

Honorable
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE QUINDÍO
Sala Primera de Decisión
Armenia
ofjudarm@cendoj.ramajudicial.gov.co
demandasadmmed@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

REF. : **Medio de control:** Controversias contractuales
Demandante: MAPFRE SEGUROS GENERALES COLOMBIA S.A.
Demandado: MUNICIPIO DE ARMENIA, SEGUROS DEL ESTADO Y OTROS
Vinculado como litisconsorte necesario: SEGUROS DEL ESTADO S.A.

RADICACIÓN: 63001233300020210008400

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA NO. 0014-001-2023 PROFERIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO

JUAN FELIPE TORRES VARELA, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.020.727.443, abogado titulada y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 227.698 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad reconocida de apoderado de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, litisconsorte necesario en este proceso, presento y sustento recurso de apelación contra la sentencia No. 0014-001-2023 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 11 de agosto de 2023 en el caso citado en la referencia.

Para facilitar la lectura de este escrito se adjunta una Tabla de Contenido.

I.	OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO.....	2
II.	SÍNTESIS DEL LITIGIO Y RAZÓN DE SER DE LA CONTROVERSIA.....	3
A.	LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS Y EL CONTRATO DE OBRA GARANTIZADO.....	3
B.	LA INTERVENCIÓN DE SEGUROS DEL ESTADO COMO LITISCONSORTE NECESARIO Y EL PRIMER ERROR COMETIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO	3
III.	LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO	4
IV.	DEMOSTRACIÓN DE LOS MOTIVOS DE NULIDAD Y DE LOS ERRORES COMETIDOS EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.....	6
A.	EN RELACIÓN CON LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO	6
1.	La argumentación del Tribunal.....	6
2.	Los errores del Tribunal	7

a.	No haberse referido a todos los supuestos de prescripción planteados en la demanda.....	7
b.	El error respecto de la valoración del primer supuesto de prescripción, el de la configuración de la prescripción el 1 de noviembre de 2019 por haber conocido o debido razonablemente haber tenido conocimiento del siniestro el 1 de noviembre de 2017	7
c.	El segundo supuesto de prescripción, el cual no fue analizado por el Tribunal: configuración de la prescripción desde el 12 de marzo de 2020, por haber conocido el incumplimiento contractual el 12 de marzo de 2018.....	8
d.	El tercer supuesto de prescripción, el cual no fue analizado por el Tribunal: Configuración de la prescripción desde el 23 de marzo de 2020, por haber conocido el incumplimiento contractual el 23 de marzo de 2018.	8
e.	El cuarto supuesto de prescripción, el cual no fue analizado por el Tribunal: Configuración de la prescripción desde el mes de mayo de 2020, por haber conocido el incumplimiento contractual en mayo de 2018.	9
B.	EN RELACIÓN CON LA INVERSIÓN DEL ANTICIPO.....	9
1.	<i>Lo solicitado por Seguros del Estado</i>	10
2.	<i>La argumentación del Tribunal respecto del valor invertido por concepto de anticipo y el error incurrido al no haber valorado el dictamen pericial aportado por Seguros del Estado</i>	10
C.	RESPECTO DEL ALCANCE DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA, TODA VEZ QUE ESTA NO CUBRIÓ LA NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO.....	17
3.	<i>El error del Tribunal al extender la cobertura del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo a la no amortización del anticipo, la cual no está cubierta en el presente caso</i>	18
a.	El entendimiento del Tribunal sobre la cobertura de la póliza	18
b.	La cobertura de la póliza expedida no cubre la no amortización del anticipo.....	18
c.	La jurisprudencia civil y administrativa es muy clara en señalar las diferencias entre la no amortización del anticipo y el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo	20
D.	EN RELACIÓN CON LA NULIDAD BASADA EN DECLARACIONES RETICENTES SOBRE EL ESTADO DEL RIESGO Y LA NEGLIGENCIA GRAVE DEL MUNICIPIO DE ARMENIA.....	25
1.	<i>La argumentación del Tribunal</i>	25
2.	<i>Los errores del Tribunal</i>	26
a.	Sobre el entendimiento del artículo 134 del Decreto 1510 de 2013 y del artículo 1039 del Código de Comercio y el incumplimiento del deber	26
b.	Sobre en quién radicaba la obligación de realizar y entregar los estudios y diseños.....	27
c.	El Municipio no informó a la aseguradora, previamente a la emisión de las prórrogas de las garantías, sobre los problemas de corrupción descubiertos ni sobre los sobre costos ni sobre los problemas detectados acerca de la ausencia de justificación o de soporte en la inversión del anticipo. La culpa grave del Municipio	27
d.	El Municipio obró con negligencia y culpa grave.....	28
E.	EN RELACIÓN CON LA INASEGURABILIDAD DEL DOLO Y LA CULPA GRAVE DEL ASEGURADO, LA VIOLACIÓN DEL POSTULADO DE LA BUENA FE Y LA CULPA EXCLUSIVA DEL ASEGURADO	34
F.	EN RELACIÓN CON LA AUSENCIA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE SEGUROS DEL ESTADO ADICIONALES A LAS FORMULADAS POR MAPFRE.....	40

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO

La sentencia es apelable de conformidad con el artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, conforme al artículo 247 ibidem, el recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

En el presente caso la sentencia fue proferida el 11 de agosto de 2023 y fue notificada mediante correo electrónico remitido el 14 de agosto de 2023, bajo el no. 7449. En consecuencia, el término de 10 días hábiles para interponer el recurso vence el 29 de agosto de 2023.

II. SÍNTESIS DEL LITIGIO Y RAZÓN DE SER DE LA CONTROVERSIA

A. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS Y EL CONTRATO DE OBRA GARANTIZADO

1. El Municipio de Armenia expidió la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020, mediante la cual declaró lo que denominó el *“Incumplimiento constitutivo de Reclamación de Siniestro del Amparo de Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo”*, en cuantía de \$18.764.082.998, “a título de perjuicio material, imputable al contratista Unión Temporal Puentes de Armenia, integrado por las sociedades Constructora Díez Cardona S.A.S., Furel S.A. y Construcciones Lezo S.A.S., debiendo estos responder solidariamente conforme a su participación en la ejecución del contrato 031 de 2015. El Municipio también declaró la responsabilidad solidaria del Consorcio Interpuentes Quindío.
2. En la resolución mencionada el Municipio de Armenia ordenó hacer efectiva la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales que consta en la póliza No. 65-44-101128442 expedida por Seguros del Estado S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., bajo la modalidad de coaseguro, correspondiendo a la primera un porcentaje de participación en el coaseguro del setenta por ciento (70%) y a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. el treinta por ciento restante (30%).
3. La afectación de la póliza expedida se produjo bajo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, así: Seguros del Estado S.A.: \$13.134.858.098,60. Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.: \$5.629.224.899,40.
4. Interpuesto el recurso de reposición, el Municipio de Armenia lo resolvió mediante Resolución 366 del 22 de diciembre de 2020, la cual confirmó la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020, pero modificó la tasación del perjuicio, aumentándolo, el cual quedó en la suma de \$18.804.768.992. Con base en este valor, la resolución ajustó el valor del siniestro y afectó la póliza, obligando a las coaseguradoras a pagar las siguientes sumas de dinero: Seguros del Estado S.A.: 13.163.338.294,40 y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.: 5.641.430.697,60.
5. Las aseguradoras hicieron el pago del valor del siniestro. En el caso de Seguros del Estado, el pago se realizó el 28 de enero de 2021, por la suma de COP\$13.470.106.809,10, suma que incluye \$306.768.514.70 por concepto de intereses moratorios indebidamente cobrados por el Municipio, calculados desde el 22 de diciembre del 2020 al 28 de enero del 2021. El pago reseñado fue rechazado por el banco, comoquiera que hubo un error por parte del mismo en el suministro del número de la cuenta bancaria donde debía realizarse el pago. En efecto, el Municipio remitió a Seguros del Estado una certificación bancaria en donde supuestamente debía efectuarse el pago y dicha certificación registró mal el número de la cuenta bancaria del Municipio, sin que este último se hubiera percatado del error, obrando así con total negligencia. Este error no advertido por el Municipio originó que el pago se hiciera en la cuenta con número equivocado, siendo rechazado y teniéndose que efectuar el pago nuevamente con base en una certificación bancaria nueva, remitida por el Municipio, esta sí correcta. Teniendo en cuenta lo anterior, el 28 de enero de 2021, nuevamente Seguros del estado procedió a realizar el pago por la suma mencionada.

B. LA INTERVENCIÓN DE SEGUROS DEL ESTADO COMO LITISCONSORTE NECESARIO Y EL PRIMER ERROR COMETIDO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO

6. Seguros del Estado planteó en la solicitud de vinculación, dentro de las pretensiones, la nulidad de los actos administrativos acusados y el restablecimiento del derecho, basado en:
 - 6.1. La ineficacia del contrato de seguro.
 - 6.2. La violación del postulado de la mala fe.
 - 6.3. La culpa exclusiva del Municipio de Armenia.
 - 6.4. La prescripción basada en el hecho de que en distintos momentos el municipio conoció o razonablemente tuvo que haber conocido la existencia del siniestro.
 - 6.5. La falsa motivación al no reconocer el Municipio que el contratista invirtió parcialmente el anticipo, como lo demuestra el dictamen pericial aportado.
 - 6.6. La falsa motivación al no admitirse que los hechos de corrupción que se descubrieron han debido ser informados al asegurador y no se hizo, lo que configura un supuesto de dolo o de culpa grave, que es inasegurable.
 - 6.7. Ausencia de cobertura de la no amortización del anticipo, teniendo en cuenta que lo que se amparó fue la correcta inversión del mismo y no aquella.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO

7. Las pretensiones de Seguros del Estado incluyen pretensiones adicionales a las de Mapfre como demandante. A este respecto el Tribunal afirmó que la participación de Seguros del Estado “no se extiende más allá de coadyuvar las pretensiones de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.”¹
8. Esta afirmación del Tribunal es equivocada, como se desprende del auto no. 25000-23-37-000-2014-00598-01 del Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, SECCIÓN CUARTA, de 22 de agosto de 2016².
9. En consecuencia, el primer error del Tribunal es no haber considerado las pretensiones adicionales formuladas por Seguros del Estado.
10. El Tribunal Administrativo del Quindío negó en su totalidad las pretensiones de la demanda y, para hacerlo, se basó en la sentencia proferida el 21 de abril de 2022 por ese mismo tribunal en el proceso con radicado 05001233100020210003700, en el que obra como demandante Seguros del Estado y como demandado el Municipio de Armenia, sentencia esta que fue objeto de apelación que cursa ante el Consejo de Estado.
11. Aduce el Tribunal, en lo fundamental, que
 - 11.1. Trayendo a colación apartes de la sentencia mencionada, señala que “en la discusión de la tasación del perjuicio tampoco cabe lo relativo al análisis de soportes de pago a que alude la sociedad demandante, puesto que el perjuicio fue tasado con base en el saldo del anticipo no amortizado, frente a lo cual concuerda la Sala, pues tal como se indica en el acto demandado, el daño antijurídico imputable al Contratista de obra radica en la lesión al derecho de crédito de la entidad contratante Municipio de Armenia, es decir, que el daño en que se sustentó la decisión sancionatoria es en relación con los recursos del anticipo, son

¹ Pág. 11 de la sentencia recurrida.

² Demandante 3M Colombia S.A. Demandado: DIAN C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

tales recursos los que se cuestionan y pretenden recuperar, de ahí que el perjuicio se tase en el saldo que a la fecha no se había amortizado o recibido por la entidad (...)"³

11.2. Y añade: *"En conclusión, para esta Sala los actos administrativos demandados no están viciados por falsa motivación por cuanto, se itera, fueron expedidos con fundamento en las pruebas conforme las cuales, el contratista Unión Temporal Puentes de Armenia, no cumplió con el plan de inversión del anticipo, no sólo en cuanto al plazo establecido para ello, sino además, frente a la inversión de los recursos que, solo permitió la amortización de cuatro mil cincuenta y dos millones ochocientos dos mil novecientos treinta y pesos (\$4.052.802.930)."*

11.3. Trayendo a colación nuevamente lo expresado en la sentencia mencionada, *"el Municipio de Armenia al no tener la condición de tomador dentro del contrato de seguro, no es posible atribuirle el deber de manifestar el estado de riesgo; por lo anterior pierde relevancia el análisis de la presunta vulneración del principio de buena fe respecto del ente territorial."*⁴

11.4. El Tribunal consideró no acreditada la prescripción y para ello se remitió a las razones que expuso en la sentencia proferida por ese mismo Tribunal por la Sala Primera de Decisión en el radicado 63001233300020210003700, en la que expuso las siguientes razones:

"En el caso concreto, en cuanto a la fecha de conocimiento del riesgo asegurado por parte del Municipio de Armenia se plantean fechas distintas; así la sociedad demandante manifiesta que el conocimiento del ente territorial data del 02 de noviembre de 2017, y coincide con el momento en que la interventoría remite a la Secretaría de Infraestructura los soportes documentales de la inversión del anticipo; mientras que en la Resolución 223 de 2020 se indicó como fecha de conocimiento el 03 de septiembre de 2018, fecha de presentación del informe elaborado por la Supervisión del contrato, y en donde se comunicó el presunto incumplimiento contractual.

Sobre el particular la Sala advierte que, en primer lugar, no se advierte aportado el memorial respecto del cual la sociedad demandante pretende derivar el conocimiento del ente territorial, máxime que, se manifiesta que el mismo es remitido a la Secretaría de Infraestructura; considera la Sala que el conocimiento adecuado se configura cuando el representante legal de la entidad o su delegado es enterado del presunto incumplimiento del Contratista, esto es, de la existencia del riesgo, pues es a instancia de este funcionario que se inicia el trámite de reclamación

Por otro lado se cuenta con el oficio SI-POI-3498 del 03 de septiembre de 2018 mediante el cual la Secretaría de Infraestructura de Armenia comunicó al Departamento Administrativo Jurídico la realización de tasación de perjuicios en relación con el manejo del anticipo en el Contrato de Obra Pública No. 031 de 2015, en donde concluyó que la cuantía del presunto perjuicio realmente ascendía a la suma

³ Esta cita la hace el tribunal en la pág. 24 de la sentencia ahora apelada y corresponde a argumentación contenida en la sentencia proferida por el mismo tribunal el 21 de abril de 2022 en el proceso con radicado 05001233100020210003700.

⁴ Pág. 25 de la sentencia ahora apelada.

de \$20.083.915.413.90, momento del que se desprende un conocimiento adecuado de la existencia del riesgo asegurado.

Debe resaltarse que en la medida en que se trata del cómputo del término para ejercer la acción pertinente ante la aseguradora, se considera que el conocimiento que se debe predicar debe ser real, adecuado y suficiente, de modo que no toda simple manifestación de hechos relacionados sirva para su configuración, esto es, hechos de los que se presume o quede a la interpretación; debe haber certeza en cuanto a que la entidad se enteró de la posible ocurrencia del riesgo asegurado (...).⁵

IV. DEMOSTRACIÓN DE LOS MOTIVOS DE NULIDAD Y DE LOS ERRORES COMETIDOS EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A. EN RELACIÓN CON LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO

1. La argumentación del Tribunal

12. El Tribunal consideró no acreditada la prescripción por las siguientes razones:

“En el caso concreto, en cuanto a la fecha de conocimiento del riesgo asegurado por parte del Municipio de Armenia se plantean fechas distintas; así la sociedad demandante manifiesta que el conocimiento del ente territorial data del 02 de noviembre de 2017, y coincide con el momento en que la interventoría remite a la Secretaría de Infraestructura los soportes documentales de la inversión del anticipo; mientras que en la Resolución 223 de 2020 se indicó como fecha de conocimiento el 03 de septiembre de 2018, fecha de presentación del informe elaborado por la Supervisión del contrato, y en donde se comunicó el presunto incumplimiento contractual.

Sobre el particular la Sala advierte que, en primer lugar, no se advierte aportado el memorial respecto del cual la sociedad demandante pretende derivar el conocimiento del ente territorial, máxime que, se manifiesta que el mismo es remitido a la Secretaría de Infraestructura; considera la Sala que el conocimiento adecuado se configura cuando el representante legal de la entidad o su delegado es enterado del presunto incumplimiento del Contratista, esto es, de la existencia del riesgo, pues es a instancia de este funcionario que se inicia el trámite de reclamación

Debe resaltarse que en la medida en que se trata del cómputo del término para ejercer la acción pertinente ante la aseguradora, se considera que el conocimiento que se debe predicar debe ser real, adecuado y suficiente, de modo que no toda simple manifestación de hechos relacionados sirva para su configuración, esto es, hechos de los que se presume o quede a la interpretación; debe haber certeza en cuanto a que la entidad se enteró de la posible ocurrencia del riesgo asegurado.

⁵ Páginas 25 y 26 de la sentencia ahora recurrida, que transcribe página 280 de la sentencia con radicado 63001233300020210003700.

En consecuencia no se encuentra acreditada la prescripción extintiva de la acción derivada del contrato de seguro para activar la Póliza de Seguro de Cumplimiento”.⁶

2. Los errores del Tribunal

a. No haberse referido a todos los supuestos de prescripción planteados en la demanda

13. Como fácilmente se advierte, el Tribunal no analizó todos los supuestos de prescripción relacionados en la solicitud de intervención, que eran cuatro (4)⁷, con lo cual desatendió lo dispuesto en el artículo 280 del Código General del Proceso, que obliga a pronunciarse sobre cada una de las pretensiones de la demanda, lo que obliga a referirse a cada cargo.

b. El error respecto de la valoración del primer supuesto de prescripción, el de la configuración de la prescripción el 1 de noviembre de 2019 por haber conocido o debido razonablemente haber tenido conocimiento del siniestro el 1 de noviembre de 2017

14. El primer supuesto de prescripción, único al que se refirió el Tribunal, fue el de la Configuración de la prescripción desde el 1 de noviembre de 2019 por haber conocido el incumplimiento contractual o haber razonablemente debido conocerlo a partir del 1º de noviembre de 2017. Recuérdese que el Consejo de Estado señaló que “*Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros*”⁸ (negritas y subrayado son nuestros).

15. A duce el Tribunal que no se aportó el mencionado informe del interventor, pero se trata de una afirmación errada. El documento está en la carpeta de la Secretaría de Infraestructura que forma parte del expediente del Proceso Administrativo Sancionatorio Contractual, allegado al expediente.

16. Las bases para considerar configurada la prescripción son:

16.1. El oficio CIQ-01-2016-336 del 13 de septiembre de 2017⁹, dirigido al contratista con copia a la entidad, la Interventoría señala que los documentos no estaban enmarcados dentro del plan de inversión y no justifican de manera adecuada la inversión del anticipo;

16.2. 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, con el Interventor aportó, en medio magnético, la relación de las facturas que el contratista de obra presentó como soportes de inversión del anticipo. Se resalta que para esta fecha había transcurrido un año desde el vencimiento del plazo de inversión del anticipo y la Interventoría

⁶ Páginas 25 y 26 de la sentencia ahora recurrida, que transcribe página 280 de la sentencia con radicado 63001233300020210003700.

⁷ Véase en la solicitud de intervención el literal F del capítulo 5.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, Exp. 14.667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁹ Oficio CIQ-01-2016-336 del 13 de septiembre de 2017. Carpeta de pruebas de la Secretaría de Infraestructura. Documentos adicionales.

ya había informado que los documentos aportados no justificaban de manera adecuada la inversión.

16.3. Por todo lo anterior, es forzoso concluir que la Entidad debió razonablemente tener conocimiento del presunto siniestro para afectar el amparo de buen manejo e inversión del anticipo por lo menos para el día 01 de noviembre de 2017, fecha en la cual recibió los soportes por parte del contratista. De ahí que, el término de prescripción para declarar el siniestro y hacer efectivo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo inició su cómputo el día **02 de noviembre de 2017** y finalizó el día **02 de noviembre de 2019**, razón por la cual, para el día 27 de agosto de 2020, fecha en la que la Entidad profirió la Resolución 223 de 2020, ya había prescrito la posibilidad de declarar el siniestro.

16.4. Se equivocó el Tribunal al sostener que el conocimiento se da no en el momento en que el informe es recibido por el Secretario de Infraestructura sino cuando este es recibido por el representante legal de la entidad. El Tribunal (i) desconoce que, conforme a la ley, el interventor representa a la entidad, por lo cual el conocimiento de este es suficiente; (ii) las actas de obra las suscribe el interventor, el contratista y el supervisor; (iii) el Secretario de Infraestructura es un funcionario directivo del Municipio, responsable de las obras.

c. El segundo supuesto de prescripción, el cual no fue analizado por el Tribunal: configuración de la prescripción desde el 12 de marzo de 2020, por haber conocido el incumplimiento contractual el 12 de marzo de 2018.

17. La base para esta aseveración es muy clara: en la página 17 de la citación para la audiencia de presunto incumplimiento, se señala que el día 12 de marzo de 2018, mediante oficio AM-PGG-0060 del 12 de marzo de 2018, el Alcalde del Municipio solicitó al Consorcio Interpuentes y a la UT puentes de Armenia, un informe financiero detallado sobre el buen manejo y correcta ejecución de los recursos entregados a título de anticipo, la forma de cómo fueron amortizados, la cuantía y el estado a la fecha de los rendimientos financieros. Valga recordar que, para la fecha de esta solicitud, ya el Municipio indicaba que el contratista no había aportado los soportes documentales en su totalidad de forma oportuna y que, aquellos que fueron entregados no estaban enmarcados dentro del plan de inversión o no justificaban de manera adecuada su manejo e inversión, como se indicó antes

d. El tercer supuesto de prescripción, el cual no fue analizado por el Tribunal: Configuración de la prescripción desde el 23 de marzo de 2020, por haber conocido el incumplimiento contractual el 23 de marzo de 2018.

18. Aun cuando se encuentra acreditado que el Municipio de Armenia tuvo o debió tener conocimiento el día 01 de noviembre de 2017, en caso de no acogerse dicha postura habría que decir que, en todo caso, la posibilidad de declarar el siniestro está prescrita, pues se evidencia que, por lo menos para el día 23 de marzo de 2018, el Municipio ya tenía conocimiento del siniestro.

19. Es que para los días 23 al 29 de marzo, 03 al 06 de abril, 11 y 12 de abril, se llevó a cabo 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 delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento y lavado de activos, los cuales, según el abogado del Municipio Edilberto Vanegas Holguín, guardan relación directa con los contratos de obra No. 012 y 031 de 2015. De ello se infiere que, para el día 23 de marzo era

absolutamente evidente la ocurrencia de un presunto siniestro por indebido manejo del anticipo. La anterior afirmación se ve reforzada con el testimonio de la ingeniera Blanca Inés Álvarez, quien manifestó:

“Ingeniera BLANCA INÉS ÁLVAREZ: Como lo expresé anteriormente, solo vine a tener conocimiento de facturas, de soportes, de lo del manejo del anticipo en el momento en que se iniciaron los procesos judiciales. ¿Qué anomalías existieron? Entre ellas, porque nos hicieron entrega de la comprobación, el Departamento Administrativo Jurídico le hizo a la Secretaría de Infraestructura la entrega de las facturas consideradas falsas por la fiscalía, entonces, esa pues tuve conocimiento de ellas y de la información que fue entregada mediante un informe en un (1) CD donde estaban escaneadas la totalidad de las facturas y había una de ellas que no cumplían para ser incluidas en el pago del anticipo, porque cuando se hizo entrega del anticipo se hizo una proyección en porcentajes, en qué se iba a gastar, si en mano de obra, en alquiler de equipos, en compra de materiales y en la parte administrativa, entonces de acuerdo a ese cuadro en el que ellos decían en qué se iban a gastar el anticipo, también habían facturas que no se podían incluir dentro de ese valor.”

Por tal razón, resulta evidente que al menos para el día 23 de marzo de 2018, fecha en la cual se realizó la primera audiencia de imputación de cargos, el Municipio de Armenia ya tenía pleno conocimiento del presunto incumplimiento del contratista en cuanto al buen manejo y correcta inversión del anticipo. De ahí que, el cómputo del término de prescripción inició el día 23 de marzo de 2018 y finalizó el día 23 de marzo de 2020, razón por la cual para el día 27 de agosto, fecha en la que se profirió la Resolución 223, ya había prescrito la posibilidad de declarar el siniestro.

e. El cuarto supuesto de prescripción, el cual no fue analizado por el Tribunal: Configuración de la prescripción desde el mes de mayo de 2020, por haber conocido el incumplimiento contractual en mayo de 2018.

20. Subsidiariamente, aun si no se acogiera el argumento planteado en el numeral anterior, en cualquier caso, la posibilidad de declarar el siniestro se encuentra prescrita pues se encuentra demostrado que para el día 04 de mayo de 2018 la Entidad ya tenía certeza absoluta de la ocurrencia de un posible siniestro.
21. Como se señala en la página 19 de la citación a la audiencia de presunto incumplimiento, el día 04 de mayo de 2018 el Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia recibió el oficio CIQ-01 2016-403 del 30 de abril de 2018. En este oficio, la Interventoría solicita hacer efectiva la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, toda vez que el contratista no aportó los soportes documentales de la fiducia y el manejo del anticipo. Ese mismo día, esto es 04 de mayo de 2018, según consta en la información del contrato 031 de 2015 que se encuentra en la plataforma SECOP, la alcaldesa de Armenia suscribió un documento informándole a las aseguradoras sobre la posible afectación del amparo.
22. Así las cosas, podemos concluir que para el día 04 de mayo de 2018, el Municipio de Armenia tenía pleno conocimiento de la ocurrencia de un posible siniestro, iniciado el cómputo del término de prescripción el día 05 de mayo de 2018 y finalizando el día 05 de mayo de 2020, razón por la cual, para el momento de expedición de la Resolución 223 del 27 de agosto de 2020, ya había prescrito la posibilidad de declarar el siniestro.

B. EN RELACIÓN CON LA INVERSIÓN DEL ANTICIPO

1. Lo solicitado por Seguros del Estado

23. El planteamiento fue en dos sentidos:

23.1. Buscar que, en virtud de la reducción del valor del contrato de obra no. 031 de 2015 estipulada en el otrosí modificatorio No. 003 de 2017, de \$80.455.727.813 a la suma de \$55.000.000.000, se entendiera reducida la suma asegurada del amparo de anticipo a \$16,000,000,000, con fundamento en que el anticipo pactado era del 30% del valor del contrato, lo que aparejaba que ese 30% se calculara ya no sobre el valor inicial del contrato sino sobre el nuevo valor del mismo, sustancialmente inferior, pues de lo contrario el porcentaje del anticipo no sería del 30% sino de una cifra muy superior, cercana al 42%¹⁰.

23.2. Que se declare que el contratista, en uso del anticipo y en los términos contractuales, realizó inversiones por concepto del anticipo, con fines de ejecutar la obra, por un valor \$17.331.067.352 o la que se demuestre en el proceso y que, por ende, o bien no existió siniestro bajo el amparo de anticipo o, en su defecto, el valor del mismo lo fue por un valor inferior al establecido por el municipio, que fue de \$18.804.768.992. Lo anterior con fundamento en el dictamen pericial aportado por Seguros del Estado, conforme al cual el valor del siniestro del amparo de anticipo fue de \$5.595.763.122¹¹.

2. La argumentación del Tribunal respecto del valor invertido por concepto de anticipo y el error incurrido al no haber valorado el dictamen pericial aportado por Seguros del Estado

24. El Tribunal menciona en los antecedentes del caso el dictamen pericial aportado por Seguros del Estado, pero no hace valoración alguna del mismo y en varias oportunidades hace mención de que el anticipo no fue amortizado en su totalidad -véase respecto de esto último las páginas 21, 24, entre otras-.

25. Manifestó el Tribunal que:

“(…) la discusión planteada por la parte actora no encuentra asidero alguno, dado que se encuentra plenamente acreditado que el Contratista incumplió la obligación contractual de

¹⁰ El 30% del valor inicial del contrato (\$80.455.727.813) arroja una cifra de \$24.136.718.341 y el valor desembolsado a la fiduciaria por concepto de anticipo fue de \$22.929.882.427 (la diferencia corresponde al 5% por concepto de contribución especial de seguridad, es decir, la suma de \$1.206.835.917, que se descuenta). Si se calcula el anticipo desembolsado sobre el valor del contrato de \$55.000.000.000, el porcentaje ya no sería del 30% sino del 41,6% aproximadamente.

¹¹ Véase pág. 19 del dictamen pericial. Del análisis del uso del anticipo, de acuerdo con los soportes documentales existentes de la unión temporal, se soporta que los dineros utilizados ascienden a \$ 17,331'067,352 en gastos, dejando el siguiente balance:

Anticipo contractual:	\$ 24.136.718.344
Menos Impuesto 5% Seguridad	\$ 1.206.835.917
Anticipo Consignado en la fiducia ⁵	\$ 22.929.882.427
Menos Saldo que permanece en la Fiducia	\$ 3.051.954
Anticipo desembolsado de la fiducia y entregado al contratista ⁶	\$ 22.926.830.474
Anticipo usado en gastos del contrato	\$ 17.331.067.352
Diferencia:	\$ 5.595.763.122
Valor del Siniestro del amparo de anticipo:	\$ 5.595.763.122

buen manejo y correcta inversión del anticipo; se reitera que el Contratista contaba con un término de tres (03) meses para la inversión del anticipo conforme el Plan de Inversión del mismo, previamente aprobado por la interventoría, no obstante, pese a que el Contratista recibió al 01 de julio de 2016 -fecha en que venció el término del Plan de Inversión del Anticipo- la suma de \$20.929.435.565, la realidad es que no acreditó soportes de la inversión de dicha suma, máxime que la gran mayoría de la misma la recibió materialmente a título de reembolso; además, conforme las actas de avance de obra No. 01, 02, 03 y 04, el Contratista había ejecutado obra a diciembre de 2016 por \$5.991.783.016, quedando al descubierto que los recursos solicitados del Patrimonio Autónomo no fueron invertidos en el Contrato de Obra 031 de 2015, desconociéndose su rumbo. Por otro lado, en la discusión de la tasación del perjuicio tampoco cabe lo relativo al análisis de soportes de pago a que alude la sociedad demandante, perjuicio fue tasado con base en el saldo del anticipo no amortizado, frente a lo cual concuerda la Sala, pues tal como se indica en el acto demandado, el daño antijurídico imputable al Contratista de obra radica en la lesión al derecho de crédito de la entidad contratante Municipio de Armenia, es decir, que el daño en que se sustentó la decisión sancionatoria es en relación con los recursos del anticipo, son tales recursos los que se cuestionan y pretenden recuperar, de ahí que el perjuicio se tase en el saldo que a la fecha no se había amortizado o recibido por la entidad.”¹²

26. El Tribunal desechó la argumentación según la cual parte del anticipo sí se invirtió en el cumplimiento del objeto contractual y en el desarrollo de la etapa inicial de ajuste de diseños, aduciendo que no se acreditaron soportes de la inversión -p. 23-. Sin embargo, no hizo análisis del dictamen pericial, lo cual constituye un defecto fáctico que atenta contra el derecho fundamental al debido proceso, el cual se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Ha dicho la Corte Constitucional que este se presenta “Cuando en el curso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual variaría drásticamente el sentido del fallo proferido¹³”¹⁴, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido^{15,16}
27. En el documento “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020”¹⁷, con el dictamen pericial se presentó una relación resumida de todos los gastos, lo cual se evidencia a partir de los soportes que obran en el Anexo 1 y que se aportan con el informe aclaratorio.
28. El dictamen pericial se elaboró con base en la información suministrada por la Unión Temporal con respecto a los documentos de gastos y/o inversión y, adicionalmente, a toda la documentación del contrato como lo son el plan de inversión, ítems contractuales, actas de obra, actividades ejecutadas, actividades recibidas y avaladas por la interventoría, materiales comprados, materiales negociados y transportados a los sitios de las obras. Sin embargo, no se entiende la subjetividad en afirmaciones como: “sin que se hiciera un análisis técnico del estado de ejecución de las obras” y “divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y

¹² Páginas 23 y 24 de la sentencia ahora recurrida y pág. 269 de la sentencia a la que se remite.

¹³ Sentencia T-619-09. Sobre defecto fáctico, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-260 de 1999, T-488 de 1999, T-814 de 1999, T-408 de 2002, T-550 de 2002, T-054 de 2003 (cita original de la jurisprudencia trascrita).

¹⁴ Sentencia T-117-07; SU-132 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-902 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁵ SU-132 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-902 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección 2ª, Subsección B, sentencia de 3 de febrero de 2009, Exp. 11001-03-15-000-2009-01268-00(AC).

¹⁷ Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág. 2.

realidad o verdad”, afirmación que consideramos inaceptable desde la perspectiva de nuestro análisis, dado que SÍ se realizaron los análisis técnicos con respecto a la inversión de los dineros del anticipo utilizados en la ejecución de las obras.

29. En el “Documento Técnico: 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.”¹⁸

Uno de los errores que mayor incidencia tuvo en la decisión adoptada mediante Resolución 223 del 2020 y confirmada por la Resolución 366 del 22 de diciembre de 2020 que confirmó la primera, **fue la indebida valoración probatoria por parte de la Alcaldía de Armenia**, pues, en primer lugar, restó absoluto valor probatorio al dictamen pericial por razones que carecen de fundamento alguno y, en segundo lugar, tuvo como falsas unas facturas con base en un informe de investigador de campo al cual atribuyó efectos de plena prueba, sin consideración a que estos no constituyen un medio probatorio, a saber:

Con relación al dictamen pericial, el Municipio de Armenia concluyó que dicho dictamen *“constituye 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.”*¹⁹ Lo anterior, teniendo en cuenta que, para el Municipio: (i) el informe no contiene un análisis detallado de las facturas o documentos contables o financieros que tuvo en cuenta el perito para rendir el dictamen y, (ii) el dictamen pericial amplió el alcance del plan de inversión del anticipo, variando los ítems previstos en el documento suscrito, circunstancia que le resta credibilidad.²⁰ Dichas afirmaciones resultan infundadas y faltan a la verdad, como se verá a continuación.

Para ilustrar al despacho sobre los errores cometidos en cuanto a la falta de valoración del dictamen pericial, se aportó tanto al proceso administrativo sancionatorio como al presente proceso el documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” y el “Informe aclaratorio a las afirmaciones y/o interpretaciones señaladas en la Resolución 223 de 27 de agosto de 2020” elaborados por Coravil S.A.S. los cuales se relacionan en el acápite de pruebas. E

En primer lugar, el Municipio de Armenia afirma que el informe pericial fue elaborado con base en los soportes allegados por la Unión Temporal Puentes de Armenia sin que exista una relación detallada de las facturas analizadas que sirvieron de soporte para cuantificar la inversión del anticipo.²¹ Al respecto, se debe señalar que, como se indica en el documento “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020”²², con el dictamen pericial sí se presentó una relación

¹⁸ Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág. 4.

¹⁹ Pág. 305 de la Resolución 223.

²⁰ Pág. 305 de la Resolución 223.

²¹ Pág. 304 de la Resolución 223.

²² Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág. 2.

resumida de todos los gastos, lo cual se evidencia a partir de soportes que obran en el Anexo 1 que se aportan con el informe aclaratorio.

En segundo lugar, de acuerdo con el Municipio, el objeto de la prueba pericial era revisar el anticipo invertido en “obra”, situación que solo consta respecto a una visita, sin ofrecer mayores detalles. Tampoco existe en el dictamen un análisis técnico de la obra que pruebe la coherencia conjuntamente con el análisis financiero realizado.²³ Frente a este punto, nos permitimos transcribir la respuesta del perito en la cual se indicó:

“En la aseveración sobre la visita al parecer existe confusión o error, por lo cual es necesario aclarar y precisar:

- *No estamos de acuerdo con el punto de vista expresado por el Municipio, ya que para nuestro análisis y cuantificación de los documentos financieros se consideraron las visitas al sitio de las obras como visitas de reconocimiento y NO fueron consideradas como elementos sustanciales para nuestro análisis.*
- *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.*
- *De igual manera se aclara que en el desarrollo técnico de las obras en su ejecución físico-financiera el financiamiento y la negociación de los ítems que hacen parte de la composición de los Análisis de Precios Unitarios (Materiales, Mano de Obra y Equipos – Administración, Imprevistos y Utilidades) no necesariamente ocurre en el tiempo en el cual la ejecución se adelanta en campo, según la realidad del negocio, prueba de esto son los modificatorios al contrato, los ajustes al cronograma y las múltiples suspensiones.*
- *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.”²⁴*

En tercer lugar, para la Alcaldía de Armenia el informe pericial “solo fue elaborado con base en los documentos aportados por el contratista de obra – Unión Temporal Puentes Armenia, sin que se hiciera un análisis técnico del estado de ejecución de las obras, por tanto para el despacho, resulta difícil entender cómo se puede hacer un análisis financiero sin verificar el documento que soporta los gastos – facturas – comparado con el plan de inversión del anticipo respecto a los ítems, plazo y su relación causal, demostrando de esta manera divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad.”²⁵

Al respecto se recuerda que, como lo menciona el perito, el objeto de la visita al sitio del proyecto fue de reconocimiento, no para realizar mediciones del estado de la obra. Frente a este punto Coravil señaló:

²³Ibid.

²⁴ Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág. 3

²⁵ Pág. 305 de la Resolución 223.

“Diferimos de la apreciación hecha por el despacho en la cual el informe pericial fue exclusivamente basado en los soportes de la Unión Temporal Puentes Armenia; tal y como se señala en el Documento Técnico, uno de los insumos principales para el análisis de la inversión del anticipo fueron los soportes otorgados por la Unión Temporal, quien era la responsable de la compra de los materiales y la inversión de los dineros del anticipo, pero no significando esto que fueron los únicos tenidos en cuenta, aunque fueran los más relevantes.

Se insiste en lo expuesto en el inciso (a) en cuanto a que el análisis se elaboró con base en la información suministrada por la Unión Temporal con respecto a los documentos de gastos y/o inversión y, adicionalmente, a toda la documentación del contrato como lo son el plan de inversión, ítems contractuales, actas de obra, actividades ejecutadas, actividades recibidas y avaladas por la interventoría, materiales comprados, materiales negociados y transportados a los sitios de las obras. Sin embargo, no se entiende la subjetividad en afirmaciones como: “sin que se hiciera un análisis técnico del estado de ejecución de las obras” y “divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y realidad o verdad”, afirmación que consideramos inaceptable desde la perspectiva de nuestro análisis, dado que Sí se realizaron los análisis técnicos con respecto a la inversión de los dineros del anticipo utilizados en la ejecución de las obras.

En el “Documento Técnico: 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.**²⁶ (Subraya y negrilla nuestra)

En cuarto lugar, la Entidad afirma que se encontraron innumerables inconsistencias en los documentos contables y facturas que sustentaban la inversión del anticipo, tales como incumplimiento de las normas tributarias y del plan de inversión del anticipo. Nuevamente, se pone de presente lo manifestado por el perito al señalar:

“Primero aclarar que el alcance del análisis técnico de los trabajos no incluyen aspectos como juzgar la validez de los documentos ni valorar aspectos contables ni tributarios.

La competencia de la valoración de la validez de cada uno de los soportes corresponde a instancias judiciales que, de ser el caso, definirán o conceptuarán al respecto. De igual forma, los aspectos tributarios y contables no hicieron parte de la revisión técnica, esta se centró en rubros y componentes que están asociados a los análisis de precios unitarios, es decir en los costos directos: Mano de Obra, Materiales, Equipos y Transportes y costos indirectos relacionados con gastos administrativos.

De otra parte, no entendemos como la Alcaldía del Municipio de Armenia indica las inconsistencias en la temporalidad en el Plan de Inversión de Anticipo cuando en la propia

²⁶Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág 4.

Resolución 223 de 2020 califican con okey (OK) 27 soportes de un alto porcentaje de documentos suministrados para soportar el anticipo por parte de la Unión Temporal Puentes Armenia y limitan esa inversión por razones asociadas al término de inversión que inicialmente se definió para el anticipo, que como explicamos anteriormente, no era viable invertirse en los tres primeros meses de la ejecución contractual, ya que en este período se desarrollaron las actividades de ajustes de diseño.”²⁸

También se destaca que, de acuerdo con la valoración realizada por el perito, los soportes que el Municipio de Armenia pretende desconocer, fueron calificados como “OK” por la Entidad, situación que se evidencia con las tablas incluidas en la parte motiva de la Resolución 223 a partir de la página 118. Con base en dichos datos, el perito concluyó:

“Finalmente, de este cruce de datos se puede establecer:

- a) El valor calificado como “OK” de los soportes de las tablas de la Resolución tiene un valor de \$10.109.927.335,00.*
- b) Cruzada la información de la Resolución 223 de 2020 con la base de datos elaborada por CORAVIL S.A.S. identificamos que se encuentran \$8.799.482.016,23 más en soportes de idénticas condiciones a las ya calificadas en OK y que fueron cuantificadas en nuestro primer informe y relacionadas en este documento aclaratorio en el anexo con el archivo digitalizado con los soportes escaneados. (Nóminas, caja menor)*

Dentro del cuadro relacionado anteriormente se encontró que en la Resolución 223 de 2020 se validaron como “ok” los valores mencionados, lo que define que para el Municipio de Armenia si cumplen soportes que equivalen a una sumatoria por \$10.109.927.335,00 y demostrando respecto a nuestro enfoque que el municipio si le da credibilidad a los mismos, como se demuestra en cada una de las tablas de la resolución, incluidas en el citado acto administrativo, donde se muestra una columna titulada “observación” en la cual indican la valoración “OK” y/o una nota. Así mismo, en la Resolución 223 de 2020 en la referencia de pie de página en la página 122 se indica que “Para los efectos de la revisión la expresión “OK” (okey) se usa como equivalente de cumple o está bien”.²⁹ (subraya y negrilla nuestra)

Como se desprende de lo comentado, el Municipio desconoce inclusive su propia valoración de las pruebas, pues a pesar de haber calificado con un “ok” ciertos soportes documentales, finalmente concluye que estos no cumplen con los requisitos y los excluye de la tasación del perjuicio. Ello no solo resulta contradictorio sino también arbitrario y desproporcionado, conduciendo inclusive a un enriquecimiento sin justa causa para la Entidad.

Todo lo anterior evidencia la falsa motivación en que incurrió el Municipio de Armenia al desestimar por completo, y sobre la base de afirmaciones carentes de fundamentos fácticos y jurídicos, el valor probatorio de un dictamen pericial que cumple con todos los requisitos

²⁷ Resolución 223 de 2020 en la referencia de pie de página en la página 122 se indica que “Para los efectos de la revisión la expresión “OK” (okey) se usa como equivalente de cumple o está bien”.

²⁸ Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág 5.

²⁹ Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág 7.

establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso³⁰ y que resulta absolutamente claro, preciso, exhaustivo y detallado, transgrediendo con ello el derecho al debido proceso de los convocados.

Por otra parte, el Tribunal pasó muy por alto lo siguiente:

El contrato de obra No. 031 de 2015 inicialmente contempló un valor correspondiente a \$80.455.727.813. No obstante, dicho valor fue modificado en tres ocasiones, disminuyendo considerablemente respecto del valor inicial.

Mediante modificatorio No. 001 del 22 de noviembre de 2016, se estipuló la supresión de la ejecución de la obra “avenida de occidente tramo III”, modificando el valor del contrato a la suma de \$70.232.237.614. Posteriormente, mediante modificatorio No. 002 del 14 de junio de 2017, las partes modificaron parcialmente la cláusula tercera del contrato, estableciendo que el dinero desembolsado a título de anticipo correspondía al 34,79% del valor del contrato. Días después, mediante modificatorio No. 003 del 22 de junio de 2017, las partes establecieron que solo ejecutarían tres de las obras inicialmente pactadas, modificando el valor del contrato a \$55.000.000.0000. Finalmente, mediante modificatorio No. 004 del 08 de marzo de 2018, las partes estipularon un valor total del contrato correspondiente a la suma de \$54.999.991.702, teniendo en cuenta el ajuste a diseños a nivel fase III.

Como se puede observar, el contrato modificó su valor reduciendo de \$80.455.727.813 a 54.999.991.702, sin embargo, de manera errada e incongruente, el valor del anticipo aumentó del 30% del valor inicial, al 34,79% del valor del contrato establecido en el modificatorio No. 001 del 22 de noviembre de 2016. Al respecto cabe mencionar que en el análisis del mercado que realizó la Entidad en la etapa de planeación del contrato, se determinó que el valor del anticipo debía ser “menor o igual al 30% del valor del Presupuesto Oficial”, lo que quiere decir que el aumento del 4,79% no podía realizarse. Lo anterior, por cuanto los derechos y obligaciones consignados en los contratos son ley para las partes tanto en materia civil como estatal por lo que las modificaciones realizadas con posterioridad no podían desconocer lo establecido en el pliego de condiciones, ni en los estudios de mercado realizados en la etapa precontractual. De ahí que el valor del anticipo debió corresponder al 30% del valor total del contrato, razón por la cual, ante la disminución del valor total del contrato, lo lógico y natural es que el valor del anticipo se redujera en la misma proporción.

En el informe preliminar de auditoría realizado en el año 2019 por la Contraloría Municipal de Armenia, el equipo auditor advirtió: “Para el equipo auditor en esta primera fase de la auditoría especial llama la atención el caso específicamente del Contrato de obra 031 de 2015 que a pesar

³⁰ **“ARTÍCULO 226. PROCEDENCIA.** La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito.

No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas.

El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.

Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones (...)

de que presento una modificación de lo contratado en menor obra y valor por \$25.455.727.813 (resultado del monto del contrato inicial menos el monto contrato final del contrato, así \$80.455.727.813 - \$55.000.000.000), no se evidenció devolución proporcional del anticipo por parte del contratista Unión Temporal Puentes Armenia al Municipio de Armenia, ni compromiso legal pactado que así lo exigiera.”³¹ Finalmente, la Contraloría concluyó que la Entidad desconoció el principio de Congruencia con relación al anticipo, pues la variación del 30% al 34.79% supuso un aumento en el valor del anticipo de 297.077.122 lo cual no resulta razonable y es desproporcionada. Según la Contraloría, debería haberse devuelto el excedente luego de realizar las modificaciones, porque es inequitativo reducir los costos, pero aumentar el anticipo.³²

Así las cosas, comoquiera que el valor del contrato se redujo a la suma de \$54.999.991.702, en virtud del modificatorio No. 004 de 2018, el valor del anticipo, correspondiente al 30%, también se alteró en los términos del valor total del contrato, quedando como suma de anticipo la suma de \$16.499.997.510. Por lo tanto, la diferencia entre la suma entregada a título de anticipo y la suma final ya mencionada, esto es, \$16.499.997.510, debió ser devuelta por el contratista sin que ello pueda ser solicitado a la aseguradora, pues no se trata del pago de un perjuicio causado a la entidad por uso indebido o incorrecta inversión del anticipo, sino simplemente la devolución de un pago de lo no debido. Al respecto indicó: “...frente a lo cual se evidencia que tal diferencia de valores, de lo inicialmente pactado como anticipo a lo posteriormente aumentado en el contrato modificatorio N° 002 por el mismo concepto, debía ser devuelto a la administración pública, más aún, cuando en el primer modificatorio se redujo el primer tramo, suprimiendo su ejecución contractual, dejando inequitativa la diferencia de reducir costos pero aumentar anticipo en un porcentaje del 4.79% sobre el 30% convenido en el Contrato de obra N° 031 de 2015.”³³

En ese sentido, resulta evidente el yerro en el incurrió la administración al pretender afectar la póliza por un valor superior, pues, conforme a las cláusulas del contrato y sus modificaciones, el valor total del anticipo para el contrato se redujo a la suma de \$16.499.997.510, por lo cual pretender afectar mayor valor a ello correspondería una actuación indebida, impropia, desleal y de mala fe de la alcaldía de armenia, ya que, como es ampliamente desarrollado por la jurisprudencia, nuestro ordenamiento jurídico se funda en un principio indemnizatorio con lo cual no habría cabida a un enriquecimiento sin justa causa, como sucedería en el presente caso.

C. RESPECTO DEL ALCANCE DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA, TODA VEZ QUE ESTA NO CUBRIÓ LA NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO

30. Respecto del alcance de la cobertura de buen manejo del anticipo y, más concretamente, acerca de por qué la cobertura no se extendía a la no amortización del anticipo, el Tribunal no dijo en esta sentencia nada en concreto. Solo analizó el asunto a que el anticipo no había sido amortizado en su totalidad, pero no se refirió a las razones por las cuales Seguros del Estado afirmó que no había cobertura respecto de los saldos no amortizados dado que aquella estaba circunscrita a las sumas no invertidas, o usadas indebidamente, o de las cuales se apropiaron indebidamente, conceptos estos que no pueden confundirse con el de no amortización. Lo anterior a pesar de que sí había hecho mención de su criterio en la sentencia con radicado 63001233300020210003700, en la cual señaló lo siguiente:

³¹ Informe Preliminar de Auditoría Especial de la Contraloría Municipal de Armenia. Pág. 338.

³² Ibid.

³³ Informe Preliminar de Auditoría Especial de la Contraloría Municipal de Armenia. Página 244.

“Considera la sociedad demandante que la no amortización del anticipo es una eventualidad que escapa de la cobertura de amparo de la póliza, manifestación de la cual dista esta Sala.

En efecto se considera que la no amortización del anticipo constituye una incorrecta inversión del anticipo por apropiación indebida del mismo, y por ende dicha eventualidad se encuentra amparada con la garantía única de cumplimiento.”³⁴

(....)

“Conforme lo anterior, se reitera, la no amortización del anticipo constituye un incumplimiento contractual a la obligación de buen manejo y correcta inversión del anticipo, asimilable a la apropiación de los recursos por parte del contratista, y por ende constituye un evento bajo amparo de la póliza única de cumplimiento de que trata el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015.”³⁵

3. El error del Tribunal al extender la cobertura del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo a la no amortización del anticipo, la cual no está cubierta en el presente caso

a. El entendimiento del Tribunal sobre la cobertura de la póliza

31. El Tribunal asumió que la póliza cubre la no amortización del anticipo³⁶. Ese es un error craso del Tribunal, que desconoce el postulado de delimitación de los riesgos, establecido en el artículo 1056 del Código de Comercio y desconoce las normas que regulan en el decreto 1082 de 2015 el amparo de buen manejo e inversión del anticipo, y la jurisprudencia reciente sobre la materia.

b. La cobertura de la póliza expedida no cubre la no amortización del anticipo

32. El Decreto 1082 de 2015 puntualiza en el artículo 2.2.1.2.3.1.7, que el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo *“cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.”*

33. Como fácilmente se advierte, no se incluye la no amortización del anticipo. La mención a esta es para los efectos de la vigencia de la garantía, la cual, según el artículo 2.2.1.2.3.1.10 del mencionado Decreto 1082 de 2015, debe estar vigente *“hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la entidad estatal”*

³⁴ Páginas 276 y 277 de la sentencia

³⁵ Página 277 de la sentencia.

³⁶ Página 277 de la sentencia. Señaló el Tribunal: *“Considera la sociedad demandante que la no amortización del anticipo es una eventualidad que escapa de la cobertura de amparo de la póliza, manifestación de la cual dista esta Sala.*

En efecto se considera que la no amortización del anticipo constituye una incorrecta inversión del anticipo por apropiación indebida del mismo, y por ende dicha eventualidad se encuentra amparada con la garantía única de cumplimiento.”³⁶

(....)

“Conforme lo anterior, se reitera, la no amortización del anticipo constituye un incumplimiento contractual a la obligación de buen manejo y correcta inversión del anticipo, asimilable a la apropiación de los recursos por parte del contratista, y por ende constituye un evento bajo amparo de la póliza única de cumplimiento de que trata el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015.”

34. La cobertura de la póliza, conforme a las Condiciones Generales de la misma, es la siguiente, que no hace mención a la no amortización del anticipo:

1.2 AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO.

EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, DE LOS PERJUICIOS QUE SE LE LLEGUEN A CAUSAR, CON OCASIÓN DE (I) LA NO INVERSIÓN DEL ANTICIPO, (II) EL USO INDEBIDO DEL ANTICIPO Y (III) LA APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS RECURSOS RECIBIDOS POR EL CONTRATISTA GARANTIZADO EN CALIDAD DE ANTICIPO.

35. La póliza expedida por Seguros del Estado no incluye, dentro de la definición del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, el riesgo de amortización del anticipo y, por ende, el mismo no está cubierto.
36. No se trata de que el mencionado riesgo no pueda ser cubierto, o de que no constituya un riesgo potencial, trasladable al asegurador, sino de que en el presente caso ese riesgo en particular no se cubrió. **Es claro que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que los riesgos asociados al anticipo y a la no amortización del anticipo son riesgos potenciales, transferibles al asegurador**, como puede constatarse en sentencia de 19 de octubre de 2020³⁷. **En el presente caso el riesgo de no amortización del anticipo no fue transferido a la aseguradora pues la póliza no lo contempla como riesgo asumido.** Es preciso recordar que a Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“Similarmente, debe admitirse que la apropiación, la incorrecta inversión y la falta de amortización del anticipo, constituyen riesgos potenciales, que amenazan por sendas distintas el patrimonio del contratante; por consiguiente, este tiene interés en transferirlos lícitamente al asegurador, a través de la contratación de amparos especiales, que pueden incluirse como coberturas accesorias al seguro de cumplimiento.

Pero no puede obviarse que, en desarrollo de la comentada potestad de individualizar el riesgo asegurado, el asegurador está facultado para decidir si asume los riesgos de apropiación, incorrecta inversión o falta de amortización del anticipo; pero si opta por restringir el aseguramiento brindado a los dos primeros eventos, no podrá reclamársele indemnización alguna si se materializa el tercero, aun cuando -se reitera- por esa vía sufra mengua el patrimonio del contratante.

*Téngase en cuenta que, si el asegurador asume las contingencias económicas que pudieran emerger de la ‘apropiación’, o ‘incorrecta inversión’ ‘del anticipo, solo responderá por las pérdidas derivadas de la realización de esos eventos dañosos, y por lo mismo estará exonerado de cualquier carga indemnizatoria si el desmedro patrimonial deriva de causas distintas, como lo sería sin duda la restitución imperfecta del aludido rubro.”*³⁸

³⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia SC3893-2020, Radicación 11001-31-03-032-2015-00826-01 de 19 de octubre de 2020. M. P. Luis Alonso Rico Puerta.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC3893 de 19 de octubre de 2020, Radicación n.º 11001-31-03-032-2015-00826-01 (SC3893-2020). M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

c. La jurisprudencia civil y administrativa es muy clara en señalar las diferencias entre la no amortización del anticipo y el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo

37. La claridad de la definición no admite otra interpretación y así lo ha entendido la jurisprudencia en casos en que el tenor literal del amparo es similar. Así puede verse en sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 1º de septiembre de 2022³⁹, 19 de octubre de 2020⁴⁰ y 24 de julio de

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ., sentencia SC2840-2022 de 1º de septiembre de 2022. Rad. No. 11001-31-03-001-2015-01057-01. M.P. Aroldo Quiroz. : ***“la falta de amortización es riesgo que difiere de su mal uso o de su apropiación indebida (...) lo pretendido por la demandante es que se le indemnice por la falta de amortización total del anticipo, no obstante que el siniestro declarado fue el uso indebido del anticipo, es decir un riesgo diverso al declarado por el tribunal. (...) por lo cual no resulta de recibo asimilarlos”***.(Negrillas fuera del texto original).

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC3893 de 19 de octubre de 2020, Radicación n.º 11001-31-03-032-2015-00826-01 (SC3893-2020). M.P. Luis Alonso Rico Puerta: ***“3.2. Preciado lo anterior, debe señalarse que si bien el anticipo carece de definición legal, ha sido concebido por la jurisprudencia y la doctrina patrias como un mecanismo de financiación, propio de los contratos en los que la remuneración está supeditada a la entrega -total o parcial de la obra, en virtud del cual el contratante entrega al contratista dinero u otros bienes, con el compromiso de que este último los utilice para sufragar determinados costos y gastos imprescindibles para la ejecución del encargo.***

Por vía de ejemplo, el dinero dado en anticipo puede proveer la liquidez inicial que requiere el contratista para costear la compra de insumos y equipos, el pago de honorarios del personal, el levantamiento de campamentos de obra y, en general, cualquier otra erogación preestablecida convencionalmente, orientada a viabilizar el inicio de las construcciones.

Con base en ello, y sin perder de vista lo que al respecto estipulen las partes, el contratista podrá exigir el pago que corresponda al avance -total o parcial- del objeto negocial, previa compensación con el importe recibido a título de anticipo; en consecuencia, la amortización de dicho anticipo, entendida como su retorno al patrimonio del contratante, estará directamente vinculada con la progresión de la ejecución de la obra.

3.3. En el escenario expuesto, la entrega del adelanto hace surgir para el contratante una expectativa primaria, consistente en que esos recursos se empleen para cubrir las expensas de la obra, en los términos señalados en el contrato; y si ello ocurre, aflorará para aquel una expectativa secundaria: la de recomponer su acervo patrimonial, mediante la efectiva amortización del anticipo.

Similantemente, debe admitirse que la apropiación, la incorrecta inversión y la falta de amortización del anticipo, constituyen riesgos potenciales, que amenazan por sendas distintas el patrimonio del contratante; por consiguiente, este tiene interés en transferirlos lícitamente al asegurador, a través de la contratación de amparos especiales, que pueden incluirse como coberturas accesorias al seguro de cumplimiento.

3.4. Pero no puede obviarse que, en desarrollo de la comentada potestad de individualizar el riesgo asegurado, el asegurador está facultado para decidir si asume los riesgos de apropiación, incorrecta inversión o falta de amortización del anticipo; pero si opta por restringir el aseguramiento brindado a los dos primeros eventos, no podrá reclamársele indemnización alguna si se materializa el tercero, aun cuando -se reitera- por esa vía sufra mengua el patrimonio del contratante.

Téngase en cuenta que, si el asegurador asume las contingencias económicas que pudieran emerger de la ‘apropiación’, o ‘incorrecta inversión’ ‘del anticipo, solo responderá por las pérdidas derivadas de la realización de esos eventos dañosos, y por lo mismo estará exonerado de cualquier carga indemnizatoria si el desmedro patrimonial deriva de causas distintas, como lo sería sin duda la restitución imperfecta del aludido rubro.

Expresado de otro modo, si el asegurador hizo suyos únicamente los riesgos de apropiación e incorrecta inversión del anticipo, de manera implícita exceptuó de protección a los quebrantos económicos cuyo origen fuera diferente. Y, en ese supuesto, si el contratista utiliza íntegramente el anticipo para cubrir erogaciones propias de la obra, atendiendo las precisas pautas de inversión señaladas en el clausulado correspondiente, cesa la posibilidad de que se produzca el siniestro, siendo irrelevante si, con posterioridad, ese rubro no es amortizado, causándole pérdidas al contratante” (Negrillas fuera del texto original)

2006⁴¹ y del Consejo de Estado en sentencias de 8 de septiembre de 2021⁴², 3 de noviembre de 2020⁴³, 24 de febrero de 2016⁴⁴ y 26 de mayo de 1994⁴⁵. Fallos del Tribunal Superior del Distrito

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, sentencia de 24 de julio de 2006, Expediente No. 00191. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo: “2. El seguro de manejo, por su parte, también fue creado por la precitada ley 225 de 1938, que en su artículo 2° señala que aquel tiene por objeto garantizar “el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables”, tratamiento legís que, ab initio, permite apreciar que el de manejo, stricto sensu, es un instituto algo divergente del seguro de cumplimiento, con perfiles y contornos más propios que impiden, de por sí, confundirlos o asimilarlos integralmente, por elementos en común que compartan, aunque en ocasiones, es cierto, se utilice la expresión seguro de manejo y cumplimiento, como si se tratara, en efecto, siempre e indefectiblemente, de un sólo negocio jurídico, a sabiendas que la teleología y, sobre todo el riesgo, no es simétrico en cada uno de estos tipos negocia les aseguraticios

En virtud de este seguro -mejor aún modalidad aseguraticia- se brinda cobertura de cara al riesgo de apropiación o destinación indebida de dineros o bienes entregados a una persona, a título no traslativo de dominio, destino que ésta, per se, no puede variar, ad libitum, vale decir por su propia y mera voluntad, razón por la cual en esta clase de seguro, la obligación indemnizatoria del asegurador aflora con ocasión del uso o apropiación indebida de las especies monetarias o bienes por parte de aquélla. lo cual, claro está, debe ser demostrado suficientemente.

(...) Cabe pues indicar que en el seguro de manejo el siniestro se configura cuando materialmente se realizan los hechos en virtud de los cuales se produce la apropiación indebida o el uso inadecuado de tales bienes por parte de la persona encargada de su correspondiente manejo.”

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2021. Rad. No. 25000-23-36-000-2014-00375-01(61365). C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de noviembre de 2020, Exp. 17001233100020050033802. (47760). C.P. Martín Bermúdez Muñoz: “40.- Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente —como lo hace el tribunal— que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo. Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia —de ninguna manera— que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo; razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado.” (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 24 de febrero de 2016. RADICACIÓN:250002326000142601. EXPEDIENTE: 28917. C.P. Hernán Andrade Rincón: “La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato [88]. En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación. La amortización, al estar ordinariamente relacionada con el porcentaje de ejecución del contrato, usualmente implica que para que se entienda amortizado totalmente el anticipo deba también estar concluido el 100% del objeto contractual estipulado. Puede agregarse que un anticipo puede no haber sido amortizado, pero sí correctamente utilizado e invertido. Lo dicho, puesto que se trata como ya se adujo de riesgos distintos, en la medida en que la no amortización puede derivarse, por ejemplo, de un anticipo que sí tuvo la destinación que debía dársele conforme a las reglas contractuales, pero que por circunstancias imputables al contratista no se devolvió al contratante.

De lo expuesto es razonable deducir que el amparo de anticipo no está destinado a garantizar la devolución de la parte no amortizada del anticipo, a menos que así se convenga, pues la amortización es un riesgo diverso, que a diferencia del uso o apropiación, consiste en un movimiento contable que debe tener en cuenta el contratista al momento de exigir al contratante los pagos correspondientes, descontando de dicho cobro el porcentaje de amortización previsto, pero que como quedó demostrado nada tiene que ver con la inversión o no del anticipo. Podría afirmarse no obstante que la no devolución del anticipo dejado de amortizar, como incumplimiento contractual, podría estar cubierta por el amparo de cumplimiento, aunque eso está sujeto a discusión, de manera que lo más recomendable es pactar que este riesgo se mencione expresamente dentro del amparo de anticipo. Reciente jurisprudencia en el distrito judicial de Bogotá ha adoptado la tesis de que la amortización es un riesgo distinto del uso, inversión y/o apropiación del anticipo, tanto en primera [89] como en segunda instancia [90], sentando un importante precedente que antes no se tenía sobre este particular. Esta nueva

Judicial de Bogotá, de 9 de febrero de 2012⁴⁶ y 23 de septiembre de 2009⁴⁷ hacen similar distinción a la que hizo la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, no puede hacerse efectiva la garantía de cumplimiento por la no amortización del anticipo si el riesgo cubierto es el de uso y apropiación indebida.

jurisprudencia deja entrever que el amparo de anticipo cubre únicamente los riesgos nombrados allí, de tal suerte que si solo se mencionan los de uso indebido, apropiación indebida o incorrecta inversión, la no amortización del anticipo, aun siendo un riesgo inherente a la entrega de este rubro no se encuentra cubierta. De esta manera, las únicas vías que tendrá el asegurado que no contrató esa cobertura serán: (i) intentar demostrar, o bien que el anticipo no se invirtió, o no se destinó a lo que debía, o que el contratista se lo apropió, o (ii) tratar de acudir al amparo de cumplimiento del contrato, aunque como se verá ahora, estos son independientes” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Rad. 250002326000142601 (24812). Igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 1994, Exp. No. 6308, C.P., Juan de Dios Montes Hernández.

⁴⁶ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia de 9 de febrero de 2012. Actor: Fiduciaria de Occidente. Demandado: Liberty Seguros S.A. Radicación No. 19 2007 00619 01. M.P. Liana A Lizarazo: “Así las cosas, le correspondía a la demandante demostrar la ocurrencia del siniestro no bajo el supuesto de que el anticipo no fue amortizado en su totalidad como ampliamente se precisó en párrafos precedentes, sino simplemente en el entendido de que los dineros efectivamente entregados al constructor no fueron invertidos en la obra o se los apropió indebidamente, probanza que no se infiere del laudo arbitral, como atrás se señalara, y que –en palabras de la recurrente- no puede calificarse de “diabólica” en tanto que no se exigía a la actora presentar denuncia penal o acompañar decisión judicial por uso o apropiación indebida, dado que la prueba del siniestro se podía allegar por cualquier medio probatorio, máxime cuando la inversión de estos recursos tenía vigilancia de una sociedad interventora, tenía control mediante una cuenta corriente bancaria y se efectuaban informes sobre el gasto de esos dineros”.

⁴⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil de Decisión. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez. Proceso ordinario de Hernando Tobías García Carrillo contra Compañía Agrícola de Seguros S.A.: “1. Como la demanda se refiere a **dos amparos distintos**: el de cumplimiento del contrato y el de buen manejo y correcta inversión del anticipo, es útil recordar que en virtud del primero “el asegurador asume el riesgo de infracción eventual de una o varias de las obligaciones emanadas de un determinado negocio jurídico, quedando compelido a resarcir al contratante cumplido-beneficiario del seguro-el valor de los perjuicios que se le hayan causado por la inexecución total, parcial o tardía del deber de prestación a cargo de la parte caucionada” [Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 16 de diciembre de 2002, exp. 0419990816 01], mientras que el segundo “brinda cobertura de cara al riesgo de apropiación o destinación indebida de dineros o bienes entregados a una persona, a título no traslativo de dominio”, lo que indica que el riesgo que asume el asegurador “no es la satisfacción de obligaciones que emanan de un determinado negocio jurídico o de la ley como acontece en el seguro de cumplimiento- sino el de infidelidad de la persona a quien se han confiado las sumas de dinero o valores” [Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 24 de julio de 2006. Exp. 00191]”

Uno y otro-ello es medular-pertenecen a la especie de los seguros de daños, por lo que se encuentran gobernados por el principio indemnizatorio establecido en el artículo 1088 del C. de Co., conforme al cual tales seguros, “respecto del asegurado..., serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento...”. [Cfme: Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de agosto de 1995. Exp. 4158, De allí que el asegurado o beneficiario no sólo deba demostrar la ocurrencia del siniestro, sino también la cuantía de la pérdida (C. de Co. art. 1077). pues en ninguno de tales seguros el perjuicio se traduce en el valor de la suma asegurada.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que quien solicita la reparación del perjuicio a su asegurador “debe demostrar la entidad del daño en cuanto corresponde al detrimento patrimonial padecido por él y, naturalmente, la magnitud del mismo, toda vez que el daño indemnizable no se identifica-per se-con la suma asegurada, ni ésta equivale, por regla general, a su estimación anticipada” [Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación de 11 de septiembre de 2000], pues “si fuera dable exigir a la aseguradora el pago de la suma asegurada, con la mera afirmación del reclamante, o sea, sin que éste demuestre la cuantía de la pérdida, no se cumpliría cabalmente la función de indemnización propia de los seguros de daños y fácilmente se propiciaría el enriquecimiento indebido del asegurado” (Se subraya) [ibídem]

Por consiguiente, para el buen suceso de sus pretensiones el demandante debía demostrar, en cuanto al seguro de cumplimiento, que a causa de la inexecución de la labor contratada 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. Al fin y al cabo, en ambas hipótesis la indemnización no podrá exceder, “en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido” (C. de Co. art. 1089).” (Subraya es nuestra)

38. No es posible confundir la no amortización del anticipo con el uso indebido o apropiación indebida o la no inversión del anticipo. Las connotaciones de los riesgos nombrados en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo son claras:
39. Reciente jurisprudencia del Consejo de Estado definió la figura del anticipo en los siguientes términos: *“El anticipo es el recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado.”*⁴⁸
40. Las expresiones “uso indebido” de los dineros y “apropiación indebida” de los mismos han de entenderse, como lo enseña el Código Civil, según su sentido natural y obvio, teniendo en cuenta el uso general de las mismas palabras puesto que el legislador no las ha definido expresamente, es decir, no tienen un significado legal⁴⁹. Recuérdese, además, que en materia de contratos y obligaciones mercantiles, el artículo 823 del Código de Comercio⁵⁰ prescribe que los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, **se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano**.
41. En el primer caso -el de uso indebido- se busca indemnizar al asegurado los perjuicios derivados del uso *indebido* que el contratista haga de los dineros que recibió en calidad de anticipo, cuando los haya invertido de manera distinta a la estipulada en el contrato, así no se haya apropiado de ellos. En este sentido, la palabra “*indebido*” se aplica a lo que no se debe hacer porque es injusto o ilegal, injustificado⁵¹, y la cobertura al efecto se traduce en el caso concreto, en cubrir el riesgo de que el contratista se quede con el dinero, se lo robe, abuse de la confianza, en lugar de destinarlo a la obra por ejecutar, es decir, es algo que tiene o puede tener connotaciones penales, y que obliga a la entidad a colocar los denuncios penales correspondientes.
42. En el segundo caso, el de la apropiación indebida, se trata de proteger al contratante de la utilización que en provecho personal el contratista llegue a hacer de los dineros recibidos en calidad de anticipo. “*Apropiar*” es “*convertir una cosa en propiedad de alguien; acomodar; hacer una cosa apropiada para algo;*”⁵², es decir, “*hacer algo propio de alguien....Tomar para sí alguna*

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. 40102.

⁴⁹ Código Civil, artículo 28: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

⁵⁰ Código de Comercio, artículo 823: “Los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, **se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano**. Cuando se hayan utilizado simultáneamente varios idiomas, se entenderán dichos términos en el sentido que tengan en castellano, si este idioma fue usado; en su defecto, se estará a la versión española que más se acerque al significado del texto original. El sentido o significado de que trata este artículo es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma, o el técnico que le dé la ciencia o arte a que pertenezca **o finalmente el sentido natural y obvio del idioma a que corresponda**”. (Se destaca).

⁵¹ María Moliner, Diccionario de Uso del Español, Tomo H/Z, Editorial Gredos S.A., Primera edición, 19ª reimpresión, 1994, pág. 115.

⁵² María Moliner, Diccionario de Uso del Español, Gredos, Tomo A/G, Editorial Gredos S.A., Primera edición, 19ª reimpresión, 1994, pág. 223.

cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia actividad"⁵³. Tiene también usualmente o puede tener connotaciones penales.

43. En estos dos supuestos, lo que se pretende es cubrir al asegurado de los perjuicios que le pudiese causar el contratista por la **destinación inadecuada** de las sumas recibidas, **por** haberlo usado indebidamente o habérselo apropiado indebidamente. Es decir, lo que se busca es que el anticipo sea invertido y utilizado en la ejecución de la obra contratada y de acuerdo con las pautas previstas en el negocio jurídico, cuando así lo hayan previsto las partes en el contrato, y no de una manera distinta, pero si ocurre de una manera distinta y, específicamente, mediando un uso indebido o una apropiación indebida, el amparo protege a la entidad contratante contra ese riesgo.
44. No puede confundirse entonces la NO AMORTIZACIÓN del anticipo con el USO o la APROPIACIÓN INDEBIDA del mismo, de tal suerte que se asimilen riesgos de entidad distinta como si fueran idénticos. En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador hubiese asumido de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al patrimonio del asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, es un riesgo asociado al cumplimiento del contrato y no a la utilización del anticipo, y que al ser directamente proporcional al porcentaje de ejecución del contrato, la amortización total depende de que se termine con el 100% del objeto convenido.
45. Resulta claro, por ende, que no es posible confundir el valor por amortizar con el valor del anticipo no invertido. Es claro que la no amortización del anticipo no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación, pues la amortización está relacionada directamente con el porcentaje de ejecución de un contrato, esto es, con el cumplimiento en sí del objeto contractual, por lo que un anticipo puede no haber sido amortizado, pero sí haberse correctamente invertido o utilizado. Se trata de riesgos y situaciones completamente distintas y ajenas amparadas bajo supuestos fácticos diferentes, por lo que es errado e improcedente tener en cuenta la no amortización de la totalidad del anticipo para reclamar de la aseguradora el pago del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de anticipo no está destinado a garantizar la devolución de la parte no amortizada del anticipo, toda vez que la póliza sólo se refirió a los riesgos derivados del uso indebido o la apropiación indebida. La amortización es un movimiento contable que debe tener en cuenta el Contratista al momento de exigir al contratante los pagos correspondientes, descontado de dicho cobro el porcentaje de amortización previsto, pero que nada tiene que ver con la inversión o no del anticipo.
46. En otras palabras, en el presente caso el riesgo de no amortización del anticipo no está cubierto en virtud de que la definición del amparo otorgado de buen manejo y correcta inversión del anticipo no lo cubre, no lo cubre. O sea, no es la exclusión la que determina si el riesgo de no amortización del anticipo está cubierto. Es la misma definición de amparo la que cubre ciertos riesgos específicos, nombrados, individualizados, dentro de los cuales no se hace mención del de no amortización del anticipo.
47. Lo que se busca con la póliza es **amparar obligaciones de un contrato específico y no de otro contrato, pero no significa, de ninguna manera, que se amparan todas las obligaciones emanadas del contrato, sino que las mismas se cubren conforme a los términos de la póliza, como siempre**

⁵³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001, Tomo I, págs. 188 y 189.

ocurre, esto es, bajo los términos y condiciones estipulados en las condiciones generales y particulares de la póliza, cuya validez no está en discusión. Una interpretación contraria equivaldría a borrar de tajo todas las condiciones de la póliza, incluidas las relativas al amparo y a las exclusiones, lo que es, francamente, absurdo. Es que el contrato de obra no puede confundirse con el de seguro. Así como aquel no contiene las condiciones del contrato de seguro, este último no contiene las del contrato de obra. Es el de seguro el que contiene las condiciones bajo las cuales se asume el riesgo, es decir, “Los riesgos que el asegurador toma a su cargo”⁵⁴.

48. Bajo ningún punto de vista es aceptable que se pretenda que no amortizar el anticipo equivale a apropiarse indebidamente de él, pues la no amortización es un concepto contable mientras la apropiación conlleva connotaciones penales. En el caso de la apropiación indebida se trata de proteger al contratante de la utilización que en provecho personal el contratista llegue a hacer de los dineros recibidos en calidad de anticipo. “Apropiar” es “convertir una cosa en propiedad de alguien; acomodar; hacer una cosa apropiada para algo;”⁵⁵, es decir, “hacer algo propio de alguien (...). Tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia actividad”⁵⁶.
49. “Amortizar” es “Redimir o extinguir el capital de un censo, préstamo u otra deuda...Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa...”⁵⁷ “pagar parte o el total de una deuda”⁵⁸, y por ello es que el Consejo de Estado ha dicho que “El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato”⁵⁹, es decir, a medida que se presentan actas parciales de obra y se facturan, pero mientras no se amortice, no es parte del precio, sigue siendo anticipo.

D. EN RELACIÓN CON LA NULIDAD BASADA EN DECLARACIONES RETICENTES SOBRE EL ESTADO DEL RIESGO Y LA NEGLIGENCIA GRAVE DEL MUNICIPIO DE ARMENIA

1. La argumentación del Tribunal

50. Considera el Tribunal que “esta Corporación, en la reiterada providencia del 21 de abril de 2022 -página 244- sostuvo: “(...) reitérese que el Municipio de Armenia al no tener la condición de tomador dentro del contrato de seguro, no es posible atribuirle el deber de manifestar el estado de riesgo; por lo anterior pierde relevancia el análisis de la presunta vulneración del principio de buena fe respecto del ente territorial. Finalmente debe agregar la Sala que, la sociedad aseguradora Seguros del Estado S.A. como empresa con amplia experiencia en el tema de asegurabilidad de contratos estatales no puede alegar el total desconocimiento de las circunstancias que rodearon la ejecución y posterior suspensión del Contrato de Obra 031 de 2015, máxime que, como lo indicó el ingeniero Gustavo Enrique Coronado Nieves, Gerente General de Coravil S.A.S. en declaración rendida ante esta Corporación, la aseguradora Seguros del Estado S.A. contaba con un contratista externo para la vigilancia de la ejecución del Contrato de Obra 031 de 2015, quien rendía los respectivos informes (...)”.

⁵⁴ Código de Comercio, artículo 1047, numeral 9.

⁵⁵ María Moliner, Diccionario de Uso del Español, Gredos, Tomo A/G, Editorial Gredos S.A., Primera edición, 19ª reimpresión, 1994, pág. 223.

⁵⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001, Tomo I, págs. 188 y 189.

⁵⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001, Tomo I, pág. 141.

⁵⁸ María Moliner, Diccionario de Uso del Español, Gredos, Tomo A/G, Editorial Gredos S.A., Primera edición, 19ª reimpresión, 1994, pág. 189.

⁵⁹ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de abril 30 de 2008, citado antes.

2. Los errores del Tribunal

Habida consideración de que el Tribunal se remite a lo que dijo en el otro proceso que aquí se ha comentado, las reflexiones siguientes se hacen sobre la sentencia ahora recurrida y sobre aquella a la que se remite el tribunal

a. Sobre el entendimiento del artículo 134 del Decreto 1510 de 2013 y del artículo 1039 del Código de Comercio y el incumplimiento del deber

51. El Tribunal consideró en la sentencia a la que se remite, que “*el deber de declarar el estado del riesgo no está propiamente en cabeza del ente territorial Municipio de Armenia*”⁶⁰ y que la aseguradora no puede alegar en su defensa las inexactitudes o reticencias que hubiese cometido el tomador del seguro ni oponer al asegurado excepciones que se tengan en contra del contratista.
52. El Tribunal hizo caso omiso del hecho de que la aseguradora no fundó el cargo en declaraciones reticentes de la Unión Temporal Puentes de Armenia sino del propio Municipio de Armenia y que lo hizo fundado en que el Código de Comercio en su artículo 1039⁶¹, que impone al asegurado el deber de cumplir con las obligaciones a cargo del tomador cuando no puedan ser cumplidas más que por el propio asegurado.
53. El Tribunal, a pesar de ser consciente de esa circunstancia pues la menciona en su sentencia⁶², hizo caso omiso de ella pues no respondió al cargo imputado, es decir, no expresó por qué la aseguradora no podía oponerse alegando la reticencia del asegurado, o sea, del Municipio de Armenia.
54. Esa omisión transgrede el principio de que la sentencia debe referirse a todo lo pretendido y a las razones esbozadas como fundamento de la pretensión, pero además priva a la aseguradora de su derecho de defensa y viola el artículo 134 del Decreto 1510 de 2013 y del artículo 1039 del Código de Comercio.
55. La carga de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo le corresponde en principio al tomador del seguro, según las voces del artículo 1058 del Código de Comercio. Ese deber de información se enmarca dentro de los deberes de diligencia que todo contratante debe cumplir sin importar que el asegurador no haya suministrado un cuestionario para que se le revelara todo cuanto se sabía sobre el estado del riesgo. No obstante, de acuerdo con el artículo 1039 del mismo Código, corresponde al asegurado el cumplimiento de los deberes respectivos cuando quiera que sólo él esté en capacidad de cumplirlos.⁶³

⁶⁰ Página 242 de la sentencia de primera instancia.

⁶¹ Código de Comercio, artículo 1039: **ARTÍCULO 1039. SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.** El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.

⁶² El Tribunal afirmó que “*Manifestó la parte actora que en el presente caso el asegurado Municipio de Armenia fue quien cumplió el deber de declarar el estado del riesgo mediante el Pliego de Condiciones Definitivo y lo cumplió en forma reticente sobre aspectos relevantes, dado que en primer lugar, omitió mencionar la ausencia de estudios previos para la ejecución del contrato de obra 031 de 2015 y, en segundo lugar, omitió informar sobre las presuntas irregularidades encontradas con relación al anticipo una vez vencido el plazo del plan de inversión.*” (págs. 19 y 20 de la sentencia de primera instancia).

⁶³ **ARTÍCULO 1039. SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.** El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada. No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.

56. En virtud de lo anterior, en el presente caso, el asegurado –el Municipio de Armenia - fue quien cumplió el deber de declarar el estado del riesgo mediante el Pliego de Condiciones Definitivo y lo cumplió en forma reticente sobre aspectos relevantes pues, en primer lugar, omitió mencionar la ausencia de estudios previos para la ejecución del contrato de obra 031 de 2015 y, en segundo lugar, omitió informar sobre las presuntas irregularidades encontradas con relación al anticipo una vez vencido el plazo del plan de inversión.

b. Sobre en quién radicaba la obligación de realizar y entregar los estudios y diseños

57. La obligación de entregar estudios y diseños no estaba en cabeza del contratista sino del Municipio, pues la elaboración de los mismos había sido contratada previamente por el Municipio. Los pliegos no consignaron esa obligación y tampoco el contrato de obra. El Municipio de Armenia ya había contratado la estructuración técnica, administrativa, operativa, legal y financiera para fase de factibilidad de los proyectos y sus estudios y diseños finales para el objeto del Contrato de Obra No. 031 de 2015 y que, por falencia en la supervisión de la entidad, resultaron insuficiente y violatorios del principio de planeación.

58. Es evidente que la ausencia de información sobre la inexistencia de los estudios y diseños se traduce en que el asegurador no recibió correcta información sobre el verdadero estado del riesgo. Y, habida consideración de la incidencia que ello tuvo en las decisiones relativas a la presentación de una demanda de nulidad del contrato, la cual fue de cierta manera coadyuvada por el Municipio en su contestación, aunado a las medidas de aseguramiento impetradas, es evidente que dejó de suministrarse al asegurador una información relevante, importante, sobre ese estado del riesgo, que hubiera permitido valorarlo y, o bien no asumirlo, es decir, retraerlo de celebrar el contrato de seguro, o hacerlo en condiciones distintas, más onerosas.

c. El Municipio no informó a la aseguradora, previamente a la emisión de las prórrogas de las garantías, sobre los problemas de corrupción descubiertos ni sobre los sobrecostos ni sobre los problemas detectados acerca de la ausencia de justificación o de soporte en la inversión del anticipo. La culpa grave del Municipio

59. Las solicitudes de modificaciones a las pólizas han debido ir precedidas de la información que permitiera conocer cabalmente el estado del riesgo. No obstante, las aseguradoras no fueron informadas de los problemas relativos a los sobrecostos, la supuesta falta de soportes de la inversión del anticipo, ni de los actos de corrupción.

60. Cuando fue expedido el Anexo 6 de la póliza -12 de marzo de 2018-, ya el municipio tenía conocimiento de las irregularidades advertidas que condujeron a las medidas de aseguramiento en contra de los integrantes de la Unión Temporal y a la posible ocurrencia del siniestro. Téngase en cuenta que la audiencia de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento se llevó a cabo entre los días 23 al 29 de marzo de 2018 y en días subsiguientes, pero previamente se había presentado escrito de acusación, toda vez que la denuncia fue interpuesta el 01 de septiembre de 2015 por el representante legal de CINTE SAS, según consta en el escrito de acusación.

ARTÍCULO 1040. BENEFICIARIO. El seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero.

ARTÍCULO 1041. OBLIGACIONES A CARGO DEL TOMADOR O BENEFICIARIO. Las obligaciones que en este Título se imponen al asegurado, se entenderán a cargo del tomador o beneficiario cuando sean estas personas las que estén en posibilidad de cumplirlas.

61. En reiteradas oportunidades la interventoría le manifestó a la Entidad que el contratista no entregó los soportes del anticipo de manera oportuna, e incluso, mediante oficio CIQ-01-2016-336 del 13 de septiembre de 2017, dirigido al contratista con copia a la entidad, la interventoría señala que los documentos no estaban enmarcados dentro del plan de inversión y no justificaban de manera adecuada la inversión del anticipo. De igual manera, con el informe de interventoría No. 18 del periodo de agosto 09 a septiembre 08 de 2017, el cual se entregó a la Secretaría de Infraestructura el día 01 de noviembre de 2017, el Municipio de Armenia tuvo acceso a las facturas y soportes de inversión del anticipo, por lo que para dicha fecha ya se tenía conocimiento sobre las presuntas irregularidades presentadas con relación al anticipo. No obstante, dichas irregularidades nunca fueron puestas de presente, lo que significó que el Municipio obró con falta de diligencia, por decir lo menos, con culpa grave, sin poner de presente la denuncia y las circunstancias que rodeaban tanto a funcionarios de la alcaldía como de los contratistas. En consecuencia, el asegurador careció de información fidedigna y exacta al respecto, es decir, que, como lo definió la Corte Suprema de Justicia en otro caso equivalente, “*careció de elementos de juicio apropiados para tomar la decisión sobre el negocio*”⁶⁴, lo cual entraña la nulidad del seguro de cumplimiento por reticencia.
62. Como ha dicho la Corte Constitucional⁶⁵, en el ordenamiento colombiano el principio de buena fe resulta un elemento connatural al sistema jurídico, consagrado expresamente por el artículo 83 de la Constitución de 1991, el cual aporta un contenido de naturaleza ética y de rango constitucional a las relaciones de los particulares entre sí, y de éstos con las autoridades públicas. Este principio está también consagrado en el art. 1603 del Código Civil, según el cual “*los contratos deben ejecutarse de buena fe*”, y en el artículo 871 del código de comercio, que extiende su aplicación a las fases de celebración y ejecución.
- d. El Municipio obró con negligencia y culpa grave**
63. Fue evidente la culpa grave en la que incurrió la Alcaldía de Armenia al inobservar y transgredir sus obligaciones como supervisor del contrato de interventoría⁶⁶, consagradas en los pliegos de condiciones⁶⁷ y en el contrato 001 de 2016, numeral 1, ordinal B⁶⁸, y sus obligaciones como

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, sentencia SC4659-2017 de 3 de abril de 2017, M. P. Aroldo Quiroz Monsalvo. Radicación 11001-31-03-023-1996-02422-01.

⁶⁵ Sentencia T-537 de 2009.

⁶⁶ El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 dispuso que “[e]l contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal”. En los mismos términos, el Contrato 031 de 2015, en su ordinal “B” de la cláusula cuarta, señaló: “**OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO: 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 (...)”

⁶⁷ Los pliegos de condiciones definitivos del Contrato de Consultoría No. 001 de 2016⁶⁷ establecieron en el punto 1.12 relativo a la supervisión del Contrato 031 de 2015 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.

El supervisor está autorizado para impartir instrucciones u órdenes al interventor sobre asuntos de su responsabilidad, relacionados con las obras y éste estará obligado a cumplirlas. Todas las comunicaciones u órdenes del Supervisor al Contratista, serán expedidas o ratificadas por escrito, al igual que las de Interventoría.

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**”. (Subraya y negrilla nuestras).

⁶⁸ el Contrato 001 de 2016 estableció en su numeral 1 del ordinal “B” de la cláusula cuarta, la de “**Ejercer el control y vigilancia del contrato, a través del supervisor del contrato**”. Y adicionalmente en la cláusula decima tercera del contrato de interventoría se señaló que todas las

supervisor del contrato de obra no. 031 de 2015⁶⁹ y las contenidas en el numeral 7.1.6 del Manual de Contratación del Municipio⁷⁰.

64. Es materialmente imposible que el supervisor no se percatara del incumplimiento por parte del interventor de las obligaciones que le correspondían. La Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020 claramente manifiesta 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 obra⁷¹.
65. Las actas parciales de recibo de obra eran suscritas por el contratista, el interventor y el supervisor⁷². Ello implica que la Secretaría de Infraestructura se encontraba presente en los comités en los que se verificaba la inversión y 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.
66. La interventoría a quien rendía cuentas era a la Secretaría de Infraestructura⁷³ y lo hacía semanalmente y ella informó que el contratista no adjuntaba soportes de la inversión del anticipo,

actividades derivadas de la ejecución de dicho contrato estarían supervisadas por el Municipio de Armenia y dentro de las cuales se destacan:

- “13.2.1. Revisar y analizar los estudios previos, anexo técnico, pliego de condiciones, etc a fin de que conozca en detalle el proceso y las obligaciones mutuas de las partes, así como el entorno jurídico del proceso contractual (...).”
- 13.2.6. Informar inmediatamente al contratista sobre toda irregularidad que perciba en la ejecución del contrato.
- 13.2.9. Formular por escrito las recomendaciones tendientes a la debida ejecución del contrato e informar oportunamente cualquier anomalía o conflicto que se presente con la propuesta de solución a la misma, ante el Municipio de Armenia.
- “13.2.11. Las demás inherentes a sus funciones.”

⁶⁹ El ordinal “B” de la cláusula cuarta del Contrato de Obra No. 031 de 2015 determinó como obligaciones del Municipio de Armenia:

“1) **Ejercer el control y vigilancia del contrato, a través del supervisor del contrato;** 2) Informar al contratista, a través del supervisor del contrato, de las solicitudes y sugerencias dentro de los términos 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 (salud, pensión y ARL)...”

La cláusula decimotercera del Contrato de Obra 031 de 2015 señaló que la Interventoría tendría la vigilancia y control del contrato y por ende debía verificar el cumplimiento idóneo y oportuno de todas las obligaciones adquiridas por el contratista, entre otras, la de “**13.2.1. Revisar y analizar los estudios previos, anexo técnico, pliego de condiciones, etc a fin de que conozca en detalle el proceso y las obligaciones mutuas de las partes, así como el entorno jurídico del proceso contractual (...).**”

⁷⁰ 4. Velar y exigir en los términos y plazos pactados el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, tales como: entrega de informes, documentos, que permitan verificar la correcta ejecución del objeto contratado y efectuar las observaciones que considere pertinentes a efectos de lograr el cabal cumplimiento del contrato.

5. Informar oportunamente al Municipio de Armenia sobre el incumplimiento total o parcial de parte del contratista de las obligaciones del contrato.”

⁷¹ Pág. 284 de la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020.

⁷² Así lo manifestó la ingeniera Blanca Inés Álvarez al afirmar en su declaración: “Las actas parciales las suscribía el contratista, el interventor y el Secretario de Infraestructura, en algún momento de la ejecución de las obras se hicieron un cambio en el formato del pago de actas parciales y se incluyó la suscripción, la firma del supervisor”. Pág. 290 de la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020: Al respecto señaló: “...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...”

⁷³ Declaración del interventor.

sin que hubiese reacción alguna de la Secretaría de Infraestructura en ese momento, que nunca se manifestó frente a los informes que recibía del interventor⁷⁴.

67. El Municipio, por razones inexplicables, no se preocupó por determinar la suerte del anticipo sino solo hasta que fue notificada del inicio de los procesos penales en contra de algunos los integrantes de la Unión Temporal Puentes de Armenia, no obstante que previamente ya tenía conocimiento de la denuncia interpuesta el 01 de septiembre de 2015 por el representante legal de CINTE SAS, según consta en el escrito de acusación de la Fiscalía.
68. El hecho de que se hubiera estipulado en el contrato de consultoría No. 001 de 2016, que el anticipo sería manejado en forma conjunta por el contratista con la Interventoría, obligaba al Municipio, como supervisor, a hacer estricto seguimiento financiero del contrato, para vigilar y controlar el adecuado manejo de los dineros desembolsados al contratista a título de anticipo, por lo que le correspondía una labor juiciosa con relación a la solicitud de información de soportes documentales e informes tanto a la Interventoría como al contratista de obra, lo que precisamente no hizo.
69. Resulta pertinente poner de presente la sentencia del 25 de enero de 2017 (SC4659-2017)⁷⁵, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y cuyo M.P. fue Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, en la que se sostuvo, en materia de derechos de seguros, que:

“(…)

A su turno, el mismo estatuto define el riesgo asegurable como «el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario,...» (Artículo 1054); se excluye como asegurables «el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario», con la secuela consistente en que cualquier pacto en contrario «no producirá efecto alguno» (Artículo 1055), valga decirlo, se consagró la ineficacia de cualquier estipulación tendiente a incluir conductas intencionales, gravemente culposas o con base en la mera potestad de los citados sujetos, como asegurables.

“(…)

El catálogo probatorio evocado en las acusaciones que se revisan, ciertamente omitido por el juzgador de segundo grado, no pone en evidencia que quien suscribió el contrato como tomador, acaso coadyuvado por los asegurados y beneficiarios, hubiese querido resguardar

⁷⁴ El interventor afirmó en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual lo siguiente: *Usted nos está diciendo que en varias ocasiones informó a la entidad de un riesgo que tenía una relación directa con el plan de inversión de anticipos. Cuando usted le informó a la entidad, ¿El plazo contractual estaba en curso?*

ALL: Si. Desde septiembre de 2017 se le envió oficio a la entidad por esta interventoría, donde se hace la revisión de la información entregada por el contratista y evidencia que los soportes que entrega no se ajustan a la adecuada inversión del anticipo para que la entidad determine si se debe iniciar o no un proceso. Más aún, existe dentro del documento en el cual me llaman como deudor solidario, en el que me acusan, la secretaria de infraestructura dice que tuvieron un grupo especializado para que revisara esas facturas y que ahí determinaron que existían facturas incluso de antes de la suscripción del contrato. Encontraron facturas que pudiesen ser falsas, o que no correspondían al contrato como tal. *Si genera a esta interventoría y al representante legal, quien está inmerso en estas actuaciones, la entidad también revisó estos soportes y la interventoría hizo observaciones anómalas, pero fue la entidad la que nunca se pronunció ante el contratista ni ante la interventoría.*

¿Eso quiere decir que usted le avisó a la entidad y esta no inició un proceso sancionatorio dentro del término de vigencia del contrato?

ALL: La interventoría no puede obligar a la entidad a hacer ningún procedimiento. Solo informó de anomalías presentadas en la información del contratista. Después, cuando el contratista no respondió se instó a la entidad para que si el contratista no cumplía con su obligación de responder, fuera la entidad quien requiriese al contratista y no se dio ningún pronunciamiento al respecto. Incluso, en abril de 2018 esta interventoría le dice a la entidad y a la aseguradora que hagan efectivas las garantías de buen manejo del anticipo toda vez que el contratista nunca respondió”.

⁷⁵ Radicación n° 11001-31-03-023-1996-02422-01

conductas inasegurables (artículo 1055 Código de Comercio), más sí comprueba que dejó de revelar varios datos sustanciales para la determinación del interés y contenido contractual, omisiones que encajan dentro de la reticencia o inexactitud en la declaración de asegurabilidad (artículo 1058 ibídem), que fundan el error de hecho evidente y trascendente en el caso concreto

(...)

6. Desde luego que, contrario a lo considerado por el sentenciador de segunda instancia, no puede descalificarse el comportamiento de la actora por omitir exigir un certificado de cumplimiento del primer vínculo jurídico comercial sobre el suministro del carbón, antes de convenir el nuevo seguro, pues además de ser admisible que presumió la buena fe del tomador, lo cierto es que el artículo 1058 del Código de Comercio no imponer carga semejante al asegurador.

Precisamente, la norma aludida preceptúa que el contratante tiene la carga de «declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, (...) porque de lo contrario, la reticencia o inexactitud sobre estos aspectos «que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro» (inciso 1º). Prevé el inciso 2º que si «la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo»

(...)

9. De ahí que como el tomador, sin ningún asomo de duda, incurrió en reticencia o inexactitud por haber dejado de declarar con sinceridad unos hechos o circunstancias que determinaban el real estado del riesgo, según los factores de persuasión invocados en la censura, que fueron desechados por el Tribunal, aflora que ese error de hecho fue evidente y trascendente. Primero, por ser manifiestas las pruebas sobre la demostración de la conducta endilgada al solicitante del negocio. Segundo, porque de haberlos contemplados en su contexto, el fallador de segunda instancia habría arribado a una conclusión diferente. (Negrillas y subrayas nuestras)".

Y en sentencia del 16 de mayo de 2019, la sección tercera del Consejo de Estado sostuvo con total claridad:

“En esa medida, si, por el contrario, es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio del asegurado afectado.

De conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio, “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables”, y cualquier estipulación en contrario no produce efecto alguno. Esta regla encuentra varias excepciones respecto del tomador en algunas tipologías de seguro, como en el seguro de daños y, dentro de esta categoría, en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, en los cuales la garantía procede por la concreción del riesgo provocado por el contratista

incumplido, al margen de que este haya obrado o no con culpa -dado que así se desprende de la naturaleza y los fines legales previstos para esa clase de garantía⁷⁶.

Sin embargo, la regla en mención se mantiene incólume frente al asegurado en el marco de la contratación pública, pues siendo el Estado asegurado un sujeto distinto del tomador, su conducta viciada con dolo o culpa grave o sus actos meramente potestativos, determinantes en la provocación del siniestro, no pueden ser cobijados por el seguro, pues ello cohonestaría un inadmisibles abuso del derecho de la administración y atentaría contra el principio de la buena fe, el cual, como lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares.

Bajo esta línea, la doctrina expone que, además de las obligaciones pactadas por las partes en el contrato de seguro, los sujetos de la relación aseguraticia –incluyendo al asegurado no tomador- están llamados a cumplir unas cargas o “deberes de conducta”, establecidos por la ley o en el contrato, o derivados del principio de la buena fe, pero siempre orientados a facilitar o garantizar la obtención de la ventaja que pretenden obtener del seguro. En esa medida, la carga opera a favor de quien debe cumplirla –a diferencia de la obligación, que grava al deudor a favor del acreedor⁷⁷- y su observancia o no, tiene incidencia directa en la concreción del riesgo y en la posibilidad de obtener por su ocurrencia la respectiva indemnización.

En torno a este punto, explica el tratadista Carlos Jaramillo Jaramillo:

[L]as partes deben observar, mientras dura el contrato de seguro, diversas conductas, en gran medida orientadas a preservar, prevalentemente, el estado de cosas preexistente al momento de su celebración y también el equilibrio del contrato (...), el que se podría ver profundamente alterado y, en veces, dislocado, si ellas no se verifican, por lo demás, en forma oportuna. Por eso en la doctrina (...) se alude a obligaciones –o deberes- precontractuales y contractuales y más concretamente ‘presiniestrales y posiniestrales’ (...). De su cumplimiento dependerá, en buena parte,

⁷⁶ Como lo ha puntualizado la jurisprudencia: “[E]n materia de la garantía única de cumplimiento del contrato estatal se otorga cobertura al riesgo de incumplimiento, no solamente al evento originado en la conducta culposa del tomador. En ese sentido es improcedente la invocación por parte de la compañía aseguradora en torno a la ausencia de culpa de la contratista para conseguir anular el acto de declaratoria de caducidad.

“La posibilidad de asegurar los riesgos derivados del hecho culposo del tomador se encuentra permitida en varias modalidades del contrato de seguro, entre ellas en el seguro de cumplimiento para el contrato estatal, debido a la naturaleza de la póliza: Por ejemplo, en relación con el seguro de responsabilidad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (...) consideró que la culpa grave es asegurable para el caso del citado seguro, por expresa disposición del artículo 1127 del Código de Comercio (...), de acuerdo con el cual el daño ocasionado por la culpa grave del propio asegurado es susceptible de ser amparado a favor de la víctima afectada o del asegurado, con motivo de determinada responsabilidad en la que incurra de acuerdo con la ley, bien sea en materia de responsabilidad civil contractual o extracontractual (...).

“En relación con el seguro de cumplimiento la ley exige el amparo de todo riesgo que afecte el cumplimiento del contrato, sobre lo cual observó la doctrina que **el contratista es el principal generador del riesgo, toda vez que en su conducta estriba el cumplimiento del contrato.** Empero, por virtud del contrato, el contratista tiene unos riesgos a su cargo cuya ocurrencia también pueden ocasionar el incumplimiento, con independencia de su culpa en la materialización de dicho riesgos” (Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de noviembre de 2015, exp. N° 05001233100020060257901 (43324). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico).

⁷⁷ Sobre la diferencia entre obligación y carga, especialmente en el contrato de seguro, acota el tratadista Jaramillo: “[L]a primera de las doctrinas [que distingue los conceptos mencionados], con arreglo a (...) los vocablos obligación (deber de prestación) y carga, ha optado decididamente por su diferenciación, señalando que, mientras en la obligación el deber de conducta es impuesto al sujeto pasivo en interés de otro, es decir, en el sujeto activo, en la carga el deber de conducta se impone para tutelar el interés de quien debe observarla. Es por ello por lo que esta disociación de intereses se refleja en la diversidad de consecuencias legales nacidas al amparo del incumplimiento de una y de otra, toda vez que, al contrario de lo que acaece con las obligaciones, en donde el acreedor puede exigir del deudor el cumplimiento de su deber, en las cargas la conducta del gravado no es legalmente exigible, pues su inobservancia provoca otro resultado que solo a él perjudica: la pérdida –o menoscabo- del derecho pretendido” (JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos, T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis, 2012).

la satisfacción del interés jurídico que, en tratándose del tomador asegurado, va a contratar y, de paso, a autolimitarse (...).

[En la obligación,] el deber de prestación es impuesto en beneficio e interés del titular del crédito; el interés tutelado es un interés ajeno. En cambio, en la carga, el comportamiento es impuesto en beneficio del gravado con ella, pues es a él, en forma preponderante, a quien perjudica el incumplimiento de la carga y a quien, lógica y correlativamente, beneficia su cumplimiento y observancia. El gravado [con la carga], por tanto, es libre para decidir si la ejecuta o no, solo que, de no hacerlo, se seguirán para él consecuencias adversas, pues, finalmente, podrá hasta ser privado del beneficio deseado, total o parcialmente, efecto que, en el seguro, cada vez más a menudo, equivale a la indemnización o prestación a cargo del asegurador (...).

La noción de carga se encuentra íntimamente ligada a su funcionamiento en el plano operativo e indudablemente al grado de incidencia que su cumplimiento tenga en relación con el efecto jurídico perseguido por el gravado. De esta forma (...), algunos estiman que la carga opera a título de presupuesto para obtener determinada ventaja, mientras que otros la conciben, no como presupuesto de existencia sino como presupuesto del ejercicio de un derecho ya formado, pero, en todo caso, como presupuesto que de manera indefectible debe ser observado, principalmente en interés de quien debe llevar a cabo la conducta o comportamiento⁷⁸⁷⁹.

70. Una de las cargas que exigen las normas comerciales y el seguro de cumplimiento al asegurado, radica precisamente en evitar la ocurrencia del siniestro, precepto que no colisiona con el ordenamiento jurídico, ni puede “(...) soslayarse bajo el pretexto de que el contrato de seguro solo existe para dejar indemne a quien ha sufrido un perjuicio por el siniestro asegurado y no para impedir en forma plena y “a todo trance” que el riesgo amparado llegue a concretarse”⁸⁰. El deber de mitigación del daño -para efectos del caso, el siniestro-, es supremamente relevante y hace parte del principio de buena fe, lealtad y solidaridad previsto en la Carta Política y los principios generales del derecho, dado que “(...) no resulta admisible una conducta pasiva, omisiva y mucho menos permisiva del asegurado, de quien se espera que obre con el propósito de evitar la concreción del riesgo, “obviamente en condiciones de racionalidad, dado que el hecho de que pague [o un tercero sufrague en su favor] una prima de seguro, no lo habilita per se para que (...) se desentienda de su materialización, como si fuera necesario para justificar su pago, el advenimiento del referido siniestro”⁸¹.

⁷⁸ JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho de seguros – estudios y escritos jurídicos*, T.3. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis, 2012. En esta obra, citando a otros doctrinantes, expone el referido autor: “Francesco Carnelutti indica que ‘cuando el ejercicio de una conducta es configurado como presupuesto para obtener una determinada ventaja’, se está en presencia de una carga, la cual (...) se diferencia de la obligación porque en ella ‘el vínculo es impuesto para tutelar un interés ajeno, mientras que en la carga se protege el interés propio’ (...). Del mismo modo, el profesor Francesco Messineo, manifiesta en su tratado que ‘la carga es la imposición de un comportamiento, el cual equivale a la premisa para conseguir un determinado efecto de carácter útil (caso de auto-responsabilidad)’ (...). ‘El distinguido profesor Rubén Stiglitz, por su parte, en el concreto ámbito del derecho de seguros, sostiene que ‘(...) las cargas legales son aquellas que, establecidas por la ley de seguros, requieren del asegurado una conducta de realización facultativa, establecida en su propio interés y de cuya inobservancia resulta, en los supuestos en que expresamente ha sido previsto, la pérdida (caducidad) del derecho’”.

⁷⁹ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 16 de mayo de 2019, radicado no. 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102). C.P. María Adriana Marín.

⁸⁰ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 16 de mayo de 2019, radicado no. 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102). C.P. María Adriana Marín.

⁸¹ JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Op. cit.* Continúa exponiendo el autor: “Este deber de evitación, íntimamente vinculado con la bona fides, con todo lo que ello implica, va más allá de la floración del siniestro, comoquiera que se anida en la etapa presiniestral y se extiende hasta la siniestral, según el caso, ora con arreglo a la ley, cuando exista en forma expresa, ora con fundamento en la buena fe, principio que en forma sucesánea servirá de apoyadura a las actuaciones y conductas que se espera tengan fluidez y oportuna cabida. En aquella [la etapa

71. La buena fe y solidaridad, entonces –y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia–, se contraponen a la eventual pasividad del asegurado, la cual no es propia de quien hace parte de una relación negocial, menos aun cuando sobre tal relación “*gravita (...) un deber correlativo de colaboración*” y un “*criterio de reciprocidad referido a la buena fe objetiva*”⁸².

72. Sobre los deberes de las partes, también ha destacado la Corte que:

Entre la declaración del estado del riesgo (art. 1058 del C. de Comercio) y la conservación del estado del riesgo (art. 1060 ibídem), existen sustanciales diferencias (...). [E]n tanto la declaración del riesgo es un deber precontractual, la conservación del riesgo se impone como tal durante la vigencia del contrato de seguro. Por lo demás, la declaración incumbe al tomador, mientras que la conservación corresponde al asegurado o al tomador, según sea éste o aquél el que cuente con la posibilidad de cumplir con el deber; la declaración es un deber de información y la conservación deber de conducta; el incumplimiento del deber de informar verazmente genera nulidad del contrato o reducción de la prestación asegurada y el incumplimiento del deber de conservar el estado del riesgo da lugar a la terminación del contrato (...).

*[L]a carga de mantener el estado del riesgo, tiene el confesado propósito de preservar, durante la ejecución del contrato mismo, las condiciones esenciales que condujeron a que ese asentimiento fuera expresado y, por tanto, a la contratación del seguro*⁸³.

73. En el presente caso, sin lugar a duda se observa una inobservancia de las cargas a cargo del Municipio de Armenia pues, por un lado, obvió su deber de información y realizó declaraciones reticentes como se indicó en el acápite “C. Nulidad del Contrato de Seguro por Reticentes sobre el estado del Riesgo y, por otro lado, por cuanto transgresión flagrantemente su obligación de control y vigilancia y, en vez de mitigar la acusación de un daño, lo permitió. Con fundamento en lo anterior, es claro que el Municipio de Armenia actuó al margen de sus deberes legales, con descuido e inobservancia de las normas que rigen su actuación, las obligaciones contractuales adquiridas y una evidente mala fe constitutiva de dolo, en virtud del artículo 1055 del Código de Comercio, el contrato de seguro es ineficaz y por lo tanto no es procedente afectar la póliza de anticipo.

E. EN RELACIÓN CON LA INASEGURABILIDAD DEL DOLO Y LA CULPA GRAVE DEL ASEGURADO, LA VIOLACIÓN DEL POSTULADO DE LA BUENA FE Y LA CULPA EXCLUSIVA DEL ASEGURADO

74. Dice el Tribunal que en el contrato estatal aplica la asegurabilidad del dolo y la culpa grave del tomador del seguro, y que si es el Estado el que vulnera el principio de la buena fe, no se le puede hacer exigible la garantía. Sin embargo, señala que en el presente caso no se alegó en la demanda que el Municipio hubiese incurrido en conductas que dieran lugar a la declaratoria de incumplimiento.

presiniestral], se traducirá en su evitación (...), [todo ello] acorde con los genuinos postulados de la lealtad contractual [...que] exigen algo más que la inercia, en veces hasta cómplice y atentatoria de granadas garantías: la buena fe, la solidaridad, la cooperación, la prohibición de abusar de los derechos propios y ajenos, etc”.

El autor también refiere que, de acuerdo con la opinión de otros autores, “*la prevención – evitación del daño (...) es misión irrenunciable del derecho civil*” y que “*el derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a su prevención*”, puesto que ello equivaldría y/o conduciría, entre otras cosas, a “*crear y justificar un derecho a perjudicar*”.

⁸² Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, sentencia CSJ SC 02 del 2 de agosto de 2001, exp. N° 6146.

⁸³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de julio de 2007, exp. N° 05001 31 03 002 1999 00359 01.

75. Pasa por alto el Tribunal, inexplicablemente, que Seguros del Estado, como litisconsorte, sí lo hizo. Basta ver (i) el capítulo V.A. de la solicitud por activa como litisconsorte, que alude a la mala fe del municipio; (ii) el capítulo V. B., relativo a la violación del postulado de la buena fe y la inasegurabilidad del dolo y la culpa grave del asegurado; (iii) el capítulo V.C., relativo a la exclusión de los riesgos y perjuicios derivados de la culpa exclusiva del asegurado.

76. Para no repetir, me remito a lo allí expuesto, y presento aquí un resumen:

76.1. El Municipio de Armenia obró con mala fe, deslealtad y abuso al solicitarle a las aseguradoras la expedición de diversos certificados de seguro, sin poner de presente la denuncia y las circunstancias que rodeaban tanto a funcionarios de la alcaldía como de los contratistas. En consecuencia, el asegurador careció de información fidedigna y exacta al respecto, es decir, que, como lo definió la Corte Suprema de Justicia en otro caso equivalente, *“careció de elementos de juicio apropiados para tomar la decisión sobre el negocio”*⁸⁴, lo cual entraña la nulidad del seguro de cumplimiento por reticencia.

76.2. En el presente caso, sin lugar a duda se observa una inobservancia de las cargas a cargo del Municipio de Armenia pues, por un lado, obvió su deber de información y realizó declaraciones reticentes como se indicó precedentemente y, por otro lado, por cuanto transgresión flagrantemente su obligación de control y vigilancia y, en vez de mitigar la acusación de un daño, lo permitió. Con fundamento en lo anterior, es claro que el Municipio de Armenia actuó al margen de sus deberes legales, con descuido e inobservancia de las normas que rigen su actuación, las obligaciones contractuales adquiridas y una evidente mala fe constitutiva de dolo, en virtud del artículo 1055 del Código de Comercio, el contrato de seguro es ineficaz y por lo tanto no es procedente afectar la póliza de anticipo.

76.3. Como se observa en las piezas probatorias, y lo manifestado por el Municipio de Armenia en la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020⁸⁵, 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. Al respecto señaló: *“...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...”*⁸⁶. También reprochó a la interventoría por no informar oportuna y puntualmente sobre los presuntos incumplimientos en el buen manejo y correcta inversión del anticipo. Todo lo anterior sorprende, teniendo en cuenta las amplias facultades con la que contaba la Supervisión del contrato y los deberes de control y vigilancia a su cargo.

76.4. Se dijo en la solicitud a este respecto:

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, sentencia SC4659-2017 de 3 de abril de 2017, M. P. Aroldo Quiroz Monsalvo. Radicación 11001-31-03-023-1996-02422-01.

⁸⁵ *“Por medio de la cual se resuelve sobre la declaratoria de incumplimiento por ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 031 de 2015”*

⁸⁶ Pág. 284 de la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020.

En primer lugar, debe mencionarse que las actas parciales de recibo de obra eran suscritas por el contratista, el interventor y el supervisor. Así lo manifestó la ingeniera Blanca Inés Álvarez al afirmar en su declaración: “*Las actas parciales las suscribía el contratista, el interventor y el Secretario de Infraestructura, en algún momento de la ejecución de las obras se hicieron un cambio en el formato del pago de actas parciales y se incluyó la suscripción, la firma del supervisor*”⁸⁷. Ello implica que la Secretaría de Infraestructura 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.

Ello guarda estricta concordancia por lo manifestado por el representante legal de la interventoría, señor Andrés Leonardo Lasso, quien manifestó:

JMA: ¿A quién le rendía cuentas usted?

ALL: A la entidad, la Secretaría de Infraestructura que era el supervisor del contrato. Se le rendían informes. Cada semana se rendía cuenta de avances, inconvenientes y sucesos que tuviesen importancia durante dicho plazo”.

(...)

“ALL: El tema del anticipo no era nuestra función, así como tampoco lo fue el tema predial, el tema de antropología y el tema social.” (Minuto 42 y siguientes de la audiencia).

(...)

JMA: ¿Ustedes como interventores, participaban en comités para los desembolsos? ¿o no?

ALL: No. Nunca tuvimos esa función como tal. Nunca se hizo un comité para desembolsos.

JMA: ¿Es común que como interventor no participe en el comité de desembolsos?

ALL: No lo sé.

JMA: ¿Sabe usted cómo eran los procedimientos para autorizar desembolsos?

ALL: No. Dentro del contrato de consultoría 001 de 2015 no le fue encomendada a esta interventoría esa función.

(...)

JMA: ¿Sabe usted quiénes debían firmar los soportes para autorizar los pagos, desembolsos, en este contrato?

ALL: No”. (20 minutos y siguientes de la audiencia).

De otra parte, aun cuando durante el plazo del plan de inversión del anticipo la interventoría no informó sobre algún incumplimiento relacionado con el plan de inversión del anticipo, en los informes de interventoría sí se señaló que el contratista no había allegado los soportes documentales correspondientes. Al respecto cabe recordar que una de las funciones de la Supervisión era velar y exigir en los términos y plazos pactados el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, por lo que, si la entidad consideraba que para cada desembolso debía obtenerse la documentación correspondiente o que, para la finalización del plazo del plan de inversión el contratista debía aportar todos los soportes y la interventoría

⁸⁷ Pág. 290 de la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020.

elaborar un informe, así debió exigirlo para comprobar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Interventoría y del contratista de obra en relación con el buen manejo del anticipo.

Lo dicho guarda estricta concordancia con las manifestaciones desplegadas por el interventor en el Proceso Administrativo Sancionatorio Contractual que dio origen a la resolución sancionatoria aludida en este escrito, y en el que se señaló:

“¿Cómo hacía los informes?”

ALL: Tal y cual como se desprende del contrato de consultoría 001 de 2016. Se establecieron comités semanales entre la interventoría, el contratista y la entidad para llevar a cabo esos informes y actas, que son poco menos de 100 que fueron suscritas, debidamente diligenciadas y que hacen parte del archivo de la entidad. Asimismo, dentro de las obligaciones contractuales se establecía rendir un informe mensual de los sucesos establecidos dentro del contrato 031 de 2015 y 001 de 2016 respecto de las funciones que fueron encomendadas a la interventoría.

¿En el desarrollo de los informes se reportaron percances representativos?

ALL: Si, en varios comités y en varios informes se reportó ante la secretaría de infraestructura diferentes percances tales como temas prediales, ambientales y de retrasos. (23:00) Todos están debidamente radicados ante la entidad en cada uno de los informes de interventoría.

Usted nos está diciendo que en varias ocasiones informó a la entidad de un riesgo que tenía una relación directa con el plan de inversión de anticipos. Cuando usted le informó a la entidad, ¿El plazo contractual estaba en curso?

ALL: Si. Desde septiembre de 2017 se le envió oficio a la entidad por esta interventoría, donde se hace la revisión de la información entregada por el contratista y evidencia que los soportes que entrega no se ajustan a la adecuada inversión del anticipo para que la entidad determine si se debe iniciar o no un proceso. Más aún, existe dentro del documento en el cual me llaman como deudor solidario, en el que me acusan, la secretaria de infraestructura dice que tuvieron un grupo especializado para que revisara esas facturas y que ahí determinaron que existían facturas incluso de antes de la suscripción del contrato. Encontraron facturas que pudiesen ser falsas, o que no correspondían al contrato como tal. Si genera a esta interventoría y al representante legal, quien está inmerso en estas actuaciones, la entidad también revisó estos soportes y la interventoría hizo observaciones anómalas, pero fue la entidad la que nunca se pronunció ante el contratista ni ante la interventoría.

¿Eso quiere decir que usted le avisó a la entidad y esta no inició un proceso sancionatorio dentro del término de vigencia del contrato?

ALL: La interventoría no puede obligar a la entidad a hacer ningún procedimiento. Solo informó de anomalías presentadas en la información del contratista. Después, cuando el contratista no respondió se instó a la entidad para que si el contratista no cumplía con su obligación de responder, fuera la entidad quien requiriese al contratista y no se dio ningún pronunciamiento al respecto. Incluso, en abril de 2018 esta interventoría le dice a la entidad y a la aseguradora que hagan efectivas las garantías de buen manejo del anticipo toda vez que el contratista nunca respondió”.

Resulta cuestionable que, teniendo el Supervisor la facultad de solicitar información sobre la inversión del anticipo, de indagar sobre por qué no se tenían los soportes documentales y de requerir a la interventoría para que a la finalización del plazo de inversión del anticipo

elaborara un informe detallado, no se hiciera uso de estas facultades. El Municipio de Armenia no se preocupó por determinar la suerte del anticipo sino solo hasta que fue notificada del inicio de los procesos penales en contra de algunos los integrantes de la Unión Temporal Puentes de Armenia, no obstante que previamente ya tenía conocimiento de la denuncia interpuesta el 01 de septiembre de 2015 por el representante legal de CINTE SAS, según consta en el escrito de acusación de la Fiscalía.

También es importante mencionar que, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones definitivo que hace parte integral del contrato de consultoría No. 001 de 2016, el anticipo sería manejado en forma conjunta por el contratista con la Interventoría. Ello implica que la Supervisión debió hacer el seguimiento financiero del contrato, para vigilar y controlar el adecuado manejo de los dineros desembolsados al contratista a título de anticipo, por lo que le correspondía una labor juiciosa con relación a la solicitud de información de soportes documentales e informes tanto a la Interventoría como al contratista de obra.

Como se evidencia de las pruebas obrantes en el expediente, con el Informe No. 18 la Interventoría hizo entrega a la Secretaría de Infraestructura de la relación de facturas mes a mes desde enero de 2016 hasta el mes de junio de 2017 aportadas por la Unión Temporal Puentes de Armenia. Al respecto la Supervisión señaló en oficio SIPOI Nro. 2717 del 26 de junio de 2018: *“NOTA 6 La veracidad de las facturas y si fueron o no invertidas en la obra que se estaba ejecutando en el Contrato de Obra Pública No. 2015-031, no es verificable por esta Secretaría y corresponde a la Interventoría, haber elaborado dicha verificación.”* Esta afirmación falta a la verdad pues, como ya vimos, la Supervisión contaba con amplias facultades para verificar el cumplimiento del objeto contractual, pudiendo verificar la documentación en aras de comprobar que la Interventoría estuviera ejerciendo debidamente sus funciones de vigilancia financiera respecto del contratista de obra.

Es resulta evidente que el Municipio de Armenia fue negligente en el control y vigilancia del contrato de obra No. 031 de 2015 y el contrato de consultoría No. 001 de 2016, pues teniendo todas las atribuciones legales y contractuales para verificar el adecuado desembolso e inversión del anticipo, se mantuvo ajeno a dichas circunstancias, preocupándose por conocer lo relativo al manejo y correcta inversión del anticipo únicamente hasta el año 2018, lo que demuestra desinterés y falta de cuidado por parte del Municipio, configurándose una culpa exclusiva de la Entidad en la causación de los perjuicios que se alegan.

Fue evidente en el proceso administrativo sancionatorio la inobservancia de la entidad de dar cumplimiento a su función de supervisor del contrato ya que permitió que la interventoría se mantuviera al margen de su obligación de verificar y controlar todas las etapas y obligaciones contractuales, concretamente las relativas al anticipo del contrato.

Es inaudito que, teniendo las funciones de supervisión tanto del Contrato de Obra 031 de 2015 como del Contrato de Consultoría No. 001 de 2016, no las atendiera a cabalidad y en los términos que se requería. Y peor aún que, no obstante, las múltiples comunicaciones e informes emanados de la Interventoría y dirigidas a la entidad contratante, esta última jamás haya tomado las medidas necesarias para atender las circunstancias controversiales que se le ponían de presente, en otras palabras, o se mantenía al margen o estuvo en conocimiento y prefirió por no hacer al respecto, en gran medida, por su cognición y confabulación para ejercer actos indebidos. No en vano, funcionarios de la alcaldía se encuentran en curso en procesos penales y con medidas restrictivas de la libertad.

Recuérdese que según el artículo 1058 del Código de Comercio, quienes adquieren el seguro, tienen la carga de declarar de manera sincera, detallada y precisa, los hechos y circunstancias que determinen el estado de riesgo, así como las modificaciones del riesgo asumido por situaciones sobrevinientes. Para el caso, el Municipio de Armenia, quien ostentaba la calidad de contratante y supervisor del contrato, además de asegurado, tenía la obligación de declarar constantemente el estado de riesgo del contrato, en especial, los relativo a las conductas delictuales, las denuncias penales y el desarrollo del contrato, sin embargo, se itera, no lo hizo nunca, como quedó acreditado en el proceso.

En otras palabras, en virtud del deber de diligencia que todo contratante debe cumplir -artículo 871⁸⁸ del C. de Co. y los principios que rigen las actuaciones administrativas-, y previa a las solicitudes de modificaciones de las pólizas, la Alcaldía debió suministrar toda la información que permitiera conocer cabalmente el estado del riesgo.

Y es que los funcionarios de la Alcaldía, sea por la confabulación que hoy se discute ante las autoridades penales o por la simple falta de interés y negligencia o desconocimiento de sus obligaciones contractuales, jamás cumplieron a cabalidad sus deberes ni mucho menos cumplieron con la obligación de suministrar información amplia, suficiente y fidedigna a las aseguradoras.

Prueba de ello quedó de manifiesto con la confesión esbozada por la entonces funcionaria de la Alcaldía y supervisora del contrato, señora Blanca Inés Álvarez, quien en su deposición recalcó con total claridad que no estaba dentro de sus funciones ni tampoco conocía quien debía informar las vicisitudes a Seguros del Estado y a Mapfre, no obstante su calidad de vocera de la entidad. En palabras de la referida señora:

“Usted en calidad de supervisora del contrato de interventoría, de alguna manera debía estar al tanto del contrato 031 de 2015 y las situaciones que rodeaban la ejecución del mismo. Usted, como vocera de la entidad, ponía de presente todas las vicisitudes que ocurrían o pudiesen ocurrir, en conocimiento de las entidades aseguradoras del contrato – Seguros del Estado, para ser concretos?

B: No tenía injerencia en el tema. No estaba dentro de mis funciones.

Tiene conocimiento si algún funcionario del municipio de armenia ponía de presente alguna vicisitud, controversia o cambio?

B: No”.

En consecuencia, el asegurador careció de información fidedigna y exacta al respecto, es decir, que, como lo definió la Corte Suprema de Justicia en otro caso equivalente, “careció de elementos de juicio apropiados para tomar la decisión sobre el negocio”⁸⁹, lo cual entraña la nulidad del seguro de cumplimiento por reticencia.

⁸⁸ **ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>**. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, sentencia SC4659-2017 de 3 de abril de 2017, M. P. Aroldo Quiroz Monsalvo. Radicación 11001-31-03-023-1996-02422-01.

76.5. Es inaudito que, teniendo las funciones de supervisión tanto del Contrato de Obra 031 de 2015 como del Contrato de Consultoría No. 001 de 2016, no las atendiera a cabalidad y en los términos que se requería. Y peor aún que, no obstante las múltiples comunicaciones e informes emanados de la Interventoría y dirigidas a la entidad contratante, esta última jamás haya tomado las medidas necesarias para atender las circunstancias controversiales que se le ponían de presente, en otras palabras, o se mantenía al margen o estuvo en conocimiento y prefirió por no hacer al respecto, en gran medida, por su cognición y confabulación para ejercer actos indebidos. No en vano, funcionarios de la alcaldía se encuentran en curso en procesos penales y con medidas restrictivas de la libertad.

76.6. Por todo lo anterior, resulta claro que el Municipio de Armenia fue negligente en el control y vigilancia del contrato de obra No. 031 de 2015 y el contrato de consultoría No. 001 de 2016, pues teniendo todas las atribuciones legales y contractuales para verificar el adecuado desembolso e inversión del anticipo, se mantuvo ajeno a dichas circunstancias, preocupándose por conocer lo relativo al manejo y correcta inversión del anticipo únicamente hasta el año 2018, lo que demuestra desinterés y falta de cuidado por parte del Municipio, configurándose una culpa exclusiva de la Entidad en la causación de los perjuicios que se alegan.

F. EN RELACIÓN CON LA AUSENCIA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE SEGUROS DEL ESTADO ADICIONALES A LAS FORMULADAS POR MAPFRE

77. Como se dijo antes, las pretensiones de Seguros del Estado incluyen pretensiones adicionales a las de Mapfre como demandante. A este respecto el Tribunal afirmó que la participación de Seguros del Estado “no se extiende más allá de coadyuvar las pretensiones de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.”⁹⁰

78. Esta afirmación del Tribunal es equivocada, como se desprende del auto no. 25000-23-37-000-2014-00598-01 del Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, SECCIÓN CUARTA, de 22 de agosto de 2016⁹¹.

79. En consecuencia, el primer error del Tribunal es no haber considerado las pretensiones adicionales formuladas por Seguros del Estado.

80. Como se sabe, el artículo 42 del Código General del Proceso le atribuye al juez el deber de “respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia” y sabido es también que todo depende de cómo se formulen las pretensiones.⁹²

81. Ha de recordarse que el artículo 281 del Código General del Proceso, relativo a “Congruencias”, preceptúa que la “**La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones**”

⁹⁰ Pág. 11 de la sentencia recurrida.

⁹¹ Demandante 3M Colombia S.A. Demandado: DIAN C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁹² La doctrina especializada señala que la prohibición para el juez de condenar por causa diferente a la invocada en la demanda –art. 305 del C. de P. C., num. 2º–, representa una restricción significativa de las posibilidades del juez; **todo depende de cómo se formulen las pretensiones**. Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Legis, segunda edición, 2007, Tomo II, pág. 685 y Hernán Fabio López Blanco, Procedimiento Civil, Parte General, Tomo I, Dupre Editores, Bogotá, 2002, Pág. 621 y ss. En sentido similar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 2 de febrero de 2001, Rad. No. 18904, C. P. Alíer Hernández.

aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley” (negrillas y subrayado fuera de texto)⁹³, esto es, “Considerando la característica esencial que tienen los derechos de acción y de contradicción, o sea, que ambos implican peticiones formuladas al Estado para que este las resuelva, lógicamente se deduce, como regla técnica del sistema procesal civil, que la sentencia debe concordar con esas peticiones, de manera muy especial en lo tocante a las pretensiones de la demanda”⁹⁴ (se subraya), por cuanto “la sentencia debe guardar concordancia o armonía con lo que constituye el objeto del proceso, esto es, las pretensiones formuladas por el demandante y las excepciones existentes en favor del demandado.”⁹⁵.

82. Asimismo, el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que la sentencia decide sobre las pretensiones y las excepciones propuestas⁹⁶ y no sobre lo que no le fue pedido (en la misma forma como lo contemplaba el artículo 170 del C.C.A.⁹⁷ (Decreto 01 de 1984)). Como lo afirma el exconsejero de Estado Enrique Arboleda Perdomo, “En cuanto al objeto del fallo, lo serán las excepciones de fondo y obviamente las pretensiones y la oposición a las mismas”⁹⁸, es decir, la sentencia debe decidir sobre las excepciones propuestas y los puntos presentados dentro del debate⁹⁹.
83. La sentencia del Tribunal omitió pronunciarse sobre las pretensiones adicionales formuladas por Seguros del Estado, la cual formuló la nulidad de los actos administrativos acusados y el restablecimiento del derecho, basado en la ineficacia del contrato de seguro, la violación del principio de planeación, la violación del postulado de la mala fe, la culpa exclusiva del Municipio de Armenia, la falsa motivación al no admitirse que los hechos de corrupción que se descubrieron han debido ser informados al asegurador y no se hizo, lo que configura un supuesto de dolo o de

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ., abril 15 de 2009, Exp. 08001-3103-005-1995-10351-01, M.P. César Julio Valencia Copete; Cas. Civ., de 1º de abril de 2003, Exp. No. 6499, M. P. Jorge Santos Ballesteros: “si el juez no se pronuncia sobre lo que se le pide (mínima petita), se pronuncia sobre lo que no se le pide (extra petita), o en fin, otorga más de lo que se le pide (ultra petita) profiere fallo incongruente. Como también incurrirá en incongruencia o in consonancia cuando se aparta de los hechos de la demanda, teniendo en cuenta otros no aducidos, con base en los cuales concede lo pedido”; Cas. Civ., 19 de noviembre de 2002, Exp. 7001. M.P. Jorge Santos Ballesteros; Cas. Civ. de octubre 22 de 2001: “la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda..., y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”

⁹⁴ López Blanco, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Procedimiento Civil. Tomo I. Parte General. Octava Edición. Dupré Editores. Bogotá. 2002. P. 621.

⁹⁵ Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo II. Parte General. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2004. P. 207.

⁹⁶ Ley 1437 de 2011, artículo 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

(...)” (negrillas y subrayado fuera de texto).

⁹⁷ Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), artículo 170. Modificado por el art. 38, Decreto Nacional 2304 de 1989 La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.

⁹⁸ Arboleda Perdomo, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Segunda edición actualizada. Legis. Tercera reimpresión. Octubre de 2012. P. 303.

⁹⁹ Palacio Hincapié, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. 8ª edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. P. 763 y 764.

culpa grave del asegurado, que es inasegurable, la ausencia de cobertura de la no amortización del anticipo, teniendo en cuenta que lo que se amparó fue la correcta inversión del mismo y no aquella.

84. El Tribunal sí se refirió a la prescripción, pero sin referirse a cada uno de los cargos imputados, en tanto que solo analizó uno de ellos.

85. El Tribunal no valoró el dictamen pericial aportado por Seguros del Estado.

* * *

Por las razones expuestas, solicito al H. Consejo de Estado revoque la sentencia apelada.

Atentamente,



JUAN FELIPE TORRES VARELA

C. C. No. 1.020.727.443 de Bogotá

T. P. No. 227.698 del C. S. de la J.