

Bogotá, D.C. 20 de septiembre de 2022

Honorable Magistrado:

DR. CARLOS MARIN PULGARIN

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE QUINDÍO

E. S. D.

Referencia: PROCESO DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

No. 63001-2333-000-2021-00084-00

Demandante: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA

Demandado: MUNICIPIO DE ARMENIA

SEGUROS DEL ESTADO S.A.

UNION TEMPORAL PUENTES ARMENIA (CONSTRUCCIONES LEZO

SAS- FUREL S.A.- CONSTRUCTORA DIEZ CARDONA S.A)

Asunto: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

MARCELA PATRICIA SUÁREZ EGAS, mayor de edad, residente en Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.085.254.333 expedida en Pasto y portadora de la T. P. No. 201.205 del C.S. de la J., haciendo uso del poder que en debida forma me ha conferido la sociedad CONSTRUCCIONES LEZO SAS con Nit No. 900.710.367-5 representada legalmente RUTH FABIOLA GONZALEZ OVIEDO identificada con cédula de ciudadanía No. 52.817.364 quien a través de la resolución No. 942 del 29 de julio de 2020 fue designada por la Sociedad de Activos Especiales como depositario provisional, con todo respeto me permito presentar ALEGATOS DE CONCLUSIÓN en la calidad de litisconsorte necesario por pasiva, en el marco de la acción de controversias contractuales de la referencia incoada por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. en contra el MUNICIPIO DE ARMENIA, representada legalmente por el Doctor CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTES, o quien haga sus veces, manifestando que los mismos se encuentran dentro del término de ley, de conformidad con el auto proferido en audiencia el día 08 de septiembre de 2022, y los cuales los expongo en los siguientes términos:

NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 223 DE 27 DE AGOSTO DE 2020 y RESOLUCIÓN No. 366 DE 2020

Como se evidenció durante el curso del proceso, las Resoluciones Nos. 223 de 2020 y 366 de 2020 se encuentran viciadas de nulidad, ante los flagrantes y graves errores y omisiones que cometió el Municipio de Armenia, lo que derivó en la declaratoria de un siniestro sin haberse configurado los requisitos propios del mismo, conforme se explicará a continuación.

A. FALTA DE MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO- INCONGRUENCIA ARGUMENTATIVA ENTRE LA DECISIÓN Y LOS HECHOS QUE DIERON LUGAR A DICHA DECISION - MATERIAL PROBATORIO PRESENTADO EN EL PROCESO SANCIONATORIO.

La Ley 1474 de 2011, de conformidad a la naturaleza del Contrato suscrito, establece el procedimiento que se requiere desarrollar para declarar un eventual incumplimiento, que en estricta interpretación normativa, podría decirse, que solamente aquellos hechos constitutivos de incumplimiento dentro de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, que afecten la ejecución del Contrato de modo que no haya duda, dan lugar a la declaratoria de incumplimiento por parte de la Administración contratante; no obstante, dichos preceptos deben prever situaciones ajenas a la voluntad de ejecución del contratista que eviten el desarrollo normal de las obligaciones, es de recordar que el contrato de obra 031 de 2015 se vio envuelto en unas reducciones técnicas y presupuestales que devienen de culpa plena de la administración, por falta de planeación.

En este sentido, me permito resaltar que la decisión de la Administración debió ser motivada con la expedición de todas las circunstancias y de los hechos generadores de la misma, pues en la motivación se va a encontrar el respaldo a su legalidad, toda vez que, si la decisión es infundada por no configurarse un incumplimiento grave que afecte la ejecución del Contrato por obedecer a motivos diferentes a los previstos, da lugar a la solicitud de nulidad del acto administrativo proferido.

Ahora bien, los hechos que configuran la fundamentación de la decisión no pueden presumirse, pues como lo ha dicho el Consejo de Estado, la simple afirmación del incumplimiento no

constituye motivación suficiente, razón por la cual el acto administrativo que declara el incumplimiento debe ser ciertamente motivado, lo que significa, que allí se debe expresar de manera clara y sin que haya duda, los distintos hechos y circunstancias, cuya autoría es atribuible al Contratista, que configuran el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En suma, los fundamentos fácticos de dicha declaratoria deben estar soportados al menos en pruebas sumarias susceptibles de contradicción en escenarios judiciales, cuando el contratista discrepe de dicha resolución. Tal falencia, la falta de motivación, acarreará la Nulidad de los actos promulgados, con la consecuente indemnización por los perjuicios derivados de un incumplimiento declarado sin el sustento suficiente.

Así las cosas, me permito inferir que la motivación de un acto implica que la manifestación de la administración debe tener una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable. Con dicha premisa, y con miras al caso concreto, cuando, tenemos que el Municipio de Armenia inicia proceso sancionatorio – art. 86 Ley 1474 de 2011-, adelantando las etapas del proceso previstas en la ley, y en tales espacios las partes ponen de presente sus descargos, presentan pruebas documentales y testimoniales, con el fin que sean analizadas integralmente por la administración, empero, y pese a encontrar en ellas el grado de certeza sobre cumplimiento del contratista, la administración, contrario a cualquier punto de vista Constitucional, Contractual y Legal, descarta el material probatorio presentado atendiendo a criterios subjetivos.

Es importante, tener presente el alcance y los fundamentos propios de la actividad punitiva de la administración, en cuanto al desarrollo de sus funciones, conforme a lo cual -para la sana ejecución de los fines propios del Estado-, y en ejercicio de funciones administrativas, tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, pero estas no pueden ser desproporcionadas, toda vez, que siempre deben respetar disposiciones legales, los principios de la administración que para su ejercicio, son de obligatorio cumplimiento y deben contener motivos expresos que blinden de certeza su decisión.

Lo anterior, lo podemos resumir en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general, juicio, que para el caso concreto pasó inadvertido, toda vez, que la administración del Municipio de Armenia desestimó la defensa ejercida por el Contratista, sobre todo en lo

referente a las pruebas entregadas para demostrar la correcta inversión realizada en obra del dinero entregado a título de anticipo y el cumplimiento del plan de inversión; mismas que de haberse analizado a profundidad, hubieran conducido a una decisión abiertamente distinta fundamentada con bases legales y proporcionales, ello por cuanto, si al menos se hubiese tenido la facturas presentadas por el contratista con seguridad la decisión de la administración no hubiese concluido en declaratoria de incumplimiento, o si al menos hubiese tenido en cuenta el dictamen pericial la sanción pecuniaria a título de perjuicio sería totalmente inferior a hoy la cuestionada.

En ese orden, se puede entrever como la administración con la promulgación de los actos administrativos hoy demandados, devenidos de sendos procedimientos administrativos sancionatorios, no tuvo en cuenta hechos imprescindibles ocurridos en el marco de la ejecución contractual, y los cuales, de ser tenidos en cuenta, ciertamente la administración hubiese optado por una decisión abiertamente diferente:

1. Que el anticipo se invirtió en el cumplimiento del objeto contractual, ello es apertura a la etapa inicial de ajustes y diseños. Actividad conocida por la entidad contratante, a través de la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Armenia.
2. Desconocimiento de la reducción del anticipo. En razón que el contrato de obra tuvo una reducción quedando un valor final de \$54.999.991, el anticipo también sufre dicha disminución, teniendo como valor final girado a título de anticipo \$ 16.499.997.510.
3. De conformidad con el peritazgo, realizado por CORAVIL S.A. el gasto por parte del contratista del giro del anticipo fue por valor de \$ 18.764.082.998
4. La no amortización del anticipo, ocurrida con ocasión a la falta de planeación de la entidad estatal, no puede ser considerada como un siniestro dentro del proceso contractual, toda vez que no es objeto de cobertura de la garantía de cumplimiento del contrato.

B. PROPORCIONALIDAD DE LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO Y DECLARATORIA DEL SINIESTRO A LA LUZ DE LA EVIDENCIA PROBATORIA DE LA INVERSIÓN CORRECTA DEL ANTICIPO

Los artículos 863 y 871 del Código de Comercio, con redacción concordante con la regla establecida en el artículo 1603 del Código Civil, imponen que en todas las etapas de cualquier

contrato (antes, durante y después de la celebración del Contrato), y aún después de su extinción se impone a las partes e intervinientes, el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.

Ahora bien, rememoradas estas premisas básicas del derecho de contratos, consideramos que, ante las discusiones que no en forma anormal al giro de actividades misionales de la Alcaldía, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor – contratista-. Esta es la premisa y fundamento general para el derecho de contratos en materia de infracción y terminación del mismo.

Si la insatisfacción o el motivo de incumplimiento no es atribuible al deudor ha de hablarse de "no cumplimiento" y esta situación, por regla general, no da lugar a la responsabilidad de declarar el incumplimiento y por ende el siniestro de las garantías. Por ello, es dable entender que el incumplimiento es la base o el fundamento para conducir una actuación administrativa a la decisión legal de terminar un Contrato o de siniestrarlo, y para ello debe analizarse si la inejecución por parte del deudor (en este caso la Empresa) es lo suficientemente gravosa, u ostensible, o si hay suficientes motivos facticos para actuar de forma objetiva sin sobreponer su actuar y voluntad de manera desproporcionada sobre los derechos del contratista.

Es claro y conocido que en materia contractual estatal, cuando lo que pretende la administración es el cumplimiento del objeto contractual, la misma Ley 80 de 1993 le otorga una serie de facultades o cláusulas excepcionales a las entidades Estatales como aquella de declarar administrativamente la situación de incumplimiento grave del contratista y así hacer efectivas las garantías; sin embargo, previo a dichas actuaciones la entidad tiene la obligación inicialmente de conminar al contratista a demostrar su cumplimiento durante la ejecución contractual y finalmente, revisar con detenimiento los soportes que éste le presente como material probatorio para el efecto, ello, con el fin para salvaguardar los principios de la contratación estatal.

Así las cosas, el uso de las potestades sancionatorias en materia contractual requiere de un análisis riguroso sobre los hechos, las pruebas, las alternativas, y, por lo tanto, sobre las medidas que pretenden ser utilizadas con el propósito de velar por el adecuado desarrollo de la actividad contractual del Estado. La Ley consagra diferentes medios que pueden ser utilizados por la entidad en desarrollo de su actividad contractual y ante el acaecimiento de presuntos

incumplimientos, sin embargo, corresponde a la autoridad en particular valorar y determinar la procedencia de la sanción a aplicar.

Frente al proceso administrativo sancionatorio y la aplicación del principio de proporcionalidad exigible a la administración, la jurisprudencia ha manifestado la necesidad de realizar un estudio adecuado de proporcionalidad de los hechos del presunto incumplimiento vs a los argumentos de defensa y el material probatorio presentados en el proceso administrativo, que permita concluir con suficiencia una decisión acertada, contrario sensu, partiendo de subjetivismos –pues del acto y en el proceso nada resultó probado- expide la Resolución Número 223 del 27 de agosto de 2020, confirmada por la Resolución No. 366 del 22 de diciembre de 2020, de las cuales, como se mencionó, no se advierte análisis de las razones que la amparan la decisión, demostrando la carencia probativa de la misma. No existe dentro de las consideraciones una sola referencia a la tipología, certidumbre, carga probatoria de existencia y magnitud del incumplimiento que lleve a certeza a la administración, de tomar una decisión que conduzca a declarar el incumplimiento y siniestrar las pólizas del contrato.

Ante la ausencia de demostración y consideración de estos aspectos, la decisión es tan carente de fundamento legal y probatorio que no conduce a declarar el incumplimiento del contrato. Como ya lo hemos mencionado, el ejercicio de la facultad sancionatoria presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, que deben conducir a la “NO DUDA” respecto de la inobservancia del contratista en la ejecución contractual – en este caso la inobservancia en el gasto del anticipo- , situación desvirtuada con material probatorio presentado en el marco del proceso sancionatorio, dado que las pruebas exhibidas en audiencia evidenciaron lo contrario – el cumplimiento del contratista sobre la inversión- empero, dichos soportes no fueron tenidos en cuenta por la entidad estatal.

C. DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y SU INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL MUNICIPIO DE ARMENIA. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 3 DEL CPACA, ARTÍCULO 24, 25 Y 26 DE LA 80 DE 1993.

El deber de planeación, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si

resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de pre factibilidad o factibilidad; las características que deba reunir el bien o servicio objeto del proceso de selección; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.

Sobre el particular el Consejo de Estado, ha manifestado “...el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos” (Consejo de Estado sección tercera, sentencia del 10 de diciembre de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente: 51489. Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 24809)

Al respecto, vale evocar que el convenio interadministrativo 013 de 2015 suscrito entre el Municipio de Armenia y la EDUA, tenía la obligación de realizar estudios de factibilidad, además de entregar los estudios y diseños definitivos de las obras a intervenir, luego, sin explicación en contrato de obra 031 de 2015, dichas actividades – pese a ya haber sido contratada en el marco de un contrato directo entre entidades públicas- fueron atribuidas al contratista UNION TEMPORAL PUENTES ARMENIA, aun cuando pliego de condiciones y la letra contractual difieren de tal y solo refieren a ajuste a dichos estudios y diseños que debían ser entregados por el Municipio de Armenia, al contratista seleccionado en el proceso licitatorio.

Esto toma coherencia si revisamos el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 que establece: “Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño”

En conclusión, la Administración no debía sacar a concurso público un proyecto que no contaba con estudios y diseños, y mucho menos tener la intención tacita de obligar al futuro contratista al desarrollo de los mismos, cuando con presunción, tales actividades devienen de un contrato anterior en el que se usaron recursos públicos para su “satisfactoria ejecución”.

Por otro lado, se pone en evidencia la falta de planeación por parte de la administración del municipio de armenia, cuando, tras firma del contrato sobrevienen modificatorios contractuales, donde la premisa es la reducción del valor contractual, por falta de recursos – *los recursos fueron contemplados a través de una proyección ilusoria de contribución en la valorización que finalmente no tuvo el resultado esperado, razón por la cual tuvo que reducirse el valor contratado*²- y por fallas técnicas – *tales como no contar con avales de la CAR para intervenir las obras, o falta de estudios de suelos pormenorizados, o la deficiencia de un contrato de consultoría previo*-. (Testimonio BLANCA INES ALVAREZ – Supervisora del Contrato de obra No 031 de 2015, en el marco del proceso sancionatorio iniciado por el Municipio de Armenia).

De lo anterior, -respaldado a través de testimonios de funcionarios de la alcaldía- concluye que el valor del contrato que inicialmente fue de \$80.455.727.813, fue disminuido a la suma de \$70.232.237.614, en virtud del modificadorio No. 01 de 2 de noviembre de 2016, en esa medida, el anticipo entregado, que se pactó fuera del 30% al comienzo, terminó correspondiendo al 34,79%, según se estableció en el modificadorio No. 002 de 14 de junio de 2017. Con posterioridad, el valor del contrato se redujo a la suma de \$55.000.000.000, en virtud del modificadorio No. 003 de 2017 finalmente a la suma de \$54.999.991.702.00. *Las reducciones presentadas en el valor del contrato, además de no contar con los recursos, obedecieron a la supresión de la ejecución contractual de tres frentes de obra Avenida Occidente, Yulima y Castellana, ello bajo el fundamento de la inviabilidad de ejecución de obra alguna en los sectores, resultado arrojado por los ajustes de los diseños*. (Testimonio ANDRES LEONARDO LASSO – Interventor del Contrato de obra No 031 de 2015, en el marco del proceso sancionatorio iniciado por el Municipio de Armenia).

Resulta bastante claro que al contrato 031 de 2015 le hizo falta una etapa de planeación que abordara con certeza la parte presupuestal y técnica, pues estas modificaciones presenciadas a lo largo de la ejecución contractual de antemano presuponen, además de una paralización de las obras, un desequilibrio económico, debido al cambio en las proyecciones iniciales de la oferta del proponente, además, de los cambios que ya en obra deban realizarse (menor necesidad de mano de obra – despidos-, compra innecesaria de materiales, estructuraciones de proyectos que no se van a realizar (mano de obra intelectual), gastos de logística, entre otros) que como se evidenció en el presente contrato, corrieron por cuenta del contratista, sin lugar a devolución por parte de la administración.

D. VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN EL PROCESO SANCIONATORIO ART. 86 DE LA LEY 1474 DE 2011.

El proceso sancionatorio por presunto incumplimiento en la inversión del anticipo y/o incorrecta inversión del anticipo iniciado por el Municipio de Armenia, desde sus inicios conllevó una falla en la aplicación del debido proceso como garantía fundamental para las partes convocadas, por cuanto no se adjuntó informe de interventoría o supervisión que sustente el presunto incumplimiento-ni siquiera en la citación al procedimiento-, requisito elemental establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Se resalta la gravedad de la violación a la rigurosidad del procedimiento que enmarca el artículo 86 de la precipitada norma, por cuanto el derecho de defensa y contradicción en un proceso sancionatorio, va en dirección a lo atribuido en el citatorio de la audiencia, cualquier documento no presentado en la misma- más si se trata de los informes que dan cuenta de un presunto incumplimiento- desatiende lo ordenado por la ley.

Aunado a lo anterior, de la decisión de la administración también se colige una vulneración al debido proceso, dado que no hubo una valoración probatoria adecuada y de la cual, de haberse realizado pudo desprenderse una conclusión abiertamente diferente a la hoy demandada, dado que como se probó en el proceso, existió un dictamen pericial del cual era evidente, el gasto del anticipo, que sin lugar a dudas en cuantía es diferente a sancionado por el ente municipal.

E. ANTICIPO - CONSTITUCIÓN DE PATRIMONIO AUTÓNOMO - INVERSIÓN DEL ANTICIPO.

La Ley 80 de 1993 y reiterada jurisprudencia coinciden en mencionar al *anticipo como un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto* (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de junio de 2001. C.P. Ricardo Hoyos Duque), es más el propio contrato establece en su cláusula tercera “Forma de pago” que el anticipo “...se constituye como aquella suma de dinero que se entrega al contratista para ser dedicada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, a su vez es la financiación por parte de la entidad estatal de los bienes y servicios correspondiente a la prestación a ejecutar...”

Luego, el artículo 91 de la Ley 1474 de 20116 pone como obligación para contratos de obra pública en los que versen anticipos, la de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable a efectos de “garantizar” que dichos recursos se apliquen en la ejecución del contrato.

El contratista mediante soporte probatorio amplio y concreto, demostró que los recursos entregados a título de anticipo fueron invertidos específicamente en lo que dictaba el contrato para tal el efecto – contratación de mano de obra, adquisición de materiales, transporte, alquiler de equipos-, ello de conformidad con el plan de inversión y para dar inicio al contrato estatal. Igualmente, se demostró que el contratista constituyó patrimonio autónomo mediante contrato de fiducia mercantil No. 9141 del 24 de febrero de 2016 con la entidad FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. (hoy Bancolombia S.A.) denominada PATRIMONIO P-A-ANTICIPO UT PUENTES ARMENIA con los FIDEICOMIENTES integrados por CONSTRUCTORA DIEZ CARDONA S.A., FUREL S.A.S., CONSTRUCCIONES LEZO S.A.S., para la administración y pagos del manejo del anticipo del contrato de obra No. 031 del 23 de diciembre de 2015 suscrito por la Unión Temporal con el Municipio de Armenia.

El contrato de fiducia en comento, establecía las reglas para el manejo del anticipo, las cuales principian en la aprobación previa del interventor o supervisor del contrato, dicha aprobación devenía, luego, de una verificación no solo documental sino técnica, de los pagos o reembolsos solicitados los cuales, además de ser aprobados por el interventor o supervisor, debían estar conforme al Plan de Inversiones.

Ahora bien, al conocer la rigurosidad de las cláusulas contractuales tanto del contrato de obra como el de fiducia, genera una sencilla conclusión y es que las órdenes de pago siempre contaron con los requisitos exigidos para tal efecto, ello es, contar con autorización el aval tanto Fideicomitente – contratista como el interventor del contrato- en los contratos y estar conformes al plan de inversión.

Finalmente, es preciso manifestar que la existencia de una Fiducia Mercantil no es únicamente, como mal no lo han hecho entender, para realizar pagos - como un banco- no, su función es administrar un recurso público, anticipo, palabras más, para dar transparencia en el manejo de tales recursos, de ahí, que si la fiducia avaló los pagos y reembolsos solicitados por el contratista fue porque los mismos estuvieron autorizados por el interventor y/o supervisor del contrato, y estuvieron en plena correspondencia con el plan de inversión.

F. INEXISTENCIA DE SINIESTRO DE ANTICIPO Y SUBSIDIARIAMENTE FALTA DE ACREDITACIÓN DEL MISMO

El amparo de anticipo tiene como finalidad cubrir, según las condiciones generales de la póliza, dos eventos diferentes: (i) el uso indebido de los dineros o bienes recibidos a ese título y (ii) la apropiación indebida de los mismos, en uno y otro caso, por la definición contenida en la póliza, por el hecho de que los dineros no hubiesen sido utilizados en aquello para lo cual fueron entregados. Estos riesgos son completamente independientes de los asegurados mediante el Amparo de Cumplimiento, de tal suerte que el acaecimiento de aquellos no implica el acaecimiento de este último. (Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, sentencia de 24 de julio de 2006, Expediente No. 00191. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo)

Así mismo, la jurisprudencia distingue entre la amortización del anticipo y el uso indebido o la apropiación indebida del mismo. Basta al efecto mencionar no solo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de julio de 2006³⁸ y por el Consejo de Estado⁸ sino, más recientemente, lo afirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en fallo expedido el 9 de febrero de 2012⁴⁰.

De las sentencias mencionadas, se puede dilucidar que la administración debía demostrar, en cuanto al seguro de cumplimiento, que, a causa de la inexecución de la labor contratada, la entidad sufrió un menoscabo patrimonial, por lo que no le bastaba probar que el deudor afianzado incumplió su deber de prestación, para que- automáticamente-tuviera derecho a recibir el pago del siniestro, sino que, además, debía demostrar el vínculo causal y la cuantía de los perjuicios ocasionados. Y en cuanto al seguro contratado para el buen manejo del anticipo, era menester que acreditara la entrega al contratista de los recursos respectivos y que ellos no fueron destinados para la ejecución de la obra. Así las cosas, no es posible confundir el valor por amortizar con el valor del anticipo no invertido.

En ese entendido según el plan de inversión del anticipo, se entregarían a título de anticipo la suma de VEINTICUATRO MIL CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$24.136.718.344).

RELACION DE INVERSION DE ANTICIPO						
CONTRATO PUENTES DE ARMENIA # 2015-031						
VALOR DEL CONTARTO			\$ 80.455.727.813,00			
VALOR DEL ANTICIPO			\$ 24.136.718.344			
CAPIT.	FECHA	DOC.	DESCRIPCION	PROVEEDOR	VALOR	SUBTOTAL CAPITULO
m e s 1	1		Nómina personal de obra	Contratista	\$ 3.158.511.314	\$ 12.751.428.301
	2		Alquiler Equipo y maquinaria	Contratista	\$ 3.048.467.527	53%
	3		Anticipos Materiales	Contratista	\$ 5.041.066.670	
	4		Transportes en general	Contratista	\$ 1.206.835.917	
	5		GMP	Contratista	\$ 96.546.873	
TOTAL MES 1						\$ 12.751.428.301
						\$ 7.241.015.503
m e s 2	1		Nómina personal de obra	Contratista	\$ 1.206.835.917	
	2		Alquiler Equipo y maquinaria	Contratista	\$ 482.784.367	30%
	3		Anticipos Materiales	Contratista	\$ 4.544.609.302	
	4		Transportes en general	Contratista	\$ 1.206.835.917	
			TOTAL MES 2			\$ 7.241.015.503
						\$ 4.144.274.540
m e s 3	1		Nómina personal de obra	Contratista	\$ 217.230.465	17%
	2		Alquiler Equipo y maquinaria	Contratista	\$ 241.367.183	
	3		Anticipos Materiales	Contratista	\$ 3.613.266.736	
	4		Transportes en general	Contratista	\$ 72.410.155	
			TOTAL MES 3			\$ 4.144.274.540
						\$ 24.136.718.344
TOTAL ANTICIPO					30%	\$ 24.136.718.344

Sin embargo, tal y como se evidencia en certificado de pago desde el Municipio de Armenia, el cual reposa en el expediente, lo girado a título de anticipo a la fiducia mercantil P.A. ANTICIPO UT PUENTES ARMENIA correspondió a VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTISIETE PESOS MCTE (\$22.929.882.427.00) equivalentes al 95% toda vez que el 5% MIL DOSSCIENTOS SEIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS DIECISIETE PESOS MCTE (\$1.06.835.917.00) equivalen a la contribución especial de seguridad.



Ingresos Generados

Desde: 01-11-2013 Hasta: 07-11-2018

Reporte: CAJR_004
 Usuario: 32297525
 Fecha: 07-NOV-2018
 Página: 1 de 1

Producto: 09141 P.A. ANTICIPO UT PUENTES ARMEN

Moneda: COP PESOS COLOMBIANOS

Cuenta Bancaria #: 23456605478 Emisor: BANCOLOMBIA

Cuenta Contable: 11150516995

Tipo de Ingreso: ADN APORTES EN DINERO TIPO (NRE)

Fecha	Sec.	# Ingreso	Beneficiario	Descripción	Valor	Valor Retención	Estado	Radicado
31-03-2016	2		BANCOLOMBIA	31-03-2016/MUNICIPIO DE ARMENIA/ GPR 7434	9,429,882,427.00	.00	Pagado	
31-03-2016	3		BANCOLOMBIA	31-03-2016/890000464/ GPR 7434	13,500,000,000.00	.00	Pagado	
Total Tipo de Ingreso:					22,929,882,427.00	.00		
Total por Cuenta:					22,929,882,427.00	.00		
Total por Moneda:					22,929,882,427.00	.00		

Luego, y conforme a dictamen pericial realizado por la empresa CORAVIL SAS, el cual fue confirmado en etapa probatorio dentro del proceso que hoy nos convoca, se pudo probar 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.

Del análisis de las carpetas que contienen copias de las facturas mensuales reportados por la Unión Temporal Puentes Armenia, se evidencian gastos totales que ascienden a la suma de \$18.909.409.351, 97. Los gastos mensuales se discriminan en la siguiente tabla:

Tabla N° 6. Gastos Mensuales realizados por la UTPA

Mes	Gastos UTPA	Mes	Gastos UTPA
enero 2016	10,173,382.00	mayo 2017	296,454,933.12
febrero 2016	12,040,729.00	junio 2017	938,797,009.01
marzo 2016	1,244,885,102.70	julio 2017	524,903,869.75
abril 2016	174,076,699.60	agosto 2017	413,662,219.96
mayo 2016	53,837,277.00	septiembre 2017	315,641,440.12
junio 2016	65,093,145.27	octubre 2017	543,551,051.37
julio 2016	82,269,127.56	noviembre 2017	982,397,623.20
agosto 2016	630,888,103.14	diciembre 2017	328,817,396.55
septiembre 2016	254,973,998.49	enero 2018	217,983,759.89
octubre 2016	6,344,967,234.24	febrero 2018	433,783,503.17
noviembre 2016	428,538,456.60	marzo 2018	323,071,489.67
diciembre 2016	1,485,726,834.32	abril 2018	176,129,743.87
enero 2017	246,153,144.78	mayo 2018	638,104,267.00
febrero 2017	606,628,998.55	junio 2018	16,036,913.00
marzo 2017	792,637,781.75	Total	18,909,409,351.97
abril 2017	327,184,117.29		

El anticipo se usó en los siguientes rubros:

Tabla N° 7. Gastos generados por Capítulos ²

CAPITULO DE GASTO	GASTO	PORCENTAJE
OFICINAS Y CAMPAMENTO	197,715,298.00	1.05%
DISEÑOS, ENSAYOS Y ASESORÍAS	500,941,316.00	2.65%
NOMINAS, PRESTACIONES	1,888,391,616.23	9.99%
SUBCONTRATOS DE MANO DE OBRA	2,816,598,652.00	14.90%
TRANSPORTES, FLETES, ACARREOS	7,165,298,599.00	37.89%
MATERIA PRIMA	2,875,410,156.00	15.21%
EQUIPOS, ALQUILER Y HERRAMIENTA	248,742,950.00	1.32%
GASTOS VIAJE Y REPRESENTACIÓN	59,461,362.00	0.31%
IMPUESTOS Y RETENCIONES	2,521,657,333.00	13.34%
GASTOS LEGALES	181,830,182.00	0.96%
GASTOS BANCARIOS	45,739,943.74	0.24%
OTROS	407,621,944.00	2.16%
GASTO TOTAL	18,909,409,351.97	100%

...En la tabla anterior se observa que, de acuerdo con los soportes de gastos, el anticipo se usó para el pago de nóminas, mano de obra, materiales de reserva para su utilización en actividades futuras, con el fin de conservar el precio del año fiscal vigente, maquinaria y transportes.

Adicionalmente para otros usos como son los pagos de impuestos, gastos bancarios, diseños y cerramientos, etc., actividades necesarias para ejecutar la obra en su etapa inicial..."

Como conclusión el dictamen pericial manifiesta:

4.5 Anticipo a recuperar

De acuerdo a la Tabla N°7, se tienen unos gastos relacionados por la UTPA, equivalentes a \$18,909,409,351.97. De acuerdo al numeral anterior, de este valor, el ítem de Transporte, se descuentan 1578'342.000 de pesos no comprobable en obra.

Al modificar este capítulo, los gastos efectivamente usados en el anticipo son los siguientes:

Tabla N° 13. Gastos generados por Capítulos Contables

CAPITULO DE GASTO	GASTO	PORCENTAJE
OFICINAS Y CAMPAMENTO	197,715,298.0	1.14%
DISEÑOS, ENSAYOS Y ASESORÍAS	500,941,316.0	2.89%
NOMINAS, PRESTACIONES	1,888,391,616.2	10.90%
SUBCONTRATOS DE MANO DE OBRA	2,816,598,652.0	16.25%
TRANSPORTES, FLETES, ACARREOS	5,586,956,599.0	32.24%
MATERIA PRIMA	2,875,410,156.0	16.59%
EQUIPOS, ALQUILER Y HERRAMIENTA	248,742,950.0	1.44%
GASTOS VIAJE Y REPRESENTACIÓN	59,461,362.0	0.34%
IMPUESTOS Y RETENCIONES	2,521,657,333.0	14.55%
GASTOS LEGALES	181,830,182.0	1.05%
GASTOS BANCARIOS	45,739,943.7	0.26%
OTROS	407,621,944.0	2.35%
GASTO TOTAL	\$ 17,331,067,352.0	100%

Pese a la presentación del dictamen pericial realizado, y confirmado en el presente proceso, el Municipio de Armenia, sin mayor justificación técnica, decide siniestrar la garantía de anticipo en su totalidad.

De otro lado, si en dado caso se llegase afirmar, como equivocadamente lo hace el Municipio de Armenia, que el anticipo debía destinarse únicamente para la etapa de CORAVIL SAS -Análisis de inversión del anticipo del contrato de obra pública 015-01 del Municipio de Armenia construcción, la ocurrencia del siniestro sería exclusivamente imputable a la Entidad, pues debido a la falta de planeación del contrato y a la inexistencia de un estudio de las condiciones y estipulaciones contractuales, se entregó un anticipo de manera equivocada o anticipada, el cual fue invertido por el contratista 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. Es de recordar que estos gastos que

fueron plenamente avalados por la interventoría quien funge en el contrato como voz de la administración.

En conclusión, del estudio de las pruebas presentadas por el contratista y muy poco valoradas por la administración, se puede deducir la no configuración de los elementos necesarios para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía afectando el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues se demostró que el contratista invirtió y destinó la suma antes indicada para cubrir los gastos necesarios para el inicio de la ejecución del contrato. Al respecto cabe señalar que, aun cuando la Entidad también reprocha el hecho de que no se haya invertido o soportado en el plazo estipulado en el plan de inversiones, ello resulta irrelevante teniendo en cuenta que: i) el desembolso del anticipo inicio en el mes de marzo y finalizó en el mes de octubre, por lo que no fue desembolsada su totalidad en el plazo de los 3 meses contemplados para el plan de inversión; ii) en cualquier caso, los dineros girados al contratista lo fueron a título de reembolsos y pagos a terceros que se hicieron exclusivamente con el fin de impulsar la ejecución del contrato y; iii) las suspensiones contractuales llevaron a que toda la ejecución sufra cambios en sus cronogramas, mal podría pensarse que la inversión del anticipo quede indemne de tales, sobre todo, cuando por fallas en la planeación de la administración, hubo modificaciones de los frentes de obras.

CONCLUSIÓN:

En el marco del proceso que hoy nos convocan, quedó plenamente demostrado que la Resolución No. 223 de 2020 y la Resolución No. 366 de 2020 se encuentran viciadas de nulidad por falsa motivación, al haber declarado el siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo con fundamento en razones subjetivas, que no obedecen a hechos ciertos, objetivos y certeros, desconociendo abiertamente lo probado dentro del proceso administrativo sancionatorio y valorando de forma indebida las pruebas aportadas y practicadas, particularmente lo siguiente:

1. Que el anticipo se invirtió en el cumplimiento del objeto contractual, ello es apertura a la etapa inicial de ajustes y diseños. Actividad conocida por la entidad contratante, a través de la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Armenia.

2. Desconocimiento de la reducción del anticipo. En razón que el contrato de obra tuvo una reducción quedando un valor final de \$54.999.991, el anticipo también sufre dicha disminución, teniendo como valor final girado a título de anticipo \$ 16.499.997.510.
3. De conformidad con el peritazgo, realizado por CORAVIL S.A. el gasto por parte del contratista del giro del anticipo fue por valor de \$ 18.764.082.998
4. La no amortización del anticipo, ocurrida con ocasión a la falta de planeación de la entidad estatal, no puede ser considerada como un siniestro dentro del proceso contractual, toda vez que no es objeto de cobertura de la garantía de cumplimiento del contrato.

PETICIÓN

Por lo expuesto, Honorable Magistrado, solicito muy respetuosamente se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 223 y 366 de 2020, así mismo, se desestimen las pretensiones del demandante en las que la suscrita presentó oposición, lo anterior con fundamento a que las mismas fueron propuestas sin que exista argumentos de hecho y/o derecho para que prosperen. Igualmente solicito al honorable Despacho, se tengan probadas a la merced de su decisión, las excepciones propuestas por esta parte de la litis.

Cordialmente,



MARCELA SUAREZ EGAS

C. C. No. 1.085.254.333

T.P. No. 201.205