cumplir con el principio de planeación, por lo que al no hacerlo, dicha omisión no puede atribuirse al contratista.

DÉCIMO CUARTO: Como vemos, aun considerando las dos interpretaciones, esto es, que las situaciones que dieron lugar a la suspensión eran constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito o que estas eran previsibles, ninguna de ellas resulta atribuible al contratista y menos aún si se tiene en cuenta que no podía haber un reinicio automático del contrato, al no haberse superado dichas circunstancias, por lo que es claro que no se configuró el riesgo asegurado, esto es, un incumplimiento contractual atribuible al contratista, en consecuencia, era imposible afectar la póliza expedida por mi prohijada.

DÉCIMO QUINTO: En esta medida, el MUNICIPIO DE PALERMO trasgredió los principios generales del Derecho Comercial denominados "autonomía de la voluntad" y "buena fe", tal como se resume por parte de la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, en la que reiteró jurisprudencia de la siguiente manera:

"La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como pacta sunt servanda, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las

[7] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 38120 del 8 de junio de 2018, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[…]

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada. Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intensión del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.

5.4. En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado. De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada."

DÉCIMO SEXTO: Igualmente, la entidad contratante transgredió el artículo 1056 del Código de Comercio, al desbordar el alcance del riesgo asumido por la Aseguradora de cara al contrato garantizado. Asimismo, desconoció principios fundamentales del derecho de seguro, al hacer efectiva la póliza sin que se hayan materializado los riesgos asegurados en el amparo de cumplimiento.

c. <u>HECHOS RELATIVOS A LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA, POR CUANTO EN LA CITACIÓN A LA AUDIENCIA DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO NO SE ADVIRTIÓ QUE UNA DE LAS CONSECUENCIAS SERÍA LA AFECTACIÓN AL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO</u>

PRIMERO: En primer lugar, es necesario advertir que conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la entidad contratante tiene la facultad de iniciar un procedimiento administrativo tendiente a declarar el incumplimiento contractual, sin embargo, también tiene el deber de garantizar el debido proceso del contratista y la aseguradora, mediante el cumplimiento a cabalidad del procedimiento

contemplado en la norma en cita, que inicia con la citación a la respectiva audiencia, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos:

> *"ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*
>
> *a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido.* ***En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.*** *En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera (…)"*

SEGUNDO: En lo relativo a la afectación del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, si bien la entidad pública puede declarar el siniestro con la declaratoria de incumplimiento, tiene el deber de relacionar las situaciones de hecho que soportan el siniestro, así como cuantificar los perjuicios. Así lo reconoció Colombia Compra Eficiente en los siguientes términos:

> *"En relación con el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo se pueden presentar dos situaciones que determinan la actuación administrativa a seguir para la declaratoria del siniestro: i) que se declare el incumplimiento de las obligaciones y el siniestro de este amparo; o ii) que únicamente se declare el siniestro de este amparo.*
>
> *En el primer evento, debe tenerse en cuenta que si la declaración del siniestro se realiza con el acto administrativo que declara el incumplimiento, o el que impone multas, o el que declara la caducidad, debe adelantarse el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, correspondiente al proceso sancionatorio. Ello es así, dado que en este caso la Administración está ejerciendo una potestad sancionatoria, y en tal sentido, le corresponde atender la norma especial en materia de contratación. En este escenario, con fundamento en lo establecido en el artículo 86 ibídem, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista.* ***Concretamente para el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo, deberá relacionar las situaciones de hecho que soportan el siniestro, así como cuantificar los perjuicios sufridos por la entidad estatal con ocasión de la no inversión del anticipo, el uso indebido del anticipo; y/o la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo".***

TERCERO: Sin embargo, al revisar la citación a la audiencia de presunto incumplimiento, se evidencia que el MUNICIPIO DE PALERMO no cumplió con los requisitos antes expuestos en lo referente a la afectación del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues ni en el informe de supervisión, ni en las obligaciones presuntamente incumplidas relacionadas en dicho documento, se aludió a un mal manejo o incorrecta inversión del anticipo, tanto así que en el acápite correspondiente a las posibles consecuencias derivadas para el contratista nunca se mencionó la afectación al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues se limitó a afirmar lo siguiente:

> *"En cuanto a las consecuencias para los contratistas por el incumplimiento, de encontrarse probado el mismo, se declararía el siniestro de incumplimiento ante la aseguradora, se haría efectiva la cláusula penal pecuniaria y se imputarían los perjuicios causados si a ello hubiere lugar, además se procedería a comunicar la sanción impuesta ante los Órganos de Control y la Cámara de Comercio correspondiente".*

CUARTO: Como se observa, aun cuando se mencionó la posible declaratoria del siniestro de incumplimiento, no se hizo mención del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, ni se relacionaron las situaciones que soportaban la declaratoria de dicho siniestro y, mucho menos se cuantificó el perjuicio, dado que si bien se pactó una cláusula penal, esta solo tasó anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento, más no de la ocurrencia de cualquiera de los riesgos amparados en el buen manejo y correcta inversión del anticipo que, evidentemente, son distintos a los contemplados en el amparo de cumplimiento.

QUINTO: Lo anterior constituye un desconocimiento flagrante al debido proceso y derecho de defensa tanto del contratista, como de la entidad aseguradora, pues no fue sino hasta que se declaró el incumplimiento que se hizo una breve mención al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, aun sin acreditar debidamente la configuración de alguno de los riesgos asegurados en dicho amparo, como se explicará en el siguiente acápite. Así pues, en dicho acto administrativo se afirmó:

> *"Que del mismo modo, de conformidad con lo establecido en las condiciones de la póliza de garantía única de cumplimiento No. 460-47-994000044789 expedida por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, constituida el 8 de junio de 2021, se declarará el siniestro, con el fin de hacer efectiva la póliza única de cumplimiento en comento, del amparo de anticipo en la suma de NOVECIENTOS VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS ($922.440.400) MCTE, la cual se ordenará pagar a la aseguradora, que corresponde al valor entregado al contratista por ese concepto, sin que hubiese de su parte abono alguno al mismo habida cuenta de que no realizó entrega de ninguna de las maquinarias objeto del contrato según las especificaciones contratadas".*

SEXTO: De tal manera, se desconoció el debido proceso y derecho de defensa de las partes, en la medida que en la citación a la audiencia de presunto incumplimiento no se hizo ninguna mención a las obligaciones incumplidas relacionadas con el anticipo, al plan de inversión del anticipo, ni a la posible declaratoria del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, tanto así que solo fue hasta el acto administrativo que declaró el incumplimiento que se hizo una breve referencia a dicho amparo, aduciendo que se encontraba probada su configuración por no haberse realizado ningún abono al mismo, esto es, no haberse amortizado, riesgo que ni siquiera está cubierto en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, como se verá más adelante.

SÉPTIMO: Como corolario de lo anterior, se tiene que el MUNICIPIO DE PALERMO desconoció el procedimiento contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y, por contera, violó el debido proceso y derecho de defensa el que gozan las partes procesales, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

> *"3.5.1.3. A la luz de esta normatividad, el trámite administrativo encaminado a la declaración unilateral del incumplimiento contractual, la cuantificación del perjuicio y la imposición de las multas, cláusula penal pecuniaria, y demás sanciones pactadas en el contrato, debe desarrollarse a través de un procedimiento iniciado de forma oficiosa por la administración contratante, al que debe vincular -a través de la citación- al contratista y al garante, siendo este último un indudable interesado en el resultado de la actuación, y por ello mismo, sujeto legitimado para intervenir en el procedimiento y destinatario de las garantías previas derivadas de su regulación legal.* ***En ese sentido, el debido proceso del garante asegurador no se entiende satisfecho solamente con la notificación de la decisión declarativa del siniestro, en los términos del inciso tercero del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007[49] , sino con su convocatoria anterior a la toma de la decisión, que es jurídicamente imperativa para la entidad.***
>
> ***La citación, de acuerdo con el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe contener un soporte fáctico detallado, adjuntar los informes de interventoría y/o supervisión que sustentan el trámite, y enunciar las normas o cláusulas presuntamente violadas.*** *Sin embargo, para que un vicio procedimental que recaiga sobre la convocatoria a audiencia sea susceptible de afectar la validez de la actuación entera no basta con su mera comprobación, sino que debe probarse que fue trascendental en la decisión adoptada"*[8]*.*

OCTAVO: Entonces, es evidente que un yerro de tal magnitud afecta la legalidad de la actuación administrativa, en tanto que no es jurídicamente viable que ni en la citación a audiencia de presunto incumplimiento, ni en el desarrollo de la misma se deje de hacer referencia a las obligaciones presuntamente incumplidas con relación al anticipo y, una vez declarado el incumplimiento, también

[8] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 48945 del 1 de junio de 2020, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

se declare el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, sorprendiendo a las partes respecto a dicho amparo.

NOVENO: Esto es así, porque hay una diferencia clara entre el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y el de cumplimiento, en tanto que este último garantiza el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual, mientras que el primero lo hace frente a los perjuicios derivados de: i) la no inversión del anticipo, ii) el uso indebido del anticipo y iii) la apropiación indebida que el contratista haga de los bienes entregados en calidad de anticipo.

DÉCIMO: Por lo anterior, tampoco es posible tasar los perjuicios derivados del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo con fundamento en la cláusula penal, en tanto que su naturaleza es la de tasar anticipadamente los perjuicios del incumplimiento, más no de los riesgos antes mencionados. De esta manera, también se afectó el debido proceso al no tasar adecuadamente los perjuicios del presunto incumplimiento del buen manejo y correcta inversión del anticipo, tasación que se omitió desde la citación a la audiencia.

d. <u>HECHOS RELATIVOS A LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE Y MEDIANTE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO NO SE ACREDITÓ EL RIESGO ASEGURADO EN EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO</u>

PRIMERO: Como se advirtió previamente, mi representada expidió la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 460-47-994000044789, con los siguientes amparos y vigencias:

DESCRIPCION CONTRATO	AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
	CUMPLIMIENTO	04/06/2021	07/11/2021	230,610,100.00
	ANTICIPO	04/06/2021	07/11/2021	922,440,400.00
	CALIDAD DEL BIEN	04/06/2021	07/11/2022	230,610,100.00

SEGUNDO: Específicamente, en las condiciones generales de la póliza se estableció el alcance del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en los siguientes términos:

> *"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. EL VALOR DE LA GARANTIA COMPRENDERA EL 100% DE LA SUMA ESTABLECIDA COMO ANTICIPO, YA SEA EN DINERO O EN ESPECIE".

TERCERO: Así las cosas, los riesgos asegurados en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo son únicamente tres (3): i) la no inversión del anticipo, ii) el uso indebido del anticipo y, iii) la apropiación indebida del anticipo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1..7 del Decreto 1082 de 2015.

CUARTO: De tal manera se colige que, en primer lugar, la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y que, en segundo lugar, la entidad pública tiene la carga de acreditar la configuración de alguno de los tres riesgos asegurados en dicho amparo al momento de declarar el siniestro. Así lo ha dicho el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"La Sala ha estudiado el alcance de coberturas en materia del anticipo. Así, el Decreto 4828 de 2008 contiene tres (3) coberturas: (i) la no inversión; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los bienes de le hayan entregado en calidad de anticipo. Esto permite aclarar que no puede indicarse que hubo apropiación indebida del anticipo. ***La normativa es clara en establecer que la apropiación indebida requiere que el contratista destine los bienes a un asunto ajeno de la ejecución contractual"[9].***

En otra oportunidad, se afirmó:

"Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente –como lo hace el tribunal– que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo. Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. ***El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia –de ninguna manera– que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo****; <u>razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia</u>*

[9] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 58593 del 8 de septiembre de 2021, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

del riesgo amparado"[10].

QUINTO: En este sentido, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa ha reconocido que, para que se configuren los riesgos de i) no inversión, ii) uso indebido y/o iii) apropiación indebida del anticipo, debe acreditarse que el valor entregado por este concepto fue utilizado en actividades totalmente ajenas al objeto contractual, incluso, el hecho de que no se ejecute la obra conforme al programa de inversión no implica *per se* que se haya invertido o apropiado inadecuadamente el anticipo.

SEXTO: Habiendo aclarado lo anterior, es evidente que el MUNICIPIO DE PALERMO no acreditó la configuración de ninguno de los riesgos asegurados en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en la medida que no acreditó la no inversión, el uso indebido y/o la apropiación indebida de dicho rubro por parte del contratista, más aun si se considera que ni siquiera relacionó hechos y obligaciones presuntamente incumplidas atinentes al anticipo en la citación a la audiencia de incumplimiento.

SÉPTIMO: Es más, como se anticipó en los hechos anteriores, la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal se limitó a argüir que este amparo se configuró por no abonar ningún valor del anticipo, al no realizar la entrega de ninguna de las maquinarias objeto del contrato, lo que puede interpretarse como una falta de amortización del anticipo que, como se explicó con la jurisprudencia citada, no es un riesgo asegurado dentro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por lo que aun sin haber cumplido con la carga procesal, es imposible afectar dicho amparo con el mero argumento de que no se amortizó el anticipo.

OCTAVO: No obstante, es claro que el contratista invirtió el anticipo en la compra de dos (2) máquinas retroexcavadoras marca CATERPILLAR que superaban las condiciones técnicas exigidas por el municipio.

NOVENO: Al respecto, es importante mencionar que si bien la propuesta del contratista especificaba la marca de la maquinaria, ello no era un requisito contractual, como se evidencia del objeto del contrato de compraventa, a saber: *"COMPRA DE MAQUINARIA DESTINADA A LA EJECUCIÓN DE LOS PLANES Y PROGRAMAS DE MANTENIMIENTO VIAL DEL MUNICIPIO DE PALERMO DEPARTAMENTO DEL HUILA".* Asimismo, en la ficha técnica tampoco se especificó una marca en concreto, sino que se relacionaron las características técnicas que debían cumplir las máquinas como cabina, capacidad, distancia de ejes, equipamiento, motor y transmisión, entre otras.

DÉCIMO: Igualmente, en el acápite de *"SOPORTES TÉCNICOS REQUERIDOS"*[11] del pliego de

[10] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 47760 del 3 de noviembre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.
[11] Pág. 47 del Pliego de Condiciones Definitivo.

condiciones definitivo se avaló la posibilidad de entregar maquinaria con características técnicas superiores a las exigidas por el municipio:

> Las Fichas Técnicas y Catálogos presentados del fabricante deben corresponder a los aspectos mínimos establecidos en la Fichas Técnicas del Municipio, no obstante, pueden acreditarse requisitos superiores a los determinados por el Municipio de Palermo.

DÉCIMO PRIMERO: Incluso, dentro de las cotizaciones realizadas por la entidad territorial con ocasión a los estudios previos[12], se contempló la posibilidad de una RETROEXCAVADORA CARGADORA, **marca CATERPILLAR, modelo 416F2**, cabina cerrada, aire acondicionado, brazo estándar, cucharón frontal de 1M3, misma que fue adquirida por el contratista y entregada al municipio.

DÉCIMO SEGUNDO: Como se observa, no solo se contempló la marca CATERPILLAR dentro de las máquinas que cumplían con las condiciones técnicas, sino que ninguna de las exigencia técnicas contractuales y/o precontractuales hicieron referencia a una marca en específico y, aun cuando en la propuesta se haya especificado la marca de la máquina, ello no posibilitaba a la entidad para abstenerse de recibir a satisfacción las máquinas entregadas, máxime si ellas superaban las condiciones técnicas exigidas.

DÉCIMO TERCERO: Además de que es evidente la inversión del anticipo en la compra de estas dos máquinas que cumplían con las condiciones técnicas exigidas, el MUNICIPIO DE PALERMO no tuvo en cuenta que una de las obligaciones previstas en el contrato respecto al manejo del anticipo era que, en caso de no amortizarse en su totalidad, el saldo se amortizaría en el acta de liquidación. Así las cosas, antes de declarar el siniestro por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, la entidad territorial debía liquidar el contrato y verificar cuál era el saldo de anticipo pendiente por entregar, pues en el parágrafo 5 de la cláusula 17 del contrato de compraventa se advirtió que *"el hecho de la constitución de la garantía, no exonera al Contratista de las responsabilidades legales en relación con los riesgos asegurados",* por lo que, en principio, el contratista debía entregar el valor no amortizado del anticipo en la liquidación del contrato y, si ello no fuere posible, analizarse la posibilidad de declarar el siniestro relacionado con el anticipo.

DÉCIMO CUARTO: De lo anterior se extrae que el MUNICIPIO DE PALERMO no cumplió con la carga de acreditar la configuración de alguno de los riesgos asegurados en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por cuanto no probó que el contratista no invirtió, usó indebidamente o se apropió inadecuadamente del anticipo. Incluso, ni siquiera mencionó el plan de inversión del anticipo, ni adujo qué parte del plan había sido incumplido por el contratista. Por el contrario, se ciñó a advertir que se configuraba dicho amparo por no haber amortizado el anticipo, sin embargo, la no amortización del anticipo no es un riesgo asegurado dentro del amparo de buen

[12] Pág 9 del documento denominado *"COTIZACIONES PROCESO SA-SIP-007-2021"*

manejo y correcta inversión del anticipo y, aun siéndolo, se acreditó que el contratista invirtió el anticipo en la compra de dos (2) máquinas retroexcavadoras marca CATERPILLAR, por lo que de manera alguna podía afectarse dicho amparo, ni mucho menos declararse el siniestro.

e. <u>HECHOS RELATIVOS A LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE, POR CUANTO NO SE APLICÓ EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL TASAR LA CLÁUSULA PENAL</u>

PRIMERO: En la tasación de la cláusula penal, resulta forzosa la aplicación del principio de proporcionalidad, a fin de adoptar decisiones que se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales que se aplican sobre el particular. Al respecto, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia al principio de proporcionalidad y su aplicación, de la siguiente manera:

> *"Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte,* ***tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal****".*

SEGUNDO: Igualmente, el artículo 867 del Código de Comercio también hace referencia al principio deproporcionalidad en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 867. <CLÁUSULA PENAL>.*** *Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*
>
> *Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.*
>
> ***Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si laconsidera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligaciónprincipal se haya cumplido en parte****".*

TERCERO: Al respecto, se hace necesario aclarar que la cláusula penal es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato, con el objeto de fijar anticipadamente el valor de los perjuicios en caso de un incumplimiento por cualquiera de ellas, cuyo efecto jurídico más importante es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

CUARTO: Teniendo en cuenta lo antes expuesto, el Código Civil estableció una fórmula que permite graduar la misma en función del porcentaje de ejecución del contrato. Lo anterior, con el

objeto de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa a favor de la parte que hace efectiva la mencionada estipulación. No obstante, frente a las dos disposiciones citadas, las cuales son propias de la jurisdicción ordinaria civil, la Sección Tercera del Consejo de Estado[13] ha sostenido:

> *"Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan unadoble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un "derecho" en favor de las partes, se establece como una obligación a cargodel juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio deproporcionalidad y al criterio de la equidad.*
>
> *Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. Al respecto expone Claro Solar:*
>
> ***"Dice el art. 1539 que 'si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal'***
>
> ***"Esta disposición tiene su fundamento en la equidad. El deudor no puede pagar al acreedor, contra la voluntad de éste, una parte de su deuda, aunque ésta sea divisible; y por consiguiente, los efectos de pago parcial no pueden libertarlo de parte alguna de la pena estipulada en caso de inejecución. Pero,si el acreedor acepta recibir la parte que el deudor le ofrece, el deudor tendráel derecho que la ley le reconoce para que, si el acreedor le exige la pena, se rebaje esta proporcionalmente a la parte que el deudor ha pagado de la obligación primitiva***
>
> ***"Nuestro Código da en este caso al deudor el derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada; de modo que no depende del arbitrio del juez o no esta rebaja, ni hacer una rebaja arbitraria y antojadiza, sino que tiene que hacerla guardando proporción entre la parte de la obligación principal que ha sido cumplida y la parte aún no ejecutada; de modo que si el deudor ha ejecutado la mitad o más o menos la mitad de la obligación principal deberá rebajar la mitad de la pena; si la tercera parte de la obligación principal, la tercera parte de la pena.***
>
> *(…)*
>
> *"Naturalmente, el juez tendrá que resolver las controversias que se susciten entre las partes sobre la proporcionalidad que debe observarse en la reducción de la pena en caso de ejecución parcial de la obligación principal, como toda cuestión que entre ellos se produzca, pero la disposición de nuestro Código es más equitativa, porque reduce a términos muy*

[13] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

restringidos lo arbitrario del juez".

QUINTO: Como se evidencia, con fundamento en las normas previamente citadas, el Consejo de Estado ha reconocido la necesidad de proporcionar y disminuir la sanción penal en concordancia al porcentaje de objeto ejecutado, a luces del principio de equidad.

SEXTO: Conforme lo anterior, si bien en la cláusula décimo quinta del Contrato de Compraventa No. 100.15.02.240 de 2021 se estipuló que en caso de incumplimiento, el contratista debía pagar a MUNICIPIO, a título de indemnización, la suma equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato, este monto debió haberse disminuido por el cumplimiento parcial del objeto contractual, esto es, la entrega a satisfacción de dos (2) máquinas retroexcavadoras sobre llantas por valor total de OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL PESOS MCTE ($885.360.000).

SÉPTIMO: En virtud de lo anterior, debieron aplicarse los criterios de proporcionalidad establecidos a partir del artículo 1596 del Código Civil y, en concordancia, determinar el monto de la cláusula penal en proporción al porcentaje de las obligaciones cumplidas.

V. DISPOSICIONES JURÍDICAS VIOLADAS

Las normas que se vulneraron con la expedición de los Actos Administrativos son las siguientes:

- Artículo 29 de la Constitución Política Colombiana
- Código de Comercio, Artículo 1036 hasta el 1162, y demás normas del Contrato de Seguro incorporadas en el Código de Comercio
- Artículo 1596 del Código Civil.
- Artículo 867 del Código de Comercio.
- Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- Artículo 2.2.1.2.3.1.7 y siguientes del Decreto 1082 de 2015.

VI. CAUSALES DE VIOLACIÓN

El sentido de este acápite tiene como fin analizar las causales por las que los actos administrativos contractuales expedidos en el marco del proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el MUNICIPIO DE PALERMO, fueron violatorios de las normas en que deberían fundarse, expedidos mediante una falsa motivación y, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. Por lo anterior, se procederá a exponer las causales de nulidad antes advertidas.

I. <u>VICIOS DE NULIDAD EN LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE Y MEDIANTE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO LA PÓLIZA No. 460-47-994000044789 CARECÍA DE COBERTURA TEMPORAL FRENTE A LOS SINIESTROS DECLARADOS</u>

Es evidente que el MUNICIPIO DE PALERMO desconoció las normas relativas al contrato de seguro y la jurisprudencia del Consejo de Estado al desatender los límites temporales pactados en la Póliza No. 460-47-994000044789, en la medida que el riesgo de incumplimiento -presuntamente- se configuró el último día de plazo contractual al haberse contraído una obligación de ejecución instantánea, como la derivada de un contrato de compraventa y, para esta fecha, la póliza no estaba vigente, por lo que era imposible su afectación, dada la flagrante ausencia de cobertura temporal.

Al respecto, es importante aclarar que en la cláusula 17 del Contrato de Compraventa No. 100.15.02.240 del 4 de junio de 2021 suscrito entre el municipio de PALERMO – HUILA y el CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA, se contempló como obligación del contratista la constitución de una garantía con los siguientes amparos:

AMPAROS	VALOR ASEGURADO	VIGENCIA
Buen manejo y correcta inversión del anticipo	100% del valor del anticipo	Término de duración del contrato y hasta su liquidación.
Cumplimiento	10% del valor del contrato	Término de duración del contrato y hasta su liquidación.
Calidad y correcto funcionamiento de los bienes	10% del valor del contrato	Término de duración del contrato, hasta su liquidación y un año más.

Como se observa, en el pacto contractual se estipuló la necesidad de amparar el buen manejo y correcta inversión del anticipo, y el cumplimiento del contrato, con una vigencia hasta la terminación del contrato y/o su liquidación, de conformidad con lo normado en los artículos 2.2.1.3.1.2.10 y 2.2.1.3.1.2.12 del Decreto 1082 de 2015 que, respecto a estos amparos, establece:

> *"Artículo 2.2.1.2.3.1.10. Suficiencia de la garantía de buen manejo y correcta inversión del an-ticipo.* ***<u>La Garantía 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</u>****. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie.*
>
> *(…)*
>
> *Artículo 2.2.1.2.3.1.12. Suficiencia de la garantía de cumplimiento.* ***<u>La garantía de</u>***

> ***<u>cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato</u>***. *El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que el valor del contrato sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV, caso en el cual la Entidad Estatal aplicará las siguientes reglas (…)"*

En cumplimiento de la estipulación contractual antes aludida, mi prohijada expidió la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 460-47-994000044789, con los siguientes amparos y vigencias:

DESCRIPCION CONTRATO	AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
	CUMPLIMIENTO	04/06/2021	07/11/2021	230,610,100.00
	ANTICIPO	04/06/2021	07/11/2021	922,440,400.00
	CALIDAD DEL BIEN	04/06/2021	07/11/2022	230,610,100.00

A pesar de haberse suscrito el Acta de Suspensión No. 1 y la Prórroga a dicha suspensión, que arrojaron como fecha de reinicio el día 19 de noviembre de 2021 y, por consiguiente, nueva fecha de terminación el día 07 de diciembre de 2021, el CONTRATISTA no cumplió con su obligación de ampliar la vigencia de la póliza expedida, tal y como lo exige el parágrafo 1 de la cláusula 17 del contrato de compraventa que a su tenor indica: *"PARÁGRAFO 1: Cuando el Contrato es modificado para incrementar su valor o prorrogar su plazo, el (los) Contratista (s) deberá ampliar el valor de otorgada o ampliar su vigencia, según el caso".*

Incluso, el incumplimiento de esta obligación fue advertida por la entidad contratante en la citación a la audiencia de incumplimiento contractual de la que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así:

> *"XIII. Que a la fecha de la presente comunicación, ni el contratista, ni sus integrantes se han presentado ante la Administración Municipal, con el objetivo de hacer entrega de las póliza actualizadas, así como entregar los elementos objeto de compra, como son dos retroexcavadoras sobre llantas, una motoniveladora y un vibro – compactador".*

Entonces, como se aprecia, las pólizas no fueron renovadas hasta la fecha de liquidación como lo exige el contrato y los artículos 2.2.1.3.1.2.10 y 2.2.1.3.1.2.12 del Decreto 1082 de 2015, lo cual deriva en una ausencia de cobertura temporal y, por supuesto, la imposibilidad de afectar los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y cumplimiento.

Al respecto, resulta importante mencionar que el Consejo de Estado ha reconocido que la obligación indemnizatoria del asegurador se circunscribe a los límites temporales pactados en la póliza, por lo que la entidad aseguradora sólo está obligada si el siniestro se presenta o configura dentro de dichos límites. Así las cosas, ha dicho:

> *"32. Dada la naturaleza de la obligación que contrae el asegurador, resulta de la mayor importancia la determinación del momento exacto a partir del cual aquel asume el riesgo*

que le es trasladado y así mismo, la hora y el día hasta los cuales va tal asunción, ***puesto que únicamente estará obligado a ejecutar la prestación a su cargo cuando el riesgo se realice dentro de ese lapso, es decir si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales****. Al respecto, el artículo 1073 del C. de Co., relativo a la responsabilidad del asegurador, establece que "Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.* ***Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro****".*

33. De acuerdo con lo anterior, ***el legislador sólo concede el derecho a la indemnización a cargo del asegurador, cuando el riesgo se realiza o inicia su realización dentro del periodo amparado por la respectiva póliza****. Como lo sostuvo la Sala, "Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho a obtener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley"[14].*

Esta posición ha sido retomada por Colombia Compra Eficiente en los siguientes términos:

"Por consiguiente, resulta claro que el riesgo que se traslada al garante solamente será aquel se realice dentro del plazo de vigencia del contrato de seguro; ***es decir, si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales el garante deberá asumir sus consecuencias****. Conviene mencionar que, para hacer una reclamación válida al garante no es indispensable que la garantía se encuentre vigente,* ***sino que lo haya estado en el momento de la concreción de riesgo.*** *Es por esto que la garantía única de cumplimiento es uno de los requisitos de ejecución del contrato estatal, tal como lo determina el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que exige que esta garantía debe encontrarse aprobada por la entidad contratante antes del inicio de la ejecución del contrato. Es decir, que sin la garantía única de cumplimiento no se puede dar inicio a la ejecución del contrato,* ***puesto que se estaría dejando desprotegido el patrimonio de la entidad estatal ante los potenciales riesgos y efectos derivados de un incumplimiento del contratista durante el lapso de la ejecución que no estuviese amparado.***

(…)

Por ello, la fecha de expedición corresponde al momento en que la aseguradora extiende la póliza con fines probatorios del contrato de seguro celebrado con el contratista, el cual,

[14] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 25472 del 19 de junio de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

recae sobre el contrato estatal celebrado entre el contratista y la entidad estatal, de modo que la descripción y características del contrato amparado, como su vigencia, deben coincidir con la garantía otorgada, en atención a lo establecido en los numerales 5 y 6 del artículo 1047 del Código de Comercio que exigen la identificación precisa del contrato estatal objeto de aseguramiento en la póliza, así como la iniciación y vencimiento de la asunción del riesgo. ***Por lo anterior, es lógico que la vigencia de la garantía, es decir, el momento exacto a partir del cual el garante asume el riesgo que le es trasladado y el momento en que este finaliza, comprenda la vigencia del contrato estatal amparado****, independientemente de la fecha de expedición de la prueba de ese contrato de seguro que es la póliza.*

Por la relevancia que las garantías tienen para la protección del patrimonio público, no se puede dar inicio a la ejecución del contrato si estas no se encuentran aprobadas, verificando que el inicio de la vigencia de la garantía corresponda a la fecha desde la cual se asume la eventual ocurrencia de los riesgos, ***pues el riesgo que se traslada al garante solamente será aquel que se realice dentro del plazo de vigencia del contrato de seguro; es decir, si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales el garante deberá asumir sus consecuencias"[15].***

Como se aprecia, el Tribunal de Cierre en materia de lo Contencioso Administrativo es claro en advertir que la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora sólo se configura en caso de que el siniestro se haya presento dentro de la vigencia pactada y, es por tal razón, que la norma exige que la póliza tenga una vigencia desde el inicio del plazo contractual hasta su finalización, precisamente con el fin de no dejar desprotegido el patrimonio público durante el lapso de ejecución contractual.

Pues bien, en el caso concreto, el siniestro se configuró el último día del plazo contractual, esto es, el 7 de diciembre de 2021, en consideración a que las obligaciones derivadas de un contrato de compraventa como el suscrito entre el municipio de PALERMO – HUILA y el CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA son de ejecución instantánea, más no de tracto sucesivo, de manera que si bien el contratista contaba con un plazo de VEINTE (20) DÍAS HÁBILES para cumplir con el objeto contractual, podía hacerlo el día uno (1) o el día veinte (20), de manera tal que no hay duda de que el incumplimiento se presentó el último día del plazo contractual.

Incluso, dicha interpretación fue acogida por la entidad contratante al momento de declarar el incumplimiento en la Resolución No. 100.47.245 del 5 de mayo de 2022, al afirmar:

"En el presente caso, está demostrado que dentro del plazo para el cumplimiento del contrato, el cual venció el 7 de diciembre de 2021, el contratista no suministró la maquinaria al municipio, incurriendo así en mora de conformidad con lo consagrado en el artículo 1608 del Código Civil".

[15] COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-126 de 2022.

De acuerdo con el artículo citado por la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal de Palermo – Huila, el contratista se constituye en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, de modo tal que el incumplimiento se configuró el último del plazo contractual y, para esta fecha, la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 460-47-994000044789 no estaba vigente, por lo que a luces de la jurisprudencia citada, mi representaba no estaba obligada a asumir el riesgo de incumplimiento, ni el de mal manejo e incorrecta inversión del anticipo, pues estos se configuraron sólo en el momento en que feneció el plazo contractual, esto es, el 7 de diciembre de 2021, fecha para la cual no estaba vigente la póliza.

II. VICIOS DE NULIDAD EN LAS EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE Y MEDIANTE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO NO SE ACREDITÓ EL RIESGO ASEGURADO EN EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO, AL HABERSE CONFIGURADO UNA CAUSA EXTRAÑA

Con relación al presunto incumplimiento, durante el proceso administrativo sancionatorio contractual se logró acreditar que los retrasos fueron causados por la pandemia del COVID-19 y las manifestaciones iniciadas el 28 de abril de 2021, circunstancias que constituían una fuerza mayor y caso fortuito al ser imprevisibles e irresistibles al contratista, sin embargo, la entidad contratante no las tuvo en cuenta, manifestando que eran situaciones iniciadas antes de la suscripción del contrato, aun así, es evidente que sus efectos afectaron el cumplimiento contractual y, por tal razón, no se configuró el riesgo asegurado al no ser situaciones imputables al contratista.

Como se advirtió previamente, mi representada expidió la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 460-47-994000044789, con los siguientes amparos y vigencias:

DESCRIPCION CONTRATO	AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
	CUMPLIMIENTO	04/06/2021	07/11/2021	230,610,100.00
	ANTICIPO	04/06/2021	07/11/2021	922,440,400.00
	CALIDAD DEL BIEN	04/06/2021	07/11/2022	230,610,100.00

Bajo esta óptica, la obligación condicional de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. solo sería exigible si se cumplen con los presupuestos pactados por las partes en las condiciones generales de la mentada póliza.

La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

"(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la

individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento "de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual ***se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado"****.*

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato aseguraticio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (…)[16]*".* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Específicamente, en las condiciones generales de la póliza se estableció el alcance del amparo de cumplimiento del contrato, en los siguientes términos:

"1.2 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

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 concordancia con el artículo 2.2.1.2.3.2.3. del Decreto 1082 de 2015, se pactaron las siguientes excusiones:

"2. EXCLUSIONES

LOS AMPAROS PREVISTOS EN LA PRESENTE PÓLIZA NO OPERARAN EN LOS

[16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00.

CASOS SIGUIENTES:

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

3.2. DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTRATISTA A LOS BIENES DE LA ENTIDAD NO DESTINADOS AL CONTRATO.

3.3. EL USO INDEBIDO O INADECUADO O LA FALTA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO A QUE ESTÉ OBLIGADA LA ENTIDAD CONTRATANTE.

3.4. EL DEMÉRITO O DETERIORO NORMAL QUE SUFRAN LOS BIENES ENTREGADOS CON OCASIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO, COMO CONSECUENCIA DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO".

Pese a que se definió con claridad que el amparo de cumplimiento cubría los perjuicios derivados de los incumplimientos imputables al contratista, salvo por hechos relacionados con una causa extraña, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, la entidad contratante no logró acreditar la configuración del riesgo asegurado, en la medida que los presuntos incumplimientos no son atribuibles al contratista, sino a situaciones constitutivas de fuerza mayor como lo manifestado en el acta de suspensión No. 01, en la que se justificó dicha suspensión en los siguientes términos:

"Por parte de la empresa IMPORTADORA se nos notifica que en el marco de la emergencia sanitaria mundial generada por la pandemia del CORONAVIRUS-COVID-19 con el fin de contener y mitigar los efectos de la pandemia se implementó la nueva forma de trabajo remoto (VIRTUAL) puestas en prácticas en ENTIDADES DEL ESTADO como lo son la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), BANCO DE LA REPÚBLICA y la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO los cuales involucran de manera directa en el proceso de IMPORTACIÓN Y NACIONALIZACIÓN DE BIENES y produce que en cada eslabón de la cadena logística de este proceso se eleve en 25 días más de lo habitual, los cuales se emplean en AUTORIZACIONES, PERMISOS, TRANSPORTES INTERNOS E INSPECCIONES".

En atención a que dichas circunstancias no se habían superado al momento de que finalizara el término de suspensión, entre las partes se suscribió una prórroga a dicha suspensión bajo la misma justificación, la cual contempló como posible fecha de reinicio el 19 de noviembre de 2021.

Sobre el particular, es importante resaltar que la suspensión temporal del cumplimiento de las obligaciones tiene fundamento en la prevalencia del interés general y busca reconocer la imposibilidad de continuar con la ejecución, ante situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o procura del interés público. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, al afirmar:

"Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica

del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar. ***Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual.***

(…)

A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983 no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, ***las exigencias en la práctica cuotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución.*** *Debe indicarse que, aun sin que previamente las partes hayan dispuesto en el contrato alguna cláusula referida a la suspensión y a sus efectos, cuando surgen circunstancias que implican de facto la justificada parálisis de la ejecución de las obligaciones, los contratantes pueden y suelen acordar formalmente consignar por escrito las situaciones que originaron la suspensión y establecer sus efectos en el contrato.*

(…)

Ha coincidido la jurisprudencia en que el fin de la contratación estatal en el Estado Social de Derecho se asocia directamente al interés general, puesto que el contrato estatal es uno de los "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. Es por eso que, a más del principio de la autonomía de la voluntad, la aplicación de la figura de la suspensión temporal encuentra sus límites y fundamento en la primacía del interés general como causa de la contratación estatal, y en la consecución de los fines del Estado tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. (…) ***Recuerda la Sala que la justificación del principio general de conservación de los contratos reside en que no obstante que se pueden observar imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, las partes normalmente tienen interés en mantener vigente el negocio originario, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo con la consecuente pérdida de tiempo y de recursos, razón por la cual se les impone el deber de hacer "lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla" y acordar "los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente" las***

> ***<u>situaciones que lleguen a presentarse.</u>*** *En síntesis, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, sin desconocer el principio de legalidad administrativa y dentro del marco del ejercicio de la autonomía de la voluntad, del interés general y del principio de conservación del contrato, permite la estipulación de cláusulas o la elaboración de acuerdos con el fin de suspender justificadamente de forma temporal la ejecución del contrato estatal"*[17].

Como se observa, la figura de la suspensión está prevista para que, ante situaciones de fuerza mayor y caso fortuito que imposibiliten la continuación del contrato, se paralice temporalmente la ejecución del mismo. Así las cosas, el fundamento de dicha suspensión reside en la prevalencia del interés general y la necesidad de mantener la vigencia del contrato originario, pues las partes tienen el deber de hacer lo necesario para que el objeto contratado se cumpla, conviniendo mecanismos para solucionar eficazmente las situaciones que lleguen a presentarse. Entonces, el reinicio del contrato sólo podría ocurrir al momento en que se superen o desparezcan los motivos que dieron lugar a la suspensión, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado, así:

> *"Valga la pena precisar que la finalidad de la suspensión del contrato estatal está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por este motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición,* ***<u>de ahí que una vez desaparezcan los motivos de la suspensión las partes están en la obligación de reiniciar la ejecución de las obras</u>***"[18].

Bajo esta óptica, el reinicio del contrato sólo es procedente al momento de que desaparezcan los motivos de suspensión, pues de otra forma se estaría desconociendo la finalidad misma de dicha figura, esto es, la prevalencia del interés general y el procurar mantener el contrato originario a través de mecanismos para solucionar las situaciones imprevistas que se presenten durante la ejecución contractual. Pues bien, en el caso concreto, es evidente que no podía reiniciarse el contrato porque no se habían superado las situaciones de fuerza mayor y caso fortuito presentadas con ocasión a la pandemia del COVID-19 que, si bien inició antes de la suscripción del contrato, sus efectos persistían al momento de ejecutar el contrato y, en esta medida, constituía una circunstancia de fuerza mayor y caso fortuito no atribuible al contratista.

Al respecto, en la resolución que declaró el incumplimiento, la Secretaría de Planeación e Infraestructura del municipio de Palermo argumentó que el contratista no acreditó la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, en la medida que para la fecha de celebración del contrato, esto es, el 4 de junio de 2021, ya se conocían los efectos en la actividad comercial de la pandemia del COVID-19, así como la protesta social en Colombia iniciada el 29 de abril del mismo año. Sin embargo, como viene de señalarse, aun cuando la pandemia inició antes de la suscripción del contrato, sus

[17] CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2278 del 5 de julio de 2016, C.P. Germán Bula Escobar.
[18] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad 34802 del 12 de mayo de 2016, C.P. Hernán Andrade Rincón.

efectos eran imprevisibles e irresistibles, máxime si se considera que en reiteradas ocasiones el Ministerio de Salud ordenó el levantamiento del confinamiento y, por diferentes circunstancias, entre ellas el aumento de casos, lo volvía a decretar. Igualmente, no puede olvidarse que si bien la protesta social también inició antes de la suscripción del contrato, al momento de presentarse la propuesta se desconocía su duración y efectos, de modo tal que dicha circunstancia tampoco podía atribuirse al contratista.

En gracia de discusión, si se reconociera que tanto los efectos de la pandemia del COVID-19, como los derivados de la protesta social iniciada el 28 de abril de 2021 eran previsibles, debe considerarse que en atención a los deberes de planeación en cabeza de la entidad contratante, esta debió anticipar dichos efectos y ampliar el plazo contractual o evaluar las posibilidades en relación con los proveedores nacionales e internacionales. No obstante, la entidad faltó a dicho deber, por lo que de manera alguna puede atribuirlo al contratista, tal y como lo ha afirmado el Consejo de Estado, así:

> *"Si bien es cierto que –como lo reconoce la jurisprudencia de esta Colegiatura y de la Corte Suprema– el contratista tiene las cargas correlativas de diligencia, rigor, seriedad, previsión y sagacidad en la estructuración de las ofertas que presenta ante las entidades estatales,* ***estas no pueden llevarlo hasta punto de sustituir a la entidad contratante en la elaboración de estudios previos, en una franca actitud de desconfianza en la seriedad e integridad de la labor de la Administración, la cual resultaría impropia de una relación contractual regida por el principio de buena fe, y acarrearía además una duplicidad de labores, contraria al principio de economía, que –según lo manifestado por esta Colegiatura– impone la maximización de los beneficios colectivos, con una correlativa aminoración de los recursos utilizados, así como la realización de estudios previos, por parte de la entidad contratante, que permitan la consecución efectiva de los fines del contrato, teniendo en cuenta la regulación jurídica aplicable****"*[19]*.*

Entonces, aun cuando el contratista tiene cargas de seriedad en la estructuración de su oferta, en principio, el deber de planeación le corresponde a la entidad pública, por lo que si las situaciones constitutivas de fuerza mayor que, incluso, fueron reconocidas por el MUNICIPIO DE PALERMO en el acta de suspensión y su prórroga, eran previsibles para el contratista, debieron haber sido consideradas al momento de estructurar los estudios previos, en aras de cumplir con el principio de planeación, por lo que al no hacerlo, dicha omisión no puede atribuirse al contratista.

Como vemos, aun considerando las dos interpretaciones, esto es, que las situaciones que dieron lugar a la suspensión eran constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito o que estas eran previsibles, ninguna de ellas resulta atribuible al contratista y menos aún si se tiene en cuenta que no podía haber un reinicio automático del contrato, al no haberse superado dichas circunstancias, por lo que

[19] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 38120 del 8 de junio de 2018, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

es claro que no se configuró el riesgo asegurado, esto es, un incumplimiento contractual atribuible al contratista, en consecuencia, era imposible afectar la póliza expedida por mi prohijada.

En esta medida, el MUNICIPIO DE PALERMO trasgredió los principios generales del Derecho Comercial denominados “autonomía de la voluntad” y “buena fe”, tal como se resume por parte de la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, en la que reiteró jurisprudencia de la siguiente manera:

> *“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como pacta sunt servanda, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.*
>
> *[…]*
>
> *5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada. Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intensión del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.*
>
> *5.4. En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado. De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.”*

Igualmente, la entidad contratante transgredió el artículo 1056 del Código de Comercio, al desbordar

el alcance del riesgo asumido por la Aseguradora de cara al contrato garantizado. Asimismo, desconoció principios fundamentales del derecho de seguro, al hacer efectiva la póliza sin que se hayan materializado los riesgos asegurados en el amparo de cumplimiento.

III. <u>VICIOS EN LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA, POR CUANTO EN LA CITACIÓN A LA AUDIENCIA DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO NO SE ADVIRTIÓ QUE UNA DE LAS CONSECUENCIAS SERÍA LA AFECTACIÓN AL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO</u>

De otra parte, se desconoció el derecho de audiencia y defensa de mi prohijada, toda vez que en la citación a audiencia de incumplimiento no se hizo referencia alguna a las obligaciones presuntamente incumplidas con relación al anticipo y, de la misma manera, tampoco se advirtió que una de las consecuencias sería la declaratoria del siniestro asegurado en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, desconociéndose así los requisitos del procedimiento contemplados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Así, dicho incumplimiento constituye una causal de nulidad, en la medida que se sorprendió a las partes al momento de declarar este siniestro, pues nunca se hizo alusión al mismo y solo al momento de tomar la decisión, se declaró el siniestro por la suma de NOVECIENTOS VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS MCTE ($922.400.000).

En primer lugar, es necesario advertir que conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la entidad contratante tiene la facultad de iniciar un procedimiento administrativo tendiente a declarar el incumplimiento contractual, sin embargo, también tiene el deber de garantizar el debido proceso del contratista y la aseguradora, mediante el cumplimiento a cabalidad del procedimiento contemplado en la norma en cita, que inicia con la citación a la respectiva audiencia, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos:

> *"ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*
>
> *a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido.* ***<u>En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.</u>*** *En la misma se*

establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera (…)"

En lo relativo a la afectación del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, si bien la entidad pública puede declarar el siniestro con la declaratoria de incumplimiento, tiene el deber de relacionar las situaciones de hecho que soportan el siniestro, así como cuantificar los perjuicios. Así lo reconoció Colombia Compra Eficiente en los siguientes términos:

"En relación con el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo se pueden presentar dos situaciones que determinan la actuación administrativa a seguir para la declaratoria del siniestro: i) que se declare el incumplimiento de las obligaciones y el siniestro de este amparo; o ii) que únicamente se declare el siniestro de este amparo.

En el primer evento, debe tenerse en cuenta que si la declaración del siniestro se realiza con el acto administrativo que declara el incumplimiento, o el que impone multas, o el que declara la caducidad, debe adelantarse el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, correspondiente al proceso sancionatorio. Ello es así, dado que en este caso la Administración está ejerciendo una potestad sancionatoria, y en tal sentido, le corresponde atender la norma especial en materia de contratación. En este escenario, con fundamento en lo establecido en el artículo 86 ibídem, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista. ***Concretamente para el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo, deberá relacionar las situaciones de hecho que soportan el siniestro, así como cuantificar los perjuicios sufridos por la entidad estatal con ocasión de la no inversión del anticipo, el uso indebido del anticipo; y/o la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo".***

Sin embargo, al revisar la citación a la audiencia de presunto incumplimiento, se evidencia que el MUNICIPIO DE PALERMO no cumplió con los requisitos antes expuestos en lo referente a la afectación del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues ni en el informe de supervisión, ni en las obligaciones presuntamente incumplidas relacionadas en dicho documento, se aludió a un mal manejo o incorrecta inversión del anticipo, tanto así que en el acápite correspondiente a las posibles consecuencias derivadas para el contratista nunca se mencionó la afectación al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues se limitó a afirmar lo siguiente:

"En cuanto a las consecuencias para los contratistas por el incumplimiento, de encontrarse probado el mismo, se declararía el siniestro de incumplimiento ante la aseguradora, se haría efectiva la cláusula penal pecuniaria y se imputarían los perjuicios causados si a ello hubiere lugar, además se procedería a comunicar la sanción impuesta

ante los Órganos de Control y la Cámara de Comercio correspondiente".

Como se observa, aun cuando se mencionó la posible declaratoria del siniestro de incumplimiento, no se hizo mención del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, ni se relacionaron las situaciones que soportaban la declaratoria de dicho siniestro y, mucho menos se cuantificó el perjuicio, dado que si bien se pactó una cláusula penal, esta solo tasó anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento, más no de la ocurrencia de cualquiera de los riesgos amparados en el buen manejo y correcta inversión del anticipo que, evidentemente, son distintos a los contemplados en el amparo de cumplimiento.

Lo anterior constituye un desconocimiento flagrante al debido proceso y derecho de defensa tanto del contratista, como de la entidad aseguradora, pues no fue sino hasta que se declaró el incumplimiento que se hizo una breve mención al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, aun sin acreditar debidamente la configuración de alguno de los riesgos asegurados en dicho amparo, como se explicará en el siguiente acápite. Así pues, en dicho acto administrativo se afirmó:

> *"Que del mismo modo, de conformidad con lo establecido en las condiciones de la póliza de garantía única de cumplimiento No. 460-47-994000044789 expedida por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, constituida el 8 de junio de 2021, se declarará el siniestro, con el fin de hacer efectiva la póliza única de cumplimiento en comento, del amparo de anticipo en la suma de NOVECIENTOS VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS ($922.440.400) MCTE, la cual se ordenará pagar a la aseguradora, que corresponde al valor entregado al contratista por ese concepto, sin que hubiese de su parte abono alguno al mismo habida cuenta de que no realizó entrega de ninguna de las maquinarias objeto del contrato según las especificaciones contratadas".*

De tal manera, se desconoció el debido proceso y derecho de defensa de las partes, en la medida que en la citación a la audiencia de presunto incumplimiento no se hizo ninguna mención a las obligaciones incumplidas relacionadas con el anticipo, al plan de inversión del anticipo, ni a la posible declaratoria del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, tanto así que solo fue hasta el acto administrativo que declaró el incumplimiento que se hizo una breve referencia a dicho amparo, aduciendo que se encontraba probada su configuración por no haberse realizado ningún abono al mismo, esto es, no haberse amortizado, riesgo que ni siquiera está cubierto en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, como se verá más adelante.

Como corolario de lo anterior, se tiene que el MUNICIPIO DE PALERMO desconoció el procedimiento contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y, por contera, violó el debido proceso y derecho de defensa el que gozan las partes procesales, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

> *"3.5.1.3. A la luz de esta normatividad, el trámite administrativo encaminado a la declaración unilateral del incumplimiento contractual, la cuantificación del perjuicio y la imposición de las multas, cláusula penal pecuniaria, y demás sanciones pactadas en el contrato, debe desarrollarse a través de un procedimiento iniciado de forma oficiosa por la administración contratante, al que debe vincular -a través de la citación- al contratista y al garante, siendo este último un indudable interesado en el resultado de la actuación, y por ello mismo, sujeto legitimado para intervenir en el procedimiento y destinatario de las garantías previas derivadas de su regulación legal.* ***En ese sentido, el debido proceso del garante asegurador no se entiende satisfecho solamente con la notificación de la decisión declarativa del siniestro, en los términos del inciso tercero del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007[49] , sino con su convocatoria anterior a la toma de la decisión, que es jurídicamente imperativa para la entidad.***
>
> ***La citación, de acuerdo con el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe contener un soporte fáctico detallado, adjuntar los informes de interventoría y/o supervisión que sustentan el trámite, y enunciar las normas o cláusulas presuntamente violadas.*** *Sin embargo, para que un vicio procedimental que recaiga sobre la convocatoria a audiencia sea susceptible de afectar la validez de la actuación entera no basta con su mera comprobación, sino que debe probarse que fue trascendental en la decisión adoptada"*[20]*.*

Entonces, es evidente que un yerro de tal magnitud afecta la legalidad de la actuación administrativa, en tanto que no es jurídicamente viable que ni en la citación a audiencia de presunto incumplimiento, ni en el desarrollo de la misma se deje de hacer referencia a las obligaciones presuntamente incumplidas con relación al anticipo y, una vez declarado el incumplimiento, también se declare el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, sorprendiendo a las partes respecto a dicho amparo.

Esto es así, porque hay una diferencia clara entre el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y el de cumplimiento, en tanto que este último garantiza el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual, mientras que el primero lo hace frente a los perjuicios derivados de: i) la no inversión del anticipo, ii) el uso indebido del anticipo y iii) la apropiación indebida que el contratista haga de los bienes entregados en calidad de anticipo.

Por lo anterior, tampoco es posible tasar los perjuicios derivados del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo con fundamento en la cláusula penal, en tanto que su naturaleza es la de tasar anticipadamente los perjuicios del incumplimiento, más no de los riesgos antes mencionados. De esta manera, también se afectó el debido proceso al no tasar adecuadamente los perjuicios del presunto incumplimiento del buen manejo y correcta inversión del anticipo, tasación

[20] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 48945 del 1 de junio de 2020, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

que se omitió desde la citación a la audiencia.

IV. VICIOS EN LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE Y MEDIANTE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO NO SE ACREDITÓ EL RIESGO ASEGURADO EN EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO

Con respecto al buen manejo y correcta inversión del anticipo, además de no advertirse desde la citación a audiencia que se pretendía la declaratoria del siniestro, tampoco se lograron acreditar los riesgos asegurados en este amparo, en la medida que en ningún momento la entidad contratante cuestionó la falta de inversión del anticipo, su uso inadecuado o su apropiación indebida, por lo que no se cumplió con la carga de probar alguno de los riesgos de este amparo. Incluso, se adujo que se declaraba el siniestro por la no amortización del anticipo, sin embargo, este no es un riesgo cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y, aun siéndolo, se comprobó que el contratista invirtió el anticipo en el objeto contractual.

Como se advirtió previamente, mi representada expidió la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 460-47-994000044789, con los siguientes amparos y vigencias:

DESCRIPCION CONTRATO	AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
	CUMPLIMIENTO	04/06/2021	07/11/2021	230,610,100.00
	ANTICIPO	04/06/2021	07/11/2021	922,440,400.00
	CALIDAD DEL BIEN	04/06/2021	07/11/2022	230,610,100.00

Específicamente, en las condiciones generales de la póliza se estableció el alcance del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en los siguientes términos:

> *"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. EL VALOR DE LA GARANTIA COMPRENDERA EL*

100% DE LA SUMA ESTABLECIDA COMO ANTICIPO, YA SEA EN DINERO O EN ESPECIE".

Así las cosas, los riesgos asegurados en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo son únicamente tres (3): i) la no inversión del anticipo, ii) el uso indebido del anticipo y, iii) la apropiación indebida del anticipo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015.

De tal manera se colige que, en primer lugar, la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y que, en segundo lugar, la entidad pública tiene la carga de acreditar la configuración de alguno de los tres riesgos asegurados en dicho amparo al momento de declarar el siniestro. Así lo ha dicho el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"La Sala ha estudiado el alcance de coberturas en materia del anticipo. Así, el Decreto 4828 de 2008 contiene tres (3) coberturas: (i) la no inversión; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los bienes de le hayan entregado en calidad de anticipo. Esto permite aclarar que no puede indicarse que hubo apropiación indebida del anticipo. ***La normativa es clara en establecer que la apropiación indebida requiere que el contratista destine los bienes a un asunto ajeno de la ejecución contractual"[21].***

En otra oportunidad, se afirmó:

"Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente –como lo hace el tribunal– que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo. Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. ***El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia –de ninguna manera– que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo****; **razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado**"[22].*

En este sentido, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa ha reconocido que, para que se configuren los riesgos de i) no inversión, ii) uso indebido y/o iii) apropiación indebida del anticipo, debe acreditarse que el valor entregado por este concepto fue utilizado en actividades

[21] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 58593 del 8 de septiembre de 2021, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.
[22] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 47760 del 3 de noviembre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

totalmente ajenas al objeto contractual, incluso, el hecho de que no se ejecute la obra conforme al programa de inversión no implica *per se* que se haya invertido o apropiado inadecuadamente el anticipo.

Habiendo aclarado lo anterior, es evidente que el MUNICIPIO DE PALERMO no acreditó la configuración de ninguno de los riesgos asegurados en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en la medida que no acreditó la no inversión, el uso indebido y/o la apropiación indebida de dicho rubro por parte del contratista, más aún si se considera que ni siquiera relacionó hechos y obligaciones presuntamente incumplidas atinentes al anticipo en la citación a la audiencia de incumplimiento.

Es más, como se anticipó en los hechos anteriores, la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal se limitó a argüir que este amparo se configuró por no abonar ningún valor del anticipo, al no realizar la entrega de ninguna de las maquinarias objeto del contrato, lo que puede interpretarse como una falta de amortización del anticipo que, como se explicó con la jurisprudencia citada, no es un riesgo asegurado dentro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por lo que aun sin haber cumplido con la carga procesal, es imposible afectar dicho amparo con el mero argumento de que no se amortizó el anticipo.

No obstante, es claro que el contratista invirtió el anticipo en la compra de dos (2) máquinas retroexcavadoras marca CATERPILLAR que superaban las condiciones técnicas exigidas por el municipio.

Al respecto, es importante mencionar que si bien la propuesta del contratista especificaba la marca de la maquinaria, ello no era un requisito contractual, como se evidencia del objeto del contrato de compraventa, a saber: *"COMPRA DE MAQUINARIA DESTINADA A LA EJECUCIÓN DE LOS PLANES Y PROGRAMAS DE MANTENIMIENTO VIAL DEL MUNICIPIO DE PALERMO DEPARTAMENTO DEL HUILA".* Asimismo, en la ficha técnica tampoco se especificó una marca en concreto, sino que se relacionaron las características técnicas que debían cumplir las máquinas como cabina, capacidad, distancia de ejes, equipamiento, motor y transmisión, entre otras.

Igualmente, en el acápite de *"SOPORTES TÉCNICOS REQUERIDOS"*[23] del pliego de condiciones definitivo se avaló la posibilidad de entregar maquinaria con características técnicas superiores a las exigidas por el municipio:

> Las Fichas Técnicas y Catálogos presentados del fabricante deben corresponder a los aspectos mínimos establecidos en la Fichas Técnicas del Municipio, no obstante, pueden acreditarse requisitos superiores a los determinados por el Municipio de Palermo.

[23] Pág. 47 del Pliego de Condiciones Definitivo.

Incluso, dentro de las cotizaciones realizadas por la entidad territorial con ocasión a los estudios previos[24], se contempló la posibilidad de una RETROEXCAVADORA CARGADORA, **marca CATERPILLAR, modelo 416F2**, cabina cerrada, aire acondicionado, brazo estándar, cucharón frontal de 1M3, misma que fue adquirida por el contratista y entregada al municipio.

Como se observa, no solo se contempló la marca CATERPILLAR dentro de las máquinas que cumplían con las condiciones técnicas, sino que ninguna de las exigencia técnicas contractuales y/o precontractuales hicieron referencia a una marca en específico y, aun cuando en la propuesta se haya especificado la marca de la máquina, ello no posibilitaba a la entidad para abstenerse de recibir a satisfacción las máquinas entregadas, máxime si ellas superaban las condiciones técnicas exigidas.

Además de que es evidente la inversión del anticipo en la compra de estas dos máquinas que cumplían con las condiciones técnicas exigidas, el MUNICIPIO DE PALERMO no tuvo en cuenta que una de las obligaciones previstas en el contrato respecto al manejo del anticipo era que, en caso de no amortizarse en su totalidad, el saldo se amortizaría en el acta de liquidación. Así las cosas, antes de declarar el siniestro por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, la entidad territorial debía liquidar el contrato y verificar cuál era el saldo de anticipo pendiente por entregar, pues en el parágrafo 5 de la cláusula 17 del contrato de compraventa se advirtió que *"el hecho de la constitución de la garantía, no exonera al Contratista de las responsabilidades legales en relación con los riesgos asegurados",* por lo que, en principio, el contratista debía entregar el valor no amortizado del anticipo en la liquidación del contrato y, si ello no fuere posible, analizarse la posibilidad de declarar el siniestro relacionado con el anticipo.

De lo anterior se extrae que el MUNICIPIO DE PALERMO no cumplió con la carga de acreditar la configuración de alguno de los riesgos asegurados en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, por cuanto no probó que el contratista no invirtió, usó indebidamente o se apropió inadecuadamente del anticipo. Incluso, ni siquiera mencionó el plan de inversión del anticipo, ni adujo qué parte del plan había sido incumplido por el contratista. Por el contrario, se ciñó a advertir que se configuraba dicho amparo por no haber amortizado el anticipo, sin embargo, la no amortización del anticipo no es un riesgo asegurado dentro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y, aun siéndolo, se acreditó que el contratista invirtió el anticipo en la compra de dos (2) máquinas retroexcavadoras marca CATERPILLAR, por lo que de manera alguna podía afectarse dicho amparo, ni mucho menos declararse el siniestro.

V. VICIOS EN LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍAN FUNDARSE, POR CUANTO NO SE APLICÓ EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL TASAR LA CLÁUSULA PENAL

[24] Pág 9 del documento denominado *"COTIZACIONES PROCESO SA-SIP-007-2021"*

Es importante precisar que, en el remoto e improbable evento en que se llegue a comprobar un incumplimiento de las obligaciones atribuible al contratista, resulta forzosa la aplicación del principio de proporcionalidad, a fin de adoptar decisiones que se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales que se aplican sobre el particular. Al respecto, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia al principio de proporcionalidad y su aplicación, de la siguiente manera:

> *"Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte,* ***tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal****".*

Igualmente, el artículo 867 del Código de Comercio también hace referencia al principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 867. <CLÁUSULA PENAL>.*** *Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*
>
> *Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.*
>
> ***Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si laconsidera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligaciónprincipal se haya cumplido en parte****".*

Al respecto, se hace necesario aclarar que la cláusula penal es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato, con el objeto de fijar anticipadamente el valor de los perjuicios en caso de un incumplimiento por cualquiera de ellas, cuyo efecto jurídico más importante es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, el Código Civil estableció una fórmula que permite graduar la misma en función del porcentaje de ejecución del contrato. Lo anterior, con el objeto de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa a favor de la parte que hace efectiva la mencionada estipulación. No obstante, frente a las dos disposiciones citadas, las cuales son propias de la jurisdicción ordinaria civil, la Sección Tercera del Consejo de Estado[25] ha sostenido:

> *"Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan unadoble*

[25] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un "derecho" en favor de las partes, se establece como una obligación a cargodel juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio deproporcionalidad y al criterio de la equidad.

Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. Al respecto expone Claro Solar:

"Dice el art. 1539 que 'si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal'

"Esta disposición tiene su fundamento en la equidad. El deudor no puede pagar al acreedor, contra la voluntad de éste, una parte de su deuda, aunque ésta sea divisible; y por consiguiente, los efectos de pago parcial no pueden libertarlo de parte alguna de la pena estipulada en caso de inejecución. Pero,si el acreedor acepta recibir la parte que el deudor le ofrece, el deudor tendráel derecho que la ley le reconoce para que, si el acreedor le exige la pena, se rebaje esta proporcionalmente a la parte que el deudor ha pagado de la obligación primitiva

"Nuestro Código da en este caso al deudor el derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada; de modo que no depende del arbitrio del juez o no esta rebaja, ni hacer una rebaja arbitraria y antojadiza, sino que tiene que hacerla guardando proporción entre la parte de la obligación principal que ha sido cumplida y la parte aún no ejecutada; de modo que si el deudor ha ejecutado la mitad o más o menos la mitad de la obligación principal deberá rebajar la mitad de la pena; si la tercera parte de la obligación principal, la tercera parte de la pena.

(…)

"Naturalmente, el juez tendrá que resolver las controversias que se susciten entre las partes sobre la proporcionalidad que debe observarse en la reducción de la pena en caso de ejecución parcial de la obligación principal, como toda cuestión que entre ellos se produzca, pero la disposición de nuestro Código es más equitativa, porque reduce a términos muy restringidos lo arbitrario del juez".

Como se evidencia, con fundamento en las normas previamente citadas, el Consejo de Estado ha reconocido la necesidad de proporcionar y disminuir la sanción penal en concordancia al porcentaje de objeto ejecutado, a luces del principio de equidad.

Conforme lo anterior, si bien en la cláusula décimo quinta del Contrato de Compraventa No. 100.15.02.240 de 2021 se estipuló que en caso de incumplimiento, el contratista debía pagar a

MUNICIPIO, a título de indemnización, la suma equivalente al VEINTE POR CIENTO (20%) del valor total del contrato, este monto debió haberse disminuido por el cumplimiento parcial del objeto contractual, esto es, la entrega a satisfacción de dos (2) máquinas retroexcavadoras sobre llantas por valor total de OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL PESOS MCTE ($885.360.000).

En virtud de lo anterior, debieron aplicarse los criterios de proporcionalidad establecidos a partir del artículo 1596 del Código Civil y, en concordancia, determinar el monto de la cláusula penal en proporción al porcentaje de las obligaciones cumplidas.

VI. JURAMENTO

En representación de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, respetuosamente me permito manifestar bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado demanda o solicitud alguna por los mismos hechos y pretensiones.

VII. COMPETENCIA

La competencia para conocer el presente asunto corresponde a la Procuraduría Judicial Administrativas de Neiva, teniendo en cuenta que el ente que profirió los actos administrativos sobre los cuales se pretende la nulidad es el MUNICIPIO DE PALERMO (HUILA). De manera que, en virtud del numeral 4 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, por tratarse de un asunto que excede en cuantía de los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, su conocimiento será competencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE HUILA.

La presente demanda deberá tramitarse por el Procedimiento establecido en la Parte Segunda “Organización de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de sus funciones Jurisdiccionales y Consultivas” Capítulo V “Demanda y proceso Contencioso Administrativo” previsto en la Ley 1437 de 2011.

VIII. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

La cuantía se estima razonadamente en la suma de **MIL CUATROCIENTOS VEINTIDOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTITRES PESOS MCTE ($1.422.582.923),** correspondientes al monto pagado por mi representada, con ocasión al proceso de incumplimiento contractual y consecuente proceso administrativo de cobro coactivo adelantado por el MUNICIPIO DE PALERMO – HUILA.

IX. PRUEBAS:

DOCUMENTALES:

1. Resolución No. 100.47.245 de 2022 (05 de mayo de 2022) – Declara incumplimiento.
2. Adición del 9 de mayo de 2022 recurso de reposición contra la Resolución No. 100.47.245 de 2022 (05 de mayo de 2022) con anexos.
3. Adición del 10 de mayo de 2022 recurso de reposición contra la Resolución No. 100.47.245 de 2022 (05 de mayo de 2022) con anexos – Formularios de traspaso de maquinaría “Caterpillar 426F2”.
4. Resolución No. 100.47.253 de 2022 (11 de mayo de 2022) – Niega recursos de reposición.
5. Solicitud de Revocatoria Directa del 26 de octubre de 2022 – Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.
6. Notificación electrónica del 19 de diciembre de 2022 sobre Resolución No. 100.47.769 de 2022.
7. Resolución No. 100.47.769 de 2022 – Niega revocatoria directa.
8. Auto de mandamiento de pago No. 41524-2023-10-04-01-101-02 del 17 de enero de 2023.
9. Auto de mandamiento de pago No. 41524-2023-10-04-01-101-03 del 17 de enero de 2023.
10. Excepciones contra el mandamiento de pago No. 41524-2023-10-04-01-101-02 del 17 de enero de 2023.
11. Excepciones contra el mandamiento de pago No. 41524-2023-10-04-01-101-03 del 17 de enero de 2023.
12. Resolución No. 120.47.013 del 21 de febrero de 2023, mediante la cual se resolvieron las excepciones contra el Auto de Mandamiento de Pago No. 41524-2023-10-04-01-101-02 del 17 de enero de 2023 (amparo de cumplimiento).
13. Resolución No. 120.47.018 del 21 de febrero de 2023, mediante la cual se resolvieron las excepciones contra el Auto de Mandamiento de Pago No. 41524-2023-10-04-01-101-03 del 17 de enero de 2023 (amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo).
14. Auto No. 41523-2023-10-08-1-07-107-20 del 14 de marzo de 2023, por medio del cual se liquidó el crédito.
15. Constancia de pago por valor de DOSCIENTOS TREINTA MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL CIEN PESOS MCTE ($230.610.100), pago realizado el día 14 de julio de 2022.
16. Constancia de pago por la suma de MIL CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS MCTE ($1.191.972.873), pago realizado el día 17 de marzo de 2023.
17. Cotizaciones proceso SA-SIP-007-2021.
18. Estudio previo proceso SA-SIP-007-2021.
19. Anexo técnico al estudio previo proceso SA-SIP-007-2021.
20. Documento de pliego de condiciones definitivo SA-SIP-007-2021.
21. Propuesta presentada por el CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA.
22. Contrato de Compraventa No. 100.15.02.240 de 2021.

23. Acta de suspensión No. 01 al Contrato No. 100.15.02.240 de 2021.
24. Acta de prórroga No. 01 a la suspensión No 01 del Contrato No. 100.15.02.240 de 2021.
25. Actas de las audiencias celebradas en el marco del proceso de incumplimiento contractual adelantado por el MUNICIPIO DE PALERMO – HUILA.
26. Link Secop 1 del proceso de Selección Abreviada No. SA-SIP-007-2021: https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=21-9-473101
27. Póliza de garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 460-47-994000044789, anexo 0.
28. Condiciones generales de la Póliza de garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 460-47-994000044789.
29. Acta de no acuerdo conciliatorio.

TESTIMONIALES:

Respetuosamente, solicito a este Despacho decretar el testimonio de las siguientes personas:

i. **RAMIRO DUSSAN PEÑA**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.075.233.406, en su calidad de representante legal del **CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA**, quien podrá citarse en la dirección de correo electrónico: ramirodussan4@hotmail.com y en la dirección DIAGONAL 7 No. 5 BARRIO OBRERO de Arauquita - Arauca, con el objeto de que se pronuncie sobre los hechos en que se fundamenta el presente medio de control.

ii. **OMAR GÓMEZ CARREÑO**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.795.938, en su calidad de integrante del **CONSORCIO MAQUINARIA AMARILLA**, quien podrá citarse en la dirección de correo electrónico: serviciosysuministrosoj@yahoo.com y en la dirección CARRERA 23 No. 21 – 29 de Arauca, con el objeto de que se pronuncie sobre los hechos en que se fundamenta el presente medio de coGntrol.

iii. **JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ**, mayor de edad, en su calidad de delegado que intervino en las audiencias de presunto incumplimiento, quien podrá citarse en la dirección de correo electrónico: ramirodussan4@hotmail.com y en la dirección DIAGONAL 7 No. 5 BARRIO OBRERO de Arauquita - Arauca, con el objeto de que se pronuncie sobre los hechos en que se fundamenta el presente medio de control.

X. ANEXOS

1. Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.
2. Poder debidamente otorgado al suscrito, en concordancia con la Ley 2213 de 2022.
3. Link de acceso a pruebas y anexos PRUEBAS Y ANEXOS (CONTROVERSIAS CONTRACTUALES)

XI. NOTIFICACIONES

A mi mandante y al suscrito apoderado en la Calle 69 No. 4 – 48 oficina 502 en la ciudad de Bogotá. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el artículo 162 numeral 7, la dirección electrónica es: notificaciones@gha.com.co

Respetuosamente,

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