

Señores

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

M. P. Dr. Fredy Hernando Ibarra Martínez

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIA CONTRACTUALES

RADICADO: 17001233300020180000602

DEMANDANTES: PROCOPAL S.A. E INGENIERÍA DE VÍAS S.A.S.

DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS

LLAMADA EN GARANTÍA: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.** identificada con NIT 860.524.654-6, presento **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**, dentro del trámite de apelación de la sentencia del 19 de noviembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, solicitando desde ya, se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** para mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas por mi defendida en su debida oportunidad. Lo anterior, con fundamento en los argumentos que esbozaré en los siguientes acápites:

CAPÍTULO I. **OPORTUNIDAD**

El 17 de junio de 2024 fue notificado por estados el Auto de fecha 30 de mayo de 2024, por medio del cual, se corrió traslado común a las partes por el término de 10 días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la providencia, para formular los alegatos de conclusión dentro del proceso de la referencia. En ese orden de ideas, los días hábiles para efectos del conteo corresponden al 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27 y 28 de junio, y día 02 de julio. En consecuencia, a la fecha me encuentro en término para radicar el presente escrito.

CAPÍTULO II. **ANÁLISIS DE LO PROBADO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EFECTUADO AL** **CONSORCIO ETSA PEBSA**

1. SE ACREDITÓ LA INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL **CONSORCIO ETSA PEBSA DE ACUERDO CON EL OBJETO DE LITIGIO**

En virtud de las pruebas documentales que conforman el expediente, tales como el escrito de demanda, las circunstancias de hecho y de derecho en las que esta se fundamenta, así como las pretensiones de la parte actora en primera instancia, es claro afirmar que la parte demandante en el presente asunto siempre ha perseguido, entre otras cosas, que se declare y condene al extremo pasivo del litigio, esto es al Instituto Nacional de Vías – INVIAS, por las mayores cantidades de obra que no fueron supuestamente remuneradas durante la ejecución del contrato de obra suscrito No. 063-2009.

En tanto, el Consorcio ETSA PEBSA entra al proceso como llamado en garantía por el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, sin que este último formulara pretensiones en su contra ni cuestionara la ejecución del contrato de interventoría No. 1478 de 2009, y sólo con la finalidad de que se hiciera responsable en el evento donde se hubiera proferido sentencia condenatoria por incumplimiento del contrato de obra No. 663 de 2009.

Lo anterior, quedo ampliamente acreditado en escrito de llamamiento en garantía que reposa en el expediente, así como en el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante el cual, se fijó el litigio del proceso y se determinó que este se circunscribía a dilucidar sobre lo siguiente:

1. ¿Demuestra la parte demandante que el Instituto Nacional de Vías incurrió en los incumplimientos contractuales alegados según el clausulado del **contrato de obra No. 663 de 2009?**
2. ¿Demostró la parte demandante una ruptura del equilibrio financiero **en la ejecución del contrato de obra No. 663 de 2009** suscrito entre el Consorcio Vías del Centro y el Instituto Nacional de Vías, que deba ser compensada por parte de la entidad contratante?

En caso de que alguna de las dos preguntas anteriores se responda de manera afirmativa se debe resolver:

3. ¿Tiene derecho la parte demandante al pago de las sumas de dinero que reclama en la demanda?

Frente a los llamamientos en garantía se deberá analizar en caso de que prosperen las pretensiones:

4. ¿Tiene derecho el Instituto Nacional de Vías — INVIAS a que la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia, en virtud de la póliza de seguros de cumplimiento de entidades públicas No. 435-47-994000002166, pague a su nombre la condena que eventualmente se le imponga? ¿En qué proporción?
5. ¿Tiene derecho el Instituto Nacional de Vías — INVIAS a que las sociedades Estudios Técnicos S.A.S. y Pablo Emilio Bravo Consultores S.A.S., en su calidad de integrantes del Consorcio ETSA PEBSA, interventor del contrato de obra No. 663 de 2009, paguen a su nombre las condenas que eventualmente le impongan? ¿En qué proporción?

En ese orden de ideas, es claro que el objeto del litigio consiste en determinar la viabilidad de declaratoria de incumplimiento, en cabeza del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, respecto al contrato de obra No. 663 de 2009. Sobre el llamamiento en garantía, el litigio se fijó en establecer la viabilidad de pago de una eventual condena por parte del Consorcio ETSA PEBSA frente a una declaración de incumplimiento a cargo Instituto Nacional de Vías – INVIAS por el contrato de obra No. 663 de 2009, **más no frente al contrato de interventoría No. 1478 de 2009 o su ejecución.**

En consecuencia, y como se puede observar a la fecha en cada una de las etapas procesales llevadas a cabo, en ninguna de estas se ha cuestionado el cumplimiento a las obligaciones del contrato de interventoría No. 1478 de 2009, por el contrario, tanto el objeto de litigio como los actos procesales realizados se han encaminado en acreditar o desvirtuar el incumplimiento al contrato de obra No. 663 de 2009. Frente a este último, debe anotarse que el mismo se suscribió entre el Instituto Nacional de Vías – INVIAS en calidad de contratante y el Consorcio Vías del Centro en calidad de contratista de obra, por tanto, en la ejecución contractual de ese tipo negocial no tuvo intervención alguna el Consorcio ETSA PEBSA. Frente a esta última entidad, su objeto como calidad de interventora deviene del contrato de interventoría No. 1478 de 2009, sobre el cual, se insiste, no se probó incumplimiento contractual, pero además, nunca se ha cuestionado su cumplimiento.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente, tener como cierto este alegato al momento de emitir fallo.

2. SE ACREDITÓ EL CUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO ETSA PEBSA RESPECTO AL CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. 1478 DE 2009

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso manifestarse sobre el buen actuar del interventor respecto con la ejecución de las obligaciones a su cargo en virtud del contrato de interventoría No. 1478 de 2009.

El Instituto Nacional de Vías – INVIAS cimentó el llamamiento en garantía al Consorcio ETSA PEBSA en virtud de la cláusula 9 del contrato de obra No. 663 de 2009, que estipuló:

"CLÁUSULA NOVENA: FORMA DE PAGO, — El instituto pagará al contratista el valor de este contrato mediante la presentación de actas mensuales de obras, refrendadas por el Contratista, interventor, los Supervisores del Contrato y de Proyecto y el Ordenador del pago respectivo, anexando el seguimiento al programa de inversiones del correspondiente mes, aprobado por el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras del INSTITUTO y la verificación del pago del período correspondiente de los aportes a seguridad social y parafiscales del personal vinculado laboralmente con el CONTRATISTA.

La acreditación de estos aportes se requerirá para la realización de cada pago derivado del contrato, al tenor de lo dispuesto por el artículo 23 de la ley 1150 de 2007. **No obstante lo anterior, las cantidades de obra y valores consignados en la respectiva Acta de obra, son de**

responsabilidad exclusiva del Interventor y del CONTRATISTA.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Ahora bien, con los testimonios practicados dentro del proceso, se logró dilucidar la errónea interpretación que el apoderado judicial del Instituto Nacional de Vías – INVIAS había adoptado respecto a la cláusula en mención, por cuanto este pretendía que en virtud de lo descrito, se trasladara la obligación de pago a la interventoría bajo el entendido de que los valores consignados en las respectivas actas de obra eran de responsabilidad exclusiva del interventor y del contratista.

Al respecto, reposa en el expediente la declaración rendida por Lina María Lozano, residente de planos y coordinadora de proyectos del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, que manifestó que se adelantaron setenta (70) actas parciales y que las cantidades de obra siempre se conciliaron entre la interventoría y el contratista. También, la declaración de Hernando Chica Aguirre, administrativo del consorcio EPSA PEBSA, que manifestó que tuvo conocimiento de dos requerimientos del contratista Consorcio Vías del Centro, donde solicitaron evaluar unas mayores cantidades de obra ejecutadas, requerimiento que fue incluido en el Acta de Obra No. 70. Adicionalmente, Diana Carolina Daza Vallejo, quien ostentó el cargo de abogada de la sociedad Estudios Técnicos S.A.S. (que conforma el Consorcio EPSA PEBSA), manifestó en su declaración que tuvo conocimiento de dos requerimientos por parte del contratista durante el término de ejecución del contrato y que los mismos fueron incluidos en el Acta de Obra No. 70, pero que los realizados por fuera del término de ejecución del contrato se habían radicado a través de derechos de petición.

En consecuencia, de los testimonios practicados se logró acreditar que el Consorcio ETSA PEBSA cumplió con su responsabilidad como interventoría, y que las reclamaciones por obras adicionales surgieron después de la elaboración de las actas parciales, incluso cuando el término de ejecución del contrato ya había finalizado. Por tanto, la responsabilidad descrita en la cláusula novena fue ejecutada de manera adecuada por el interventor, reclamaciones que en cualquier caso corresponden a unas sumas de dinero distintas a las que la actora pretende hacer valer a su favor ante esta sede judicial.

Ahora bien, para efectos de claridad respecto a la responsabilidad a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVIAS sobre los requerimientos presentados por fuera del término de ejecución del contrato, se cita el testimonio de Diana Carolina Daza Vallejo declarado en audiencia de practica pruebas del 11 de septiembre de 2019, quién ostentó el cargo de abogada de la sociedad Estudios Técnicos S.A.S., representante del Consorcio EPSA PEBSA:

“Tuve conocimiento entonces, a finales del 2015, en diciembre de 2015, porque en ese momento se suscribió el acta de recibo definitivo de las obras del contrato 663 de 2009. En esa acta de recibo definitivo, el INVIAS y el contratista de obra dejaron una nota que establecía que estaban pendientes los planos record de la obra. Como le digo eso fue para diciembre de 2015, el contrato terminó su ejecución a mediados del 2015, si no estoy mal, y ante esa situación yo me involucraba, tuve

conocimiento de todos los hechos, porque acudimos en varias oportunidades al INVIAS para pedirle directrices, guía, de cómo debíamos proceder a la liquidación del contrato, considerando esos pendientes que habían quedado en el acta de recibo definitivo. Entonces, en marzo de 2016, tuvimos una reunión en el INVIAS, en donde fuimos a donde el subdirector de la red nacional de carreteras, en ese momento, si no estoy mal, era el funcionario Carlos Méndez, o Meléndez, a quien le expusimos la situación de que los planos record no se tenían en ese momento y de que el contratista de obra había radicado unos derechos de petición con posterioridad a la ejecución del contrato. Entonces, en esa reunión básicamente la instrucción que nos dio el INVIAS fue que procediéramos tanto interventoría como contratista de obra, a revisar los planos record, a dejarlos en versión definitiva, y entregarlos al INVIAS, y con base a eso, proceder a hacer la revisión de los derechos de petición presentados por fuera del plazo de ejecución, extemporáneamente por el contratista de obra, que entiendo, son los mismos derechos de petición de los cuales nacen sus pretensiones. En ese mes, nosotros lo que hicimos fue realizar la revisión de los planos record, y es la misma, los planos record se le entregaron al INVIAS en abril de 2016, o mayo de 2016. Después, cuando volvimos al INVIAS para presentarle los resultados de esos análisis, hubo un cambio en la subdirección del INVIAS, ya no estaba el doctor Méndez o Meléndez, sino un nuevo subdirector, doctor Olluela, y a él le expusimos que después de haber revisado los planos record y los derechos de petición, existía la posibilidad de unas mayores cantidades de obra ejecutadas. Es de anotar que en la primera reunión en marzo, el INVIAS nos había dicho que eso no tenía ningún inconveniente porque eso lo podíamos ajustar en el acta de liquidación que estaba en trámite. Sin embargo, cuando llegamos a esta segunda reunión, dos o tres meses después, lo que ocurrió es que el INVIAS nos dijo que eso no se podía hacer en el acta de liquidación, y que lo que debía hacerse era una solicitud de conciliación prejudicial, porque se tenía que pagar por ese rubro. Yo estuve en ambas reuniones, entonces recuerdo bien que ese fue el motivo del cambio. Nos dijeron preséntenlo por vía de conciliación, y de hecho, quedó instruido por el INVIAS que tenía que hacerse esa solicitud por el contratista de obra. Como a los dos meses, si no estoy mal, el contratista de obra presentó su solicitud de conciliación prejudicial, por unas mayores cantidades, no recuerdo exactamente la cifra pero no sé si eran \$4.000.000.000 o \$5.000.000.000, y de esa solicitud de conciliación prejudicial, el INVIAS le corrió traslado a la interventoría, y la interventoría se pronunció, en un documentos escrito, ese si lo recuerdo bien, es del 8 de julio de 2016, y en ese documento la interventoría le recomendó al INVIAS que hiciera una conciliación prejudicial, porque habían, en efecto, unas mayores cantidades, no eran las que reclamaba el contratista, era mucho menos, pero sí habían unas mayores cantidades que se habían identificado y que se le recomendó al INVIAS pagar, tal como además nos los habían instruido unos meses atrás. Sin embargo, cuando llegamos a la audiencia de conciliación prejudicial, el INVIAS pues la interventoría hizo la recomendación, y el INVIAS manifestó que no iba a conciliar, y pues hasta ahí tuve conocimiento totalmente de los hechos y pues de todo lo que pasó en ese momento.

[...]

Recuerdo que la cláusula 8 del contrato de obra establecía que las actas mensuales eran provisionales, no iban a ser definitivas, en esa misma cláusula se dice que las únicas cantidades definitivas eran las del recibo de obra final, pero teniendo en cuenta que para este caso específico, las partes dejaron la constancia de que esas obran no eran definitivas, sino que eran aproximadas y podrían variar, por eso se llegaba a la conclusión de que ninguna de las 70 -71 actas provisionales

mensuales, ni el acto de recibo, eran definitivas ni finales, y que por tanto, la única acta que iba a ser definitiva y final, en concepto de la interventoría, era el acta de liquidación del contrato de obra No. 663 de 2009, acta de liquidación que no se suscribió."

De la declaración transcrita se concluye que las reclamaciones por mayores obras ejecutadas fueron presentadas por fuera del término de ejecución del contrato No. 663 de 2009, no obstante, en el Acta de Obra No. 70 se advirtió y firmó por las partes que estaban pendientes los planos record, por tanto, solamente a partir de este documento se podría determinar sobre la existencia y el valor de las mayores obras ejecutadas reclamadas. Además, con base en lo establecido contractualmente, las actas suscritas no eran finales, podría haber variaciones, de allí la denominación de actas provisionales, y solamente con el acta de liquidación se podría hablar de acta definitiva. Esto, sumado a lo probado dentro del proceso respecto a la ejecución contractual, confirma que de existir alguna obligación por mayores obras ejecutadas, corresponde al Instituto Nacional de Vías – INVIAS efectuar el pago correspondiente, y en ningún caso el pago será atribuible al Consorcio ETSA PEBSA, mucho menos cuando está acreditado el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría No. 1478 de 2009 y que además, la situación siempre fue advertida y conocida por parte del Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

Lo expuesto, fue reforzado con los documentos aportados a la declaración de la señora Diana Carolina Daza Vallejo, particularmente el referido al oficio de fecha 08 de julio de 2016 y que acredita lo declarado por la testigo en la declaración arriba transcrita, en el sentido de que obra en el expediente comunicación del Consorcio ETSA PEBSA dirigida al Instituto Nacional de Vías – INVIAS en la que se le recomendó asumir una postura conciliatoria con ocasión la solicitud realizada por el Consorcio Vías del Centro, tal como se transcribe a continuación:

[...]

La interventoría explicó como hizo la revisión de todas las mayores cantidades, en ese momento presuntas, a partir de los derechos de petición radicados por el contratista de obra. (...) Para evaluar esta solicitud y su cuantía, la interventoría adelantó el siguiente procedimiento de verificación y depuración:

1. Inicialmente se revisaron todos los ítems que el contratista pretendía cobrar, encontrando que algunos de estos ítems no se podían verificar directamente en campo sin realizar la destrucción de algunas de las obras. Tal es el caso de las excavaciones o llenos estructurales para cunetas y muros. En este sentido, esta clase de ítems no visibles ni verificables en campo sin destruir obra construida, se excluyeron de forma inmediata dada la imposibilidad de su verificación sin afectar la obra ya construida.
2. Para las cantidades restantes, procedió a corroborar que no hubieran sido pagadas, y para ello, reviso cada una de las actividades reclamadas frente a las 70 actas parciales de pago, validando que la actividad o ítem reclamado no estuviera pagado ni - directamente, ni dentro de otro grupo de ítems. En este paso, de la verificación se descontaron relativamente pocas cantidades.

3. Posteriormente se corrigieron los formatos elaborados por el contratista, algunos errores aritméticos.
4. Contando con la seguridad de que las cantidades actividades restantes no se habían pagado en las actas parciales, se procedió a verificar en campo las mismas, haciendo la debida medición, para validar su existencia y que las medidas reclamadas coincidieran con la realidad. En esta parte del proceso, se descartaron cantidades completas, o parte de la cantidad reclamada, ya fuera por que no se encontraban en campo o porque la medida no era como la estaba reclamando el contratista.
5. La siguiente verificación se concretó en comparar las cantidades que pasaron los filtros anteriores con los diseños de la obra y todo aquello que estuviera excediendo los diseños se excluyó, salvo lo que contara con autorizaciones de la interventoría. Un ejemplo de ellos estuvo en las cantidades de pavimento solicita para pago, sobre anchos que estaban por fuera de los diseños y no contaban con la debida autorización de la interventoría, esos se excluyeron.
6. Cabe destacar que en la información entregada por el contratista, también se detectaron inconsistencias en los reclamos, puesto que se encontraron casos donde cobrara el concreto de una obra y el acero de otra, pero en la misma accisa. Esta situación fue debidamente corregida y las cantidades no aplicables se descartaron de inmediato.

En este sentido, concluyó la interventoría:

"Si bien es cierto que dentro el presente asunto el contratista de obra falló en su deber de informar de manera oportuna a lo largo de la ejecución contractual sobre las mayores cantidades de obra que hoy reclama, en criterio de esta interventoría no reconocerá aquellas que pudieron ser verificadas medidas en campo, y que en efecto no han sido pagadas, podría conllevar un enriquecimiento sin causa del INVIAS, que podría ser equilibrado por el Juez del contrato dentro del medio de control respectivo. Lo anterior, sumado al hecho de que el contrato de obra fuera pactado a precios unitarios y que a la fecha todas las partes intervinientes han sido conocedoras de la provisionalidad de las actas parciales, y aceptaron con la firma el acta de recibo definitivo que la descripción detallada y cantidades finales estarían sujetas a la entrega de los planos record, cosa que ocurrió el pasado 6 de junio de 2016, lleva a esta interventoría a **recomendar al INVIAS conciliar con el contratista una suma no superior a \$1.800.000.000.** Lo anterior considerando que por la falta de oportunidad del contratista de obra en sus reclamos, no debe reconocerse ni reajustes ni intereses de mora." (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Esta advertencia demuestra el traslado del riesgo del Consorcio ETSA PEBSA al Instituto Nacional de Vías – INVIAS, y además, el cumplimiento del contrato de interventoría No. 1478 de 2009, en los referente a sus obligaciones técnicas, financieras y jurídicas. Al respecto se cita uno de los últimos fragmentos en la declaración de la señora Diana Carolina Daza Vallejo:

"En varias oportunidades se le dijo y se le manifestó al INVIAS que no había perjuicio económico. En criterio de la interventoría no hay perjuicio para el INVIAS porque básicamente se trata de cantidades adicionales que estaban puestas en la vía. Entonces, necesariamente por eso Se debían pagar. Son,

además, cantidades plenamente normales dentro de esos contratos de obra a precios unitarios sin formula de reajuste, porque, digamos que en esos contratos normalmente se sabe solo hasta el final cuales son las cantidades definitivas que se ejecutan, después de que se tienen los planos record. Entonces, al INVIAS se le manifestó en muchas oportunidades que en criterio de la interventoría no había perjuicio económico para la entidad, sino que lo que había era un pago de lo debido, y que el momento justo para hacer ese ajuste de cuentas era al momento de la liquidación. De hecho, la interventoría le aportó a INVIAS ante todas las manifestaciones que tuvo en contra la interventoría, un dictamen pericial, concepto técnico de un experto ingeniero técnico, en el cual se intentaba probar que no había perjuicio para la entidad. De hecho, todo lo que manifestaban los técnicos en su momento, tanto los representantes del consorcio, bueno los ingenieros en su momento, y lo que hice aquí, que también lo quiero aportar, es que las variaciones que tuvo, o sea, el reconocimiento de estas mayores cantidades que hizo la interventoría, no eran exagerados ni anormales en esta clase de contratos, porque se trata de una variación del 1%."

Con fundamento a todo aquí expuesto, queda acreditado el cumplimiento del Consorcio ETSA PEBSA en su calidad de interventor, pues realizó todos los estudios técnicos necesarios para revisar los requerimientos realizados por el contratista de obra, y además, conceptuó sobre la gestión que recomendaba realizar al Instituto Nacional de Vías – INVIAS. No es cierto que el pago de las reclamaciones posteriores sea atribuible al Consorcio ETSA PEBSA, llamado en garantía con ocasión del contrato de obra No. No. 663 de 2009, pues las obligaciones de ese contrato son relativas a las partes que lo suscribieron, y según todo lo dicho en el acápite anterior, al Consorcio ETSA PEBSA solamente le eran exigibles las obligaciones derivadas del contrato de interventoría No. 1478 de 2009 sobre el cual nunca se pretendió la declaratoria de incumplimiento, ni se probó el incumplimiento de este. Al contrario, y como se argumentó ampliamente en este acápite, se demostró que el Consorcio ETSA PEBSA cumplió a cabalidad las previsiones técnicas, jurídicas y financieras a su cargo.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente, tener como cierto este alegato al momento de emitir fallo.

3. SE ACREDITÓ LA INEXISTENCIA DE PRUEBA DE LA PARTE ACTORA EN LA EXCESIVA TASACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN PRETENDIDA

Aún cuando la parte actora en sede de apelación argumenta que fue limitada de forma reiterada a la facultad probatoria que a esta le asiste, lo cierto es que durante el transcurso de todo el proceso el Honorable Tribunal Administrativo de Caldas decretó y practicó todas las pruebas que consideró útiles, necesarias y pertinentes para llegar al sano convencimiento de lo ocurrido. Situación distinta en todo sentido, a la incapacidad del actor de acreditar el incumplimiento contractual o desequilibrio económico del contrato No. 633 de 2009 o sobre el enriquecimiento sin justa causa alegado.

Por tanto, no es cierto la falta de valoración probatoria alegada por el apelante, pues los perjuicios solicitados por concepto de obras ejecutadas en el marco del contrato No. 0663 de 2009 y no

pagadas por el contratante, aún siguen siendo infundadas y lo cierto es que la parte actora se limitó estrictamente a reclamarlos sin allegar ningún respaldo probatorio durante el debate probatorio del proceso que diera cuenta de su acaecimiento. Tan es así, que, en la acción de tutela incoada por el demandante, todas las pruebas que intentó presentar fueron rechazadas porque el juez constitucional consideró que no hubo violación del debido proceso.

En ese orden de ideas, como quiera que el Consejo de Estado ha establecido que para que el perjuicio alegado sea indemnizado este debe ser declarado como cierto, y que la certeza se obtiene a través de la prueba, misma que para el caso concreto brilla por su ausencia; es clara la falta de sustento probatorio que sobreviene a la reclamación del presunto perjuicio.

Por último, solo resta adicionar, que de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable al presente litigio por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, es decir a la parte actora, quien al no cumplir con la misma, incurrirá en un obstáculo insalvable para la prosperidad de lo pretendido.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente, tener como cierto este alegato al momento de emitir fallo.

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS DE LO PROBADO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO POR EL CONSORCIO ETSA PEBSA A LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

- 1. SE ACREDITÓ LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DE LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA EN VIRTUD DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO No. 435-47-99400002166 EXPEDIDA POR ELLA, COMO QUIERA QUE ÉSTA NO AMPARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO NO. 0663 DE 2009**

La legitimación en la causa, como bien es sabido, consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)', es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida, objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente forma:

La legitimación en la causa, por el lado activo, es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la

identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho"; en casos como el presente, la legitimación material en la causa por pasiva se da, si el llamado en garantía es la persona llamada a responder, en el evento de probarse todos los elementos de la responsabilidad en cabeza de los demandados y del llamante en garantía, como lo ha dicho la Sala, "La legitimación ad causam material alude a **la participación real de las personas**, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De igual manera, el Honorable Consejo de Estado mediante sentencia del 04 de febrero de dos mil 2010, C. P. Mauricio Fajardo Gómez., ha dicho sobre la legitimación material en la causa por pasiva lo siguiente:

Por su parte, **la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas.**

En conclusión, "(...) la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, **ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.**

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho, pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando **a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar** puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido **o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.**

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, **legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales;** por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia - de mérito favorable a una o a otra. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

En el presente caso, si bien es viable afirmar que la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., suscribió un contrato de seguro con el Consorcio ETSA PEBSA, donde funge como asegurado el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, dicha relación sustancial, no legitima a éste último para llevar a cabo la convocatoria en pie, pues al tenor literal de la citada póliza, el contrato de seguro tuvo por objeto:

*“GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO, EL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO, EL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES Y LA CALIDAD DEL SERVICIO SUMINISTRADO **DEL CONTRATO NO. 1498/SEPTIEMBRE DE 2009** REFERENTE A: INTERVENTORÍA TÉCNICA, LEGAL, FINANCIERA, ADMINISTRATIVA, AMBIENTAL, PREDIAL Y SOCIAL, DEL PROYECTO “ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTION SOCIAL, PREDIAL AMBIENTAL Y CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO HONDA MANIZALES” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

Consecuente con lo anterior y descendiendo al caso de estudio, es preciso advertir que como se demostró en el proceso, los hechos demandados por los actores están orientados a la reclamación de perjuicios derivados de un presunto incumplimiento, en que a juicio de la parte activa incurrió el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS frente al contrato No. 0663 de 2009, no obstante, tal como se observa, la póliza No. 435-47-994000002166, no se extiende a amparar eventos como el que aquí se discute, sino que por el contrario, le es completamente ajeno al debate aquí desplegado, pues su cobertura se circunscribe exclusivamente a amparar el cumplimiento, la calidad, entre otras, del contrato de interventoría No. 1498 de 2009.

Así pues, debo señalar que si bien el INVÍAS, funge como asegurado dentro del contrato de seguro que sirvió de base para vincular a mi representada en éste proceso, ese contrato, está llamado a amparar el cumplimiento de la relación contractual suscrita entre ésta y el consorcio ETSA PEBSA, de manera que la fuente de la eventual obligación indemnizatoria es el contrato de interventoría No. 1498 de 2009, y no, el eventual incumplimiento del contrato No. 663 de 2009 que pretende establecerse en el proceso.

En este orden de ideas, es claro que la póliza No. 435-47-994000002166, no guarda relación alguna con los hechos que motivaron el litigio, pues en ningún aparte de la demanda o recurso de apelación propuesto, se ha efectuado censura alguna frente al cumplimiento del contrato amparado, por el contrario, lo que se pretende, es establecer un incumplimiento del contrato No. 0663 de 2009, riesgo éste, que no tiene ningún tipo de cobertura bajo el tamiz de la citada póliza.

Como pudo apreciarse en cada etapa procesal, en ninguna de estas se cuestionó el cumplimiento a las obligaciones del contrato de interventoría No. 1478 de 2009, por el contrario, todas y cada una estuvieron encaminadas a acreditar o desvirtuar el incumplimiento al contrato de obra No. 663 de 2009. Frente a este último, debe recordarse que el mismo se suscribió entre el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS en calidad de contratante y el Consorcio Vías del Centro en calidad de contratista de obra, por tanto, en la ejecución contractual de ese tipo comercial no tuvo intervención alguna el Consorcio ETSA PEBSA. Frente a esta última entidad, su objeto como calidad de interventora deviene del contrato de interventoría No. 1478 de 2009, sobre el cual, se insiste, no se probó incumplimiento contractual, pero, además, nunca se cuestionó su incumplimiento.

Es por lo anterior que, a mi representada Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., ni aún en el evento de hallarse probado lo que la parte actora alega, le resultaría exigible obligación indemnizatoria alguna, pues con ocasión de los hechos demandados, no ha sobrevenido la condición de que pende su nacimiento, como lo es el incumplimiento contractual del contrato de interventoría No. 1498 2009, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y el Consorcio ETSA - PEBSA.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente, tener como cierto este alegato al momento de emitir fallo.

2. SE ACREDITÓ QUE EL OBJETO DE LITIGIO NO TIENE NADA QUE VER CON EL RIESGO ASEGURADO MEDIANTE LA PÓLIZA No. 435-47-994000002166

Sin perjuicio de lo anterior, en forma subsidiaria sólo en el remoto evento en que no se llegara a declarar probada la falta de legitimación material por pasiva, resulta necesario indicar que la cobertura de la póliza utilizada como fundamento del llamamiento en garantía por el Consorcio ETSA PEBSA, se extiende con sujeción a las condiciones de la mismas, es decir, a amparar los riesgos asegurados en que pudiese incurrir el interventor, con ocasión del desarrollo del contrato No. 1498 de 2009, que de conformidad con el condicionado particular de la citada póliza, se circunscribe a:

“DESCRIPCIÓN DE AMPAROS

CONTRATO

CUMPLIMIENTO

CALIDAD DEL BIEN O SERVICIO

ANTICIPO

PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIÓN” (Subrayado y negrilla por fuera del texto original)

Así las cosas, y al tenor de lo dispuesto por el Código de Comercio, mi representada sólo está obligada a responder por el siniestro, al tenor de las obligaciones expresamente estipuladas en la póliza, luego no puede entenderse comprometido el asegurador por riesgos que no le fueron trasladados por el tomador. Entonces bien, la cobertura de la póliza No. 435-47-994000002166 está delimitada necesariamente por el amparo que otorgaron al Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, como lo confirma el análisis del texto del contrato de seguro, de manera que, se concluye sin lugar a duda que, en tanto los hechos del presente medio de control no censura ni el cumplimiento ni la calidad del servicio prestado por el Consorcio ETSA PEBSA con ocasión del contrato No. 1498 de 2009, no es posible que ni aun en el evento de encontrarse estos probados, nazca la obligación de indemnizar a cargo de mi representada, pues los mismos no comportan el riesgo asegurado.

En efecto, el objeto del seguro, según lo pactado en la póliza, es amparar los perjuicios causados a terceros, con motivo de un eventual incumplimiento o de la deficiente calidad del servicio etc., del contrato No. 1498 de 2009, y como en este caso, ninguno de esos riesgos se estructuró, sino que por el contrario, lo que se reclama es la configuración de otros riesgos, resulta imposible la afectación del contrato de seguro con póliza No. 435-47-994000002166.

Ahora bien, es preciso indicar que la posibilidad de que surja responsabilidad de la compañía aseguradora depende estrictamente de las diversas estipulaciones contractuales, ya que su cobertura exclusivamente se refiere a los riesgos asumidos, según lo pactado y no a cualquier riesgo no asumido o excluido de amparo. Por lo tanto, la improbable obligación indemnizatoria de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., sólo se constituye si efectivamente se realiza el riesgo amparado en la póliza y no se configura ninguna de las causales de exclusión o de inoperancia del contrato de Seguro.

Esto significa que la responsabilidad del asegurador se puede predicar sólo cuando el suceso esté concebido en el ámbito de la cobertura del contrato, según su texto literal y por supuesto, cuando la obligación indemnizatoria o de reembolso a cargo de mi representada haya ocurrido. En este evento, ha de sujetarse a la convenido en la póliza y está limitada contractualmente a la suma asegurada, sin perjuicio del deducible, que es la porción que de cualquier siniestro le corresponde asumir a la entidad asegurada Consorcio ETSA PEBSA y sin detrimento de la aplicación de las causales de exoneración o exclusión pactadas en el seguro.

Por lo expuesto, solicito respetuosamente, tener como cierto este alegato al momento de emitir fallo.

3. SE ACREDITÓ QUE LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA ESTA LIMITADA A LA SUMA ASEGURADA MEDIANTE CONTRATO DE SEGURO

Sin que constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de m representada, sólo en gracia de discusión, pongo de presente al Honorable Consejo de Estado que en ningún caso se podrá condenar a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. a indemnizar una suma mayor a la asegurada, así se lograra demostrar que los presuntos perjuicios reclamados son superiores, ni sobre la cifra que exceda del monto del perjuicio que efectivamente se logre demostrar aunque el valor que se encuentre asegurado fuese mayor. Esto significa, que el demandante no podrá de ninguna manera obtener una compensación más allá del límite de la suma asegurada estipulada en el contrato de seguro mediante el cual se vinculó a mi mandante.

Sobre este particular, debemos citar lo establecido en el artículo 1079 del Código de Comercio, que reza lo siguiente: "**El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada**, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074". (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En ese orden de ideas, claro resulta que mí prohijada, en el hipotético evento en que el H. Consejo de Estado considerara pertinente la afectación del contrato de seguro objeto de este llamado, la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. sólo estaría obligada al pago de la indemnización, hasta el máximo valor asegurado. Por tanto, es imprescindible remitirnos a la cláusula 4 del condicionado general del contrato de seguro, en el cual se dispuso:

“1. SUMA ASEGURADA

LA SUMA ASEGURADA DETERMINADA PARA CADA AMPARO EN LA CARÁTULA DE ESTA PÓLIZA, DELIMITA LA RESPONSABILIDAD MÁXIMA DE LA ASEGURADORA EN CASO DE SINIESTRO” (Negrilla fuera del texto original)

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en la condición 7 del mentado contrato que dispone:

“7. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

SI EL ASEGURADO O BENEFICIARIO, AL MOMENTO DE TENER CONOCIMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO O SI CON POSTERIORIDAD A ÉSTE Y ANTERIOR AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN, FUERE DEUDOR DEL CONTRATISTA POR CUALQUIER CONCEPTO, SE APLICARÁ LA COMPENSACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN SE DISMINUIRÁ EN EL MONTO DE LAS ACREENCIAS, SEÚN LA LEY, DE CONFORMIDAD CON LO SEÑALADO EN LOS ARTÍCULOS 1714 Y SUBSIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL.”

En efecto, lo dispuesto en el capítulo III de las condiciones generales del contrato de seguro, en la cual se establece, como límite de la indemnización, que la responsabilidad de la aseguradora por todo concepto no excederá del valor indicado en la carátula de la póliza para la suma de todos los siniestros amparados durante la vigencia anual de la misma, sin perjuicio de los eventuales valores que llegaren a resultar en favor del Consorcio ETSA PEBSA y del Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, los cuales de conformidad con la condición precitada, deberán ser compensados con el valor que hipotéticamente resultare por concepto de indemnización.

Así las cosas, si se llegaran a presentar otras reclamaciones o demandas para obtener indemnizaciones que afecten la póliza de seguro, se entenderá como una sola pérdida y la obligación de mí representada estará limitada a la suma asegurada, conforme a lo dispuesto en los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio. Es decir, que el límite global del valor asegurado por vigencia se reducirá en la suma de los montos de las indemnizaciones pagadas.

En tanto, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de seguro mediante póliza No. 435-47-994000002166, de las sumas indicadas en la carátula como suma asegurada, figura el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados con ocasión

de los eventuales siniestros ocurridos durante la vigencia del seguro, como se observa a continuación:

DESCRIPCIÓN DE AMPAROS.	SUMA ASEGURADA
CONTRATO	
CUMPLIMIENTO	1,177,726,274
CALIDAD DEL BIEN O SERVICIO	3,533,178,821
ANTICIPO	3,491,672,621
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIÓN	2,355,452,548

Po lo anterior, es más que claro que por ningún motivo la responsabilidad de la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. puede exceder este límite durante la vigencia, aunque durante el mismo período ocurran uno o más siniestros. La suma indicada en la carátula de la póliza aquí referenciada constituye el límite máximo de responsabilidad de la compañía por todos los daños y perjuicios causados por el mismo siniestro.

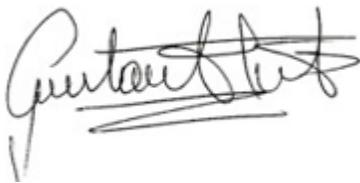
Por lo expuesto, solicito respetuosamente, tener como cierto este alegato al momento de emitir fallo.

CAPÍTULO IV.
PETICIÓN

En orden de los argumentos anteriores, le ruego al **HONORABLE CONSEJO DE ESTADO**, que en sede de apelación, se sirva de **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia del 19 de noviembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, y en consecuencia, declarar **PROBADAS** las consideraciones presentadas en este escrito, y de esa forma, exonerar de responsabilidad alguna al **CONSORCIO ETSA PEBSA** y a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**

En caso contrario, le solicito al H. Consejo de Estado pronunciarse de fondo sobre las consideraciones aquí expuestas, específicamente los argumentos presentados con relación a la Póliza de Seguro de Cumplimiento en mención.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D. C.

T.P. No. 39.116 del C. S. J