

Doctor

CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Vía correo electrónico

Referencia: Medio de control de controversias contractuales promovido por FONDO DE ADAPTACIÓN VS. PAYANES ASOCIADOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y otro.

Radicado: 19001-23-33-003-**2019-00179-00**

Asunto: Alegatos de conclusión

FRANCISCO J. HURTADO LANGER, identificado como aparece al pie de mi firma, apoderado judicial principal de PAYANES ASOCIADOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, dentro del término legal, me permito presentar alegatos de conclusión según se indica a continuación.

I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR ESTE ESCRITO

El 19 de febrero de 2025 el Despacho notificó por estrados auto mediante el cual dispuso oportunidad para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión. Por lo tanto, el término de los diez días otorgado transcurre de la siguiente forma:

20, 21, 24, 25, 26, 27, 28 de febrero de 2025; 3, 4 y 5 de marzo de 2025 inclusive.¹

En consecuencia, este escrito es presentado oportunamente.

¹ Los días 22, 23 de febrero de 2025; 1 y 2 de marzo de 2025 no corrieron términos por ser inhábiles

II. RESUMEN DEL CASO Y DEL DEBATE PROBATORIO

Una vez concluido el debate probatorio, quedó en evidencia que la parte actora incumplió con su carga de la prueba, a voces del artículo 167 del Código General del Proceso. Ello, en la medida que no probó ninguno de los supuestos de hecho que buscaban justificar su pretensión.

Ahora, tal como se propuso desde la contestación a la demanda, con el fin de analizar el medio de control que aquí se promueve, es indispensable identificar la *causa petendi* invocada en los hechos de la demanda y con ello ver el efecto que persigue el demandante y los supuestos de hecho que le anteceden. Todo ello para concluir, ahora sí agotado el debate probatorio, que no hay mérito para que prosperen las pretensiones de la demanda.

En resumidas cuentas, se trata el presente caso de la ejecución de un contrato estatal suscrito entre Payanes Asociados y el Fondo de Adaptación, donde el primero debía realizar algunos diseños y construcciones de unas instituciones educativas. En el marco de ese contrato, se presentaron múltiples situaciones imprevistas que obligaron a suscribir otrosíes entre las partes y demás acuerdos que tuvieron como objeto, entre otros, la modificación del plazo y valor del contrato.

Bajo ese marco, la parte demandante, como *causa petendi* tiene que se declare la responsabilidad contractual por parte de Payanes Asociados por un presunto incumplimiento en la actualización de las garantías que amparaban el contrato estatal.

Así las cosas, centrándonos en que el presente se trata de un caso de responsabilidad contractual debe tenerse en cuenta, siendo esta responsabilidad el efecto que busca el actor, que los supuestos de hecho que dan pie a la misma son: la existencia de un contrato como fuente de obligaciones; el incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales; la existencia de culpa o dolo en el incumplimiento; presencia de un daño causado al acreedor cumplido; relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento contractual y la culpa o dolo del deudor; y la presencia de perjuicios indemnizables.

Así las cosas, lo primero que salta a la vista es que no se acreditó en el proceso por parte del demandante la existencia de un daño resarcible, pues el mismo se presenta y cuantifica como el valor asegurado de la última vigencia de cada una de las pólizas, lo cual no se ajusta a ninguno de los conceptos desarrollados de perjuicios – daño emergente o lucro cesante – y ni siquiera supone la lesión de un derecho o interés legítimo de la Entidad. Incluso, conforme al único testigo y declaraciones de parte, ningún siniestro se presentó.

Por otro lado, así la ausencia del elemento daño impida realizar un análisis de cumplimiento o no del contrato estatal – segundo elemento – el mismo tampoco se acreditó. Lo primero que hay que identificar es que cualquier incumplimiento que se pudo haber generado hasta antes del 09 de mayo de 2018 se subsanó por mutuo acuerdo de las partes que decidieron dar nuevos plazos y condiciones al cumplimiento de las obligaciones del contratista por medio del Acuerdo Directo suscrito ese día (en adelante, el “Arreglo Directo”). Es decir que, si se va a hablar de un incumplimiento, tiene que ser de las obligaciones que nacieron con el Arreglo Directo.

Así, sobre las garantías a actualizarse con Mapfre (y no otra aseguradora), no se puede hablar de un incumplimiento por parte de Payanes Asociados generado después del acuerdo, pues sus obligaciones en ese sentido quedaron sujetas a una condición a cargo de la Entidad y, en ese sentido, su obligación nacería siempre que el Fondo enviara una “carta de no siniestro” en el plazo pactado entre las partes a Mapfre; carta que no fue enviada en las condiciones acordadas. Ello supone la inexistencia y/o inexigibilidad de la obligación a cargo de Payanes por no haberse cumplido la condición o, a lo sumo, genera una ausencia de responsabilidad bajo la figura de *exceptio non adimpleti contractus*.

Igualmente, la causalidad necesaria tampoco se acreditó, debido a que, de llegarse a considerar que existió un daño, éste es imputable total – o en el peor de los casos parcialmente – a la entidad estatal que permitió que el contrato fuese ejecutado sin las actualizaciones de las pólizas, lo que constituye un evidente eximente por causa extraña de hecho exclusivo de la víctima; además, de que pretender el pago de una indemnización después de haber permitido, consentido y recibido las obras ejecutadas sin las garantías vigentes es un claro actuar contrario a los actos propios que impide la prosperidad de sus pretensiones. Pero surge más claro aún si se tiene en cuenta que el actuar exclusivo de la Entidad de no enviar la carta de no siniestro a tiempo fue lo que conllevó a que Mapfre no actualizara las garantías.

Ello, sin pretender dejar a un lado que se presentó la excepción de hecho de un tercero, pues la negativa de actualizar las pólizas por la Aseguradora fue totalmente injustificada y exclusiva en el daño que alega el demandante (aunque no existe)

Por todo lo anterior y por los demás motivos desarrollados en las excepciones de mérito (p.e. ausencia de culpa y/o dolo), en el presente caso no podrán declararse prósperas las pretensiones de la demanda, al no haberse cumplido los elementos que configuran la

responsabilidad de contratistas en el marco de la contratación estatal cuando se trata de contratos que se rigen bajo normas privadas.

Por último, con la demanda se pretende la liquidación del contrato, a lo cual no se opuso esta parte, pues es requerida tal liquidación, la cual no pudo llevarse a cabo por actos de la entidad demandante. La única diferencia es sobre los valores objeto de liquidación, puntualmente sobre los perjuicios reclamados. Por ende, al no accederse a los perjuicios, deberá quedar un saldo a favor de Payanes, como se indicará más adelante.

III. LO QUE SE PROBÓ Y NO DURANTE EL PROCESO

i. Contextualización sobre ley aplicable

Antes de iniciar con el desarrollo de las excepciones de mérito que se acreditaron en este proceso, se deberá poner de presente cuál es la ley aplicable al contrato celebrado entre el Fondo de Adaptación y Payanes Asociados, pues ello resulta imperioso para determinar qué normas se deben tener en cuenta en las excepciones que se plantearán y, lógicamente, en la sentencia que el H. Tribunal proferirá.

El Fondo de Adaptación tiene su génesis en el Decreto Ley 4819 de 2010 el cual, entre otras disposiciones, sobre el régimen de contratación, establece en su artículo 7 lo siguiente:

Artículo 7°. Régimen Contractual. Los contratos que celebre el Fondo para el cumplimiento de su objeto, cualquiera sea su índole o cuantía, se regirán por el derecho privado y estarán sujetos a las disposiciones contenidas en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, dando aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. El Consejo Directivo, podrá determinar las cuantías y casos en los cuales sea necesario adelantar procesos de selección que garanticen la participación pública (subrayas propias).

Este artículo fue objeto de análisis de constitucionalidad por la Corte Constitucional, quien lo declaró exequible y en sus consideraciones fue enfática en determinar que el estatuto de la contratación estatal no aplica en lo más mínimo en los contratos celebrados por el Fondo, a excepción, claro está, de los artículos mencionados anteriormente (14 a 18) y que hacen referencia a las cláusulas excepcionales que tiene esta Entidad. Puntualmente dijo:

La anterior disposición implica que: (i) los contratos que celebre el Fondo Adaptación para el cumplimiento de su objeto se someterán al derecho privado, es decir, no estarán sujetos a las reglas de contratación estatal, sin importar ni su índole ni cuantía, (ii) que estarán vinculados por los principios de la función administrativa y de control fiscal (artículos 209 y 267 de la Constitución), (iii) en su desarrollo se dará aplicación a los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993, es decir, al establecimientos de cláusulas excepcionales y (iv) en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 estarán excepcionados del Estatuto General de la Administración Pública. (...) Por otra parte, cabe señalar que la norma no hace distinción alguna y por tanto, este tipo de contratación, exenta de los requisitos especiales de la contratación estatal, se entiende que ha de aplicarse para todo el término de vigencia del fondo, asunto que será analizado más adelante. (...)

(...) se hace necesaria la inaplicación del Estatuto General de Contratación, por cuanto él no es idóneo para hacer frente a todas las necesidades que ha generado y ha de generar el Fenómeno de La Niña, no obstante, esa excepcionalidad debe ser temporal y no mantenerse en el tiempo (...) En estos términos, la medida que implementa el precepto acusado, permite que los proyectos a que hace referencia el decreto, no se sometan ni a los principios de la contratación estatal ni a todas aquellas disposiciones establecidas en el Estatuto General de Contratación. (...) ² (subrayas y negritas propias).

Finalmente, sobre la temporalidad de la aplicación del régimen privado a este tipo de contratos, el artículo 155 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 46 de la Ley 1955 de 2019 estableció:

(...) Los contratos que celebre el Fondo Adaptación para ejecutar los recursos destinados al programa de reducción de la vulnerabilidad fiscal ante desastres y riesgos climáticos, se regirán por el derecho privado. Lo anterior, con plena observancia de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de la facultad de incluir las cláusulas excepcionales a que se refieren los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 y de aplicar lo dispuesto en los artículos 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007, a partir del 1 de enero de 2020 los procesos contractuales que adelante el Fondo Adaptación se regirán por lo previsto por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 (subrayas propias).

Con todo lo anterior, podemos fácilmente concluir que el Contrato objeto del medio de control de controversias contractuales de la referencia se rige, en su celebración, ejecución y liquidación, en las normas de derecho privado. Por consiguiente, cualquier consideración contenida en la Ley 80 de 1993 será inaplicable, al igual que las consideraciones que el H. Consejo de Estado haya tenido sobre la ejecución de contratos regidos por el estatuto de la contratación estatal. Todo ello cubre, lógicamente, a las

² Corte Constitucional, sentencia C-251 del 06 de abril de 2011, expediente RE-179. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

instituciones o premisas de la responsabilidad contractual, que en el caso que nos convoca, deberá fundarse en las normas de derecho privado.

Por consiguiente, las únicas disposiciones vinculantes para Payanes Asociados serán aquellas que se deriven de las leyes privadas, del contrato mismo suscrito entre las partes y de sus anexos, que únicamente son los siguientes y que incluyen los otrosíes, acuerdos de suspensión y el Arreglo Directo:

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: DOCUMENTOS QUE HACEN PARTE DEL CONTRATO. Son parte integral del presente contrato los Estudios Previos, los Términos y Condiciones Contractuales, los Anexos y modificaciones de ambos documentos y la oferta del **CONTRATISTA**.

Así, no podrá sorprenderse a mi mandante con disposiciones contenidas en algún documento interno de la Entidad que no haya sido puesto en conocimiento, como anexo del contrato, a aquél.

3.1. Inexistencia de daño resarcible y/o de perjuicios indemnizables

Sea lo primero recordar la valiosísima diferencia entre el concepto de daño y perjuicio. Tal como lo indicó en su momento el jurista BÉNOIT “(...) el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (...) el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”³

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha acogido esta distinción y se ha pronunciado afirmando que “el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio [mientras que] el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta

³ Francis-Paul Bénéit. “Essai sur le conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d’imputabilité) CP, 1957, p. 1351. Citado a su vez en Henao, Juan Carlos, *El daño Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y Francés*. Universidad Externado (Bogotá). 1998. pp. 77.

como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”⁴

Esta distinción se presenta y es útil de cara a la presente excepción en la medida que constituye uno de los elementos que deben corroborarse en cualquier juicio de responsabilidad civil y/o del Estado. Incluso, se trata este del primer elemento que debe ser analizado pues, si no hay daño, no se hace necesario hacer un juicio o reproche de conducta de las partes involucradas y no habrá responsabilidad civil ni deber indemnizatorio.

Así, respecto a los elementos de la responsabilidad civil contractual (aplicable al caso de autos debido al régimen privado que se le aplica a este contrato), la Corte Suprema ha dicho:

[La responsabilidad contractual] hace referencia -expuso Alessandri- a «la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto [art. 1.613]», con fundamento en que si «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes [art. 1.602], justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause».

En ese tipo de responsabilidad -lo ha indicado la jurisprudencia- **es necesario demostrar la existencia del contrato celebrado entre las partes; el incumplimiento de una obligación preexistente a cargo del demandado; el daño sufrido por el acreedor; un factor de atribución de la responsabilidad, y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño** (CSJ SC, 13 Mar 2013, Rad. 2006-00045-01), para luego sí establecer el monto de los perjuicios, cuya indemnización, de acuerdo con el artículo 1613 del Código Civil, comprende el daño emergente y el lucro cesante (subrayas y negrita propias)⁵

Ahora, si el Honorable Tribunal considera inaplicable la doctrina desarrollada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, debe ponerse de presente que el Consejo de Estado, a su vez, ha establecido como axiomas de la responsabilidad contractual los mismos indicados anteriormente. Precisamente se ha pronunciado de la siguiente manera:

Así, la estructuración de la responsabilidad por incumplimiento contractual requiere la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la existencia de un contrato válidamente

⁴ Corte Suprema de Justicia, S.N.G. 13 de diciembre de 1943, M.P.: Cardozo Gaitán. Citado a su vez en Henao, Juan Carlos, *El daño Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y Francés*. Universidad Externado (Bogotá). 1998. pp. 77.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 3 de septiembre de 2015, radicación 2009-00429-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

celebrado, (ii) la preexistencia de una o varias obligaciones originadas en el contrato que son desconocidas por el deudor, (iii) el comportamiento antijurídico de la parte a quien se atribuye el incumplimiento que, en el plano contractual, se traduce en la infracción de las cláusulas contractuales, por acción o por omisión, y que se concreta en la falta de cumplimiento de la prestación debida en la forma y tiempo establecidos y (iv) un daño que tenga relación causal entre el comportamiento antijurídico del deudor y la prestación insatisfecha⁶

De todo ello, podemos deducir que, independientemente de las doctrinas aplicables, los elementos que deben probarse, de cara a un juicio de responsabilidad civil de un contratista y/o del mismo Estado, son los siguientes (en adelante, a los siguientes numerales se les nombrará en este escrito como los “Requisitos de la RCC”):

- a. La existencia de un contrato como fuente de obligaciones;
- b. El incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales;
- c. Que el incumplimiento tenga algún título de imputación: culpa o dolo;
- d. La existencia de un daño causado al acreedor cumplido;
- e. Una relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento contractual y la culpa o dolo del deudor;
- f. La presencia de perjuicios indemnizables.

Para efectos prácticos, en esta excepción se hará referencia a los requisitos indicados en los literales *d* y *f supra* para lo cual ya tenemos el concepto de uno y otro, dados, tanto por la doctrina, como la jurisprudencia patria. Demostraremos, entonces, por qué en la demanda que se promueve no se prueban estos elementos de la responsabilidad.

Empezando con el daño, entendido como lesión a un derecho o interés jurídico tutelado, vemos que ni siquiera se aduce tal en ninguno de los hechos o pretensiones de la demanda. Realmente no hay algún derecho por parte de la Entidad que se haya visto vulnerado, lesionado o afectado y que merezca que se realice un juicio de responsabilidad para su resarcimiento.

Vemos que en la demanda lo único que se dice respecto al acaecimiento de un daño por parte de la Entidad se encuentra en los fundamentos de derecho, donde de manera escueta se dice:

Baste con señalar que, el Fondo se vio afectada en costos adicionales por las omisiones en que incurrió el contratista, quien no fue diligente, tal y como se puede probar en la presente demanda.

⁶ Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia 30542 del 14 de marzo de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Ello sí podría llegar a constituir un daño bajo la figura de daño emergente, pues se podía identificar una lesión al patrimonio del Fondo de Adaptación, sin embargo, no obra prueba alguna en el expediente que demuestra tal afectación, pues no se aportan facturas, constancias de pago, recibos o documentos equivalentes que puedan probar los supuestos costos o gastos adicionales en que incurrió la entidad por el supuesto incumplimiento de mi mandante. Incluso, ningún testigo se arribó al proceso para que lo demostrara. Contrario a ello, quedó acreditado que, pese a la no actualización de las garantías, ningún siniestro se presentó que pudiera estar cubierta por ellas.

Más adelante en la demanda existe alguna consideración que, si bien no se sujeta al concepto de daño propiamente dicho, sí permite identificar, nuevamente, que este resulta inexistente y que lo que se pretende con la demanda es la indemnización de uno que aún no ha acaecido y que nunca se presentó, pues ya vencido el plazo de vigencia que tendría las pólizas, se demostró que ningún hecho dañoso, que pudiera entenderse como siniestro, se presentó.. Es decir, la parte confiesa que no existe daño actualmente, por lo que éste no es cierto como se exige de antaño. Veamos lo que dice el actor:

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta que no se cuenta con la póliza de cumplimiento debidamente actualizada, y no se han efectuado la activación de los amparos de calidad y estabilidad de las nueve (9) sedes construidas para el Contrato de obra N.º 122 de 2013, ante cualquier siniestro que llegara a presentarse e incluso, requerimientos de calidad ya solicitados, la Entidad tendría que asumir dicha situación; igual condición ocurriría en el evento que se presenten demandas laborales, en las cuales, el Fondo no podrá llamar en garantía a la aseguradora, toda vez que los amparos no fueron debidamente actualizados, por lo cual, no están vigentes, tal y como el contrato lo señaló. Por lo cual, el Sector Educación solicita la afectación de los amparos de: Pagos de salarios y prestaciones sociales, Estabilidad y calidad de la obra y Calidad del servicio (relacionada con las actividades de consultoría).

Con base en aquella afirmación, solicito al H. Tribunal que, de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, tenga como confesión de la parte demandante que lo pretendido es el resarcimiento de un daño inexistente debido a que es un daño que no se ha causado, no es cierto, sino que eventualmente podría causarse, como se afirma en los apartes subrayados de la demanda.

El Consejo de Estado no ha sido ajeno al requisito de la certeza del daño y al respecto, copiando citas textuales hechas por el doctor JUAN CARLOS HENAO:

(...) un fallo de la Plenaria del Consejo de Estado enuncia en la misma vía que “tanto en lo civil como en lo administrativo, para que exista la responsabilidad, es necesario que el

daño se haya ocasionado”⁷. Es claro entonces que “el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de señalar que el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto”⁸, esto es, “no un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio”⁹ (subrayas y negrita propias)¹⁰

Sólo la falta de fundamento y prueba de la existencia de un daño, y de su certeza, como ya se evidenció de manera cristalina, es suficiente para negar las pretensiones de la demanda, al no acreditarse el primer elemento de cualquier responsabilidad civil que se predique.

No obstante, siguiendo con el análisis del perjuicio alegado en la demanda, vemos cómo la parte actora incurre en un error de fundamentación, al pretender equiparar los perjuicios (consecuencia del daño) y su reparación, en el valor asegurado de la última vigencia de las pólizas. Ello se evidencia en el siguiente aparte de la demanda:

En consecuencia, el Sector Educación tasa los perjuicios por la no actualización de estas garantías por el valor de los amparos anteriormente mencionados y establecidos en la póliza No. 2201313001064 de Mapfre, los cuales ascienden a la suma de: CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE (\$ 5.531.331.932,00).*

Tal consideración no se asemeja al concepto de daño, pues no supone una lesión a un derecho del demandante, ni mucho menos a la de un perjuicio como pretende el demandante hacer ver, ello atendiendo a que perjuicio es entendido como menoscabo patrimonial y el hecho de que las pólizas no se encuentren vigentes no genera ningún menoscabo a la Entidad, pues el valor asegurado no se trata de una suma que pertenezca al patrimonio de la parte demandante. A tal punto que, si nunca se genera un siniestro, la Entidad no recibe ninguna suma derivada del contrato de seguro.

⁷ Consejo de Estado, 30 de septiembre de 1994, C.P.: Dr. Gómez Naranjo, ACE, año XXXI, 1949-1950, T. 58, N° 367 – 371, pp. 365 a 376. Citado a su vez en Henao, Juan Carlos, El daño *Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y Francés*. Universidad Externado (Bogotá). 1998. pp. 77.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de junio de 1994, C.P. Dr. Uribe Acosta, exp. 8998. En sentido idéntico: 23 de septiembre de 1994, C.P. Dr. Uribe Acosta, exp 9458; 27 de octubre de 1994, Dr. Uribe Acosta, exp. 9763. Citado a su vez en Henao, Juan Carlos, El daño *Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y Francés*. Universidad Externado (Bogotá). 1998. pp. 77.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de octubre de 1990, C.P. Dr. De Greiff Restrepo, exp 4333. Citado a su vez en Henao, Juan Carlos, El daño *Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y Francés*. Universidad Externado (Bogotá). 1998. pp. 77.

¹⁰ Henao, Juan Carlos, El daño *Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y Francés*. Universidad Externado (Bogotá). 1998. pp. 77.

Así las cosas, sería un escenario distinto si el Fondo hubiese tenido que asumir alguna suma de dinero con su patrimonio por reparación de las obras que, de estar vigentes las garantías, hubiesen sido asumidas por la compañía. Eso sí constituiría un quebranto patrimonial a título de daño emergente, no obstante, no es la situación que se invoca en la demanda y se acreditó que ninguna de ellas se presentó.

Para mayor claridad, tratándose de perjuicios derivados de la ejecución de un contrato estatal, se puede hablar de dos, a saber, daño emergente y lucro cesante. El primero de ellos hace alusión a la disminución patrimonial ocasionada por la sustracción de un activo o el advenimiento de un pasivo. Por otro lado, el lucro cesante no es algo distinto a la ganancia o provecho económico que esperaba una parte y que no resultó por el incumplimiento contractual.

Con este escenario podemos notar que el valor asegurado de una garantía única de cumplimiento, y de cada uno de sus amparos, no constituye un activo que se haya sustraído del patrimonio de la Entidad ni mucho menos un pasivo a cargo de ésta, por lo que no puede hablarse, entonces, de un daño emergente. Ahora, tampoco podría entenderse que dicho valor asegurado sea una ganancia esperada por el Fondo que se frustró, pues, como se indicó anteriormente, este valor está destinado a cubrir eventuales siniestros que ocurran y nunca genera un enriquecimiento de la Contratante, a tal punto que, si no se presentan siniestros, no hay lugar a indemnizaciones ni desembolsos que, en todo caso, no son fuente de lucro para la Entidad.

Por todo lo anterior, solicito sea declarada como probada la presente excepción y se nieguen las pretensiones de la demanda, pues carecen de los elementos de daño y perjuicio, requeridos para predicar una responsabilidad civil contractual a cargo de mi mandante, tal como se pretende con el medio de control incoado por el Fondo de Adaptación.

3.2. Ausencia de obligación a cargo de Payanes Asociados por no haberse cumplido su condición

Nuestro ordenamiento jurídico regula distintos tipos de obligaciones y realiza varias clasificaciones. Una de ellas es la que clasifica a las obligaciones en puras o simples; las sujetas a plazo; y las que se someten a una condición. Lo que diferencia una de otra, básicamente, es el momento en el que nacen a la vida jurídica y el momento en el que se hacen exigibles. Veamos:

TIPO DE OBLIGACIÓN	CUÁNDO NACE	CUÁNDO ES EXIGIBLE
Pura o simple	En el momento en el que hay acuerdo de voluntades	En el momento en el que hay acuerdo de voluntades
Sujetas a plazo	En el momento en el que hay acuerdo de voluntades	En el momento en el que se cumpla el plazo pactado
Sujetas a condición	En el momento en el que se cumple la condición	En el momento en el que se cumple la condición y el plazo, este último si se ha pactado

Esta diferenciación es de utilidad, debido a que en la presente excepción se va a demostrar que la obligación relativa a la actualización de las garantías se encontraba sujeta a una condición que no fue cumplida en la forma pactada, lo que implica la inexistencia e inexigibilidad de tal prestación a cargo de Payanes.

Pero antes de ello, es relevante poner de presente que las obligaciones relativas a la actualización de la garantía única no son las aducidas por el demandante y que se encuentran consignadas en el Contrato. Pues bien, si en principio aquellas eran obligaciones exigibles a cargo de mi mandante, éstas fueron extinguidas en virtud del acuerdo de transacción¹¹ – modo de extinguir las obligaciones – que se suscribió entre ambas partes y que se denominó Arreglo Directo.

En su momento, entre el Fondo de Adaptación y Payanes Asociados existieron algunas diferencias relativas al cumplimiento o no de la obligación contractual de actualizar las garantías por parte de mi mandante; diferencias que hubieran podido conllevar a un litigio pero que fue precavido por las partes mediante el acuerdo transaccional firmado el 09 de mayo de 2018 y que fue llamado *Acta de Arreglo Directo* (en este documento se ha hecho referencia en varias ocasiones a él como, el “Arreglo Directo”).

Ahora, como prueba del eventual litigio que se pretendió precaver con el Arreglo Directo se encuentra la siguiente consideración del documento mencionado (sin perjuicio de que hubo otras diferencias que no son objeto de este litigio):

¹¹ Artículo 2469 del Código Civil: La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

➤ El **CONTRATISTA** presuntamente no mantuvo vigentes las pólizas durante todo el término de vigencia del contrato, ya que sólo actualizó las garantías hasta el Otrosí No. 2 suscrito el 24 de diciembre de 2014, a pesar que el Contrato No. 122 de 2013 tuvo dieciséis (16) modificaciones, tres (3) suspensiones y cuatro (4) ampliaciones a las suspensiones, finalizando el 14 de diciembre de 2016.

Ante tal situación, se presentaron concesiones recíprocas entre las partes tendientes a extinguir las obligaciones aparentemente incumplidas; concesiones que se resumen en que, por su parte, el Fondo de Adaptación renunció al derecho que le pudiese asistir a reclamar cualquier tipo de perjuicio derivado de las obligaciones contractuales relativas a la actualización de la garantía única, tal como se ve del siguiente aparte:

24. Por lo tanto, habiéndose previsto por las Partes la posibilidad de lograr acuerdos de manera directa con el fin de solucionar de manera ágil, eficiente y pronta las controversias contractuales surgidas para llevar a buen término el Contrato No. 122 de 2013, es que se preferirá en el caso concreto, la opción de permitir al **CONTRATISTA** el cumplimiento tardío de sus obligaciones contractuales aún no satisfechas, descartando consecuentemente el cobro de la cláusula penal, siempre y cuando claro está, que el **CONTRATISTA** cumpla a satisfacción los pendientes en los plazos y términos aquí acordados.

También, entendiendo que la situación de la actualización de las pólizas no se había podido realizar por situaciones ajenas a mi mandante, a saber, exigencias de la Aseguradora, se comprometió a tramitar y enviar una carta de no siniestro a Mapfre la cual, tal como figura expresamente en el compromiso, era indispensable para que Payanes Asociados tramitara tal actualización de la póliza.

Bajo ese escenario, se planteó la concesión de parte de Payanes, que era consecencial, o estaba sujeta al cumplimiento del envío de la carta de no siniestro en el plazo acordado por parte del Fondo de Adaptación. Esta concesión u obligación era la de actualizar la garantía única en un plazo no superior al 04 de julio de 2018. El hilo obligacional fue el siguiente:

- viii. Con fundamento en ese el Informe Final y Definitivo del Contrato No. 122 de 2013, el **FONDO** se compromete a tramitar dentro de los tres (03) días siguientes, la viabilidad de la suscripción de una certificación de no reclamación o de no siniestro del Contrato No. 122 de 2013 con destino a la compañía aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, para efectos de la actualización de la póliza de cumplimiento respectiva.
- ix. El **CONTRATISTA** entregará al **FONDO** a más tardar el **04 de julio de 2018**, los anexos modificatorios de actualización a la Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 2201313001064 expedida para el Contrato No. 122 de 2013 por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, de conformidad con las modificaciones y suspensiones contractuales realizadas, y la fecha de entrega y recibo a satisfacción de las obras objeto del contrato mencionado.
- x. El **CONTRATISTA** entregará a la **INTERVENTORÍA** a más tardar el día **04 de julio de 2018**, todos los documentos requeridos para la liquidación del Contrato No. 122 de 2013, de acuerdo a las condiciones y términos contractuales.

Así las cosas, es claro que, de los Elementos de la RCC, el primero de ellos, relativo a la existencia de un contrato como fuente de obligaciones, deberá tenerse como tal el contrato de transacción denominado Arreglo Directo y no el Contrato inicial suscrito entre ambas partes, pues las obligaciones allí consignadas ya fueron transigidas y aquello remitió a cosa juzgada.

Por ello, deberá verse, en primera medida, si hay alguna obligación a cargo de Payanes Asociados, derivada del Arreglo Directo que pueda determinarse como incumplida. Así, centrándonos exclusivamente en lo que a la actualización de la garantía respecta, sobre el apartado transcrito anteriormente, podemos concluir lo siguiente:

- (i) Del contrato de transacción o Arreglo Directo, se puede deducir que hay una obligación a cargo de Payanes Asociados relativa a actualizar y entregar al Fondo de Adaptación la garantía única de cumplimiento.
- (ii) Que esta actualización debe hacerse con la Aseguradora Mapfre.
- (iii) Que el plazo máximo para ello inicialmente fue el día 04 de julio de 2018, luego se modificó al 19 de julio de 2018 y finalmente se modificó al 30 de julio de 2018¹².

No obstante, ello no quiere decir que esta obligación haya nacido a la vida jurídica, pues evidentemente estaba sujeta a una condición. Si la condición no se cumplía, no nacía la prestación a cargo de mi mandante.

Esta condición se refiere a la obligación que, a su vez, había adquirido el Fondo de Adaptación de tramitar una carta de no siniestro dirigida a Mapfre. Se deduce fácilmente

¹² Ver Prueba No. 1 - Acta modificatorio 1 del Arreglo Directo y Prueba No. 2 - Acta modificatorio 2 del Arreglo Directo. En ellas no se presentó ningún cambio en la condición a cargo del Fondo de Adaptación.

la naturaleza de obligación condicional debido a que, en el apartado del compromiso del Fondo se dice que dicha carta de no siniestro se realiza “para efectos de la actualización de la póliza de cumplimiento respectiva” (subrayas y negritas propias)

La expresión “a efecto de algo” ha sido definida por la Real Academia Española como “la finalidad de conseguirlo o aclararlo”¹³ (subrayas y negritas propias). Es decir, el logro de la actualización de la garantía única y del envío de los anexos respectivos – obligación de Payanes Asociados – sólo podía conseguirse si se emitía oportunamente la carta de no siniestro por el Fondo de Adaptación. La obligación de mi mandante dependía del cumplimiento de la obligación de la Entidad. La obligación de Payanes Asociados estaba condicionada al cumplimiento del compromiso de la Contratante.

La condición, entonces, se trata de una positiva (de hacer determinada cosa) y potestativa (a cargo del acreedor, es decir, del Fondo de Adaptación). Sobre este tipo de obligaciones condicionales y, sobre las condiciones mismas, el Código Civil reza:

Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no (artículo 1530) (...) La condición es positiva o negativa. La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa en que una cosa no acontezca (artículo 1531) (...) Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor (artículo 1534).

Ahora, sobre su cumplimiento, el mismo estatuto civil – aplicable a los contratos celebrados por el Fondo –, en su artículo 1541, dispone que “Las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida” (subrayas propias).

Finalmente, el incumplimiento literal de las obligaciones condicionales conlleva a la inexistencia y/o inexigibilidad de la obligación a cargo de Payanes Asociados, pues el artículo 1542 *ibídem* dispone que “No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente”.

Entrando al caso en concreto, vemos que el gráfico obligacional atendería a lo siguiente:

¹³ Tomado de: <https://dle.rae.es/efecto>

El Fondo de Adaptación debía tramitar una carta de no siniestro dirigida a Mapfre dentro de los 3 días siguientes al recibo del Acta Final de Interventoría



El contratista debía actualizar y enviar los anexos respectivos de la garantía única de Mapfre al Fondo de Adaptación, a más tardar el 30 de julio de 2018.

Ahora, entrando en el caso concreto, resulta palmario que la parte demandante incumplió la condición positiva potestativa a su cargo, pues no la ejecutó de manera literal y todo ello se ve reflejado mediante sendas confesiones hechas en la demanda.

Por un lado, se confiesa en el hecho 27 de la demanda, que el día 14 de agosto de 2018 se recibió por parte de la Interventoría el Acta Final del contrato, como pasa a verse:

27. Con oficio R-2018-018799 del 14 de agosto de 2018, la interventoría radicó el informe final del Contrato No. 122-2013, en el cual se indicó que excepto el pago FIC, la presentación de paz y salvos y la actualización de pólizas, el contratista presentó los documentos para la liquidación. Sin embargo, y en razón a que Payanes Asociados se acogió a la Ley de reorganización en el mes de febrero de 2018, no está obligado a presentar los pagos del FIC y los paz y salvos; pero la actualización de las pólizas contractuales es una obligación contractual, la cual se expuso en las mesas de trabajo efectuadas con las partes, y en la cual, la aseguradora solicitó la expedición del certificado de "no siniestro" por parte de la Entidad, para actualizar las pólizas.

Ello quiere decir que la condición de trámite de la carta de no siniestro dirigida a Mapfre debía realizarse, a más tardar, el día 17 de agosto de 2018. No obstante, no fue sino hasta el día 02 de octubre de esa anualidad que se envió tal carta, como se encuentra confeso en el hecho 30 del líbello inicial. Más de un mes se demoró la Entidad en intentar cumplir la condición a la cual se había sujetado la obligación de mi mandante:

30. Mediante oficio E-2018-020015 del 2 de octubre de 2018, la Secretaría General remite el certificado de "no reclamación" a Mapfre Seguros, con el propósito de tramitar la actualización de las garantías de calidad y estabilidad según actas de entrega de las obras.

Ahora, hábilmente podría pensarse y exponerse por la parte activa que la condición se refería al simple trámite interno de la entidad para el envío de la certificación, no obstante,

ello es absurdo no sólo porque un trámite interno no permite cumplir el “efecto” literalmente establecido que es la actualización de la póliza sino porque, además, se trata de la misma entidad que se había obligado, por más divisiones organizaciones internas que tenga. Incluso, si ese es el escenario que se plantea, también hay un incumplimiento de la condición literal, pues tardó la Entidad más de los 3 días dispuestos en el Arreglo Directo para enviar la solicitud a la Secretaría interna “de la misma Entidad”; hecho que también figura confeso en la demanda:

28. Con Memorando I-2018-027144 del 23 de agosto de 2018, se solicitó a la Secretaría General la expedición de una certificación de ~~no siniestro~~ para la aseguradora Mapfre, anexando el

Por ello, sea cual quiera que sea la interpretación que se le dé a la condición potestativa del Fondo de Adaptación, resulta claro que la misma no fue cumplida de manera literal, lo cual conlleva necesariamente a la inexigibilidad de la obligación condicional a cargo de mi mandante, como lo fue la de actualización de la garantía única con Mapfre derivada del Arreglo Directo. Y no sólo inexigible sino inexistente, pues este tipo de obligaciones nace a la vida jurídica cuando se cumple la condición pactada. En todo caso, sea inexistente e inexigible, o sólo inexigible, la consecuencia es la misma: no se puede hablar de una obligación a cargo de mi mandante que pueda resultar incumplida y, con ello, no se reúne el requisito *a y b* de la RCC. Por ello, deben negarse las pretensiones de la demanda.

3.3. Contrato no cumplido - *exceptio non adimpleti contractus*

En línea con lo anterior, la obligación a cargo de Payanes Asociados nunca nació a la vida jurídica. Sin embargo, si se llegare a considerar que sí, la misma tampoco se hizo exigible, puesto que se presentó un incumplimiento previo por parte de la Entidad. A ello se le conoce como la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus* que encuentra su fundamento normativo en el artículo 1609 del Código Civil – aplicable al Contrato al ser norma de derecho privado y al Arreglo Directo también – que reza:

En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempos debidos

Su desarrollo por parte de la Corte Suprema de Justicia ha sido el siguiente:

En el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, **porque ésta última carece de exigibilidad** en tanto la anterior no fue honrada¹⁴ (subrayas y negrita propias).

Así, debido a que en el caso que nos ocupa, el Arreglo Directo contemplaba dos obligaciones distintas para cada una de las partes y sucesivas a la vez, siendo primera aquella a cargo del Fondo de Adaptación de tramitar y enviar la carta de no siniestro a Mapfre en el plazo establecido y consecuente a ella la de Payanes Asociados de lograr la actualización de las garantías; si el Fondo incumplía la suya en los plazos establecidos, eximía a Payanes para el cumplimiento de la que le correspondía. Precisamente esta fue la situación que acaeció, tal como fue demostrado con suficiencia en la excepción de mérito inmediatamente anterior.

Por consiguiente, se concluye nuevamente que la prestación a cargo de mi mandante se tornó inexigible de conformidad con la normatividad citada y, por ello, deberán negarse las pretensiones de la demanda que tienen como fin estructurar una responsabilidad por incumplimiento de mi mandante.

3.4. No medió culpa ni dolo por lo que no hay título de imputación

Dentro de los Requisitos de la RCC, se exige la presencia, no sólo de un incumplimiento propiamente dicho sino, además, que dicho incumplimiento se haya generado por algún título de atribución, es decir, que haya mediado culpa o dolo. Ello se fundamenta en que la responsabilidad civil contractual, en esencia, es de naturaleza subjetiva, es decir, que requiere la demostración de un actuar ilícito o reprochable para que pueda atribuírsele un daño. Ello se desprende del artículo 1604 de nuestro estatuto civil aplicable al Contrato como se vio en la contextualización hecha en este escrito, que contempla:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio (...) (subrayas y negritas propias).

Tratándose, entonces, del contrato de transacción llamado Arreglo Directo, éste por naturaleza contiene concesiones y beneficios recíprocos para las partes, por lo cual el

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1209 del 21 de marzo de 2018, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

juicio de responsabilidad ante un eventual incumplimiento por no haberse actualizado las garantías y enviado los respectivos anexos en los plazos establecidos en dicho acuerdo, debe analizarse bajo la óptica de la culpa leve. Ella se encuentra definida en el artículo 63 del Código Civil así:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

(...)

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano (...) (subrayas propias).

Sin perjuicio de que en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso correspondía al demandante probar tal culpa, carga que no fue cumplida al no demostrarse en debida forma, es de advertir que dicha conducta culposa nunca se presentó, pues mi mandante realizó todo lo que un hombre diligente hubiere realizado en sus negocios propios, pues insistió hasta donde fue posible para que Mapfre actualizara la garantía y propuso otro tipo de soluciones a la Entidad sin que ello resultara satisfactorio por causas no atribuibles a mi mandante.

Respecto a la compañía Mapfre, Payanes Asociados, a través de sus funcionarios realizó, entre otras, las siguientes labores de diligencia:

- a. Desde antes del 14 de noviembre de 2017, Payanes Asociados le solicitó a Mapfre Seguros de Colombia la actualización del amparo de calidad y estabilidad de obra de la póliza del contrato No. 122 de 2013, tal como consta en correos electrónicos enviados a la Asegurador a través del intermediario de seguros de Payanes Asociados¹⁵.
- b. Se firmó el Acta de Arreglo directo con el fin de que el Fondo de Adaptación se comprometiera a expedir una carta de no siniestro dirigida a Mapfre, que facilitara sus trámites de actualización de las garantías. El cumplimiento de esta prestación a cargo del Fondo fue vigilada y presionada por Payanes Asociados para que se cumpliera con prontitud.

¹⁵ Ver Prueba No. 9 – Cruce de correos de seguro con el intermediario de seguro sobre requerimientos a la Aseguradora para actualización de la garantía.

- c. El día 02 de octubre de 2018 se pone en conocimiento, a través del Fondo de Adaptación, de la carta de no siniestro a Mapfre y se solicita que se proceda con la actualización de las garantías, tal como se había conversado en la reunión que dio lugar al Arreglo Directo.
- d. El día 29 de octubre la corredora de mi mandante, Willys Towers, informó que Mapfre había determinado no actualizar las garantías debido a la situación de reorganización en la cual se encontraba Payanes Asociados y porque, en su criterio, se habían presentado algunos incumplimientos de esta parte. Ello se corrobora con el correo que se aporta¹⁶.
- e. Debido a esta situación, Payanes Asociados, el día 19 de diciembre de 2018, demostró a la Aseguradora que la compañía continuaba activa en el mercado, a pesar del proceso de reorganización, y que tenía la solvencia suficiente para atender las obligaciones de las primas que se llegasen a pactar. Para ello, allegó los siguientes documentos¹⁷:
- Cámara de Comercio
 - Rut
 - Declaración de Renta 2016
 - Arreglos directos con el Fondo Adaptación
 - Citación al contratista.
 - Depósitos Judiciales.
 - Contrato Colegio La Presentación
 - Contrato Postobón
 - Actas de terminación de sedes educativas.
 - Conocimiento del cliente sector asegurado.
 - Cédula del representante legal.
 - Declaración de Renta 2017.
 - Estados financieros
- f. Una vez enviados y recibidos estos documentos, Mapfre envió un correo electrónico fechado el 26 de diciembre de 2018, por medio del cual informa que sí procederían a actualizar las garantías, siempre que la de estabilidad de la obra tuviese como fecha inicial la terminación de las obras y no la fecha de recibo a satisfacción de las mismas¹⁸. Esta solicitud no pudo ser aceptada pues desconocía

¹⁶ Ver Prueba No. 10 - Correo electrónico del 13 de febrero de 2019 de Mapfre a intermediario

¹⁷ Ver Prueba No. 11 - Correo del 19 de diciembre de 2018 de Payanes demostrando solvencia

¹⁸ Ver Prueba No. 5 - Correo 26 de diciembre de 2018 de Mapfre.

la norma imperativa del artículo 2.2.1.2.3.114. del decreto 1082 del 2015 que dispone que, tratándose de la garantía de estabilidad y calidad de la obra “debe estar vigente por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra” (subrayas propias).

- g. Se convocó y llevó a cabo una reunión el 13 de febrero de 2019 con funcionarios del Fondo de Adaptación, el Interventor Ingetex, Mapfre y Payanes Asociados, donde se le explicó a la Aseguradora que la norma impide que la actualización de la garantía se realice con la fecha por ellos propuesta¹⁹.
- h. Después de esta reunión, puntualmente el día 22 de febrero de 2019, se recibió comunicado formal por parte de Mapfre donde se indica que todo el tiempo han estado prestos a realizar las actualizaciones requeridas para atender los intereses de mi mandante. No obstante, en dicho comunicado reiteran que la fecha de esta actualización únicamente puede corresponder a la de terminación de las obras, y no la entrega a satisfacción como contempla la ley²⁰.
- i. Como era de esperarse, el Fondo de Adaptación remitió un correo el 12 de marzo de 2019, indicando que únicamente recibiría la actualización de la póliza de estabilidad de la obra, siempre que aquella tuviese como fecha la de recibo a satisfacción de las obras y no la de entrega como propone la Aseguradora²¹.
- j. Atendiendo a ello, una vez más, el 18 de marzo de 2019, Payanes Asociados remitió un correo electrónico solicitando que se procediera a la actualización conforme a las disposiciones contempladas en la ley y determinadas por el mismo Fondo de Adaptación²².
- k. Adicional a todo lo anterior, con los documentos anexos, se evidencia que Mapfre también exigía que para que las pólizas pudieran ser expedidas y/o actualizadas, requería, por un lado, que se firmara un pagaré en blanco y que se constituyera un CDT por \$500.000.000 y fuera endosado en propiedad a la Aseguradora. Estos dos requisitos, como es apenas lógico, no podían ser aceptados por Payanes Asociados, debido a que se encontraba en un proceso de reorganización que supone la existencia de un déficit de dinero que, si bien no impide el pago de las

¹⁹ Ver Prueba No. 12 - Convocatoria de Payanes a reunión.

²⁰ Ver Prueba No. 14 - Correo 25 de febrero de 2019 donde Mapfre envía comunicado del 22 de febrero de 2019

²¹ Ver Prueba No. 13 - Correo 12 de marzo de 2019 del Fondo negando que la póliza se expida desde la entrega de la obra, que demuestra que si no se actualizaron las garantías no fue por culpa o negligencia de Payanes.

²² Ver Prueba No. 8 - Correo 18 de marzo de 2019 de Payanes Asociados.

primas, sí lo hace respecto a la congelación en un CDT de sumas de dinero tan altas²³.

- l. Debido a las irregularidades con las que actuó Mapfre y que, de manera injustificada, impidieron que se actualizaran las garantías, se presentó un derecho de petición ante la Superintendencia Financiera para que ordenara a la Aseguradora a proceder con la actualización²⁴.
- m. No obstante lo anterior, la Superintendencia Financiera simplemente hizo un requerimiento a la Aseguradora para dar respuesta a la inconformidad²⁵ sin que se haya obtenido de parte de Mapfre una respuesta satisfactoria.

Todas estas diligencias descritas demuestran, sin lugar a dudas, que Payanes Asociados actuó para el cumplimiento de sus obligaciones de actualización de las garantías (de llegarse a considerar que nació y se hizo exigible) de la misma forma en la que lo haría un hombre diligente, incluso sumamente diligente, en el manejo de sus propios negocios. Por ello, no se avizora culpa lata, ni levísima, ni mucho menos grave por parte de mi mandante que pueda permitir la prosperidad del juicio de responsabilidad que pretende el demandante.

No siendo ello suficiente, Payanes Asociados siempre estuvo presto a buscar una solución pacífica que permitiera salvaguardar los intereses de la Entidad y los administrados, pues ante la negativa injustificada de Mapfre de actualizar las pólizas, y ante la imposibilidad de lograr dicho cometido de alguna manera, le propuso en múltiples ocasiones al Fondo de Adaptación que retuviera o se constituyera un depósito con los valores pendientes de pago al Contratista y que ello sirviera como suplemento de las garantías.

Puntualmente, con comunicado fechado el 05 de febrero de 2020²⁶, se propuso:

Como se expuso en los hechos, Payanes Asociados como contratista del negocio jurídico No. 122 de 2013 celebrado con el Fondo Adaptación, se le adeuda la suma \$1.445.760.604 por concepto del valor pendiente de pago al contratista contra liquidación y el valor de la retención de garantía, donde estos recursos podrán ser desembolsados exclusivamente con el total cumplimiento de todas las obligaciones y la liquidación del contrato en mención.

²³ Ver Prueba No. 7 - Correo 20 de agosto de 2019 de Mapfre y Prueba No. 14 - Correo 25 de febrero de 2019 donde Mapfre envía comunicado del 22 de febrero de 2019.

²⁴ Ver Prueba No. 15 - Derecho de petición radicado ante la Superintendencia Financiera

²⁵ Ver Prueba No. 16 - Respuesta de la Superintendencia a derecho de petición

²⁶ Ver Prueba No. 17 - Propuesta de Payanes al Fondo sobre retención de dineros como garantía

Debido a que Payanes Asociados no ha podido presentar la actualización de la vigencia de la póliza como consecuencia del hecho de un tercero por los motivos que se expusieron en los hechos, y siendo ésta la única obligación por cumplir del acta de arreglo directo, se propone que el Fondo Adaptación retenga dichos recursos adeudados a Payanes Asociados con el ánimo de garantizar la calidad y estabilidad de obra del proyecto objeto del contrato por el restante del tiempo legalmente determinado.

Ya que las actas de entrega y recibo a satisfacción se firmaron el día 16 de marzo de 2018, se entendería que dichos recursos garantizarían el contrato hasta el mismo día del mismo mes del año 2023. Cinco años a partir del recibo a satisfacción de las obras.

No obstante estos intentos, la Entidad no ha accedido a los mismos. Sin perjuicio de ello, la disposición de mi mandante para solucionar esta diferencia constituye, sin lugar a duda, un actuar totalmente probo y diligente lejano de cualquier tipo de culpa que pretenda predicarse o estructurarse en este proceso de responsabilidad civil.

3.5. Ausencia de causalidad: hecho exclusivo de la víctima

De antaño se conoce que una de las causas extrañas o eximentes de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, es el hecho exclusivo de la víctima que, de encontrarse probado, elimina el nexo de causalidad e/o impide su configuración en contra del demandado y, de esa manera, el juicio de responsabilidad que se pretenda queda sin uno de sus elementos axiológicos.

En el caso en concreto, si se llegase a considerar que la obligación de la actualización de la garantía con Mapfre derivada del Arreglo Directo sí nació y fue exigible a Payanes Asociados, su incumplimiento no puede ser imputado a este Contratista y no sólo por no haber mediado dolo o culpa suya, como se demostró anteriormente, sino porque fue el mismo Fondo de Adaptación quien exclusivamente impidió que la obligación fuese cumplida.

Para entender ello, vemos nuevamente que la obligación de actualización de la garantía con Mapfre por parte de Payanes Asociados dependía en gran medida de que el Fondo de Adaptación enviara a la Aseguradora una carta de no siniestro, pues esa fue la exigencia realizada por la entidad aseguradora en la reunión que dio lugar al Arreglo Directo; requerimiento que fue aceptado por la Entidad y plasmó su compromiso de la siguiente manera:

- viii. Con fundamento en ese el Informe Final y Definitivo del Contrato No. 122 de 2013, el **FONDO** se compromete a tramitar dentro de los tres (03) días siguientes, la viabilidad de la suscripción de una certificación de no reclamación o de no siniestro del Contrato No. 122 de 2013 con destino a la compañía aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, para efectos de la actualización de la póliza de cumplimiento respectiva.
- ix. El **CONTRATISTA** entregará al **FONDO** a más tardar el **04 de julio de 2018**, los anexos modificatorios de actualización a la Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 2201313001064 expedida para el Contrato No. 122 de 2013 por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, de conformidad con las modificaciones y suspensiones contractuales realizadas, y la fecha de entrega y recibo a satisfacción de las obras objeto del contrato mencionado.
- x. El **CONTRATISTA** entregará a la **INTERVENTORÍA** a más tardar el día **04 de julio de 2018**, todos los documentos requeridos para la liquidación del Contrato No. 122 de 2013, de acuerdo a las condiciones y términos contractuales.

No obstante lo claro de la obligación a cargo de la Entidad, y de lo indispensable que era para que Payanes Asociados pudiera tramitar la actualización de la póliza, el Fondo la incumplió, como pasa a verse:

En el hecho 27 de la demanda se afirma que el día 14 de agosto de 2018 recibió el Fondo de Adaptación por parte de la Interventoría el Acta Final del contrato:

27. Con oficio R-2018-018799 del 14 de agosto de 2018, la interventoría radicó el informe final del Contrato No. 122-2013, en el cual se indicó que excepto el pago FIC, la presentación de paz y salvos y la actualización de pólizas, el contratista presentó los documentos para la liquidación. Sin embargo, y en razón a que Payanes Asociados se acogió a la Ley de reorganización en el mes de febrero de 2018, no está obligado a presentar los pagos del FIC y los paz y salvos; pero la actualización de las pólizas contractuales es una obligación contractual, la cual se expuso en las mesas de trabajo efectuadas con las partes, y en la cual, la aseguradora solicitó la expedición del certificado de "no siniestro" por parte de la Entidad, para actualizar las pólizas.

Ello quiere decir que la condición de trámite de la carta de no siniestro dirigida a Mapfre debía realizarse, a más tardar, el día 17 de agosto de 2018. No obstante, no fue sino hasta el día 02 de octubre de esa anualidad que se envió tal carta, como se encuentra confeso en el hecho 30 del líbello inicial. Más de un mes se demoró la Entidad en intentar cumplir la condición a la cual se había sujetado la obligación de mi mandante:

30. Mediante oficio E-2018-020015 del 2 de octubre de 2018, la Secretaría General remite el certificado de "no reclamación" a Mapfre Seguros, con el propósito de tramitar la actualización de las garantías de calidad y estabilidad según actas de entrega de las obras.

Ahora, hábilmente podría pensarse y exponerse por la parte activa que el compromiso a su cargo se refería al simple trámite interno de la entidad para el envío de la certificación, no obstante, ello es absurdo no sólo porque un trámite interno no permite cumplir el “efecto” literalmente establecido que es la actualización de la póliza sino porque, además, se trata de la misma entidad que se había obligado, por más divisiones organizaciones internas que tenga. Incluso, si ese es el escenario que se plantea, también hay un incumplimiento, pues tardó la Entidad más de los 3 días dispuestos en el Arreglo Directo para enviar la solicitud a la Secretaría interna “de la misma Entidad”; hecho que también figura confeso en la demanda:

28. Con Memorando I-2018-027144 del 23 de agosto de 2018, se solicitó a la Secretaría General la expedición de una certificación de ~~no siniestro~~ para la aseguradora Mapfre, anexando el

Por ello, sea cual quiera que sea la interpretación que se le dé a este compromiso del Fondo de Adaptación, resulta claro que el mismo no fue cumplido y ello conllevó, finalmente, a que Mapfre decidiera no renovar la garantía única de cumplimiento. Es decir, es claro que no hay una relación de causalidad entre el daño alegado por la demandante (que por demás no existe) y el incumplimiento que se predica de mi mandante, puesto que todo acaeció como consecuencia única y directa del Fondo de Adaptación que no cumplió con el compromiso al que se había llegado y que era fundamental para que Payanes Asociados pudiera tramitar tal actualización.

Por todo lo anterior, solicito al despacho se sirva a declarar probada esta excepción y se nieguen las pretensiones de la demanda que tienen relación con la supuesta responsabilidad civil de Payanes Asociados.

3.6. Incidencia de la víctima en la producción del daño (subsidiaria)

Sin perjuicio de que se encuentra acreditada la inexistencia total de responsabilidad a cargo de la demandada, si en un remoto caso el fallador considera que sí hay un daño antijurídico imputable a Payanes Asociados, le ruego reducir la condena en lo que considere pertinente, atendiendo a que el incumplimiento de la Entidad demandante de la condición u obligación de tramitar y enviar una carta de no siniestro de manera oportuna a Mapfre, incidió de manera determinante en la producción de su propio daño.

Sobre la incidencia de las víctimas en la producción de los daños, la Corte Suprema²⁷ de Justicia ha establecido que se pueden presentar dos escenarios, a saber:

Si la actividad del lesionado resulta “en todo o en parte” determinante en la causa del perjuicio que ésta haya sufrido, su proceder, si es total, desvirtuará correlativamente, “el nexo causal entre el comportamiento del presunto ofensor y el daño inferido”, dando paso a exonerar por completo al demandado del deber de reparación; en tanto, si es en parte, a reducir el valor de ésta.

Respecto a la segunda de ellas, esto es, la incidencia parcial de la víctima en la producción del daño, se ha establecido que su efecto es la disminución de la indemnización pretendida en el porcentaje de participación de la víctima en el hecho dañoso. Veamos²⁸:

según lo preceptúa el artículo 2357 del Código Civil, cuando en la producción del daño participan de manera simultánea agente y lesionado, circunstancia que no quiebra el “nexo causal”, indiscutiblemente conduce a una disminución proporcional de la condena resarcitoria impuesta eventualmente al demandado, la cual, se estimará dependiendo el grado de incidencia del comportamiento de la propia víctima en la realización del resultado lesivo.

3.7. Ausencia de causalidad: hecho de un tercero

La supuesta obligación que se predica como incumplida por mi mandante no dependía en su totalidad de su voluntad o diligencia sino que dependía de la de un tercero como lo era Mapfre. Si se evidencia, en el Arreglo Directo se plasmó que la actualización de la garantía debía hacerse exclusivamente con esa compañía, como puede verse a continuación:

2.8. El **CONTRATISTA** entregará al **FONDO** a más tardar el **04 de julio de 2018**, los anexos modificatorios de actualización a la Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 2201313001064 expedida para el Contrato No. 122 de 2013 por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA**, de conformidad con las modificaciones y suspensiones contractuales realizadas, y la fecha de entrega y recibo a satisfacción de las obras objeto del contrato mencionado.

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Magistrado ponente: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA SC2107-2018. Radicación 11001-31-03-032-2011-00736-01. Bogotá, D. C., doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018).

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Magistrado ponente: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA SC2107-2018. Radicación 11001-31-03-032-2011-00736-01. Bogotá, D. C., doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018).

Salta a la vista, entonces, que la satisfacción de tal pretensión dependía en gran medida de la voluntad por parte la Aseguradora.

Bajo ese panorama, se pone de presente que fue dicha compañía aseguradora quien de manera injustificada no accedió a que la garantía única fuese actualizada, a pesar de los intentos y la diligencia que desempeñó mi mandante. Todo el fundamento fáctico que sirve de base a esta excepción ya se encuentra desarrollado en la excepción 3.3. *No medió culpa ni dolo por lo que no hay título de imputación supra* de este escrito, que demuestran que siempre se hicieron exigencias injustificadas, en contra de las normas imperativas de la contratación estatal, y por fuera del alcance de una empresa en reorganización, para no actualizar las garantías

Incluso, la compañía dentro de su contestación a la demanda no da razón que haya justificado tal negativa, tal como sucedió cuando mi mandante realizó ante ella las diligencias propias de la aparente obligación a su cargo.

Ello, a todas luces, constituye un eximente de responsabilidad como lo es el hecho de un tercero que elimina la relación causal que pretenda imputarse contra Payanes Asociados.

3.8. Incidencia de un tercero en la producción del daño de la víctima (subsidiaria)

Si el despacho considera que la negativa injustificada de actualizar la póliza y la exigencia de requisitos fuera de las normas imperativas y del alcance de Payanes Asociados no es la causa eficiente única de la producción del daño alegado por el demandante, solicito se dé aplicación al inciso final del artículo 140 del CPACA que literalmente reza:

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño (subrayas propias).

3.9. Arts. 871 y 1234(1), C. de Cio.—Teoría de los actos propios

De manera subsidiaria, se invoca la aplicación de la teoría de los actos propios dadas las siguientes razones de hecho y derecho:

Desde la primera modificación contractual, el Fondo de Adaptación consintió y aceptó que Payanes Asociados ejecutara dichas prórrogas y adiciones sin necesidad de actualizar las garantías. Esta situación generó en Payanes la confianza legítima de que en el marco de

la ejecución de ese contrato regulado por las normas de derecho privado no se requería tal actualización de las pólizas en dichas etapas.

Así las cosas, el Fondo fue en contra de sus propios actos al intentar redefinir sobre la marcha los parámetros de ejecución de las prórrogas del Contrato y empezar a exigir insistentemente la actualización de estas garantías. Incluso, tal cambio de postura, que se presentó después de muchos meses de haber actuado de otra manera, se presentó con el fin de evitar pagar a Payanes los dineros retenidos como garantía, es decir, cuando ya las obras estaban concluidas.

3.10. Sobre la liquidación del contrato

En la demanda se plantea como pretensión la liquidación del contrato, tal como se ve en el numeral 2 y 3 del líbello inicial. Sobre esta pretensión, puntualmente de la liquidación, esta parte se allanó, debido a que resulta fundamental que se de fin mediante liquidación al contrato suscrito entre las partes y con ello se establezcan los derechos y obligaciones de cada parte.

La única diferencia que surge al respecto es sobre algunas cifras que se plantean en la pretensión tercera de la demanda; no obstante, sobre las demás, hay coincidencia. De hecho, para efectos gráficos, se pondrá de presente los valores en los cuales hay coincidencia entre la parte demandante, según su demanda, y Payanes Asociados, los cuales se reflejan, igualmente, en el acta de liquidación que se intentó y nunca se firmó; salvo diferencias mínimas que, para el efecto, por allanamiento a las pretensiones, se acogieron las de la demanda:

Valor ejecutado 10.187.510.902	4 VALOR EJECUTADO (CONSULTORIA Y OBRA) 5 SALDO NO EJECUTADO A LIBERAR (3-4)	\$ 993.872.400,66 \$ 10.210.550.403,66 \$ 10.187.510.902,26	2 Valor total ejecutado:	\$10.187.906.071,26
Valor pagado 9.260.767.393	6 VALOR TOTAL PAGADO 7 VALOR POR GIRAR AL CONTRATISTA POR RETENCIÓN DE GARANTÍA	\$ 23.039.501,40 \$ 9.260.767.393,36	3 Valor total pagado:	\$ 9.260.767.393,36
Retegrarantía 859.325.864	7 VALOR POR GIRAR AL CONTRATISTA POR RETENCIÓN DE GARANTÍA 8 SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA POR EJECUCIÓN ETAPAS I Y II	\$ 9.260.767.393,36 \$ 859.325.864,00	7 Valor por concepto de Retención de Garantía Etapa II	\$ 859.325.864,00
Saldo por amortizar 73.969.876	9 SALDO POR AMORTIZAR 10 SALDO POR DESCONTAR AL CONTRATISTA POR MAYOR PERMANENCIA DE LA INTERVENTORIA	\$ 926.743.508,91 \$ 73.969.876,00	4 Saldo pendiente por amortizar:	\$ 73.969.876,00
Mayor permanencia 226.786.421	10 SALDO POR DESCONTAR AL CONTRATISTA POR MAYOR PERMANENCIA DE LA INTERVENTORIA, OTROSÍES 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15, Etapa II 11 VALOR RECLAMADO POR EL FONDO ADAPTACIÓN	\$ 73.969.876,00 \$ 226.786.421,00	5 Saldo a favor del FONDO ADAPTACIÓN por concepto de Mayor permanencia Interventoria Otrosíes 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14 y 15 Etapa II	\$ 226.786.421,00
Descuento estampilla 3.780.080	12 DESCUENTO POR CONCEPTO ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDADES NO COBRADA 13 VALOR PENDIENTE DE PAGO AL CONTRATISTA	\$ 3.780.080,24	6 Deducciones no practicadas, según certificación financiera 31/7/2018	\$ 3.780.080,24

Valores coincidentes

Atendiendo a ello, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

a. Sumas a favor de Payanes Asociados:

- (Valor ejecutado – Valor pagado) = 926.743.509
- Retegrarantía = 859.325.864
- TOTAL = 1.786.069.373**

b. Sumas a favor del Fondo de Adaptación por descontar

- Amortización: 73.969.769
 - Mayor permanencia: 226.786.421
 - Estampilla: 3.780.080
- TOTAL = 304.536.270**

c. Valor final que debe reconocerse a Payanes Asociados en virtud de la liquidación del contrato

- (Sumas a favor de Payanes Asociados – Sumas a favor del Fondo de Adaptación por descontar) = 1.481.532.993

d. Valor en discusión, según liquidación de la demanda:

- Valor reclamado por el Fondo de Adaptación por mayor permanencia de la interventoría, Otrosí 16: 40.348.750,02
- Perjuicios estimados por el fondo causados por el actuar del contratista de obra: 5.531.331.932

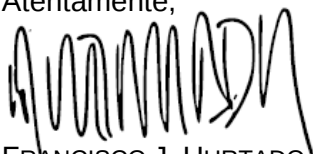
Ahora, sobre estas diferencias, no deberá el despacho reconocerlas en la liquidación que realice del negocio jurídico en la medida en que, (i) frente al valor reclamado por mayor permanencia en la obra, no figura ninguna prueba que lo demuestre y (ii) los perjuicios deberán ser desestimados por los motivos explicados en las anteriores excepciones probadas.

En consecuencia, solicito al Tribunal que se proceda a realizar la liquidación del contrato, tal como fue solicitado por la parte demandante y que fue objeto de allanamiento por el suscrito y, en consecuencia, se establezcan los valores finales de este, y los derechos y obligaciones de cada parte y que, conforme a lo indicado anteriormente, dicha liquidación se haga de la siguiente manera:

No.	Concepto	Valor
1	Valor inicial del contrato	9.216.678.003
2	Adiciones	993.872.400,66
3	Valor total del contrato incluido adiciones	10.210.550.403,66
4	Valor ejecutado	10.187.510.902,26
5	Saldo no ejecutado	23.039.501,40
6	Valor total pagado	9.260.767.393,35
7	Valor a favor de Payanes por retregarantía	859.325.864
8	Saldo a favor del contratista por ejecución del contrato (4-6)	926.743.508,91
9	Saldo por amortizar	73.969.876
10	Saldo por descontar por mayor permanencia de la interventoría	226.786.421
11	Descuento por estampilla pro-universidades	3.780.080,24
12	Saldo a favor de Payanes Asociados (7+8) – (9+10+11)	1.481.532.993
13	Saldo a favor del Fondo de Adaptación	-1.481.532.993

Se reitera que los valores consignados en el cuadro anterior, atienden en su literalidad a los consignados en la demanda, salvo los numerales no acreditados y sobre los cuales se presentó la debida oposición por el suscrito en la contestación a la demanda

Atentamente,



FRANCISCO J. HURTADO LANGER
T.P. 86.320 del C.S. de la J.