

Señores

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO**

Magistrado Luis Carlos Marín Pulgarín

E.S.D

**REFERENCIA: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRIMERA INSTANCIA**

**RADICADO: 63001-2333-000-2021-00084-00**

**DEMANDADAS: MUNICIPIO DE ARMENIA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO JURÍDICO, FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA CUAL SE ENCUENTRA CONFORMADO POR LOS SIGUIENTES: CONSTRUCTORA DIEZ CARDONA S.A.S., FUREL S.A. Y CONSTRUCCIONES LEZO S.A.S.**

**DEMANDANTE: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**

**MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIA CONTRACTUALES**

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía No.19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del C. S. de la J., actuando en mi calidad de apoderado de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, mediante el presente escrito procedo a **REASUMIR** el poder a mi conferido en el proceso de la referencia, y a presentar dentro del término de ley, **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**; solicitando desde ya, se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** a los intereses de mi representada, con fundamento en los siguientes argumentos que expongo de forma breve y puntual:

- **Sobre el cargo de falsa motivación de las Resoluciones No. 223 del 20 de agosto del 2017 y No. 366 de 22 de diciembre de 2020**

Esta falsa motivación en particular se aduce, porque como se probó, el anticipo no se mal manejó, como adujo el Municipio para declarar el siniestro, sino que, por el contrario, se destinó adecuadamente porque esos recursos se implementaron para el llevar a cabo la etapa inicial de diseños y su correspondiente ajuste, es decir que su destino si tuvo relación directa e innegable con el objeto contractual.

Obra como medio de prueba un peritaje elaborado por Coravil S.A.S., en el que de forma conclusiva se manifiesta que: *“Debido al cronograma de ejecución del contrato, la etapa de ajuste de diseños se prorrogó hasta julio de 2017, por lo cual algunos de los recursos del anticipo se utilizaron en ítems, como el desarrollo de diseños, ensayos, estudios, replanteo, localización, topografía y cerramiento, lo cual implica gastos administrativos, entre otros”*.

Además, el municipio decidió erradamente hacer efectivo el amparo de Buen Manejo y Correcta Inversión de la Póliza por el valor excesivo de \$18.764.082.998 cuando el valor del anticipo se había mermado de forma considerable cuando sobre el contrato asegurado se suscribió el Anexo Modificadorio No. 004 de 2017 que redujo la suma total del precio del contrato lo cual hacía que el 30% del valor del anticipo también se redujera proporcionalmente a \$16.499.997.510. Sobre este punto bastará con identificar una declaración del perito que compareció a declarar explicando su experticia a la sesión de la audiencia del art. 181 del CPACA del 26 de agosto del 2022 y quien dijo: *“(…) en el desarrollo del contrato, en el modificadorio No. 1 se determina que avenida de occidente y Yulima son alcances de la obra que no son realizables, entonces se determina que esos dos tramos del proyecto no van a estar incluidos dentro del alcance contractual y dentro de la etapa de informes que nos entrega la Unión Temporal si nos vincula soportes por*

*\$1.578.342.000 de materiales que fueron comprados y relacionan la facturas para Avenida Occidente y Avenida Yulima. Al no estar dentro del alcance contractual, nosotros decidimos que no deben estar vinculados a la cuantificación de la inversión que ellos hicieron del anticipo”.*

(...)

*“Con relación al manejo de anticipo, se establece que este se utilizó para la compra de materiales, subcontratos de obra y maquinaria. Adicionalmente, y tal como lo permite el contrato garantizado, el anticipo se utilizó para otros rubros relacionados con la obra, como son ensayos, diseños, cerramientos, topografía, gastos bancarios y legales, impuestos, etcétera”.*

La no amortización del anticipo es una circunstancia que sirvió de premisa central para que el MUNICIPIO DE ARMENIA declarara la supuesta ocurrencia de un siniestro inexistente, pero al margen de que se hubiere o no acreditado dicha no amortización, lo cierto es que tal fenómeno no es parte de lo que está descrito en el amparo de Buen Manejo y Correcta Inversión de la Póliza. Lo anterior quiere decir que si en el argot legal del derecho de seguros, *siniestro* es la materialidad del riesgo asegurado, en este caso el mismo no ocurrió, al menos no como lo impone la intelección conjunta de los predicamentos de los arts. 1054, 1072 y 1077 del Contrato de Seguros, ya que si se revisa la descripción del amparo en comento en la de la Póliza No. 65-44-101128442, cuya aseguradora líder es SEGUROS DEL ESTADO S.A. con la participación del 70% y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., es coaseguradora con una participación del 30%.

La falsa motivación de dichos actos administrativos también se evidencia cuando se encuentra que una de las premisas sobre las cuales se impuso sanción al contratista de obra y se declaró la supuesta ocurrencia de un siniestro sobre la Póliza No. 65-44-101128442 es que hubo un uso indebido del anticipo, pero el dictamen pericial precitado, porque al contrastarlo con el Informe de Interventoría No. 8 que se aportó por el MUNICIPIO DE ARMENIA como prueba documental al trámite de este medio de control Dichas inversiones se realizaron con la finalidad de impulsar el inicio de las obras en cumplimiento del objeto contractual, algunas para desarrollar actividades correspondientes a la etapa de diseños y otras para desarrollar la etapa de construcción. Aun cuando es discutible si dichos gastos hacen parte o no del plan de inversión, lo cierto es que fueron utilizados para cubrir los costos en que debió incurrir el contratista para iniciar la ejecución del contrato, lo que desestima de plano que los recursos hayan sido utilizados de forma “indebida”, más aun teniendo en cuenta la realidad del contrato, pues la etapa de ajuste de diseños se extendió por un tiempo mayor al estipulado debido a la falta de planeación de la entidad contratante y la etapa de construcción se enfrentó a diversas vicisitudes con relación a los frentes de obra a ejecutar. En efecto, como se señala en los informes de interventoría, el contratista no podía cumplir con los plazos para la entrega de estudios y diseños toda vez que se presentaron circunstancias que dificultaban su cumplimiento, como es el caso de los diseños de los frentes Montecarlo tramo II, pues solo hasta el mes de septiembre de 2016 se pudo acceder al predio donde se construiría el puente No. 4 para poder realizar las exploraciones geotécnicas

Es también un hecho constitutivo de la falta de motivación el error, que pareciera ser deliberado, por parte del MUNICIPIO DE ARMENIA cuando durante el trámite de la audiencia de que trata el art. 86 de la Ley 1474 del 2011 que arroja como resultado la

Resolución demandada, mediante argucias dialécticas que tenían el propósito de dar apariencia de fundamentación, deja de forma arbitraria, sin valor probatorio al dictamen pericial que en dicha estancia administrativa de forma diligente y oportuna SEGUROS DEL ESTADO S.A. como coaseguradora líder arrimó. Con un argumento ramplón y falaz, el MUNICIPIO DE ARMENIA en dicha oportunidad adujo que a su parecer ese dictamen era: *“un simple documento informativo, que describe las condiciones del contrato, las modificaciones de la garantía única, relaciona los gastos mensuales realizados por la Unión Temporal Puentes Armenia sin un análisis claro, exhaustivo y detallado que permita al despacho tener certeza respecto a las conclusiones emitidas en el dictamen”*.

Para empezar a reseñar las imprecisiones en esta afirmación, se debe tener en cuenta que la prueba pericial no es un documento, aunque su tangibilidad física dependa de uno, ya que como prueba, es un medio independiente que está consagrado legalmente en el Código General del Proceso y el CPACA (ambas normas adjetivas aplicables a los procesos administrativos sancionatorios) por lo cual no es cierto que ese dictamen tuviere la connotación de un documento, porque, entre otras cosas, SEGUROS DEL ESTADO S.A. lo solicitó para que le fuera decretado bajo la denominación de medio probatorio de “dictamen pericial” y así se le decretó. Pero, además cumplió con los requisitos del art. 226 del CGP porque contrario a lo afirmado por el MUNICIPIO DE ARMENIA, su elaboración se sujetó al contenido ideológico de los soportes allegados por la Unión Temporal, el profesional encargado por Coravil S.A.S. si realizó una visita a las obras y sobre esto fue enfático al declarar en la audiencia de que trata el art. 181 del CPACA, en la primera sesión y en el documento de respuesta aclaratoria a las conclusiones erradas de la entidad territorial insertas en la Resolución No. 223 que se confuta.

*La visita al sitio de las obras Contrato 031 de 2015 se efectúa para el reconocimiento a los sitios de los frentes de trabajo para tener una ilustración general sobre la información evaluada en el “Estudio de información contractual, estudios y diseños disponibles y revisión del estado de ejecución”. Posteriormente, se realizó una visita de campo convocada por la Alcaldía de Armenia – Secretaría de Infraestructura – en la cual la Ingeniera delegada por parte de nuestra firma asistió. (Ver anexo 4– Carta de invitación). En esta visita, se contó con funcionarios de la Secretaría de Infraestructura, en la cual se hizo un recorrido por todo el tramo de frente Montecarlo, que es el sitio que tuvo la mayor intervención de obra.*

(...)

*Por lo tanto, si bien una visita de campo aporta ilustración general del estado de avance sobre el estudio realizado no es condición final para realizar los análisis de gastos que, en este caso, han sido presentados en el informe.*

Sobre los documentos base del peritaje, hay que decir que de una forma extraña e inexplicable (porque el Municipio no dio razones), el MUNICIPIO DE ARMENIA resolvió dotar de eficacia probatoria algunas de las facturas y otras las descarta, no solo quitándoles eficacia probatoria sino desproveyéndolas de valor per sé, sin indicar las razones de su selectividad frente a estos documentos, que no solo fueron sustrato para la elaboración de la pericia a cargo de Coravil S.A.S. sino que eran en si mismas pruebas documentales que ameritaban de forma singular, es decir, sobre cada una, un análisis probatorio sobre su eficacia y validez como lo ordena el art. 167 el CGP.

Para este cometido ilegal, el MUNICIPIO DE ARMENIA adujo que Coravil S.A.S. llegó a las conclusiones en su dictamen “*sin que se hiciera un análisis técnico del estado de ejecución de las obras*”, pero sin explicar con detalle lógico cuales son los apartes de la omisión supuesta del peritaje y desconociendo deliberadamente aquellos apartes de ese medio de prueba en los que había explicaciones que justamente satisfacían lo que erradamente el Municipio echó de menos, véase por ejemplo que el perito afirma:

*Análisis de inversión del Anticipo Contrato de Obra Pública 2015- 031 de Municipio de Armenia. I-1\_ 002\_V1. Coravil S.A.S.”. se presenta a lo largo de los pasos metodológicos el análisis técnico, que más allá de la valoración del estado de las obras físicas valora los soportes de inversión para el financiamiento de los componentes de la obra con el desglose de inversiones de los componentes en materiales, mano de obra, equipo, transporte, entre otros de cada uno de los análisis de unitarios de las actividades teniendo como referente el marco contractual de forma de pago y anticipo, de temporalidad real de la ejecución de las actividades de obra dadas las modificaciones que han sido identificadas a lo largo del proceso.”*

Para colmo, sin competencia legal para ello el MUNICIPIO DE ARMENIA declara que esas facturas que no le resultaban de contenido ideológico convincente, eran falsas, usurpando la competencia exclusiva de la jurisdicción para ello el art. 29 de la Ley 906 de 2004, corresponde a la jurisdicción penal la persecución y el juzgamiento de los delitos cometidos en el territorio nacional, por cuanto la falsedad documental es un delito tipificado en la norma sustantiva penal y para que se entienda acontecido, debe mediar una sentencia penal en dicho sentido ejecutoriada o por lo menos, que tal declaratoria de falsedad documental se haya precedido del trámite incidental de una tacha de falsedad como lo exige el art. 270 de CGP, pero nada de lo anterior se dio.

La anterior circunstancia no solo vicia el acto administrativo por el motivo o cargo que se ha desarrollado, sino que lo afecta porque sus conclusiones de fondo, en lo material son producto de un yerro probatorio conocido como defecto factico en dimensión positiva, ya que el MUNICIPIO DE ARMENIA dotó de eficacia probatoria o mérito de plena prueba a un elemento que no lo tiene, dado que el informe de investigador de campo no tiene valor probatorio alguno, que afirmó que las facturas estaban supuestamente falseadas solo tiene un propósito descriptivo, no conclusivo y al respecto hay una multiplicidad de sentencias de la Sala de Casación Penal como por ejemplo la Sentencia del 08 de septiembre de 2015. M.P. José Leonidas Bustos. Rad. 39419 de la Sala de Casación Penal.

- **Se probó la inasegurabilidad por verificarse dolo y culpa grave.**

Es de suma importancia explicar que el art.1055 del Código de Comercio contiene una disposición de ineficacia en el marco de las reglamentaciones que rodean a los contratos de seguro. Dicha normativa, establece expresamente que las actuaciones dolosas o gravemente culposas comportan riesgos inasegurables, por lo que cualquier pacto en contrario será ineficaz de pleno derecho. El tenor literal de dicha norma puntualiza: “**ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).



En este particular se concreta la culpa grave porque en el plano de las etapas del contrato No 031 del 2015 después de que el mismo hubiere dado inicio con su ejecución no se observó que el MUNICIPIO DE ARMENIA hubiere llevado a cabo un esquema o procedimiento específico, metodológico y detallado para la autorización de su parte en los desembolsos del anticipo que la Fiduciaria Bancolombia debía hacer e hizo y ello era trascendental además de obligatorio para el MUNICIPIO DE ARMENIA porque el Contrato 31 del 2015 contenía varias cláusulas que así lo demandaban.

De hecho al revisar el contrato de fiducia mercantil para el manejo del anticipo, en la cláusula décima, por la Fiduciaria Bancolombia S.A se exige que la transferencia de los recursos propios del anticipo del patrimonio autónomo solo se desembolsarán si el contratista entrega a la fiduciaria el plan de inversión o utilización del anticipo y aun así, el desembolso solo se hará con la instrucción de pago realizada por el fideicomitente esté adjuntando el debido documento de factura o equivalente y la aprobación bien sea de la interventoría o la supervisión del contrato.

Esa culpa grave inasegurable también se consolida por la falta de diligencia de la entidad contratante en la vigilancia del contrato y la falta de diligencia en la determinación de los términos y condiciones para el manejo de la fiducia, porque habiendo designado a una persona para ejercer la Supervisión del Contrato, la señora Blanca Inés Álvarez (nombrada supervisora del contrato de obra mediante Resolución 018 de 2016, la Alcaldía de Armenia en cargo de profesional especializado grado 9), quien ejerció la labor de supervisión de los contratos de interventoría celebrados por el Municipio de Armenia, obró con absoluta desidia y pasividad en contra de lo que ordena el art. 84 de la Ley 1474 del 2011 que los responsabiliza por las consecuencias derivadas de sus deberes de información frente a la entidad, esa norma dice que estos supervisores, que pueden ser cualquier funcionario adscrito a la entidad pública contratante están facultados para: *“solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.”*

Si bien el contrato de obra pública generalmente prevé obligaciones de hacer en cabeza de la persona jurídica o natural contratista, en este caso el Contrato 031 de 2015 también contuvo unas a cargo del MUNICIPIO DE ARMENIA que eran la aplicación misma e lo que dispone el art. 83 de la Ley 1474 del 2011, por ejemplo en la cláusula cuarta en la que se señaló que el Municipio estaba obligado, entre otras cosas a: *“(…) 1) Ejercer el control y vigilancia del contrato, a través del supervisor del contrato (...) 7) Realizar el seguimiento al cumplimiento del objeto del contrato, en el que se verificará además el cumplimiento de las obligaciones del contratista frente al pago de seguridad social (...)”*, por lo que no bastaba con que se hubiere contratado una interventoría a través de otro contrato estatal para desentenderse de estas obligaciones de supervisión contractual directas que fue lo que en efecto ocurrió.

De hecho, la voluntad del MUNICIPIO DE ARMENIA siempre reflejó el deseo o intención de mantener abrogadas estas funciones de supervisión directa del contrato de obra que inclusive en varios apartes de los pliegos de condiciones relacionados con el Contrato de Consultoría No, 001 de 201632 se reguló lo relativo a las funciones del Supervisor del

contrato y allí se estipuló al respecto lo siguiente: *“La supervisión del contrato será ejercida por la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA a través de su representante o del funcionario que esta designe mediante oficio. El interventor deberá respetar, facilitar y acatar los requerimientos y observaciones de la supervisión. (...) Serán funciones del supervisor asegurar para la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA, que el interventor cumpla con las obligaciones pactadas en el contrato, para la correcta ejecución de las obras en los aspectos técnicos y administrativos del mismo. El supervisor, en cumplimiento de sus funciones, vigilará estrictamente cualquier alteración de las condiciones básicas del diseño que llegare a ser causa de desperfectos o fallas de las obras, tales como desviación de los planos y las especificaciones por parte del Contratista, uso de materiales o procedimiento de construcción inadecuados por parte de éste”.*

En el acto administrativo que designó a la Ingeniera Banca Inés Álvarez como supervisora del Contrato de obra se le impusieron las siguientes obligaciones *“(...) 1. Coordinar los comités de obra de los contratos de valorización 2. Revisar los Diseños Definitivos en la etapa de ajuste a diseños de las obras de Valorización 3. Realizar la revisión de informes, actas y liquidaciones de los contratos interadministrativos y demás contratos relacionados con valorización (...) 5. Remitir a las entidades competentes las eventualidades que se presenten dentro de la ejecución de las obras y hacer seguimiento de las mismas, a fin de que no se afecte al cronograma de estas (...) 7. Revisar especificaciones técnicas, análisis de precios unitarios, presupuestos y cantidades de obra y demás actividades relacionadas con valorización (...) 11. Efectuar la supervisión de los contratos y convenios que le sean asignados de acuerdo a su competencia y necesidades de la entidad (...)”.*

De manera que el mismo Municipio a través de la funcionaria supervisora tenía a su cargo el deber de ejercer control del contrato de obra mismo y además la vigilancia de los contratos de interventoría no siendo justificación admisible la desatención de la supervisión del contrato de obra bajo la tesis de que para ello se contrató una interventoría, porque la existencia de un interventor contratado no releva a la entidad pública contratante de continuar con la supervisión de los contratos estatales.

El mismo MUNICIPIO DE ARMENIA en la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020, aduce que la interventoría incumplió sus deberes al no solicitar los soportes contables al momento de autorizar los desembolsos o, por lo menos, al momento de autorizar las amortizaciones en las respectivas actas de avance de obra, sobre el particular exactamente dijo *“...se constituye precisamente para la interventoría una responsabilidad solidaria de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento relacionado con la obligación del correcto manejo e inversión del anticipo, los cuales pudieron ser evitados, al no ser situaciones imprevistas ni irresistibles, no obstante de manera permisiva, continuó avalando actas de avance de obra y desembolsos de pagos parciales, según se hace constar en las referidas trece (13) actas, a pesar que la interventoría funge como colaborador de la administración pública...”*, en esta misma línea argumental de la Resolución, el MUNICIPIO DE ARMENIA llama la atención sobre los fallos o yerros de la interventoría por no informar oportuna y puntualmente sobre los presuntos incumplimientos en el buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Lo anterior entonces permite colegir que al Secretaría de Infraestructura, esto es el mismo Municipio, se encontraba presente en los comités en los que se verificaba la amortización del anticipo, razón por la cual resulta inadmisibles el hecho de que el Municipio endilgue responsabilidad exclusivamente al interventor por la no verificación de los soportes

contables de los desembolsos al momento de suscribir las actas de recibo parcial, pues la Supervisión también se encontraba presente, por lo que no puede excusarse en el desconocimiento del estado actual del desarrollo del contrato

- **Se configuró la prescripción extintiva del seguro en contra del MUNICIPIO DE ARMENIA.**

Se probó que el MUNICIPIO DE ARMENIA, tuvo conocimiento de lo que ella misma calificó como mal manejo del anticipo a partir del día 01 de noviembre de 2017, por lo tanto, el término bienal para declarar el incumplimiento empezó a correr desde ese día y finalizaba el día 02 de noviembre de 2019, fecha en la que aún no había un fallo que declarara el incumplimiento contractual del Contrato de Obra Pública No. 031 de 2015 y en consecuencia afectara la Póliza No. 65-44-101128442.

Con base en pruebas documentales del acervo a revisar, se observa que el 31 de marzo del 2016, la Fiduciaria Bancolombia S.A. como vocera del patrimonio autónomo de los recursos del anticipo relacionado con el Contrato 031 del 2015 hizo el primer pago al Contratista por concepto de reembolso y en el Contrato 031 de obra, se estipuló que entonces en máximo 3 meses debía invertirse de manera completa e integral, por ello a partir de esa fecha y según lo probado se observa que hubo un total de 56 transferencias hasta el 5 de octubre del 2016, lo anterior se prueba mediante un documento que el mismo MUNICIPIO DE ARMENIA ha arrimado al dossier como prueba documental, el oficio SI-POI-2717 del 206 de junio del 2018, en el que se dice que para el 13 de diciembre del 2016 se había retirado del patrimonio autónomo administrado por el contrato de fiducia, la totalidad del dinero relacionado o que era en sí mismo el anticipo y que durante todo el interregno de tiempo de duración de la etapa de ejecución del contrato de obra se suscribieron 13 actas parciales de obra firmadas por la supervisión del contrato, la Ingeniera Blanca Inés Álvarez que reflejaban una a una de forma porcentual progresiva el estado de avance de ejecución de obra y paralelamente el grado o proporción de la amortización del anticipo.

Que las actas estén firmadas una a una por la supervisión del contrato, es decir por la señora Blanca Inés Álvarez como ingeniera adscrita contractual, legal y reglamentaria la entidad siempre tuvo conocimiento del estado actual de ejecución del proyecto y, además, tenía la posibilidad de verificar periódicamente el manejo del anticipo efectuado por el contratista de obra. Lo evidenciable de estas circunstancias que el MUNICIPIO DE ARMENIA califica de irregulares para declarar ilegalmente el siniestro de cara al seguro se puede encontrar en los comunicados que la Interventoría le envió el 6 de marzo del 2017, el 18 de abril de 2017, el 14 de junio de 2017 y en el acta de comité No. 48 del 19 de julio de 2017, el oficio CIQ-01-2016-336 del 13 de septiembre de 2017, en los que la Interventoría señala que esos soportes entregados por la contratista no eran coherentes con el dentro del plan de inversión y no justifican de forma fidedigna la inversión del anticipo. Igualmente, con el informe de interventoría No. 18 del periodo de agosto 09 a septiembre 08 de 2017, entregado a la Secretaría de Infraestructura el día 01 de noviembre de 2017, el Interventor aportó, en medio magnético, la relación de las facturas que el contratista de obra presentó como soportes de inversión del anticipo.

Por la cronología de acontecimientos relevantes anteriormente expuesta que permite entender cuándo “*debió*” conocer el MUNICIPIO DE ARMENIA como asegurada el acontecimiento que da base a la reclamación, arrancó su decurso desde el día 02 de noviembre de 2017 hasta el 02 de noviembre de 2019, por lo que se afirma sin ambages que para el 27 de agosto de 2020, la Resolución 223 de 2020 se profirió de forma extemporánea de cara al conteo bienal porque ya había prescrito la posibilidad de declarar el siniestro.

El del consejero Hernán Andrade en Sentencia del 9 de Julio del 2014: (...) *Tal y como ha sido expuesto por la Jurisprudencia de la Sala la declaratoria de un siniestro a través de un*

*acto administrativo deberá efectuarse por la Administración, a más tardar, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de su ocurrencia, lo cual debe suceder durante la vigencia del seguro, aunque su declaración se produzca después de su vencimiento. Se reitera en esta ocasión que, si bien el artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria y que, asimismo, según lo han reiterado la doctrina y la jurisprudencia. Asimismo, se precisa que para declarar el siniestro no es necesario que el contrato y la póliza se encuentren vigentes, lo importante es que los hechos constitutivos del siniestro hubieren ocurrido en vigencia de la póliza.*

En sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera con Radicado: 25000-23-26-000-2008-00262-01 (47166), con ponencia del consejero Alberto Playa en el que se dice: *Como puede apreciarse de la lectura del artículo 1081 del Código de Comercio, el término de prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro es de 2 años, y corre a partir del momento en que el interesado –la entidad beneficiaria del contrato de seguro, en el caso de garantías de cumplimiento otorgadas en contratación estatal- haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. Así, desde el momento en que la entidad tiene conocimiento del hecho que da base a la acción, cuenta con un término de 2 años para proferir un acto administrativo mediante el cual declare la ocurrencia de un siniestro y su cuantía.*

- **La Resolución No. 366 del 22 de diciembre de 2020 deviene ilegal por resultar incongruente y transgredir el principio de la *non reformatio in pejus*.**

Al respecto de este cargo o argumento, bastará con indicar que la Resolución No. 366 de 2020 es nula porque transgrede al principio de congruencia, por contravenir la garantía de la non reformatio in pejus, es decir, por lesionar el debido proceso para las coaseguradoras garantes, sin explicación y sin razón el MUNICIPIO DE ARMENIA en la resolución de dicho acto administrativo que resolvía los recursos de interposición interpuestos oportunamente por las compañías aseguradoras determinó incrementar el supuesto valor de los perjuicios en detrimento de los derechos de los recurrentes ya que mediante Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020, erradamente se declaró el siniestro y se ordenó afectar la Póliza No. 65-44-101128442 por un valor de \$18,764,082,998 y luego mediante la Resolución No. 366 del 22 de diciembre de 2020 de sentido confirmatorio, se modificó el numeral CUARTO y en cuantía superior de \$18.804.768.992.

- **Quedó probado que el MUNICIPIO DE ARMENIA incurrió en una violación a las normas en que debe fundarse, concretamente en lo preceptuado en el artículo 1060 del código de comercio.**

El art. 1060 del Código de Comercio señala:

*(...) El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.*



*La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.*

*Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.*

*La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.*

*Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella. (...).*

La citada norma surge en el hecho de que, antes de perfeccionarse el aseguramiento, el tomador y el asegurado deben proporcionar a la Compañía la información básica frente a qué es lo que va asegurar mediante la expedición de la póliza de seguro, dándole elementos suficientes para comprender el estado del riesgo que se le trasladará, es decir, para comprender la probabilidad de que acaezca el suceso dañoso; esto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1058 del Código de Comercio.

En ese sentido, considerando que hay circunstancias que pueden variar o modificar el estado del riesgo declarado en la etapa precontractual, es deber ineludible de las partes que componen el aseguramiento, el informar oportunamente a la Aseguradora de dichas circunstancias, en tanto que la información inicial sobre el estado del riesgo incide en la determinación de la cuantía de la prima. Si el asegurador no cuenta con esta información, le es imposible mantener la ecuación entre el riesgo del contrato y el precio que se debe pagar por el contrato.

Al respecto es preciso recordar que en el acervo hay pruebas documentales, incluso muchas pruebas trasladadas provenientes de procesos penales en curso, en los que se puede ver que los días 23 al 29 de marzo, 03 al 06 de abril, 11 y 12 de abril, tuvo lugar la audiencia de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento en contra de Hernán Moreno Pérez, Fernando León Diez Cardona y Luz Maribel Ramírez, por un concurso heterogéneo de delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento y lavado de activos y que tienen innegablemente una relación directa con el Contrato de Obra No. 031 de 2015.

De ello se infiere que, para el día 23 de marzo de 2018, cuando se imputaron los cargos a estos sujetos era absolutamente que había situaciones adversas y negativas que comprometían el anticipo, cuyo manejo se aseguró y debió notificarse o comunicarse dichas situaciones a cualquiera de las aseguradoras, aunque fuera a SEGUROS DEL ESTADO S.A., que es la coaseguradora líder.

Siendo incluso más benevolente con la posición del MUNICIPIO DE ARMENIA de cara a este argumento, se tiene que, desde el 01 de noviembre del 2017, momento en el que remitió a la Secretaría de Infraestructura los soportes documentales de la inversión del anticipo. De tal suerte, es más que evidente que, en tal fecha, la contratante ya debía ser conocedora, habiendo tenido en su poder tal documentación, de si la Unión estaba invirtiendo adecuadamente o no el anticipo que le habría sido desembolsado en el 2016; por lo que, desde tal fecha, si no consideró que ello constituía per se la materialización del siniestro, es a penas lógico que ello sí implicaba una alteración al estado inicial del riesgo que debió haber sido notificada al asegurador oportunamente; es decir, dentro de los diez

días siguientes al haber conocido dichas circunstancias; lo cual, se insiste, en esta caso no ocurrió.

Debe resaltarse que en la Resolución No. 366 del 22 de diciembre del 2020 la Alcaldía aseveró que “(...) la aseguradora tenía la carga de conocer el objeto y las obligaciones del contrato estatal y evaluar el alcance y el riesgo de cumplimiento del mismo antes de expedir la póliza y sus modificaciones (...)”, lo cual es cierto. Antes de celebrarse la póliza y emitir las respectivas modificaciones, la Compañía debe constatar cuál es el estado del evento que asegura; sin embargo, como ya se explicó, en vista de que durante la vigencia de la póliza pueden materializarse situaciones que modifiquen el estado inicial del riesgo, el tomador y asegurado tienen la responsabilidad legal de informarlas -so pena de la terminación del contrato-, para que el asegurador revoque el contrato o exija el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima puesto que, tales circunstancias al ser sobrevinientes, resultan desconocidas para la Compañía.

Antes que nada es importante hacer una precisión de conceptos, el Artículo 2.2.1.2.3.2.5., del Decreto 1082 de 2015 dispone la Improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro de cumplimiento así pero en este punto no se tratará de un acto unilateral de las coaseguradoras en cuanto a la facultad de revocación que tiene el asegurador en virtud del art. 1071 del Código de Comercio , sino que se trata de la terminación consagrada en el art. 1060 y que se presenta por el incumplimiento del deber informativo consagrado en la norma legal.

En materia de contratación estatal, la terminación del contrato por la falta de notificación, comunicación y/o discusión de la agravación del riesgo del artículo 1060 del Código de Comercio, es perfectamente aplicable como lo ha desarrollado el Consejo de Estado en su jurisprudencia así:

*“Como se puede apreciar, cuando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento, el mismo, en cuanto conste por escrito, corresponderá a la clasificación de los contratos estatales, de conformidad con las exigencias del criterio subjetivo u orgánico adoptado por la Ley 80 como elemento diferenciador específico de esa clase de contratos, en la medida en que aquella estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos, sin que ello signifique, dadas las especialísimas características que individualizan a esta clase de contratos de seguros, que a la entidad estatal le corresponda cumplir con las obligaciones propias de cualquier tomador ordinario como las de declarar el estado del riesgo (artículo 1058 C. de Co.), pagar la prima (artículo 1066 C. de Co.), mantener el estado del riesgo (artículo 1060 C. de Co.), notificar sobre circunstancias sobrevinientes que agraven o varíen el riesgo (artículo 1066 C. de Co.), dar aviso del acaecimiento de un siniestro (artículo 1075 C. de Co.), etc., como tampoco cabe en esta relación la revocatoria del seguro por voluntad de la aseguradora (artículo 1071 C. de Co.).”*

Sobre este tema, ha expresado la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, afirmando que el tomador o asegurado están obligados a mantener el estado del riesgo, exprese o no en la póliza, de acuerdo al artículo 1060 del Código de Comercio y tienen el deber inexorable de notificar al asegurador las circunstancias imprevisibles que sobrevengan al contrato y agraven el riesgo asegurado.

Igualmente, esta corporación ha señalado que el seguro es un contrato de ejecución sucesiva y por tanto durante su vigencia debe conservarse la respectiva correspondencia entre el valor de la prima y el riesgo asumido, dicha correspondencia es evaluada con la declaración que debe realizar el tomador sobre los hechos y circunstancia determinantes del estado del riesgo.

Lo anterior, con el fin de mantener esa proporcionalidad entre la prima y el riesgo, provee la ley mediante el artículo 1060 del Código de Comercio, la carga e información por parte del tomador o asegurado, los cuales están obligados a mantener el estado del riesgo y en tal virtud, deben notificar al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan con posterioridad a la suscripción del seguro y signifiquen una agravación del riesgo o la variación de su identidad local, con el fin que el asegurador pueda revocar el contrato o exigir un reajuste del valor de la prima.

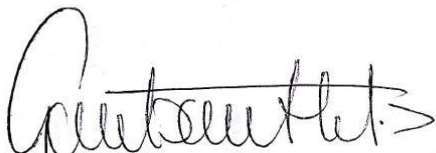
Actualmente la sección tercera del Consejo de Estado en Sentencia 1996-00376 del 2010 ha sostenido que cuando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el contrato de seguro de cumplimiento éste se clasifica como contrato estatal de conformidad con las exigencias del criterio subjetivo adoptado por la Ley 80 de 1993. Lo anterior por cuanto la entidad estatal estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos.

### **CAPÍTULO V. NOTIFICACIONES**

A la parte actora y a los convocados, en las direcciones consignadas en los escritos de demanda y contestaciones de la misma.

Al suscrito, en la Avenida 6 A Bis No. 35N-100 oficina 212 de la Ciudad de Cali (V), correo electrónico: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

Cordialmente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

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