

Honorable
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE QUINDÍO
Atn. M.P. Carlos Marin Pulgarin
E. S. D.

REF. :

Proceso: 63001233300020210008400
Medio de control: Controversias contractuales
Demandante: MAPFRE SEGUROS GENERALES
COLOMBIA SA
Demandado: Municipio de Armenia, Seguros del
Estado S.A. y otros

**ASUNTO: INTERVENCIÓN COMO LITISCONSORTE NECESARIO
DE LA PARTE ACTIVA**

JUAN FELIPE TORRES VARELA, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.020.727443, 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 de apoderado de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, sociedad comercial, identificada con N.I.T. 860.009.578-6, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., entidad sometida al control y vigilada por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, representada legalmente por **ÁLVARO MUÑOZ FRANCO**, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía No. 7.175.834 de Tunja, como lo acredita el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por dicha entidad y el poder que se aporta junto con el presente escrito, acudo ante su despacho de la manera más respetuosa, acudo ante su despacho de la manera más respetuosa para intervenir en calidad de **LITISCONSORTE NECESARIA O CUASINECESARIA DE LA PARTE ACTIVA** del proceso.

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

I. OPORTUNIDAD PARA INTERVENIR EN CALIDAD DE LITISCONSORTE CUASINECESARIO POR ACTIVA.....	4
A. DE LA PÓLIZA EMITIDA POR SEGUROS DEL ESTADO Y SU RELACIÓN CON EL CONTRATO 031 DE 2015, Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS POR LA PARTE ACTIVA.....	5
B. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DE SEGUROS DEL ESTADO Y LA POSIBILIDAD DE COMPARECER EN CALIDAD DE LITISCONSORTE NECESARIO O CUASINECESARIO POR ACTIVA EN UN PROCESO.....	6
II. OBJETO DE LA SOLICITUD.....	10
III. PRETENSIONES.....	10
IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA LA DEMANDA PRESENTADA POR MAPFRE	11
V. FUNDAMENTOS DE DERECHO	18

A. INEFICACIA O NULIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO POR DECLARACIONES RETICENTES SOBRE EL ESTADO DEL RIESGO Y LA MALA FE DESPLEGADA POR EL MUNICIPIO DE ARMENIA. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 1501 DEL CÓDIGO CIVIL , ARTÍCULOS 871, 1039, 1058 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO.....	18
1. Declaraciones reticentes relativas a los estudios de estudios previos	18
2. Declaraciones reticentes relativas a las presuntas irregularidades en el manejo e inversión del anticipo y mala fe del Municipio de Armenia en su actuar.....	23
B. VIOLACIÓN DEL POSTULADO DE LA BUENA FE E INASEGURABILIDAD DEL DOLO Y CULPA GRAVE. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 3 DEL CPACA, ARTÍCULO 1063 DEL CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 871, 1041, 1055, 1058, 1060 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO, ARTÍCULO 83 DE LA LEY 1474 DE 2011, ENTRE OTRAS.....	24
1. De la obligación de supervisión, control y vigilancia del Municipio de Armenia	25
2. De la flagrante transgresión a las obligaciones supervisión, control y vigilancia por parte del Municipio de Armenia	27
3. De la flagrante contravención de las normas que regulan el contrato de seguro y la jurisprudencia en materia de reticencia y buena fe	32
4. Conclusión.....	37
C. LA LEY Y EL CONTRATO DE SEGUROS EXCLUYEN LA RESPONSABILIDAD Y LA INDEMNIZACIÓN CUANDO LOS RIESGOS Y PERJUICIOS DERIVAN DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 3 DEL CPACA, LEY 80 DE 1993 Y LEY 1474 DE 2011. 37	
1. Sobre la culpa exclusiva de la víctima como causal de exclusión de responsabilidad .	37
2. Falta de diligencia de la entidad en la supervisión, vigilancia y control del contrato....	38
D. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN NO. 223 DEL 27 DE AGOSTO DE 2020 POR FALSA MOTIVACIÓN. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 1501 DEL CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 871 DEL C. DE CO. ARTICULO 3 DEL CPACA, ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.....	45
1. De la falsa motivación de la administración	45
2. Inexistencia de procedimiento contractual para la inversión del anticipo y falsedad en la motivación de la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020	46
3. El Municipio de Armenia desconoció que se demostró la inexistencia de siniestro bajo la póliza emitida por Seguros del Estado	49
a. Elementos necesarios para la configuración del riesgo asegurado	49
b. El anticipo y su destinación en el contrato 031 de 2015.....	53
c. Inversión del anticipo en el caso concreto.....	57
4. Indebida valoración probatoria por parte de la Municipio de Armenia.....	58

5. Inobservancia del principio de legalidad y su presunción con la finalidad de declarar sin competencia la falsedad de las facturas.....	62
6. Desconocimiento de la realidad del contrato y el pacto de las partes.	65
7. Otras aseveraciones constitutivas de falsa motivación.....	67
E. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 366 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2020 POR VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE “NON REFORMATIO IN PEJUS” Y LA CONSIGUIENTE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.....	70
1. Normas Violadas.....	70
2. El principio de la “Non Reformatio in Pejus” y su aplicación en las actuaciones administrativas	70
3. La vulneración del principio de la Non Reformatio in Pejus implica una violación del derecho fundamental al debido proceso.	72
4. La vulneración del principio de la non reformatio in pejus implica que la decisión sea nula.....	73
5. Caso Concreto.....	74
6. Nulidad de la resolución por violación del principio de congruencia.....	77
F. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES QUE DERIVAN DEL CONTRATO DE SEGURO. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 1081 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO.	78
1. Conocimiento del supuesto incumplimiento contractual por parte del Municipio de Armenia a partir del 1 de noviembre de 2017 y por tanto la configuración de la prescripción desde el 1 de noviembre de 2019.....	79
2. Conocimiento del supuesto incumplimiento contractual por parte del Municipio de Armenia a partir del 12 de marzo de 2018 y por tanto la configuración de la prescripción desde el 12 de marzo de 2020.....	81
3. Conocimiento del supuesto incumplimiento contractual por parte del Municipio de Armenia a partir del 23 de marzo de 2018 y por tanto la configuración de la prescripción desde el 23 de marzo de 2020.....	81
4. Conocimiento del supuesto incumplimiento contractual por parte del Municipio de Armenia a partir de mayo de 2018 y por tanto la configuración de la prescripción desde el mayo de 2020.....	82
G. AUSENCIA DE COBERTURA E INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE SEGUROS DEL ESTADO POR NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULOS 1036 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO.	82
VI. COMPETENCIA Y CUANTÍA.....	86
VII. JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS	87
VIII. PRUEBAS	88

H.	DOCUMENTALES.....	88
I.	DICTAMEN PERICIAL	91
J.	PRUEBA TRASLADADA.....	91
IX.	ANEXOS	92
X.	NOTIFICACIONES	92

I. OPORTUNIDAD PARA INTERVENIR EN CALIDAD DE LITISCONSORTE CUASINECESARIO POR ACTIVA

Dispone el artículo 61 del Código General del Proceso respecto de litisconsorte necesario y su integración al proceso en la calidad que realmente le corresponde:

“ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término. Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas. Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos. Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”. (Subraya y negrillas nuestras).

Y por su parte el artículo 62 del mismo articulado procesal señala:

“ARTÍCULO 62. LITISCONSORTES CUASINECESARIOS. Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de esta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las pedidas por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención”.

Seguros del Estado S.A. en el caso de la referencia ostenta la calidad de litisconsorte necesario o cuasi-necesario por activa como se verá a continuación:

A. DE LA PÓLIZA EMITIDA POR SEGUROS DEL ESTADO Y SU RELACIÓN CON EL CONTRATO 031 DE 2015, Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS POR LA PARTE ACTIVA

La póliza de seguros No. 65-14-101128442¹ expedida por Seguros del Estado S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (en coaseguro), garantizó el Contrato de Obra No. 031 de 2015 en los siguientes términos:

“Garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. 2015-031 cuyo objeto es: Ajuste a Diseños y Construcción de las Vías Montecarlo Tramo II, Avenida de Occidente Tramo III, Vía del Yulima (Cra 19 – AV Occidente Tramo III, Vía la Colonia (Centro de Convenciones – Cr 19), Conexión Castellana – Coinca (Tramo Conexión Nogal Carrera 11 entre Calles 17N y 19N) y Avenida 19 Norte Tramo II (Carrera 14ª Av – Centenario), que hacen parte del plan de obras a financiar a través de la contribución de valorización, en el Municipio de Armenia, Departamento de Quindío”.

En dicha póliza figura: (i) como tomador, Unión Temporal Puentes Armenia; (ii) como asegurado, Municipio de Armenia; y (iii) como beneficiario, Municipio de Armenia. Esta póliza fue modificada en 6 oportunidades, y cuenta con una vigencia general del 23 de diciembre de 2015 hasta el 09 de julio de 2023, y vigencias y valor asegurado específico para cada amparo que se resumen así:

- (i) Cumplimiento del Contrato: Valor asegurado COP\$7,023,223,761.40
- (ii) Pago de Salarios, Prestaciones Sociales Legales e Indemnizaciones Laborales: Valor asegurado: COP\$3,511,611,880.70
- (iii) Estabilidad de la Obra: COP\$3,511,611,880.70
- (iv) Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo: COP\$24,136,718,341.

El día 29 de octubre de 2018, se instaló e inició el Proceso Administrativo Sancionatorio Contractual de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por el presunto incumplimiento del buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 031-2015.

Mediante Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020, suscrita por el Director del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia, señor Jimmy Alejandro Quintero Giraldo, la administración resolvió declarar el *“Incumplimiento constitutivo de Reclamación de Siniestro del Amparo de Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo”*, situación que implicó afectar la póliza emitida por mi representada y Mapfre.

El 27 de agosto de 2020, los convocados interpusieron recurso de reposición contra el acto administrativo antes reseñado, y el 5 de noviembre de 2020 mi representada sustentó el recurso de reposición.

Mediante Resolución 366 del 22 de diciembre de 2020 proferida por el Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia, *“Por medio de la cual se resuelven los recursos*

¹ Coaseguro en los siguientes términos: Seguros del Estado S.A. asumió el riesgo en proporción del 70% y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. lo asumió en el 30%.

de reposición en contra de la Resolución N° 223 del 27 de Agosto de 2020 y una petición especial 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”, la entidad resolvió confirmar la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020.

En el presente caso, la demanda presentada por la aseguradora Mapfre, tiene como propósito se declare la nulidad de las resoluciones antes reseñadas, tal y como se ejemplifica en el punto “II” referente a los Actos Administrativos Controvertidos y en los cuales se indica:

“a) Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020, proferida por el Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia mediante el cual se declaró el incumplimiento contractual relacionado con el manejo e inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 031 de 2015.

b) Resolución No. 366 del 22 de diciembre de 2020 proferida por el Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia mediante el cual se resolvieron los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 223 de 2020 y una petición especial sobre la declaratoria de incumplimiento”.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la declaratoria de los actos administrativos antes referidos tienen incidencia directa en los derechos de mi representada, comoquiera que emitió la póliza que garantizó el cumplimiento del contrato y que fue objeto de afectación por los actos referidos.

B. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DE SEGUROS DEL ESTADO Y LA POSIBILIDAD DE COMPARECER EN CALIDAD DE LITISCONSORTE NECESARIO O CUASINECESARIO POR ACTIVA EN UN PROCESO

La legitimación en la causa ha sido definida por la jurisprudencia constitucional como **“la calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”².**

Precisando el alcance de este concepto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

“La legitimación en la causa, es asunto propio del derecho sustancial, que no procesal, constituyendo uno de los presupuestos de la acción que guarda relación directa con la pretensión del demandante, y específicamente con una sentencia favorable a la misma. Esta es en el demandante, la calidad de titular del derecho subjetivo que invoca; y en el demandado, la calidad de obligado a ejecutar la obligación correlativa. (G.J. CXXXVI, p. 14)”.³ Resaltado fuera del texto.

Según la doctrina, “la legitimación solo existe cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, precisamente contra la persona frente a la cual la pretensión de que se trata tiene que ser ejercitada. De modo que la cualidad en virtud de la cual una pretensión puede y

² Corte Constitucional. Sentencia T-416 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia publicada en G.J. CXXXVI, p. 14. Citada por Tribunal Superior. Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil. 4 de diciembre de 2010. Rad. No.110013103028200300595 02

debe ser ejercitada contra una persona en nombre propio se llama legitimación para obrar, activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho y pasiva para aquel contra el cual esta se hace valer.”⁴ (Subrayado y negrilla propio)

De acuerdo con el artículo 62 del CGP, podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de esta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las pedidas por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.

Según el Consejo de Estado, esta figura “se caracteriza porque no es obligatoria la comparecencia del otro sujeto y aunque no participe o no haya sido citado, los efectos de la sentencia lo cobijan. Esta especie o modalidad de litis consorcio, (sic) es una configuración jurídica intermedia, (sic) entre el litis consorcio necesario y el facultativo. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos”.⁵

Frente a la relación jurídica existente entre un contratista y su garante en los contratos estatales, y la configuración de un litisconsorcio cuasinecesario, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado:

“La Sala ha tenido la oportunidad de referirse a la relación jurídica existente entre el contratista y la compañía aseguradora que expide la póliza que constituye la garantía única de su cumplimiento en un contrato estatal, cuando se pretende la nulidad del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro y la hace efectiva; y se ha concluido que no puede encuadrarse ni en el litisconsorcio facultativo ni en el necesario, en la medida en que el vínculo jurídico que hay entre ambos hace que en efecto la decisión que se tome en el sentido de sacar o no de la vida jurídica el acto administrativo tendrá el mismo efecto para ambos, pero ello no quiere decir que deban los dos concurrir al proceso para su validez, con lo que se estaría hablando de un litisconsorcio cuasinecesario. (...) Como puede verse, en un caso como el analizado, no era necesario citar al proceso al contratista, ya que la relación que comparte con la aseguradora se enmarca en un litisconsorcio cuasinecesario”⁶ (Subraya y negrilla nuestra)

En estudio de un caso similar al que nos ocupa, el Consejo de Estado determinó:

“Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son autores y destinatarios de los actos jurídicos cuestionados; sin embargo, precisa advertir que si bien el a quo reconoció tanto en el expediente 41436 como en el 50758, la calidad de litisconsortes necesarios en cabeza de la aseguradora Liberty Seguros S.A. respecto a la demanda propuesta por la sociedad Universidad Trading S.A. y de la sociedad aludida respecto a la demanda

⁴ Hernando Morales M, Curso de Derecho Procesal Civil-Parte General, sexta edición, Editorial ABC-Bogotá, página 141.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Rad. 29857.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 27 de marzo de 2014, M.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación número: 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857).

formulada por Liberty Seguros S.A., la Subsección ha considerado que en estos casos se trata de un litisconsorcio cuasinecesario, en tanto aseguradora como contratista pueden acudir de manera independiente a demandar el acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, no obstante la sentencia de nulidad extiende sus efectos jurídicos a todos los que resultaren afectados con la imposición de la sanción pecuniaria.⁷ (Subraya y negrilla nuestra)

De ahí que, es uniforme la jurisprudencia en aceptar que la relación jurídica existente entre las aseguradoras y el contratista asegurado es la de un litisconsorcio cuasinecesario, toda vez que, pese a que pueden concurrir de forma independiente, la decisión judicial afecta directamente a ambos.

Y respecto de la legitimación en la causa de las aseguradoras para instaurar la acción de controversias contractuales a efectos de enjuiciar la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la administración pública declare los siniestros amparados por sus pólizas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

“El acto que declaró la ocurrencia del siniestro tenía un destinatario que podría calificarse como principal, cual es la aseguradora que otorgó la garantía; y otro, también interesado en su cuestionamiento, o sea el contratista de la administración que celebró con aquella el contrato de seguro. Aseguradora y contratista que fueron debida y oportunamente notificados del acto que declaró la ocurrencia del siniestro.

Se hace la precisión precedente para afirmar que tanto la aseguradora como el contratista tenían interés en impugnar ese acto. La primera, para liberarse, con su nulidad, del pago de la garantía de estabilidad y buena calidad de la obra; y el contratista, porque la invalidación del acto lo liberaría de la acción que como subrogatario tendría la aseguradora contra él, una vez cubierto el valor de la suma asegurada, en los términos del art 1096 del c. de co.”⁸

En sentencia posterior, el Consejo de Estado reiteró su postura indicando:

“La Sala, fija su posición (...) en el sentido de afirmar que la aseguradora, dentro del caso en estudio, es titular de la acción de controversias contractuales, aun cuando no sea parte del contrato estatal, como quiera que tiene un interés directo en el acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual o postcontractual, el cual como ya se dijo, sólo es susceptible de ser enjuiciado a través de dicha acción toda vez que el artículo 77 de la ley 80 de 1993 establece la vía procedente para controvertirlo sin cualificar el sujeto activo de la misma.

Sostener lo contrario, esto es, que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la aseguradora no es parte del contrato estatal, supone desconocer de manera directa el postulado del artículo 77 de la ley 80 de 1993, antes

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. M.P. Ramiro Pazos. Rad. 41436.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 1997, expediente 9286, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

citado, y genera una contradicción lógica en tanto aplica frente a una misma situación jurídica dos consecuencias diferentes que se excluyen entre sí.

Esta posición, ha sido asumida recientemente por la Sala mediante auto de 3 de agosto de 2006, en el cual se desestimó definitivamente la posibilidad de que coexistan acciones diferentes, con sus respectivas caducidades, para controvertir los mismos actos administrativos, en el correspondiente evento, los precontractuales; entonces, dicha argumentación en relación con estos últimos, se hace igualmente extensiva para los actos de naturaleza contractual y postcontractual, en la medida que se garantiza el acceso a la administración de justicia bajo parámetros claros y definidos, sin que existan dicotomías al momento de interponer las acciones contencioso administrativas, dependiendo de la persona que ejercite las mismas.

Adicionalmente, dada la estructura, contenido, y alcance de la acción contractual, ésta permite que se formulen de manera conjunta o autónoma pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, situación que permite excluir la acción de nulidad y restablecimiento para el ejercicio de esas mismas pretensiones.⁹

Así las cosas, quien acredite tener un interés directo en la actividad contractual, post contractual o los actos administrativos derivados de dicha actividad, se encuentra legitimado para incoar la acción de controversias contractuales, con independencia de si es parte o no en el contrato suscrito con la entidad.

Por su parte, el artículo 224 del CPACA, en lo que respecta con la figura del litisconsorte, dispone que “Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de **pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir** que se la tenga como coadyuvancia o impugnadora, **litisconsorte o como interviniente as excludendum**”. Y además, “(...) **se requiere que la formulación de las pretensiones en demanda independiente hubiera dado lugar a la acumulación de procesos**”. (Subrayas y negrillas nuestras)

Y el artículo 62 del Código General del Proceso, el cual es aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA¹⁰, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 62. LITISCONSORTES CUASINECESARIOS. Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de esta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.

Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las pedidas por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención”. (Subraya y negrillas nuestras).

⁹ Consejo de Estado - Sección Tercera, auto del 18 de julio de 2007, expediente 33476, C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, consultar, entre otras, la sentencia proferida el 13 de abril de 2016 por la Sección Tercera – Subsección A, exp. N° 25000-23-26-000-1999-02026-01(33580). C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁰ Sabido es la Ley 1437 de 2011 no contiene regulación específica respecto del litisconsorcio cuasinecesario.

Así las cosas, resulta evidente que Seguros del Estado se encuentra facultado para intervenir en calidad de litisconsorte cuasinecesario y formular pretensiones o coadyuvar las ya existente “*si es su deseo, puede presentarse al proceso en el estado en que se encuentre, **siempre que no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia.***”¹¹(Subraya y negrilla nuestro)

II. OBJETO DE LA SOLICITUD

La presente solicitud tiene por objeto la vinculación de Seguros del Estado S.A. al proceso en su calidad de **LITISCONSORTE NECESARIO O CUASINECESARIO POR ACTIVA**, en tanto tiene una relación sustancial con las partes por cuanto fungió como garante del Contrato de Obra 031 de 2015 celebrado entre la Alcaldía de Armenia y la Unión Temporal Puentes Armenia, y quien se verá afectada directamente por la decisión judicial que se adopte en el presente caso.

Cabe señalar que si bien Mapfre resolvió en su demanda vincular a Seguros del Estado en su calidad de demandado, dicha calidad en la que fue vinculada mi representada es diametralmente opuesta a la solicitud de vinculación que aquí se presenta dado que:

- Seguros del Estado S.A. no tiene interés alguno en contradecir lo alegado por Mapfre;
- No tiene interés en presentar excepciones de fondo que desvirtúen lo alegado por Mapfre;
- Pretende coadyuvar y adherirse en calidad de demandante a las pretensiones y excepciones de Mapfre.

Por lo anterior, se solicita de manera comedida se acceda a la vinculación por activa en el proceso.

III. PRETENSIONES

Me adhiero y coadyuvo las pretensiones de la demanda presentadas por Mapfre, y adicionó las siguientes:

1. **QUE SE DECLARE LA NULIDAD** de los siguientes actos administrativos contra los cuales se agotó la correspondiente vía administrativa, por estar viciados de nulidad falsa motivación y transgresión al principio de buena fe por parte de la entidad como asegurada y beneficiaria de la póliza expedida por Seguros del Estado, y violación a las normas en que debe fundarse:
 - a. Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020, proferida por el Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia mediante el cual se declaró el incumplimiento contractual y se hizo efectivo el amparo de manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 031 de 2015, contenido en la Póliza de cumplimiento No. 65-44-101128442 expedida por **SEGUROS DEL ESTADO** como aseguradora líder con un 70% de participación

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera. M.P. Roberto Augusto Serrato. Rad. 13001233300020130007101.

y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. como coaseguradora, con un 30% de participación.

- b. Resolución No. 366 del 22 de diciembre de 2020 proferida por el Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia mediante el cual se resolvieron los recursos de reposición formulados en contra de la Resolución No. 223 de 2020 y una petición especial sobre la declaratoria de incumplimiento.
2. Como consecuencia de la solicitud precedente, **SE ORDENE A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** la restitución del valor total que las aseguradoras hayan efectuado por concepto de la declaratoria de siniestro conforme los actos administrativos indicados.
3. **QUE SE ORDENE** el pago indexado de la suma que hubiese sido pagada por las aseguradas mi representada por concepto de la declaratoria de siniestro conforme los actos administrativos indicados, a la fecha en la que quede en firme el fallo.
4. Que se condene al Municipio de Armenia a pagar por todos los perjuicios que se acrediten en el curso del proceso.
5. Que se condene en costas y agencias en derecho al Municipio de Armenia.

IV. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA LA DEMANDA PRESENTADA POR MAPFRE

La demanda contiene diversos hechos, por lo cual me pronuncio respecto de cada uno en los siguientes términos:

1. Es cierto.
2. Es cierto.
3. Es cierto pero complemento. En los pliegos de condiciones definitivos del Contrato de Consultoría No. 001 de 2016¹² que firmó el Municipio de Armenia con el interventor del Contrato de Obra No. 031 de 2015, concretamente en el punto 1.12. de los mismos, se estableció lo siguiente:

“La supervisión del contrato será ejercida por la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA a través de su representante o del funcionario que esta

¹² El objeto del contrato radicó en la “Interventoría técnica, administrativa, financiera, contable, ambiental y jurídica del contrato cuyo objeto es ajuste a diseños y construcción de las vías: vía Montecarlo tramo ii, avenida de occidente tramo iii, vía del Yulima (cra 19 - av. occidente tramo iii), vía la Colonia (centro de convenciones-cr 19), conexión castellana-Coinca (tramo conexión nogal carrera 11 entre calles 17n y 19n) y avenida 19 norte tramo ii (carrera 14 a av. centenario), que hacen parte del plan de obras a financiar a través de la contribución de valorización, en el Municipio de Armenia, Departamento de Quindío”.

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 negrillas nuestras).

En desarrollo de la obligación de supervisión, el pliego de condiciones definitivo del contrato antes referido, estableció en el numeral 16 del punto 9.16. -obligación que se transcribe en el contrato de consultoría-, previendo la necesidad de que el Municipio de Armenia ejerciera su función de vigilancia y control de los contratos, la siguiente obligación a cargo de la interventoría:

"16. Registrar con el contratista y/o el residente de la obra o representante de aquel en el sitio de ejecución del contrato, en la "Bitácora o Libro de Obras", las acciones realizadas en ella; los inventarios periódicos de materiales, equipo y personal; así como las actas de los comités técnicos de obra o administrativos que periódicamente deben realizarse y las observaciones o novedades que se hayan sucedido. Este libro formará parte integral de los documentos del contrato y de la Interventoría. Aquí también deberá reposar los conceptos técnicos de consultores externos a la obra o a la actividad contractual, que por algún motivo se invitaron a dar conceptos".

Como obligaciones específicas del Municipio de Armenia, 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 actividades derivadas de la ejecución de dicho contrato estarían supervisadas por el Municipio de Armenia, asignando al supervisor una serie de facultades 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.”

4. Es cierto.

5. Es cierto.

6. Es cierto

7. Es cierto pero complemento. El 2 de noviembre de 2016 se suscribió el “Contrato Modificadorio No. 1 Contrato de Obra Pública No. 031”, el cual se modificó y redujo el valor del contrato a la suma de setenta mil doscientos treinta y dos millones doscientos treinta y siete mil seiscientos catorce pesos (COP\$70.232.237.614).

En los considerandos del modificadorio, concretamente en su numeral séptimo, se plasmó:

“(…)

Se identifica que el proyecto al parecer tendría dos puentes uno de aproximadamente 130 m y el otro de 60m de los cuales solo se cuenta con el diseño estructural del puente 60m. Se realiza visita de reconocimiento al lugar y se encuentra un relleno sanitario clausurado que debería cruzar por el proyecto y no se encontraba identificado en ninguno de los planos Fase II, por lo que se realizó consulta a las entidades competente para tener información de este antes de entrar a realizar ensayos de campo por parte del Contratista. Se evidenció que no existían documentos para verificar la estructura del relleno por lo que el día 29 de junio de 2016 el Contratista realizó visita con funcionarios de la Empresa EPA que trabajaron en la clausura del relleno y los cuales suministraron información verbal más no física al Contratista que ellos tenían en el Sistema”

(…)

En el momento de escoger la alternativa N°5 se procedió a dar inicio a las exploraciones de campo para las estructuras que se requieren y ajustar planos del diseño vial. 5. Se realizan dos exploraciones de campo manuales en el sector del relleno sanitario en las cuales se encuentra que la altura del relleno en el punto donde debe cruzar el proyecto es de 9m, con esta información se comenzó a buscar alternativas para instalar la estructura de la vía sobre el relleno. 6. Se realiza la entrega del diseño vial ajustado para revisión de esta interventoría y simultáneamente el Contratista continúa en las exploraciones de campo (Mecánicas) para plantear alternativas de como cruzar la vía por encima del relleno con el fin de minimizar costos con la construcción de un puente adicional”. (Subraya y negrilla nuestras).

8. Es cierto pero complemento. Mediante oficio CIQ-01-2016-224 del 06 de marzo de 2017 dirigido al contratista con copia a la entidad contratante, la Interventoría solicita al contratista la documentación sobre el cierre de la fiducia. Dicha solicitud es reiterada el 18 de abril y el 14 de junio de 2017.

9. Es cierto pero complemento. La póliza de seguros No. 65-14-101128442¹³ expedida por Seguros del Estado S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (en coaseguro), garantizó el Contrato de Obra No. 031 de 2015 en los siguientes términos:

“Garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. 2015-031 cuyo objeto es: Ajuste a Diseños y Construcción de las Vías Montecarlo Tramo II, Avenida de Occidente Tramo III, Vía del Yulima (Cra 19 – AV Occidente Tramo III, Vía la Colonia (Centro de Convenciones – Cr 19), Conexión Castellana – Coinca (Tramo Conexión Nogal Carrera 11 entre Calles 17N y 19N) y Avenida 19 Norte Tramo II (Carrera 14ª Av – Centenario), que hacen parte del plan de obras a financiar a través de la contribución de valorización, en el Municipio de Armenia, Departamento de Quindío”.

En dicha póliza figura: (i) como tomador, Unión Temporal Puentes Armenia; (ii) como asegurado, Municipio de Armenia; y (iii) como beneficiario, Municipio de Armenia. Esta póliza fue modificada en 6 oportunidades, y cuenta con una vigencia general del 23 de diciembre de 2015 hasta el 09 de julio de 2023, y vigencias y valor asegurado específico para cada amparo que se resumen así:

- (i) Cumplimiento del Contrato: Valor asegurado COP\$7,023,223,761.40
- (ii) Pago de Salarios, Prestaciones Sociales Legales e Indemnizaciones Laborales: Valor asegurado: COP\$3,511,611,880.70
- (iii) Estabilidad de la Obra: COP\$3,511,611,880.70
- (iv) Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo: COP\$24,136,718,341.

10. Es cierto.

11. Es cierto pero complemento. El 22 de junio de 2017 se suscribió el “Contrato Modificador No. 003 de 2017 al Contrato de Obra N° 031 de 2.015”, el cual se modificó y redujo el valor del contrato a la suma de cincuenta y cinco mil millones de pesos (COP\$55.000.000.000.oo). Al respecto quedó consignado:

¹³ Coaseguro en los siguientes términos: Seguros del Estado S.A. asumió el riesgo en proporción del 70% y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. lo asumió en el 30%.

III. ESTIPULACIONES CONTRACTUALES

25) De acuerdo a los anteriores antecedentes de la actividad contractual y fundamentos legales, y atendiendo la voluntad de las partes, se realiza el presente contrato modificatorio No. 003 de 2.017 al contrato de obra 031 de 2.015, la cual se registró por las siguientes Cláusulas: **CLÁUSULA PRIMERA:** Teniendo en cuenta que el objeto como prestacional principal del contrato de obra 031 de 2.015, lo constituye la construcción del **PLAN DE OBRAS A FINANCIAR A TRAVÉS DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN, EN EL MUNICIPIO DE ARMENIA, DEPARTAMENTO DE QUINDÍO**, y que frente a su alcance físico se suprimen dos (02) frentes de obra, se modifica la **CLÁUSULA PRIMERA**, la cual, quedará así: **"PRIMERA: OBJETO:** El objeto del presente contrato es el **"AJUSTE A DISEÑOS: VÍA MONTECARLO TRAMO II, AVENIDA DE OCCIDENTE TRAMO III, VÍA DEL YULIMA (CRA 19 - AV. OCCIDENTE TRAMO III), VIA LA COLONIA (CENTRO DE CONVENCIONES-CR 19), CONEXIÓN CASTELLANA- COINCA (TRAMO CONEXIÓN NOGAL CARRERA 11 ENTRE CALLES 17N Y 19N) y AVENIDA 19 NORTE TRAMO II (CARRERA 14 A AV. CENTENARIO), INCLUYENDO LA ENTREGA DE LOS PERMISOS AMBIENTALES, Y CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS: VÍA MONTECARLO TRAMO II, VIA LA COLONIA (CENTRO DE CONVENCIONES-CR 19), y AVENIDA 19 NORTE TRAMO II (CARRERA 14 A AV. CENTENARIO), QUE HACEN PARTE DEL PLAN DE OBRAS A FINANCIAR A TRAVÉS DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN, EN EL MUNICIPIO DE ARMENIA, DEPARTAMENTO DE QUINDÍO"**, de acuerdo a los requisitos y especificaciones de los estudios previos, anexos, pliego de condiciones definitivo, así como de la propuesta presentada por el contratista y adendas, documentos estos que hacen parte integral del presente contrato y a los que se obliga **EL CONTRATISTA** a dar

cumplimiento íntegro; **PARÁGRAFO PRIMERO:** Las obras objeto del presente contrato serán realizadas en la **Avenida Montecarlo Tramo II - Comuna 1 - Centenario**, comenzando desde la glorieta Malibú en la vía que conduce al Aeropuerto y finalizando en la glorieta del Barrio Génesis; **Vía La Colonia - Comuna 10**, en un tramo comprendido entre la Avenida 19 de Enero (Carrera 19) y Avenida Bolívar (carrera 14), tiene su punto de inicio en el Parque Los Aborígenes a la altura de la calle 26N y culminación en el acceso a las Urbanizaciones San Simón y Terranova; y **Avenida 19 Norte Tramo II - Sector norte de la ciudad de Armenia**, en la comuna 10, tiene su inicio en el sector del centro comercial Portal del Quindío y culmina en la Avenida Centenario frente al Condominio Los Ángeles". **CLÁUSULA SEGUNDA:** Teniendo en cuenta que en el **PLAN DE OBRAS A FINANCIAR A TRAVÉS DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN, EN EL MUNICIPIO DE ARMENIA, DEPARTAMENTO DE QUINDÍO**, contenido en el contrato de obra 031 de 2.015, se suprimen dos (02) frentes de obra, de igual forma, se disminuye el presupuesto de obra, por lo cual, se modifica la **CLÁUSULA SEGUNDA**, la cual, quedará así: **"SEGUNDA: VALOR.** Para efectos fiscales el valor total del presente contrato asciende a la suma de **CINCUENTA Y CINCO MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$55.000.000.000.00)**, de conformidad con la modificación de la propuesta económica y el contrato estatal. **EL CONTRATISTA** asumirá el pago de los tributos locales, departamentales y nacionales correspondientes en la oportunidad debida, de acuerdo a las normas aplicables y lo estipulado en el pliego de condiciones. de conformidad con la propuesta económica presentada y sus

12. Es cierto.

13. Es cierto pero complemento. El 08 de marzo de 2018 se suscribió el "Contrato Modificatorio No. 004 de 2018 al Contrato de Obra N° 031 de 2.015", cuyo propósito consistió en modificar el objeto, valor y el plazo del contrato, entre otros elementos. Respecto del objeto y el valor se indicó:

"CLÁUSULA PRIMERA: Teniendo en cuenta que el objeto del contrato de obra 031 de 2.015 lo constituye la ejecución de prestaciones mixtas (ajuste a diseños y obra pública) se adiciona la **CLÁUSULA PRIMERA** incorporando el oficio SI-POI-0795, el cual contiene la aprobación a ajuste a diseños Fase III y el presupuesto de obra, por lo cual queda de la siguiente manera: **PRIMERA: OBJETO:** el objeto del presente contrato es el **"AJUSTE A DISEÑOS: VÍA MONTECARLO TRAMO II, AVENIDA DE OCCIDENTE TRAMO III, VÍA DE YULIMA 8CRA 19 - AV OCCIDENTE TRAMO III), VÍA**

LA COLONIA (CENTRO DE CONVENCIONES-CR19), CONEXIÓN CASTELLANA-COINA (TRAMO CONEXIÓN NOGAL CARRERA 11 ENTRE CALLES 17N Y 19N) y AVENIDA 19 NORTE TRAMO II (CARRERA 14ª AV. CENTENARIO), QUE HACEN PARTE DEL PLAN DE OBRAS A FINANCIAR A TRAVÉS DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN, EN EL MUNICIPIO DE ARMENIA, DEPARTAMENTO DE QUINDÍO, de acuerdo a los requisitos y especificaciones de los estudios previos, anexos, pliego de condiciones definitivo, así como de la propuesta presentada por el contratista y adendas, oficio SI-POI-0795, documentos estos que hacen parte integral del presente contrato y a los que se obliga **EL CONTRATISTA** a dar cumplimiento íntegro: **PARÁGRAFO PRIMERO:** Las obras objeto del presente contrato serán realizadas en la **Avenida Montecarlo Tramo II -Comuna 1- Centenario**, comenzando desde la glorieta Malibú en la vía que conduce al Aeropuerto y finalizando en la glorieta del Barrio Génesis; **Vía la Colonia- Comuna 10** en un tramo comprendido entre la Avenida 19 de Enero (Carrera 19) y Avenida Bolívar (carrera 14) tiene su punto de inicio en el Parque Los Aborígenes a la altura de la calle 26N y culminación en el acceso a las Urbanizaciones San Simón y Terranova y **Avenida 19 Norte Tramo II – Sector norte de la ciudad de Armenia, en la comuna 10**, tiene su inicio en el sector del centro comercial Portal del Quindío y culmina en la Avenida Centenario frente al Condominio Los Ángeles”. **CLÁUSULA SEGUNDA:** Teniendo en cuenta que el contrato de obra 031 de 2.015 constituye la ejecución de prestaciones mixtas (ajuste a diseños y obra pública), en virtud del oficio SI-POI-0795, se modifica la **CLÁUSULA SEGUNDA** en relación con el presupuesto de obra, por lo cual, queda la siguiente manera: **“SEGUNDA: VALOR.** Para efectos fiscales el valor total del presente contrato asciende a la suma de **CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y UN MIL SETECIENTOS DOS PESOS M/CTE (\$54.999.991.702.00)**, de conformidad con la modificación de la propuesta económica el oficio SI-POI-0795 y el contrato estatal **EL CONTRATISTA** asumirá el pago de los tributos locales departamentales y nacionales correspondientes en la oportunidad debida de acuerdo a las normas aplicables y lo estipulado en el pliego de condiciones de conformidad con la propuesta económica presentada y sus valores unitarios. (...) **CLÁUSULA TERCERA:** Modificar la **CLÁUSULA DÉCIMA** prorrogando el plazo de ejecución contractual en **OCHO (08) MESES Y VEINTIDOS (22) DÍAS MÁS**, para un total de **TREINTA Y DOS (32) MESES y VEINTIDOS (22) DÍAS** y modificando la expresión “supervisor” por “interventor” por lo cual queda de la siguiente manera: **“(…) DÉCIMA: PLAZO DE EJECUCIÓN.** El plazo de ejecución del presente contrato será de **TREINTA Y DOS (32) MESES Y VEINTIDOS (22) DÍAS**. Contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio del contrato, previa legalización del mismo, término dentro del cual el Contratista deberá ejecutar a entera satisfacción del contratante el objeto del contrato; **PARÁGRAFO ÚNICO:** En el evento que se presenten circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que impidan la **EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA**, las partes podrán solicitar la autorización para suspender la ejecución del contrato circunstancia que deberá quedar consignada en un acta en la cual se enunciaran las razones de la suspensión y el término de la misma y la fecha de reiniciación, previo concepto favorable del interventor del contrato y aprobación del representante legal del **MUNICIPIO DE ARMENIA** o a quien este delegue”.

14. Es cierto pero complemento. De conformidad con la página 17 de la citación para la audiencia de presunto incumplimiento que devino en los actos administrativos que son

objeto de la presente litis, 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.

15. Es cierto.

16. Es cierto.

17. Es cierto

18. Es cierto pero complemento. El 09 de abril de 2018, se suscribió el “**ACTA DE SUSPENSIÓN N° 04 AL CONTRATO DE OBRA N° 031 de 2.015**”, el cual determinó la suspensión del contrato por el término de 30 días calendario adicionales, conforme quedó consignado:

“CLAUSULA PRIMERO: SUSPENDER DE MANERA TOTAL Y TEMPORAL como medida excepcional, la ejecución del Contrato de Obra N° 031 de 2015, por el término de hasta DOS (02) MESES, para llevar a cabo por parte de la entidad contratante, la actuación administrativa con la finalidad de contratar un nuevo interventor en los términos de la Ley 80 de 1993, y Ley 1150 de 2007, por las razones expuestas de Interés público”.

19. Es cierto.

20. Es cierto.

21. Es cierto.

22. Es cierto.

23. Es cierto.

24. Es cierto.

25. Es cierto pero complemento. A su vez Seguros del Estado presentó recurso de reposición.

26. Es cierto.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

- A. INEFICACIA O NULIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO POR DECLARACIONES RETICENTES SOBRE EL ESTADO DEL RIESGO Y LA MALA FE DESPLEGADA POR EL MUNICIPIO DE ARMENIA. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 1501 DEL CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULOS 871, 1039, 1058 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO

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.¹⁴

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.

1. Declaraciones reticentes relativas a los estudios de estudios previos

El objeto del Contrato de Obra No. 031 de 2015 radicó, por parte del contratista, en realizar **“AJUSTE A DISEÑOS Y CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS: VÍA MONTECARLO TRAMO II, AVENIDA DE OCCIDENTE TRAMO III, VÍA DEL YULIMA (CRA 19 - AV. OCCIDENTE TRAMO III), VIA LA COLONIA (CENTRO DE CONVENCIONES-CR 19), CONEXIÓN CASTELLANA- COINCA (TRAMO CONEXIÓN NOGAL CARRERA 11 ENTRE CALLES 17N Y 19N) y AVENIDA 19 NORTE TRAMO II (CARRERA 14 A AV. CENTENARIO), QUE HACEN PARTE DEL PLAN DE OBRAS A FINANCIAR A TRAVÉS DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN, EN EL MUNICIPIO DE ARMENIA, DEPARTAMENTO DE QUINDÍO”**.

Ello, comoquiera que en virtud del Contrato Interadministrativo No. 013 del 8 de mayo de 2015, la Empresa de Desarrollo Urbano de Armenia (EDUA) había celebrado con la sociedad Opción

¹⁴ **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.

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.

Diseño y Construcción S.A.S. el Contrato de Consultoría No. 008 de 2018 cuyo propósito fue la **“ESTRUCTURACIÓN TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, OPERATIVA, LEGAL Y FINANCIERA EN FASE DE FACTIBILIDAD DE LOS PROYECTOS VÍA MONTECARLO TRAMO II, AVENIDA DE OCCIDENTE TRAMO III, VÍA DEL YULIMA (CRA 19 - AV. OCCIDENTE TRAMO III), VÍA LA COLONIA (CENTRO DE CONVENCIONES - CRA 19), CONEXIÓN CASTELLANA - COINCA (TRAMO CONEXIÓN NOGAL CARRERA 11 ENTRE CALLES 17N Y 19N), AVENIDA 19 NORTE TRAMOII (CARRERA 14 A AV. CENTENARIO) Y CONEXIÓN CARRERA 15, TRAMOS I Y II (NUEVA CECILIA - AVENIDA LAS PALMAS), QUE HACEN PARTE DEL PLAN DE OBRAS A FINANCIAR A TRAVÉS DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN, AUTORIZADO MEDIANTE ACUERDO NO. 020 DEL 23 DE OCTUBRE DE 2014”**.

No obstante, el Municipio de Armenia, contrario a su actuar -reflejado en los negocios jurídicos precedentes-, sostuvo en la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020, por medio de la cual se resolvió la declaratoria de incumplimiento por ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo del Contrato de Obra No. 031 de 2015, lo siguiente¹⁵:

Por tanto, es importante precisar, que desde el momento de perfeccionarse el contrato de obra pública 031 de 2015, no se carecía de estudios y diseños como afirma erradamente el apoderado del garante, por el contrario, se tenían los mismos, no obstante, se tenían en nivel de factibilidad o fase 2, quedando como obligación contractual para el contratista conforme al pliego de condiciones definitivo, la propuesta y el contrato de obra, realizar la consultoría a nivel de detalle fase 3. Aspecto que incluso, expresamente y de manera literal se encuentra descrito en la cláusula del objeto contractual como obligación principal, la cual, constituye requisito de validez y elemento esencial del negocio jurídico.

Por otro lado, afirma el apoderado del garante, en términos generales, que la carga de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo correspondía al asegurado Municipio de Armenia – *manifiesta el garante* - porque solo el Municipio estaba en capacidad de cumplirlo, lo cual, según el apoderado, se realizó, en el pliego de condiciones de manera reticente.

En este sentido, se recuerda, que el contratista es un colaborador de la administración que cumple una función social, precisamente por su experiencia, capacidad e idoneidad, comprobada en los requisitos subjetivos o habilitantes contenidos en la propuesta.

Es decir, pretendió trasladarle su obligación de realizar los estudios diseños de la Fase III al contratista (para lo cual se había celebrado el Contrato Interadministrativo No. 013 del 8 de mayo de 2015), sin contar con sustento jurídico comoquiera que ni el pliego de condiciones definitivo ni el contrato se estableció dicha obligación.

Cabe mencionar que el derecho nacional exige a los contratantes ser coherentes con sus propias actuaciones, asumir las consecuencias que de ellas se deriven y proteger la confianza suscitada en las demás personas, en virtud de la conducta adoptada. Esto se ha denominado “doctrina de los actos propios”.

Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de noviembre de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. REF. 73001-31-03-005-2006-00041-01, manifestó:

“Con fundamento en el comentado principio, se ha estructurado la “doctrina de los actos propios” –venire contra factum proprium non valet-, conforme a la cual, en líneas generales, con fundamento en la buena fe objetiva existe para las personas el deber de actuar de manera coherente, razón por la cual ellas no pueden contradecir sin

¹⁵ Página 327 de la resolución en comentario.

justificación sus conductas anteriores relevantes y eficaces, específicamente si con tales comportamiento se generó una expectativa legítima en los otros sobre el mantenimiento o la continuidad de la situación inicial". (negrilla y subraya nuestra)

Sobre el mismo punto la Corte Constitucional en Sentencia C- 478 de 1.998, reiterada por la Sentencia C- 836 de 2.001, dijo:

*"[...] el principio constitucional de buena fe, que se manifiesta en la protección de la confianza legítima, garantiza a las personas que ni el Estado ni los particulares van a sorprenderlas con actuaciones que analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas resulten contradictorias. **En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación** [...] según la máxima latina Venire contra factum proprium non valet". (Negrilla y subraya nuestra)*

De lo citado se puede extraer como conclusión que un contratante no puede asumir conductas que nieguen o vayan en contra de los propios hechos anteriores, pues ello atentaría contra los principios de la buena fe, lealtad y confianza que rige las actuaciones administrativas. En palabras de la Corte Constitucional consignadas en la sentencia C-207/19:

*"Esta Corte, en su sentencia C-1194 de 2008, sostuvo que la buena fe es un principio expresamente establecido por la Carta Política en su artículo 83 y conforme a este; las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas y adicionalmente es un principio que irradia a todo el ordenamiento jurídico, incluyendo las materias civil, administrativa y penal. **En efecto, para la jurisprudencia de esta Corporación la buena fe es uno de los principios que afectan a todas las áreas del derecho público y privado, y tiene la facultad de generar órbitas de protección frente a los efectos de quienes actúan de acuerdo a sus postulados. Se trata de un verdadero postulado constitucional que irradia las relaciones jurídicas entre particulares, a tal punto que por ello la ley parte de la presunción de su existencia en las relaciones que entre ellos se desarrollen.** El principio de buena fe tiene en consecuencia una función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado. En materia civil, la Corte Constitucional ha explicado que la buena fe tiene una doble connotación, lo que permite establecer las diferencias entre la buena fe simple y cualificada: **...En relación con la aplicación del principio de la buena fe en el régimen de contratación pública, la Corte Constitucional en sentencia T-209 de 2006 reiteró su carácter como pilar fundante de la validez de los actos y su significado como el compromiso de la lealtad y fidelidad en el comportamiento mutuo entre las partes....Por lo tanto, para la Corte Constitucional en la contratación estatal el principio de buena fe constituye el valor ético y social a través del cual se sostiene la confianza y obliga a las partes a actuar con lealtad y honestidad en todas las etapas de su relación contractual.** Este principio comporta, lato sensu, el deber para las partes de actuar de tal forma que se procure mantener la equivalencia económica del contrato y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes. Finalmente, uno de los efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, es la aplicación de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación*

de pagar perjuicios. El principio de buena fe y la regla según la cual "No se escucha a quien alega su propia falta". Una de las manifestaciones del principio constitucional de buena fe es la prohibición del abuso de los derechos propios y en particular la regla por la cual, no se puede sacar provecho de la propia falta....En conclusión, este principio exige impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que, en protección del principio de buena fe y la confianza legítima, la persona está, prima facie, en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar culposo¹⁶. (Subraya y negrilla nuestras).

En el presente caso, es evidente que lo manifestado por la administración contraría completamente la doctrina, pues, por una parte, sostiene que era obligación del contratista realizar los diseños cuando ni en los pliegos definitivos ni en el contrato se consignó dicha obligación y, de otra, 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.

No sobra recordar que, los antecedentes contractuales del Contrato de Obra No. 031 de 2015, esto es, (i) el Contrato Interadministrativo No. 022 de 2013¹⁷; (ii) el Contrato Interadministrativo No. 013 de 2015¹⁸; y (iii) el Contrato de Consultoría No. 008 de 2018; sirvieron como base de la aseguradora para determinar y evaluar el riesgo a asumir, por lo cual, la afirmación de la administración consignada en la resolución sancionatoria precitada y su actuar a lo largo del contrato, es completamente contrario y la realidad y a la información que se le suministró a mi representada.

La Contraloría General de la República también evidenció la transgresión al principio de planeación y sus principios conexos, lo cual denota la clara reticencia de la entidad respecto de la realidad del Contrato 031 de 2015 que fue garantizado por la póliza emitida por mi representada, a saber:

En el "INFORME PRELIMINAR DE AUDITORÍA ESPECIAL, Versión: 7 Fecha de Elaboración: 23-01-2014 Fecha de Revisión: 07-11-2017, "INFORME PRELIMINAR DE AUDITORÍA MODALIDAD ESPECIAL DEL PROYECTO DE OBRAS FINANCIADAS A TRAVES DE LA CONTRIBUCION DE VALORIZACION"¹⁹, sostuvo:

Página 144 del informe:

¹⁶ Sentencia C-207 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Providencia en Igual Sentido Corte Constitucional. Sentencias C1194 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Exp. D7379; C1002 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Exp. D6830; T209 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, (N.de E. se corrige el nombre del ponente: Jaime Córdoba Triviño), Exp. T1220297; T209 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, [N.de E. se corrige el nombre del ponente: Jaime Córdoba Triviño], Exp. T1220297

¹⁷ Objeto: "acompañamiento institucional en la estructuración técnica, administrativa, operativa, financiera y legal del plan de obras a financiar a través de la contribución de valorización"

¹⁸ "La estructuración técnica, administrativa, operativa, legal y financiera en fase de factibilidad de los proyectos: vía Montecarlo tramo ii, avenida de occidente tramo iii, vía del Yulima (cra 19 - av. occidente tramo iii), vía la colonia (centro de convenciones - cr19), conexión castellana- Coinca (tramo conexión nogal carrera 11 entre calles 17n y 19n), avenida 19 norte, tramo ii (carrera 14 a av. centenario) y conexión carrera 15, tramos i y ii (Nueva Cecilia - avenida las palmas), que hacen parte del plan de obras a financiar a través de la contribución de valorización (...)"

¹⁹ Carpeta 51.3 del expediente digital.

“Dentro de las obligaciones del contrato una de la más importantes era que, con los estudios y diseños realizados se construyera el pliego de condiciones, y con este pliego de condiciones se apertura proceso licitatorio No DAJ-LP-010 de 2015 y finalmente adjudicación del contrato de obra No 031 de 2015.

Como un hecho gravísimo se dio que, el Municipio permitió licitar y adjudicar un contrato que no cumplía las condiciones mínimas, faltando a lo establecido en el marco jurídico de la contratación estatal y especial a los principios tales como: Planeación, Eficacia, Eficiencia, Economía, selección objetiva etc. Además de lo establecido en el artículo 87 de la ley 1474 de 2011.

Dentro del contrato de obra No. 031 de 2015 se incluyó la construcción de 6 tramos que son los siguientes: Vía Montecarlo tramo II, Avenida de occidente tramo III, Vía la colonia, Conexión castellana-Coinca, Avenida 19N tramo II, Vía del Yulima. Quedando por fuera de segundo paquete de obra el tramo denominado Conexión carrera 15 tramo I y II (nueva Cecilia-avenida las palmas), el cual se dejó para abrir un paquete de licitación nueva en el año 2018, cuando el municipio cumpliera con los plazos proyectados de la contribución.

Posteriormente se suprimió el tramo Conexión carrera 15, tramo I y II (nueva Cecilia-avenida las palmas), debido al bajo recaudo que había tenía la contribución dejándolo para el paquete de las dos obras suprimidas inicialmente de cada uno de los contratos”.

Página 146 del informe:

“A su vez el Municipio a través de la Secretaría de Infraestructura, con conocimiento pleno de la planta operativa que tenía en el momento la EDUA permitió que la EDUA tercerizara el contrato interadministrativo No 013 de 2015 firmando un contrato de consultoría 008 cuyo objeto es “estructuración técnica, administrativa, operativa, financiera y legal en fase de factibilidad de los proyectos a financiar a través de la contribución de valorización”, con un tiempo de ejecución inicial de 5 meses y 15 días, el cual tuvo una adición de tiempo, por 3 meses, por un valor de \$1.203.901.702 entre la EDUA y OPCION, DISEÑO Y CONSTRUCCION LTDA, (nótese que es exactamente el mismo objeto el contrato interadministrativo No 013 de 2015).

En lo relacionado con la estructuración técnica se evidencia La no entrega de los productos en coordenadas EPA generó en el contrato de obra No. 031, retrasos y perjuicios. El sub contratista elegido por la EDUA para la firma del contrato 008 de 2015 debía cumplir con un personal idóneo el cual, fue presentado en la propuesta y, era obligación para este sub contratista cumplir con este personal, no se evidencio documento alguno por medio del cual se apruebe a la EDUA cambiar de personal pero, esta auditoria pudo establecer a través de, entrevistas a los profesionales supuestamente contratados, pudiendo constatar que, la mayoría no conocían a Armenia ni mucho menos habían ejecutaron los estudios y diseños mencionados”.

Página 149 del informe:

“Se deja entrever que el Municipio cuando recibo los entregables o producto del contrato interadministrativo tenía conocimientos que dichos productos no cumplían a cabalidad la

norma vigente de tal forma que sirvieran como base fundamental para el desarrollo de las obras a tal punto que sintió la necesidad y así lo hizo incluir un ítem de revisión y ajustes a diseños que superan en una más del 50% el valor de este mismo contrato.

Por otro lado se estipularon cantidades que carecen de credibilidad en el pliego de condiciones con documentos que no tenían ningún soporte legal y, en la ejecución del contrato se evidencia que las cantidades de obra contratadas distan gravemente de las ejecutadas.

Estas inconsistencias generaron sobrecostos en el contrato de obra 031 de 2015 en obras, no previstas que podían ser predecibles si, se contaba con un buen estudio de factibilidad”.

Así las cosas, 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 por parte de la Procuraduría General de la Nación y también por mí representada, la cual fue de cierta manera coadyuvada por el Municipio en su contestación, 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.

2. Declaraciones reticentes relativas a las presuntas irregularidades en el manejo e inversión del anticipo y mala fe del Municipio de Armenia en su actuar

En virtud del mencionado deber de diligencia de las partes, 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.

En efecto, para 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.

Aunado a ello, como se verá en el acápite de prescripción, 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.

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 ingeniera:

“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”.

Lo anterior demuestra que 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”²⁰, lo cual entraña la nulidad del seguro de cumplimiento por reticencia.

B. VIOLACIÓN DEL POSTULADO DE LA BUENA FE E INASEGURABILIDAD DEL DOLO Y CULPA GRAVE. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 3 DEL CPACA, ARTÍCULO 1063 DEL CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 871, 1041, 1055, 1058, 1060 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO, ARTÍCULO 83 DE LA LEY 1474 DE 2011, ENTRE OTRAS.

Como ha dicho la Corte Constitucional²¹, 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.

²⁰ 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.

²¹ Sentencia T-537 de 2009.

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.

Es evidente el dolo o la culpa grave en la que incurrió la Alcaldía de Armenia al inobservar y transgredir sus obligaciones como supervisor del contrato como se observa a continuación:

1. De la obligación de supervisión, control y vigilancia del Municipio de Armenia

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 (...)”

Los pliegos de condiciones definitivos del Contrato de Consultoría No. 001 de 2016²² 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 negrillas nuestras).

En desarrollo de la obligación de supervisión, el pliego de condiciones definitivo estableció en el numeral 16 del punto 9.16. -obligación que se transcribe en el contrato de consultoría-, previendo

²² El objeto del contrato radicó en la “Interventoría técnica, administrativa, financiera, contable, ambiental y jurídica del contrato cuyo objeto es ajuste a diseños y construcción de las vías: vía Montecarlo tramo ii, avenida de occidente tramo iii, vía del Yulima (cra 19 - av. occidente tramo iii), vía la Colonia (centro de convenciones-cr 19), conexión castellana- Coinca (tramo conexión nogal carrera 11 entre calles 17n y 19n) y avenida 19 norte tramo ii (carrera 14 a av. centenario), que hacen parte del plan de obras a financiar a través de la contribución de valorización, en el Municipio de Armenia, Departamento de Quindío”.

la necesidad de que el Municipio de Armenia ejerciera su función de vigilancia y control de los contratos, la siguiente obligación a cargo de la interventoría:

“16. Registrar con el contratista y/o el residente de la obra o representante de aquel en el sitio de ejecución del contrato, en la "Bitácora o Libro de Obras", las acciones realizadas en ella; los inventarios periódicos de materiales, equipo y personal; así como las actas de los comités técnicos de obra o administrativos que periódicamente deben realizarse y las observaciones o novedades que se hayan sucedido. Este libro formará parte integral de los documentos del contrato y de la Interventoría. Aquí también deberá reposar los conceptos técnicos de consultores externos a la obra o a la actividad contractual, que por algún motivo se invitaron a dar conceptos”.

Como obligaciones específicas del Municipio de Armenia, 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 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.”***

Por su parte, 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 (...).”***

Y aunado a todas las estipulaciones contractuales precitadas, el Municipio de Armenia cuenta con un manual de contratación -Decreto 1082 de 2016- en el cual se establecen, entre otras, las funciones y atribuciones generales del Supervisor del contrato. El numeral 7.1.6 de dicho manual dictamina como atribuciones particulares del supervisor la de ejercer el control respecto de los aspectos: (i) administrativos; (ii) técnicos; (iii) financieros; y (iv) jurídicos; y se destacan las siguientes:

“ (...)

3.Llevar y mantener actualizado el archivo documental del respectivo contrato, en el cual deberán constar todos los documentos y correspondencia producida durante la vigencia del contrato.

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.”

Se desprende de todo lo anterior que el Supervisor del contrato tenía a su cargo el deber de ejercer control y vigilancia de los contratos de interventoría y de obra y realizar el seguimiento al cumplimiento del objeto contractual. Para ello, contaba con la facultad de exigir a la interventoría la elaboración de informes, o incluso solicitar documentos e información directamente al contratista de obra, impartir instrucciones al interventor e informar sobre cualquier anomalía o irregularidad presentada. Ahora bien, descendiendo de lo comentado, resulta evidente que al Municipio de Armenia le faltó diligencia en la vigilancia del contrato de interventoría y de obra, especialmente en lo relativo al manejo del anticipo.

2. De la flagrante transgresión a las obligaciones supervisión, control y vigilancia por parte del Municipio de Armenia

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 2020²³, 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...”²⁴. 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

²³ “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”

²⁴ Pág. 284 de la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020.

cuenta las amplias facultades con la que contaba la Supervisión del contrato y los deberes de control y vigilancia a su cargo.

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”*²⁵. 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

²⁵ Pág. 290 de la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020.

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 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 871²⁶ 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

²⁶ **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.

de juicio apropiados para tomar la decisión sobre el negocio”²⁷, lo cual entraña la nulidad del seguro de cumplimiento por reticencia.

3. De la flagrante contravención de las normas que regulan el contrato de seguro y la jurisprudencia en materia de reticencia y buena fe

Resulta pertinente poner de presente la sentencia del 25 de enero de 2017 (SC4659-2017)²⁸, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y cuyo M.P. fue Aroldo Wilsón 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 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 negocial 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»”

²⁷ 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.

²⁸ Radicación n° 11001-31-03-023-1996-02422-01

(...)

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 garantía²⁹.

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

²⁹ 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).

ello cohonestaría un inadmisibile 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 acreedor³⁰- 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, 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 (...).

³⁰ 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 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 comportamiento³¹”³².

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”³³.

Todo lo contrario, 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”³⁴.

³¹ 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**’”.

³² 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.

³³ 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.

³⁴ 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 sucedánea servirá de apoyadura a las actuaciones y conductas que se espera tengan fluidez y oportuna cabida. En aquella [la etapa 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”.

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*”³⁵.

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

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*³⁶.

La jurisprudencia del Consejo de Estado también ha enfatizado en la conducta de las partes frente al contrato –categoría en la cual se incluye el contrato de seguro- y en la necesidad de que las mismas honren sus compromisos y obligaciones, so pena de que su inobservancia les impida reclamar por el incumplimiento de su contraparte. Así, en torno a este punto y, aplicando la excepción de contrato no cumplido, prevista en el artículo 1609 del Código Civil³⁷, se ha dicho:

[C]uando son las partes vinculadas a un contrato bilateral, las que incumplen, es decir, la imputabilidad negocial es de ambos, no se puede obligar a que se imponga la sanción pecuniaria que emana de la indemnización por perjuicios (...).

La excepción de contrato no cumplido debe ser entendida como un recurso dilatorio y temporal, que impide, frente al incumplimiento de recíprocas obligaciones, las consecuencias sustanciales del negocio, en su producción prestacional. Sin embargo, la inobservancia de un contratante de un deber, que es primero en el tiempo, no le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto

³⁵ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, sentencia CSJ SC 02 del 2 de agosto de 2001, exp. N° 6146.

³⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de julio de 2007, exp. N° 05001 31 03 002 1999 00359 01.

³⁷ “En los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

*que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo*³⁸.

La inobservancia de las cargas que les corresponde a las partes, especialmente al asegurado, acarrea determinadas consecuencias jurídicas, que pueden también estar previstas en la ley o en el contrato.

4. Conclusión

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.

C. LA LEY Y EL CONTRATO DE SEGUROS EXCLUYEN LA RESPONSABILIDAD Y LA INDEMNIZACIÓN CUANDO LOS RIESGOS Y PERJUICIOS DERIVAN DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 3 DEL CPACA, LEY 80 DE 1993 Y LEY 1474 DE 2011.

1. Sobre la culpa exclusiva de la víctima como causal de exclusión de responsabilidad

En asuntos de responsabilidad civil, la conducta de la víctima tiene un carácter relevante, pues de conformidad con los principios generales del derecho, nadie puede obtener provecho de su propia culpa³⁴. La Corte Constitucional ha sido determinante en señalar que³⁵:

“... si el accionante, por imprudencia, negligencia o voluntad propia ha permitido o facilitado que se ocurran determinados sucesos que de una forma u otra atentan contra sus derechos constitucionales fundamentales, no puede posteriormente aspirar a que el Estado, mediante la acción de tutela, proceda a reparar una situación cuya responsabilidad recae sobre el mismo interesado...pretender lo contrario significaría que la culpa, la imprudencia o la negligencia serían objetos jurídicamente protegidos, lo cual resulta a todas luces absurdo y contrario a los fundamentos esenciales de un Estado de derecho” (Subraya es nuestra)

Y en relación con la figura de la culpa exclusiva de la víctima, recientemente la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de junio de 2015³⁶ sostuvo que:

³⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 16 de febrero de 1984, exp. N° 2509. Referido en fallo de la misma Sección, dictado el 14 de septiembre de 2000, exp. N° 13530. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En esta última providencia, también se precisó: “La exceptio non adimpleti contractus, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 del C.C.), es una regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del art. 13 de la Ley 80 de 1993”.

“La culpa exclusiva de la víctima, como factor eximente de responsabilidad civil, ha sido entendida como la conducta imprudente o negligente del sujeto damnificado, que por sí sola resultó suficiente para causar el daño. Tal proceder u omisión exime de responsabilidad si se constituye en la única causa generadora del perjuicio sufrido, pues de lo contrario solo autoriza una reducción de la indemnización, en la forma y términos previstos en el artículo 2357 del Código Civil. La participación de la víctima en la realización del daño es condición adecuada y suficiente del mismo y, por tanto, excluyente de la responsabilidad del demandado, cuando en la consecuencia nociva no interviene para nada la acción u omisión de este último, o cuando a pesar de haber intervenido, su concurrencia fue completamente irrelevante, es decir que la conducta del lesionado bastó para que se produjera el efecto dañoso o, lo que es lo mismo, fue suficiente para generar su propia desgracia....La víctima, en suma, es exclusivamente culpable de su propio infortunio cuando su conducta (activa u omisiva) es valorada como el factor jurídicamente relevante entre todas las demás condiciones que confluyeron en la realización del perjuicio; es decir que aunque pueda presentarse una concurrencia de causas en el plano natural -dentro de las cuales se encuentra la intervención del demandado, así sea de modo pasivo-, la actuación de aquélla es la única que posee trascendencia para el derecho, o sea que su culpa resta toda importancia a los demás hechos o actos que tuvieron injerencia en la producción de la consecuencia lesiva”. (Subraya y negrilla son nuestras)

Descendiendo al caso concreto, es claro que la actuación del Municipio de Armenia tuvo injerencia directa en la ocurrencia del presunto siniestro, situación que excluye la posibilidad de afectar la póliza en su amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues a lo largo del proceso administrativo sancionatorio se evidenció la ineficiencia y falta de diligencia de la Entidad como se explicará a continuación.

2. Falta de diligencia de la entidad en la supervisión, vigilancia y control del contrato

Aunado a la falta de diligencia en la determinación de los términos y condiciones para el manejo de la fiducia, el Municipio omitió ejercer una debida vigilancia sobre el contrato de obra No. 031 de 2015 y el contrato de consultoría No. 001 de 2016, desconociendo sus obligaciones como supervisor del contrato, como se observa a continuación:

El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 dispone que “[e]l contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal”. En consonancia con lo anterior, el artículo 84 de la misma ley establece que los Supervisores estarán facultados para “solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.”

Por su parte, 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 (...).” De lo anterior se desprende que, aun cuando la Entidad contrató una interventoría para realizar el seguimiento técnico, financiero y administrativo del contrato 031 de

2015, el Municipio de Armenia conservaba la obligación de ejercer control y vigilancia del contrato de obra.

Por otro lado, en los pliegos de condiciones definitivos del Contrato de Consultoría No. 001 de 2016³⁹ se reguló lo relativo a las funciones del Supervisor del contrato. En el punto 1.12 se estableció 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).

En desarrollo de la obligación de supervisión, el pliego de condiciones definitivo estableció en el numeral 16 del punto 9.16. -obligación que se transcribe en el contrato de consultoría-, previendo la necesidad de que el Municipio de Armenia ejerciera su función de vigilancia y control de los contratos, la siguiente obligación a cargo de la interventoría:

“16. Registrar con el contratista y/o el residente de la obra o representante de aquel en el sitio de ejecución del contrato, en la "Bitácora o Libro de Obras", las acciones realizadas en ella; los inventarios periódicos de materiales, equipo y personal; así como las actas de los comités técnicos de obra o administrativos que periódicamente deben realizarse y las observaciones o novedades que se hayan sucedido. Este libro formará parte integral de los documentos del contrato y de la Interventoría. Aquí también deberá reposar los conceptos técnicos de consultores externos a la obra o a la actividad contractual, que por algún motivo se invitaron a dar conceptos”.

Como obligaciones específicas del Municipio de Armenia, 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,

³⁹ El objeto del contrato radicó en la “Interventoría técnica, administrativa, financiera, contable, ambiental y jurídica del contrato cuyo objeto es ajuste a diseños y construcción de las vías: vía Montecarlo tramo ii, avenida de occidente tramo iii, vía del Yulima (cra 19 - av. occidente tramo iii), vía la Colonia (centro de convenciones-cr 19), conexión castellana- Coinca (tramo conexión nogal carrera 11 entre calles 17n y 19n) y avenida 19 norte tramo ii (carrera 14 a av. centenario), que hacen parte del plan de obras a financiar a través de la contribución de valorización, en el Municipio de Armenia, Departamento de Quindío”.

a través del supervisor del contrato". Y adicionalmente en la cláusula decima tercera del contrato de interventoría se señaló que todas las actividades derivadas de la ejecución de dicho contrato estarían supervisadas por el Municipio de Armenia, asignando al supervisor una serie de facultades 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."*

Aunado a todas las estipulaciones contractuales precitadas, el Municipio de Armenia cuenta con un manual de contratación -Decreto 1082 de 2016- en el cual se establecen, entre otras, las funciones y atribuciones generales del Supervisor del contrato. El numeral 7.1.6 de dicho manual dictamina como atribuciones particulares del supervisor la de ejercer el control respecto de los aspectos: (i) administrativos; (ii) técnicos; (iii) financieros; y (iv) jurídicos; y se destacan las siguientes:

"(...)

3.Llevar y mantener actualizado el archivo documental del respectivo contrato, en el cual deberán constar todos los documentos y correspondencia producida durante la vigencia del contrato.

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."

Adicionalmente, mediante Resolución 018 de 2016, la Alcaldía de Armenia creó un cargo como profesional especializado grado 9, para el cual fue designada la ingeniera Blanca Inés Álvarez, quien ejerció la labor de supervisión de los contratos de interventoría celebrados por el Municipio de Armenia. Entre las principales funciones que le fueron atribuidas se encuentran:

- "1. Coordinar los comités de obra de los contratos de valorización*
- 2. Revisar los Diseños Definitivos en la etapa de ajuste a diseños de las obras de Valorización*
- 3. Realizar la revisión de informes, actas y liquidaciones de los contratos interadministrativos y demás contratos relacionados con valorización*

4. Hacer las visitas técnicas de las obras de valorización con el fin de realizar control y seguimiento
5. Remitir a las entidades competentes las eventualidades que se presenten dentro de la ejecución de las obras y hacer seguimiento de las mismas, a fin de que no se afecte al cronograma de estas
6. Coordinar las reuniones que se deben realizar con otras entidades públicas o privadas que se vean involucradas en el proyecto
7. Revisar especificaciones técnicas, análisis de precios unitarios, presupuestos y cantidades de obra y demás actividades relacionadas con valorización

(...)

11. Efectuar la supervisión de los contratos y convenios que le sean asignados de acuerdo a su competencia y necesidades de la entidad
12. Dirigir, coordinar y controlar la ejecución de las obras que se realizan por valorización a través de convenios, delegación o contratación
13. Resolver todo tipo de consultas de su competencia y especialidad al interior de la Administración Central (...)"

Como se desprende de todo lo anterior, el Supervisor del contrato tenía a su cargo el deber de ejercer control y vigilancia de los contratos de interventoría y de obra y realizar el seguimiento al cumplimiento del objeto contractual. Para ello, contaba con la facultad de exigir a la interventoría la elaboración de informes, o incluso solicitar documentos e información directamente al contratista de obra, impartir instrucciones al interventor e informar sobre cualquier anomalía o irregularidad presentada. Ahora bien, descendiendo de lo comentado, resulta evidente que al Municipio de Armenia le faltó diligencia en la vigilancia del contrato de interventoría y de obra, especialmente en lo relativo al manejo del anticipo.

Además se observa en las piezas probatorias, y por lo manifestado por el Municipio de Armenia en la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020⁴⁰, 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..."*⁴¹. 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.

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

⁴⁰ "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"

⁴¹ Pág. 284 de la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020.

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.”*⁴² Ello implica que la Secretaría de Infraestructura se encontraba presente en los comité 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.

Lo anterior también guarda estricta concordancia con 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 elaborar un informe, así debió exigirlos 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.

⁴² Visible en la Pág. 290 de la Resolución 223.

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. Así lo confirma el propio municipio cuando sostiene en la Resolución 366 del 22 de diciembre de 2020⁴³:

El Municipio de Armenia en calidad de parte contratante desconocía el incumplimiento imputable al contratista de obra en el manejo e inversión del anticipo, hecho que hoy se encuentra probado en el proceso por la no información oportuna de la interventoría.

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 revisar la documentación en aras de comprobar que la Interventoría estuviera ejerciendo debidamente sus funciones de vigilancia financiera respecto del contratista de obra.

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.

⁴³ Página 11 de la resolución referida.

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.

D. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN NO. 223 DEL 27 DE AGOSTO DE 2020 POR FALSA MOTIVACIÓN. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 1501 DEL CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 871 DEL C. DE CO. ARTICULO 3 DEL CPACA, ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

1. De la falsa motivación de la administración

Sobre la motivación de los actos administrativos, el Consejo de Estado ha señalado que la motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y obedece a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable. Es decir, los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.⁴⁴

Cuando la ley o la constitución establecen que ciertos actos deben dictarse de forma motivada y que esta debe constar en el acto administrativo, se está condicionando la forma de expedición del acto, de tal manera que, si se desatiende ese mandato normativo, la Administración incurre en un vicio de expedición irregular, configurando la nulidad del acto administrativo por falsa motivación.

La motivación de los actos administrativos, según el Consejo de Estado, puede ser calificada de falsa cuando:

“(...) para que esa clase de ilegalidad se dé en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada (...)”¹⁸. (Subraya y negrilla nuestra)

Esta falsa motivación permite detectar “cuándo la administración, olvidándose de los fines que se le han encomendado y del contenido que debe dar a sus actos, los expide sin que exista un motivo legal que los respalde, o los profiere con fundamentos falsos o inexactos o con base en la defectuosa calificación de los que se hayan invocado como motivos.”²¹ Esta falsa motivación “*infringe los principios de legalidad, lealtad, finalidad e imparcialidad de la administración*”²².

Para que pueda considerarse que un acto administrativo ha sido expedido con falsa motivación, deberá analizarse: “a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 26 de julio de 2017. Rad. 22326. C.P. Milton Chaves.

determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.”⁴⁵

2. Inexistencia de procedimiento contractual para la inversión del anticipo y falsedad en la motivación de la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015, en los casos previstos en la Ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo. En su inciso tercero este artículo señala que, en los pliegos de condiciones, **la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.** Dicha determinación resulta de suma importancia pues es la guía que deberá tenerse en cuenta por todos los que intervienen en el proceso para la aprobación de los desembolsos.

En el presente caso la cláusula tercera del contrato 031 de 2015 estableció el pago de un anticipo del 30% del valor del contrato. Dicha cláusula además plasmó la noción de anticipo determinando que se “(...) *constituye como aquella suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual(...)*” que podrá ser utilizada para “(...) *realizar la contratación de la mano de obra y la adquisición de materiales, maquinaria y otros elementos que se precisen para adelantar la ejecución del contrato*”. Sin embargo, ni en el contrato ni en los pliegos o algún otro documento contractual se establecieron los términos y condiciones específicas de administración del anticipo, es decir, procedimientos respecto de a quién le corresponde aprobar los desembolsos o si se requiere algún documento adicional al pago de sistema de seguridad social, entre otras cosas.

Por su parte, en el contrato de fiducia mercantil irrevocable suscrito entre la Unión Temporal Puentes de Armenia y la Fiduciaria Bancolombia S.A. se señala que para la transferencia de los recursos deberá entregarse a la fiduciaria el plan de inversión o utilización del anticipo y únicamente se realizará la transferencia de recursos siempre que la instrucción de pago realizada por el fideicomitente esté acompañada de la factura, cuenta de cobro o soporte que corresponda y cuente con el visto bueno del Interventor y/o Supervisor. Aun cuando en este contrato evidentemente se reguló todo lo relativo a los desembolsos, se trata de cláusulas preestablecidas que deben ser interpretadas con lo dispuesto por la Entidad en el respectivo contrato de obra o pliego de condiciones, circunstancia que en este caso brilla por su ausencia.

Adicional a ello, encontramos que en el contrato de consultoría No. 001 de 2016 nada se dijo respecto a las funciones de la interventoría en relación con la aprobación de los desembolsos del patrimonio autónomo, o en general con la forma en que debía ser manejado el anticipo. Únicamente se señaló, en el literal A) numeral 5, que el interventor debe velar por el cumplimiento del cronograma y flujo de inversión del contrato, efectuando controles periódicos de las actividades programadas. De igual manera, en el pliego de condiciones se estableció que el

⁴⁵ Ibid.

anticipo sería manejado en forma conjunta por el contratista con la Interventoría⁴⁶. De esa manera, la Entidad interpretó que correspondía a la Interventoría la aprobación de cada uno de los desembolsos, sin que se hubiera señalado de manera expresa desde el inicio del contrato. Con todo y dicha interpretación, cabe señalar que toda actuación o actividad en virtud del contrato de fiducia debía estar siempre bajo la supervisión, control y vigilancia del Municipio de Armenia como se indicó en el acápite “D” del presente escrito y se reiterará más adelante.

El Municipio de Armenia, equívocamente y tergiversando lo pactado, en la Pág. 276 de la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020⁴⁷ cita la cláusula tercera de pago y manifestando que el control y manejo de inversión y pagos será realizado por el interventor.

Dicha redacción no corresponde a la literalidad y redacción del contrato de obra 031 de 2015, pues el contrato suscrito no contenía esa estipulación, por lo que resulta extraña la cita que realiza la Entidad. La cláusula tercera del contrato 031 se encuentra redactada de la siguiente manera:

las normas aplicables y la comparendo en el pliego de condiciones, de conformidad con la propuesta económica presentada y sus valores unitarios; **TERCERA: FORMA DE PAGO:** El valor del contrato que se suscriba con ocasión del presente proceso de contratación será cancelado por el sistema de precios unitarios fijos, así: A) Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, la ENTIDAD entregará un anticipo del treinta por ciento (30%) del valor del contrato., el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo en los términos previstos en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. El anticipo se constituye como aquella suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, a su vez es la financiación por parte de la entidad estatal de los bienes y servicios correspondientes a la prestación a ejecutar, el mismo además de contar con el respaldo legal consagrado a través del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, es a su vez viable pactarlo en aquellos contratos que por su naturaleza lo requieren tales como los de obra, toda vez que el contratista para dar inicio al objeto contractual debe realizar la contratación de la mano de obra y la adquisición de materiales, maquinaria u otros elementos que se precisen para adelantar la ejecución del contrato. B) El 65% del valor total del contrato a través de actas parciales de recibo de obra., y C) El 5% restante (último pago), previa suscripción del acta final y recibo a satisfacción por parte del MUNICIPIO DE ARMENIA. En la carta de presentación de la oferta, **EL PROPONENTE MANIFESTÓ QUE SI OPTA POR EL ANTICIPO.** Para efectos de los desembolsos de los que trata la presente cláusula, el contratista deberá acreditar el pago de los aportes parafiscales y su afiliación obligatoria y pago autorizado al Sistema de Seguridad Social, salud, pensión y riesgos laborales, conforme al artículo 182 de la Ley 100 de 1.993, a Ley 789 de 2.002, el Decreto 1703 de agosto 02 de 2.002, las leyes 797 y 828 de 2.003 y el Decreto 510 de 2.003, so pena de hacerse acreedor a las sanciones establecidas en la misma. No obstante la forma de

⁴⁶ “DÉCIMA – TRANSFERENCIAS DE RECURSOS: La FIDUCIARIA realizará las TRANSFERENCIAS DE RECURSOS con cargo exclusivo a los RECURSOS y hasta la concurrencia de los mismos, para lo cual se atenderá lo siguiente: (...)

10.3. La instrucción para realizar cada una de las TRANSFERENCIAS DE RECURSOS se hará por escrito por parte del FIDEICOMITENTE y deberá estar acompañada de la factura, cuenta de cobro o del soporte que corresponda para efectos de proceder con la TRANSFERENCIA DE RECURSOS, así mismo deberá contar con el visto bueno del INTERVENTOR Y/O SUPERVISOR, quien en todo caso deberá verificar bajo su exclusiva responsabilidad que tales TRANSFERENCIAS DE RECURSOS sean destinadas exclusivamente para los fines del CONTRATO y que se ajusten a lo previsto en el PLAN DE INVERSIÓN Y/O UTILIZACIÓN DEL ANTICIPO.”

⁴⁷ “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”

Nótese que en ningún momento se señala que el control y manejo de inversión y pagos será realizado por el interventor. De igual manera, en el Modificadorio No. 002 de 2017, se modifica la cláusula tercera del contrato No. 031 de 2015 de la siguiente manera:

“CLÁUSULA PRIMERA: MODIFIQUESE la cláusula Tercera del Contrato de Obra 031 de 2.015 respecto a la forma de pago, la cual quedará así: “El valor del contrato que se suscriba con ocasión del presente proceso de contratación será cancelado por el sistema de precios unitarios fijos, así: A) Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, la ENTIDAD entregará un anticipo del treinta y cuatro punto setenta y nueve por ciento (34.79%) del valor del contrato., el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo en los términos previstos en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. (...)”

De ahí que no entendemos cuál es el documento que sirvió de base a la administración para afirmar que la cláusula tercera, relativa a la forma de pago, contenía la indicación de que el control de manejo de inversión y pagos sería realizado por el interventor. En cualquier caso, ni en los pliegos de condiciones definitivos ni en el contrato de obra 031 contenían esta especificación. Tampoco se observa dicha obligación, de manera expresa, en los pliegos de condiciones definitivos del contrato de consultoría No. 001 de 2016, más allá de señalar que el Interventor debe velar por el cumplimiento del cronograma y flujo de inversión del contrato. En cualquier caso, aun si se entendiera, como en efecto sucedió, que la Interventoría tenía esta función a su cargo, no contaba con directrices claras con respecto a cómo debía aprobar los desembolsos y qué tipo de soportes debía requerir.

De acuerdo con el Municipio, *“prueba del incumplimiento de la interventoría lo constituye la falta de soportes contables **idóneos**, que debieron ser acreditados conforme al plan de inversión del anticipo, en el preciso momento en que la interventoría autorizaba los desembolsos por parte de la fiducia mercantil irrevocable al contratista de obra, que en su mayoría correspondieron a reembolsos o por lo menos al momento de autorizar las amortizaciones en las respectivas actas de avance de obra.”*⁴⁸ (subraya y negrilla nuestra)

Al respecto nos preguntamos, ¿qué se entiende por soportes contables idóneos? No sobra recordar que, según lo manifestado por la fiduciaria en sus descargos *“de las 27 órdenes de pago cada una cumplía con los requisitos exigidos por el contrato, es decir que estuvieran firmadas por los funcionarios avalados, tanto Fideicomitente e Interventor del contrato, conforme la tarjeta de firmas autorizadas (Anexo No. 4) y que estuviera conforme al Plan de Inversiones del Contrato de Obra, dicho derrotero se puede ver en la relación de las 27 órdenes de pago...”*⁴⁹.

Además, como se mencionó con anterioridad, la orden de pago debía ir acompañada con algún tipo de soporte, se entiende que la Unión Temporal allegó documentos para fundamentar los reembolsos o pagos a terceros solicitados. De ahí que no entendemos qué sería un documento idóneo para la Entidad o qué tipo de soportes serían suficientes para autorizar los desembolsos, pues fue el Municipio quien omitió establecer los derroteros para la aprobación de las transferencias. Si la administración hubiera sido diligente, se habría determinado: i) A cargo de quién se encontraba la función de aprobar los desembolsos; ii) cuáles eran los criterios para

⁴⁸ Pág. 281.

⁴⁹ Descargos Fiduciaria. Pág. 3.

aprobar el desembolso; iii) qué documentos debían ser solicitados y aportados para impartir aprobación, entre otras. Sin embargo, no lo hizo.

3. El Municipio de Armenia desconoció que se demostró la inexistencia de siniestro bajo la póliza emitida por Seguros del Estado

a. Elementos necesarios para la configuración del riesgo asegurado

De acuerdo con la Condición General 1. AMPAROS, numeral 1.2., el Amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo consiste en:

“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.”

Como se desprende de esta cláusula, el amparo cubre tres situaciones, de los cuales aglomeran en dos eventos diferentes: (i) el uso indebido de los dineros o bienes recibidos a ese título y (ii) la apropiación indebida de los mismos, en uno y otro caso, por la definición contenida en la póliza, por el hecho de que los dineros no hubiesen sido utilizados en aquello para lo cual fueron entregados. Estos riesgos son completamente independientes de los asegurados mediante el Amparo de Cumplimiento, de tal suerte que el acaecimiento de aquellos no implica el acaecimiento de este último⁵⁰.

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 legal⁵¹. Recuérdese, además, que en materia de contratos y obligaciones mercantiles, el artículo 823 del Código de Comercio así lo prescribe⁵².

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, sentencia de 24 de julio de 2006, Expediente No. 00191. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo: “Aceptar la tesis que sugiere la censura -por sugestiva que pudiera resultar-, implicaría admitir que frente a la existencia de dos contratos de cumplimiento que amparen, como en este caso, la ejecución de las prestaciones esenciales que afloran del contrato y la correcta inversión del anticipo, respectivamente, demostrado el siniestro del primero de ellos debe entenderse, en forma inexorable, también acreditado el segundo, lo que ciertamente no es de recibo como regla general o absoluta, de suerte que deberá determinarse en cada caso concreto, por cuanto bien puede existir una correcta inversión de las sumas de dinero entregadas a título de anticipo e, igualmente, un incumplimiento ulterior del contrato, por haberse entregado las obras fuera del plazo acordado, o con diferentes especificaciones, diverso diseño al contratado, etc., lo que implica que el asegurado debe cumplir, respecto de cada uno, con la carga prevista en el art. 1077 del Código de Comercio y, por esa vía, demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, sin que la prueba de uno de ellos, de por sí, pueda hacerse extensiva al otro, o viceversa, en forma indefectible. Para expresarlo de otro modo, de la inexecución del contrato, no es forzoso colegir el indebido manejo y la incorrecta inversión del anticipo”.

Véase también, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 9 de febrero de 2012, Radicación No. 19 2007 00619 01, Ordinario de Fiduciaria de Occidente vs Liberty Seguros.

⁵¹ Código Civil, artículo 28.

⁵² 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).

En el primer caso 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, injustificado⁵³, 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 y suele tener connotaciones penales, y que obliga a la entidad a colocar los denuncios penales correspondientes.

La jurisprudencia de nuestras cortes claramente distingue entre la amortización del anticipo y el uso indebido o la apropiación indebida del mismo. Basta al efecto mencionar no solo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de julio de 2006⁵⁴ y por el Consejo de Estado⁵⁵ sino lo afirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en fallo expedido el 9 de febrero de 2012⁵⁶, el cual, luego de recordar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de julio de 2006 a la que se hizo ya referencia, expresa:

“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

⁵³ María Moliner, Diccionario de Uso del Español, Tomo H/Z, Editorial Gredos S.A., Primera edición, 19ª reimpresión, 1994, pág. 115.

⁵⁴ 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 legis 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.”

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 1994, Exp. No. 6308, C.P., Juan de Dios Montes Hernández.

⁵⁶ 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 LizarazoV.

cuenta corriente bancaria uy se efectuaban informes sobre el gasto de esos dineros” (subrayado y negrillas fuera de texto).

Asimismo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 23 de septiembre de 2009 señaló:

*“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 inejecución 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 inejecución 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).⁵⁷ (Subraya es nuestra)

Es decir, no es posible confundir el valor por amortizar con el valor del anticipo no invertido. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencia del 19 de octubre de 2020:

“3.2. Precisado 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**⁵⁸, 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.

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.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Cfr , entre otros, CE SCA Sill, 13 sep. 1999, rad. 10.607; CE SCA Sill, 22 jun. 2001, rad. 13436; CE SPC, 8 ago. 2001, rad. AC-10966 y AC-11.274; CE SCA sin, lq feb. 2014, rad. 31682; CE SCSC, 8 mar. 2017, rad. 2298, y CSJ SP3473-2019, 27 ago.

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”⁵⁹. (Subraya y negrilla nuestras).

Habiendo delimitado lo anterior, y en aras de determinar si se configuró o no un uso indebido del anticipo, es menester analizar en qué consiste esta figura y de qué forma fue pactado en el contrato 031 de 2015.

b. El anticipo y su destinación en el contrato 031 de 2015

En reciente jurisprudencia, el 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.”⁶⁰

Por expresa habilitación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales tienen la facultad de pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del 50% del valor del respectivo contrato. De igual manera, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 señala que, en los contratos de obra, concesión, salud o los que se realicen por licitación

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 2020, Radicación n.º 11001-31-03-032-2015-00826-01 (SC3893-2020). M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Rad. 40102.

pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, a fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

De otra parte, el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 establece que, en los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo. En su inciso tercero este artículo señala que, en los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

Ahora bien, con relación al caso concreto, en la cláusula tercera del contrato 031 de 2015 se estableció el pago de un anticipo correspondiente al 30% del valor del contrato. En esta cláusula se indica:

*“TERCERA: FORMA DE PAGO: El valor del contrato que se suscriba con ocasión del presente proceso de contratación será cancelado por el sistema de precios unitarios fijos, así: A) Una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, **la ENTIDAD entregará un anticipo del treinta por ciento (30%) del valor del contrato**, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo en los términos previstos en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011. El anticipo se constituye como aquella suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir **para iniciar la ejecución del objeto contractual**, a su vez es la financiación por parte de la entidad estatal de los bienes y servicios correspondientes a la prestación a ejecutar, el mismo además de contar con el respaldo legal consagrado a través del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, es a su vez viable pactarlo en aquellos contratos que por su naturaleza lo requieren tales como los de obra, toda vez que el contratista para dar inicio al objeto contractual debe realizar la contratación de la mano de obra y la adquisición de materiales, maquinaria u otros elementos que se precisen para adelantar la ejecución del contrato. B) El 65% del valor total del contrato a través de actas parciales de recibo de obra., y C) El 5% restante (último pago), previa suscripción del acta final y recibo a satisfacción por parte del MUNICIPIO DE ARMENIA. En la carta de presentación de la oferta, EL PROPONENTE MANIFESTÓ QUE SI OPTA POR EL ANTICIPO. Para efectos de los desembolsos de los que trata la presente cláusula, el contratista deberá acreditar el pago de los aportes parafiscales y su afiliación obligatoria y pago autorizado al Sistema de Seguridad Social, salud, pensión y riesgos laborales, conforme al artículo 182 de la Ley 100 de 1.993, a Ley 789 de 2.002, el Decreto 1703 de agosto 02 de 2.002, las leyes 797 y 828 de 2.003 y el Decreto 510 de 2.003, so pena de hacerse acreedor a las sanciones establecidas en la misma. No obstante la forma de pago prevista, esta sujeta a la situación de los recursos del Plan Anual mensualidad de Caja PAC; PARÁGRAFO PRIMERO: EL CONTRATISTA informará al MUNICIPIO DE ARMENIA el número de la cuenta y la entidad bancaria donde serán efectuados los pagos; PARÁGRAFO SEGUNDO: EL MUNICIPIO DE ARMENIA efectuará del pago a realizar, los descuentos correspondientes a los tributos legales (Contribución especial de seguridad y convivencia ciudadana 5%, Rete Fuente, estampilla pro hospital 2%, estampilla Pro desarrollo 2%, estampilla pro cultura 1%, estampilla para el bienestar del adulto mayor 2%, Reteica y demás descuentos que se causen con ocasión del contrato).”*

Dicha redacción se corresponde con la establecida en el pliego de condiciones definitivos para la forma de pago, sin que en estos se indique de manera específica los términos y condiciones para la administración del patrimonio autónomo, pues solo se señala el deber de constituir una fiducia y la necesidad de acreditar el pago de los aportes parafiscales y su afiliación obligatoria y pago al sistema de Seguridad Social.

Como se desprende de la cláusula mencionada, el anticipo se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que este debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, toda vez que el contratista debe realizar la contratación de mano de obra, adquisición de materiales, maquinaria u otros elementos que se precisen para adelantar la ejecución.

Al respecto se debe señalar que, de acuerdo con la cláusula primera del contrato 031 de 2015, el objeto del contrato es el **“AJUSTE A DISEÑOS Y CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS: VÍA MONTECARLO TRAMO II, AVENIDA DE OCCIDENTE TRAMO III, VÍA DEL YULIMA (CRA 19 – AV. OCCIDENTE TRAMO III) VIA LA COLONIA (CENTRO DE CONVENCIONES-CR 19), CONEXIÓN CASTELLANA- COINCA (TRAMO CONEXIÓN NOGAL CARRERA 11 ENTRE CALLES 17N Y 19N) y AVENIDA 19 NORTE TRAMO II (CARRERA 14 A AV CENTENARIO), QUE HACEN PARTE DEL PLAN DE OBRAS A FINANCIAR A TRAVÉS DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN, EN EL MUNICIPIO DE ARMENIA, DEPARTAMENTO DE QUINDÍO.”** Nótese que el objeto del contrato incluye tanto el ajuste a diseños como la construcción de las vías, para lo cual se estableció en el numeral 1.12 del pliego de condiciones, que los primeros tres meses de ejecución del contrato corresponden a la etapa de ajuste de diseños a nivel de fase III. En vista de que ni el contrato ni el pliego de condiciones establecieron una destinación específica del anticipo para una u otra etapa, se debe realizar una interpretación de la cláusula tercera del contrato.

Como se señala en el numeral 3.2.4 REGLAS DE INTERPRETACIÓN del pliego de condiciones, cuando existieren expresiones, requisitos o condiciones confusos dentro del pliego de condiciones, la entidad en aplicación de lo dispuesto en los artículos 13 y 23 de la ley 80 de 1993 acudirá a las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil así:

“(....)

ARTICULO 1621. <INTERPRETACIÓN POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO>. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

ARTICULO 1622. <INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACIÓN Y POR APLICACIÓN PRACTICA>. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes sobre la misma materia.”

De ahí que, debe darse aplicación a estas reglas para determinar la destinación del anticipo.

Como bien lo señala la entidad en la página 326 de la Resolución recurrida y confirmada por Resolución 366 de 2020, y más allá de la discusión sobre si era viable y acertado asignar estas

funciones al contratista, lo cierto es que el contrato 031 de 2015 se pactó con prestaciones mixtas como lo eran el ajuste a Diseños (fase 3) y la construcción de Obra Pública. Luego, en atención a la naturaleza del contrato y a las demás cláusulas del mismo, al no haberse determinado de forma expresa que el anticipo sería destinado únicamente a la etapa de construcción o de diseños, debe entenderse que este se pactó para ambas etapas, pudiendo ser utilizado para cubrir los costos del inicio de la ejecución del objeto contractual según la necesidad y realidad del contrato.

Adicionalmente, cabe señalar que en el plan de inversión del anticipo presentado por el contratista y aprobado por la Interventoría tampoco se especificó si los rubros contemplados correspondían a la etapa de diseños o de construcción, por el contrario, se señaló de manera general que sería utilizado para la nómina, alquiler de los equipos y maquinaria, anticipos de materiales y transportes, los cuales constituían gastos necesarios para iniciar la ejecución del contrato.

Así las cosas, si el anticipo estaba pactado para impulsar el inicio de la ejecución del contrato, el cual se daba con la etapa de ajustes a diseños, mal podría entenderse que dicho anticipo únicamente debía ser utilizado para dar inicio a las obras, más aún cuando la entrega del anticipo coincidía con la etapa de ajuste a diseños.

Subsidiariamente, si se considerara que el anticipo únicamente debía ser entregado y utilizado para la etapa de construcción, el presunto siniestro constituiría una culpa exclusiva de la Entidad el haber pactado de manera ambigua y equivocada la cláusula relativa a la forma de pago y al anticipo. Como lo afirma el Municipio de Armenia en la solicitud de conciliación presentada ante la Procuraduría:

“Así las cosas, se reitera, que no todo el sistema de remuneración del presente contrato de obra se estructuró a través del sistema denominado a precios unitarios como erradamente lo estipula la cláusula tercera, toda vez que se debe recordar que la prestación principal contenía “prestaciones mixtas”, por lo cual, la estipulación contractual tipificada como “forma de pago”, debió discriminar uno a uno cada tipo de prestación para un efectivo control financiero y de desembolsos, según los conceptos citados en acápite anterior denominados: i) AJUSTE A DISEÑOS; ii) PROGRAMA DE IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL (PIPMA); y iii) COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DE LA OBRA A PRECIOS UNITARIOS.

Esta situación conllevó conforme las normas contractuales estipuladas en virtud del principio Pacta sunt servanda a desembolsar como forma de pago, un porcentaje del valor del contrato a título de anticipo para la ejecución de actividades de obra públicas a la firma del acta de inicio, cuando no se había cumplido con la entrega, revisión y recibo a satisfacción de los AJUSTES A DISEÑO (FASE 3) y con la entrega a satisfacción del PROGRAMA DE IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL (PIPMA), los cuales, se itera, constituían prestaciones mixtas prelliminares necesarias para el cumplimiento de todas las actividades de obra pública, denotándose falta al principio de planeación y maduración de proyectos.”⁶¹

De ahí que, si se afirmara que el anticipo debía destinarse únicamente para la etapa de construcción, la ocurrencia del siniestro sería exclusivamente imputable a la Entidad, pues

⁶¹ Página 28 de la solicitud de conciliación presentada por el Municipio.

debido a la falta de planeación del contrato y a la inexistencia de un estudio juicioso de las condiciones y estipulaciones contractuales, se entregó un anticipo de manera equivocada o anticipada, el cual fue invertido por el contratista para impulsar tanto la fase de ajuste de diseños como la de obra.

c. Inversión del anticipo en el caso concreto

A lo largo del procedimiento administrativo sancionatorio se demostró que el anticipo, además de estar aprobado y autorizado según los requisitos acordados por las partes, se dispuso para el desarrollo de diseños, ensayos, estudios, replanteo, localización, topografía y cerramiento, gastos administrativos, pagos de nómina, mano de obra, materiales de reserva entre otros.

Como se señaló en el dictamen pericial, algunos de los recursos del anticipo se utilizaron en la etapa de ajuste de diseños. Al respecto se dijo:

“Debido al cronograma de ejecución del contrato, la etapa de ajuste de diseños se prorrogó hasta julio de 2017, por lo cual algunos de los recursos del anticipo se utilizaron en ítems, como el desarrollo de diseños, ensayos, estudios, replanteo, localización, topografía y cerramiento, lo cual implica gastos administrativos, entre otros.

Del análisis de las carpetas que contienen copias de las facturas mensuales reportados por la Unión Temporal Puentes Armenia (UTPA) se evidencian gastos totales que ascienden a \$18,909'409.351,97

(...)

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

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

Y en los mismos términos concluyó el perito al señalar que:

“Con relación al manejo de anticipo, se establece que este se utilizó para la compra de materiales, subcontratos de obra y maquinaria. Adicionalmente, y tal como lo permite el contrato garantizado, el anticipo se utilizó para otros rubros relacionados con la obra, como son:

- Ensayos*
- Diseños*
- Cerramientos*
- Topografía*
- Gastos Bancarios, y legales*
- Impuestos, etc.*

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.”

Con fundamento en lo precedente, y conforme a todas las pruebas obrantes -facturas y demás documentación-, quedo suficientemente probado en el proceso que el contratista, en uso del anticipo, realizó inversiones con fines de ejecutar la obra, de al menos un valor \$18,909'409.351,97 o en su defecto, por valor de \$17,331'067,352. Dichas inversiones se realizaron con la finalidad de impulsar el inicio de las obras en cumplimiento del objeto contractual, algunas para desarrollar actividades correspondientes a la etapa de diseños y otras para desarrollar la etapa de construcción. Aun cuando es discutible si dichos gastos hacen parte o no del plan de inversión, lo cierto es que fueron utilizados para cubrir los costos en que debió incurrir el contratista para iniciar la ejecución del contrato, lo que desestima de plano que los recursos hayan sido utilizados de forma “indebida”, más aun teniendo en cuenta la realidad del contrato, pues la etapa de ajuste de diseños se extendió por un tiempo mayor al estipulado y la etapa de construcción se enfrentó a diversas vicisitudes con relación a los frentes de obra a ejecutar.

De ahí que, contrario a lo que afirma la Entidad en la resolución recurrida, no se configuran los elementos necesarios para declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía afectando el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues se demostró que el contratista invirtió y destinó la suma antes indicada para cubrir los gastos necesarios para el inicio de la ejecución del contrato. Al respecto cabe señalar que, aun cuando la Entidad también reprocha el hecho de que no se haya invertido o soportado en el plazo estipulado en el plan de inversiones, ello resulta irrelevante teniendo en cuenta que: i) el desembolso del anticipo inicio en el mes de marzo y finalizó en el mes de octubre, por lo que no fue desembolsada su totalidad en el plazo de los 3 meses contemplados para el plan de inversión; ii) en cualquier caso, los dineros girados al contratista lo fueron a título de reembolsos y pagos a terceros que se hicieron exclusivamente con el fin de impulsar la ejecución del contrato.

4. Indebida valoración probatoria por parte de la Municipio de Armenia

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.”*⁶² 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.⁶³ Dichas afirmaciones resultan infundadas y faltan a la verdad, como se verá a continuación.

⁶² Pág. 305 de la Resolución 223.

⁶³ Pág. 305 de la Resolución 223.

Para ilustrar al despacho sobre los errores cometidos en cuanto a la falta de valoración del dictamen pericial por parte del Municipio de Armenia, aportamos 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.⁶⁴ Al respecto, se debe señalar que, como se indica en el documento “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020”⁶⁵, con el dictamen pericial sí se presentó una relación 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.⁶⁶ 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.*

⁶⁴ Pág. 304 de la Resolución 223.

⁶⁵ Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág. 2.

⁶⁶Ibid.

- *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.*⁶⁷

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.”⁶⁸

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:

“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**

⁶⁷ Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág. 3

⁶⁸ Pág. 305 de la Resolución 223.

modificaciones que han sido identificadas a lo largo del proceso.⁶⁹ (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 Resolución 223 de 2020 califican con okey (OK)⁷⁰ 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.”⁷¹

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)*

⁶⁹ Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág 4.

⁷⁰ 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”.

⁷¹ Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág 5.

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”.⁷² (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 establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso⁷³ y que resulta absolutamente claro, preciso, exhaustivo y detallado, transgrediendo con ello el derecho al debido proceso de los convocados.

5. Inobservancia del principio de legalidad y su presunción con la finalidad de declarar sin competencia la falsedad de las facturas

De acuerdo con el oficio SI-POI-3498 del 03 de septiembre de 2018 elaborado por la Supervisión del contrato, del análisis de las facturas allegadas por el contratista se determinó que algunas facturas correspondían a relaciones comerciales no ciertas – facturas falsas. Al respecto la Secretaría de Infraestructura señaló⁷⁴:

“Del informe del investigador de campo realizado por la Policía Judicial al interior del proceso penal que cursa en contra del Representante de la UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA, se evidencia que desde el mes de enero de 2018, este organismo de

⁷² Documento denominado “Alcance y respuesta aclaratoria Resolución 223 de 2020” elaborado por Coravil. Pág 7.

⁷³ **“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 (...).”

⁷⁴ Oficio SI-POI-3498 del 03 de septiembre de 2018, citado por la Entidad en la página 17 de la Resolución 223 de 2020.

investigación procedió a verificar la veracidad de las relaciones comerciales establecidas por el contratista con los dineros provenientes del desembolso del anticipo por parte de la Administración Municipal, donde ellos en su labor de campo, comprobaron que las facturas que se describen a continuación corresponden a relaciones jurídicas comerciales no ciertas:

(...)

En consecuencia, de lo anterior, esta Secretaría del Informe de policía judicial, puede concluir que el valor total de las anteriores operaciones comerciales no justificadas asciende a la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$497.189.460)." (subraya y negrilla nuestra)

Dicho informe sirvió de base para iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio y fue tenido en cuenta por la Entidad en la Resolución 223 para concluir que no se soportó ni se probó legalmente dentro del plazo del plan de inversión del anticipo, el valor total de \$22.828.652.830 correspondiente a transferencias, reembolsos y giros a terceros. Lo anterior constituye un craso error pues, por un lado, se le asignó valor probatorio a un documento que no tiene tal entidad y, por el otro, se tuvo por falsas unas facturas desconociendo que dicha falsedad solo puede ser declarada por un juez penal.

En primer lugar, resulta desacertado tener como plena prueba lo establecido en el informe de investigador de campo, teniendo en cuenta que dicho informe carece de valor probatorio incluso en el proceso penal. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"De una parte, recuérdese, los informes de la policía judicial carecen de valor probatorio, aserto que en nuestro ordenamiento se predica a partir del artículo 50 de la Ley 504 de 1999, el cual introdujo un inciso final al artículo 313 del Código de Procedimiento Penal de la época (D. 2700/91), del siguiente tenor: "En ningún caso los informes de la Policía Judicial y las versiones suministradas por informantes tendrán valor probatorio en el proceso", preceptiva avalada por la Corte Constitucional que mantuvo vigencia en la codificación subsiguiente, al establecer el artículo 319 de la ley 600 de 2000, únicamente los requisitos y forma en que han de ser rendidos (Cfr. CSJ SP 13 MAR 2011 Rad. 34144), sin referir a su mérito o eficacia probatoria.

Lo cierto es que lo consignado en esos documentos debe ser corroborado posteriormente dentro del proceso, con elementos de convicción que puedan ser controvertidos por el investigado, pues, de otra manera, el derecho de defensa, componente básico de la garantía fundamental al debido proceso, se tornaría en la más cruel de las utopías, pues bastaría tener en cuenta el contenido del informe para acusar e incluso condenar a la persona que allí se señale como autora o partícipe de un delito, cuando lo que garantiza el artículo 29 de la Constitución Política, es que el procesado tiene el derecho de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en su contra, como presupuesto dialéctico a la pretensión estatal de desvirtuar su inocencia."⁷⁵ (subraya y negrilla nuestra)

En sentencias más recientes, la Sala Penal de la Corte ha reiterado su postura indicando:

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 08 de septiembre de 2015. M.P. José Leonidas Bustos. Rad. 39419.

*“Aunque es evidente que la Corte ha transitado por diversas fases hermenéuticas sobre el particular, la última visión es la que más se alindera con el derecho fundamental a la defensa, pues, independientemente de que el informe haya sido rendido en la fase instructiva, conste en un documento o se cuente con orden de autoridad judicial –en los términos del artículo 316 de la Ley 600 de 2000-, lo cierto es que el informe de policía judicial, en principio, no es un medio probatorio, ya que solo sirve «para buscar nuevas pruebas, o lograr su autorización, mas no como evidencia de la responsabilidad penal de la persona implicada por ellos» (CSJ SP7830-2017, rad. 46.165) y, únicamente podría ser examinado i) como prueba pericial, si corresponde a un dictamen –porque involucra el conocimiento científico, técnico o artístico- del perito, o ii) como testimonio si, en cambio, equivale al verdadero conocimiento **directo** de un hecho concerniente a la investigación, caso en el cual, el informe debe ser ratificado para que pueda ser analizado en tanto instrumento suasorio.”⁷⁶ (subraya y negrilla nuestra)*

Como se observa, por sí solo el informe de investigador de campo no tiene valor probatorio alguno, pues solo sirve como un criterio orientador para el juez, debiendo acreditarse lo allí consignado a través de otros medios de prueba. Por tal razón, es evidente que el Municipio de Armenia incurrió en un error al trasladar un informe del proceso penal, el cual ni siquiera pudo ser controvertido en el curso del proceso administrativo sancionatorio y tenerlo como plena prueba desconociendo que, por disposición normativa e interpretación jurisprudencial, este carece de valor probatorio.

Aunado a lo anterior, la Entidad se atribuyó competencias que no le corresponden al tener como falsas unas facturas sin consideración a que una declaratoria en ese sentido solo puede realizarla un juez penal, luego de surtirse un proceso judicial en el cual se demuestre la configuración del delito de falsedad en documento privado.

En efecto, tal y como lo establece el artículo 29 de la Ley 906 de 2004, corresponde a la jurisdicción penal la persecución y el juzgamiento de los delitos cometidos en el territorio nacional. Como órganos de dicha jurisdicción, el artículo 31 de la misma ley señala a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de distrito judicial y los Juzgados penales, siendo estos los únicos competentes para juzgar y determinar la comisión o no de un delito. De ahí que, para tener por falso un documento, es necesario que este haya sido estudiado en el marco de un proceso penal, en el cual el juez deberá analizar, entre otras cosas, si dicho documento ha sido alterado físicamente o si, por el contrario, siendo genuino, este contiene afirmaciones falsas sobre la existencia de un acto o un hecho o sus modalidades.⁷⁷ Por tal razón, resulta inadmisibles y contrario al principio de legalidad que, en el trámite de un proceso administrativo sancionatorio, la Entidad tenga como falsas unas facturas que no han sido declaradas como fraudulentas en el curso de un proceso penal.

Cabe recordar que las actuaciones de las autoridades se encuentran delimitadas y restringidas por el principio de legalidad, según el cual, estas solo pueden hacer aquello expresamente

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 05 de junio de 2019. Rad. 54.151. M.P. Eyder Patiño Cabrera; Ver también: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de junio de 2019. Rad. 53265. M.P. Luis Guillermo Salazar.

⁷⁷ En sentencia C-637 de 2009, la Corte Constitucional se refirió al delito de falsedad documental señalando la diferencia entre falsedad ideológica y falsedad material. En esa oportunidad indicó que la falsedad ideológica consiste en la falta de verdad de un documento, mientras que la falsedad material consiste en la alteración del documento en sí.

permitido u ordenado por las leyes⁷⁸, lo que implica necesariamente que ninguna entidad, independientemente de su naturaleza, puede actuar de manera irrestricta, o sin observancia plena de las disposiciones constitucionales y legales que las rigen. Dicha limitación busca impedir que las autoridades actúen al margen de sus funciones o de manera arbitraria, garantizando la seguridad jurídica de los administrados. No obstante, en el presente caso, es evidente que el Municipio de Armenia desconoció este principio al asumir un rol que le corresponde exclusivamente al juez penal, declarando la falsedad de las facturas aportadas con fundamento en un informe de investigador de campo, lo cual refleja a todas luces una extralimitación en sus funciones, máxime teniendo en cuenta que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico que le atribuya dicha facultad, pues como ya se mencionó, esta le corresponde única y exclusivamente a los órganos que conforman la jurisdicción penal.

Así las cosas, se encuentra demostrado que el Municipio de Armenia incurrió en una indebida valoración probatoria respecto de las facturas declaradas como falsas, pues no las tuvo en cuenta al momento de tasar el supuesto perjuicio causado, situación que evidencia la falsa motivación que vicia con nulidad la Resolución 223 de 2020.

6. Desconocimiento de la realidad del contrato y el pacto de las partes.

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

⁷⁸ Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-044/17 del 1 de febrero de 2017 señaló: “Dentro de las garantías del debido proceso el principio de legalidad ocupa un lugar central. Este principio cumple, en el marco de un Estado constitucional de derecho, un conjunto de finalidades significativas. Permite a los ciudadanos ajustar su conducta al marco de los mandatos elegidos en el dorso democrático para el desarrollo de la vida social en armonía u para la consecución de los fines esenciales del Estado. (...) Desde otra orilla, la que corresponde a las autoridades públicas, el principio de legalidad enmarca toda actuación del Estado y sus órganos, encauza el ejercicio de sus funciones y permite un control social y jurídico de las medidas adoptadas por estos órganos. El principio de legalidad, según el artículo 121 y los principios de la función pública genera para las autoridades una cláusula de cierre que posee un sentido opuesto a la que atañe a los ciudadanos. Las autoridades sólo pueden hacer aquello expresamente permitido u ordenado por las Leyes.”

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 auditoria especial llama la atención el caso específicamente del Contrato de obra 031 de 2015 que a pesar 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.”⁷⁹ 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.⁸⁰

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.”⁸¹

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.

⁷⁹ Informe Preliminar de Auditoría Especial de la Contraloría Municipal de Armenia. Pág. 338.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Informe Preliminar de Auditoría Especial de la Contraloría Municipal de Armenia. Página 244.

7. Otras aseveraciones constitutivas de falsa motivación

Se evidencia una falsa motivación que vicia la Resolución 223 de 2020 y confirmada por la Resolución 366 del 22 de diciembre de 2020 que confirmó la primera., ante los flagrantes y graves errores y omisiones que cometió el Municipio de Armenia, lo que derivó en la declaratoria de un siniestro sin haberse configurado los requisitos propios del mismo. Para demostrar la falsa motivación del acto administrativo, se trae a colación los argumentos que tuvo en cuenta el Municipio de Armenia en la parte motiva de la Resolución 223 en la que se señaló:

2. Con relación al incumplimiento del contratista de obra: *“Para el despacho se encuentra probado que no se cumplió de manera efectiva por el contratista con la totalidad de las condiciones del buen manejo y correcta inversión del anticipo en 1) Cuantía, 2) Plazo fijo para la inversión del anticipo y 3) Destinación específica con el Plan de Inversión del anticipo exigido en la Ley y el contrato, situación imputable al contratista.”*⁸²
3. Con relación al incumplimiento de la Interventoría: *“Prueba del incumplimiento de la interventoría, lo constituye la falta de soportes contables idóneos, que debieron ser acreditados conforme al plan de inversión del anticipo, en el preciso momento en que la interventoría autorizaba los desembolsos por parte de la fiducia mercantil irrevocable al contratista de obra, que en su mayoría correspondieron a reembolsos o por lo menos al momento de autorizar amortizaciones en las respectivas actas de avance de obra.”*
4. Con relación a la nulidad del contrato 031 de 2015 y la ineficacia del contrato de seguro: *“...la declaratoria de nulidad es exclusivamente judicial, y a su vez, constitutiva de la invalidez, razón por la cual, el negocio jurídico mientras conserve sus requisitos de existencia, validez y eficacia, surte plenos efectos jurídicos en el universo jurídico, en relación con sus elementos esenciales, accidentales y naturales como fuente de obligación, sin que se pueda afirmar que solo por ministerio de la Ley o ipso jure se puedan anular sus efectos jurídicos.”*⁸³
5. Con relación a la violación al postulado de la buena fe por parte de la Entidad: *“En tal sentido, cada manifestación expresada en la póliza de cumplimiento, en relación con los ajustes en cuantía, valor asegurado, riesgo asegurado y demás condiciones modificadas, constituyen para el despacho, plena prueba solemne de la aceptación del garante en relación con las cláusulas convencionales de modificación al contrato de obra pública, sin que pueda alegarse en esta instancia su falta de conocimiento, demostrando además que la entidad contratante frente al cumplimiento del objeto del contrato como prestación principal, garantizó la conservación del estado del riesgo como deber de conducta.”*⁸⁴
6. Con relación a la inasegurabilidad de la culpa grave y del dolo: *“Ahora bien, tratándose del contratista de obra, el garante invoca el artículo 1055 del Código de Comercio, no obstante, considera el despacho, en el caso concreto, que la citada norma jurídica no es aplicable tratándose de la especie sui generis del contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, encontrándose regulación expresa en el artículo 2.2.1.2.3.2.3 del Decreto Único Reglamentario N° 1082 de 2015, además, el artículo*

⁸² Pág. 271.

⁸³ Pág. 314.

⁸⁴ Pág. 318.

1055 ibídem, 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 garantía.”⁸⁵

7. Con relación a la nulidad del contrato de seguro por declaraciones reticentes: *“Por último, no puede la compañía aseguradora pretender trasladar a la entidad estatal contratante, a su vez, beneficiaria de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, la carga legal del garante en el conocimiento y evaluación del sujeto asegurado y del objeto del seguro, pues precisamente, es al garante al que le corresponde prestar el servicio de aseguramiento, práctica o diligencia que debía realizar antes de expedir la póliza y sus modificaciones...”⁸⁶*
8. Con relación a la inexistencia de siniestro de anticipo y subsidiariamente falta de acreditación del mismo: *“Así las cosas, si bien para el Departamento Administrativo Jurídico, la causa eficiente de la lesión al derecho de crédito, la constituye el desembolso de recursos públicos a título de anticipo, el cual no fue justificado contablemente en su totalidad conforme al plan de inversión debidamente suscrito, tal como se ya (sic) explicó, se debe manifestar además, que ese mismo recurso público al no ser amortizado por no ejecutarse la obra en su totalidad, constituye un uso y apropiación indebida en los términos del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, constituyendo igualmente un pasivo para el contratista.”⁸⁷*
9. Con relación a la prescripción: *“En el presente caso se tiene como fecha del conocimiento de la existencia del riesgo asegurado, el día tres (3) de septiembre de 2018, fecha de presentación del informe elaborado por la supervisora adscrita a la Secretario (sic) de Infraestructura, mediante el cual, comunicó el presunto incumplimiento contractual de la UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA, relacionado con el manejo e inversión del anticipo, tasando el perjuicio y solicitando la efectividad de la garantía, dirigido a la Directora Jurídica del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia, quien para estos efectos actúa en calidad de delegataria del Alcalde en su condición de representante legal, por lo tanto, se puede afirmar que solo en ese momento se tuvo conocimiento de manera solemne de la situación de incumplimiento del contratista de obra....”⁸⁸*

Con todo lo anterior, la Entidad desconoció los siguientes hechos que se encontraron demostrados a lo largo del proceso administrativo sancionatorio:

1. Aun cuando parte del anticipo no se invirtió de acuerdo con el plan de manejo de inversión aprobado, se encuentra acreditado que este se dispuso para el desarrollo de la etapa inicial de ajuste de diseños, por lo que su manejo e inversión estuvo destinado, en cualquier caso, al cumplimiento del objeto contractual.

⁸⁵ Pág. 322.

⁸⁶ Pág. 328.

⁸⁷ Pág. 331.

⁸⁸ Pág. 333.

2. Pese a que el anticipo fue invertido en distintos rubros con la finalidad de cumplir el objeto contractual, si se llegara a afirmar que hubo un incumplimiento, este también es atribuible a la Entidad pues se acreditó que las actas de avance de obra las suscribía el contratista en conjunto con el interventor y la Secretaría de Infraestructura, por lo que no es excusable por parte de la Entidad, el supuesto desconocimiento de la incorrecta inversión del anticipo, más aún cuando esta contaba con todas las facultades y atribuciones para comprobar si este se estaba desembolsando, utilizando e invirtiendo en debida forma.
3. La Entidad desconoció el principio de congruencia con relación al anticipo, pues en virtud del modificatorio No. 004 de 2017, el valor total del contrato se redujo a la suma de \$54.999.991.702, por lo tanto, conforme con la cláusula tercera del contrato, 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 determinación del Municipio de Armenia de hacer efectivo el amparo de Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo de la póliza emitida por mi representada por la suma de dieciocho mil setecientos sesenta y cuatro millones ochenta y dos mil novecientos noventa y ocho pesos (\$18,764,082,998.00) es completamente ajena a la realidad contractual y contraria al ordenamiento jurídico.
4. La falta de planeación de la Entidad se encuentra plenamente demostrada teniendo en cuenta las diversas modificaciones y suspensiones del contrato, además de la demanda presentada por la Procuraduría General de la Nación en contra del Municipio de Armenia y el informe preliminar de auditoría de la Contraloría Municipal de Armenia en los que se confirma las irregularidades en las que incurrió el Municipio. Dicha situación deviene en la nulidad del contrato 031 de 2015, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo que conlleva, consecuentemente, a la ineficacia del contrato de seguro.
5. La transgresión al principio de buena fe por parte de la Entidad como asegurada y beneficiaria de la póliza expedida por Seguros del Estado, se evidenció a lo largo del proceso administrativo sancionatorio, pues pese a los reportes de la Interventoría relativos a la falta de soportes documentales de la inversión del anticipo, el Municipio nunca manifestó dicha circunstancia a la aseguradora, quien garantizó el contrato 031 de 2015 y sus modificaciones. La Entidad tenía pleno conocimiento de las supuestas irregularidades presentadas, sin embargo, nunca lo informó omitiendo el deber de informarlo a la aseguradora en tanto se trataba de un hecho agravante del riesgo asegurado.
6. La no amortización del anticipo, contrario a lo que afirma la Entidad de manera equivocada, no constituye un uso y apropiación indebida en los términos del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues esta circunstancia no es objeto de cobertura bajo este amparo. De igual manera, se señala que, debido a la falta de planeación imputable a la Entidad, el contrato tuvo diversas suspensiones y modificaciones, lo que conllevó a retrasos y problemas en su ejecución conduciendo, necesariamente, a la imposibilidad de amortizar la totalidad del anticipo. Por tal razón, la no amortización del anticipo, además de no ser objeto de cobertura de la Póliza, obedece a una culpa exclusiva del Municipio de Armenia.

7. El Municipio de Armenia tuvo o debió razonablemente tener conocimiento de los hechos constitutivos del presunto siniestro para el día 02 de noviembre de 2017, fecha para la cual, además de haber transcurrido más de un año desde la finalización del plazo del plan de inversión del anticipo, la interventoría remite a la Secretaría de Infraestructura los soportes documentales de la inversión del anticipo, por lo que para esta fecha la Alcaldía debía tener conocimiento de si el anticipo desembolsado en el año 2016, había sido invertido en debida forma. De ahí que, para el momento en que se profirió la Resolución declarando el siniestro, ya se había configurado la prescripción.

Todas estas observaciones tornan nulo el acto administrativo recurrido por falsa motivación, toda vez que la Entidad omitió tener en cuenta hechos que se encontraban probados, los cuales, de haberse considerado, habrían dado lugar al cierre y archivo del proceso administrativo sancionatorio, ante la inexistencia de incumplimiento y de siniestro a la luz de la póliza. A continuación, se analizará cada uno de estos hechos y los reparos concretos que se formulan respecto de la Resolución 223 de 2020.

- E. NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 366 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2020 POR VIOLACIÓN **DEL PRINCIPIO DE “NON REFORMATIO IN PEJUS”** Y LA CONSIGUIENTE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

1. Normas Violadas

La Resolución No. 366 del 22 de diciembre de 2020 proferida por el Municipio de Armenia viola los artículos 2, 29, 31 de la Constitución Política; los artículos 3, 187 y 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este último en concordancia con el artículo 328 del Código General del Proceso.

2. El principio de la “Non Reformatio in Pejus” y su aplicación en las actuaciones administrativas

Este principio, que ha sido definido por la Corte Constitucional como la imposibilidad de agravar la pena impuesta cuando se hace uso de un recurso⁸⁹, con el carácter de derecho fundamental,

⁸⁹ Sentencia T-246-15, expediente T- 4.622.954:

“La Corte Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia el principio de non reformatio in pejus, como una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso, contenido expresamente en la Carta Política. La garantía de la non reformatio in pejus, consiste en una institución derivada del ordenamiento procesal-penal, elevada a rango constitucional, la cual se dirige a imposibilitar que el operador judicial de superior jerarquía, agrave la pena impuesta, en detrimento del derecho fundamental al debido proceso, cuando el condenado sea apelante único. Por virtud expresa del Constituyente, la prohibición de reforma en perjuicio –en peor- opera como un límite competencial para el juez de superior jerarquía en los casos que el apelante sea único, toda vez que se encuentra imposibilitado para agravar la decisión proferida por el juez inferior, como quiera que la parte que apela no lo hace para desmejorar su situación sino para revocar, enmendar o anular alguna pretensión que supone injusta a sus intereses.” / “Así lo ha reconocido esta Corporación al considerar este principio del derecho como un derecho fundamental, “la prohibición de la reformatio in pejus se torna en un principio constitucional con carácter de derecho fundamental para el apelante único, por haberlo incansablemente profesado esta Corporación. En sana lógica, es evidente que quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales. La situación del apelante puede mejorarse pero nunca hacerse más gravosa. Cobra, por supuesto, mayor vigor esta garantía cuando quiera que se trate de actuaciones penales, pues si el

está consagrado en la Constitución Política en su artículo 31⁹⁰; y la misma Corte lo ha extendido a toda clase de actuaciones, incluidas por supuesto las actuaciones administrativas, además de estar consagrado en el artículo 3° numeral 1, inciso segundo, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“Si bien esta garantía constitucional se podría enmarcar concretamente en el derecho procesal penal⁹¹, entre otras cosas, por su cercanía con la libertad, bien jurídico altamente protegido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el debido proceso no es aplicable exclusivamente a procesos judiciales, sino también debe acatarse respecto de actuaciones administrativas⁹², según la interpretación gramatical del artículo 29 constitucional, que extiende su ámbito de aplicación a toda clase de actuaciones tanto judiciales como administrativas:

“Se pregunta la Sala si la prohibición de la no “reformatio in pejus” tiene aplicación en la actuación administrativa? La Corte, en múltiples pronunciamientos ha dado respuesta afirmativa a este interrogante. A este respecto, ha considerado que por ser la no “reformatio in pejus” un principio general de derecho y una garantía constitucional del debido proceso es aplicable a todas las actividades del Estado que implique el ejercicio de su poder sancionatorio. Por ello, esta garantía tiene plena vigencia en las distintas jurisdicciones reconocidas por el ordenamiento jurídico - penal, civil, laboral, administrativo, constitucional-, e incluso, en las actuaciones administrativas”⁹³.

Tan es así, que la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –C.P.A.C.A.-, reconoce el principio de *reformatio in pejus* en materia administrativa sancionatoria bajo el deber de ser interpretado y aplicado por todas las autoridades:

“Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

*1. En virtud del principio del **debido proceso**, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia*

apelante es único frente a una sentencia de condena, es claro que su objetivo es lograr que se mejore su situación disminuyendo la pena, pero jamás, que se empeore¹⁹” (Nota: la nota 19 de la sentencia corresponde a la sentencia T-291 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería).

⁹⁰ ARTICULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. / El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único” (se resalta fuera de texto)

⁹¹ Ley 906 de 2004 en su artículo 20 regula el principio rector de la doble instancia. En su inciso segundo establece como garantía procesal la no reformatio in pejus: “El superior no podrá agravar la situación del apelante único”.

⁹² Ver sentencias T-468/99, T-033/02, T-587A/03, entre otras.

⁹³ T- 033 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem.” (Resaltados dentro del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011 son del texto de la sentencia. El resaltado inicial del párrafo transcrito es mío).

En otra sentencia dijeron la Corte Constitucional y el Consejo de Estado lo siguiente:

Por lo cual, la prohibición de la reformatio in pejus tiene plena aplicabilidad en materias administrativas, tanto en el agotamiento de la vía gubernativa como en el desarrollo del procedimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, circunstancia que se origina en la interpretación armónica y sistemática de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, logrando de esta manera hacer efectivo el derecho al debido proceso y por ende de los demás principios y derechos constitucionales que guardan correspondencia con dicha institución jurídica. De suerte que la congruencia y la prohibición de la no reformatio in pejus, limitan la actuación de la Administración en aras de la transparencia, legalidad y garantía en la actuación administrativa.

Así lo reconoció el Consejo de Estado, acogiendo la doctrina expuesta por la misma Corporación desde el año 1978, expresada en los siguientes términos:

“[...] Esta Sala ha sostenido íntegramente la aplicabilidad de ese principio [reformatio in pejus] no sólo en el proceso administrativo, sino en el procedimiento de la vía gubernativa [...]. Por consiguiente, en la vía gubernativa de actuaciones puramente administrativas, rige el principio de la reformatio in pejus por virtud de lo preceptuado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil conforme al cual el recurso se entiende interpuesto sólo en lo desfavorable al recurrente. Muy distinto es el caso frente a actuaciones de índole penal administrativa, porque entonces la aplicación analógica, ha de hacerse con referencia al Código de Procedimiento Penal.”(Tomo III Diccionario Jurídico. Pág. 567) [...]”⁹⁴.”⁹⁵

3. La vulneración del principio de la Non Reformatio in Pejus implica una violación del derecho fundamental al debido proceso.

Así lo ha resuelto la Corte Constitucional, como puede verse en la sentencia T-246-15:

Desde sus inicios, este Tribunal Constitucional ha reconocido que el desconocimiento de la prohibición de la reformatio in pejus vulnera el derecho de defensa y el debido proceso. En este sentido, la Sentencia T-474 de 1992⁹⁶ señaló que:

⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda (M.P. Joaquín Vanín), 19 de marzo de 1987. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 10 de noviembre de 2000. M.P. Alir Hernández. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 17 de abril de 2001. M.P. Manuel Ardila Velázquez. Corte Constitucional. Sentencias C-405 de 1995, T-419 de 1992 y T-233 de 1995.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-033-02.

⁹⁶ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero

“[...] La interdicción de la reforma en perjuicio del condenado constituye, igualmente, una garantía procesal fundamental del régimen de los recursos, a su vez contenido en el derecho de defensa y en el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Al superior no le es dable por expresa prohibición constitucional empeorar la pena impuesta al apelante único, porque al fallar ex-officio sorprende al recurrente, quien formalmente por lo menos no ha tenido la posibilidad de conocer y controvertir los motivos de la sanción a él impuesta, operándose por esta vía una situación de indefensión. Una decisión más gravosa de la pena impuesta al condenado y apelante único que desestime dichas limitaciones, vulnera los derechos fundamentales de defensa y debido proceso, por lo cual debe ser excluida del ordenamiento jurídico [...] La interpretación constitucional del artículo 31 de la Carta debe inspirarse en su finalidad garantista y en la primacía del derecho sustancial sobre meras consideraciones y acentos formalistas. En efecto, la expresión “apelante único”, requisito necesario para limitar las facultades del juez de segunda instancia, no hace relación exclusiva al número de recurrentes de la sentencia condenatoria, sino a la naturaleza de sus pretensiones [...] La reformatio in pelus también se extiende a lo civil: al Juez o Tribunal de segunda instancia le está vedado decretar la responsabilidad civil que supere el límite de lo ya acordado en la primera instancia, sin obrar la correspondiente petición”⁹⁷ (Resaltado fuera de texto).

4. La vulneración del principio de la non reformatio in pejus implica que la decisión sea nula

Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia ya citada T-246-15:

Ahora bien, el principio, derecho y prohibición de no reformar en perjuicio del apelante único, implica para el juez que decide el recurso una competencia restrictiva, por cuanto en función del recurso interpuesto por el procesado, no puede modificar para empeorar la decisión, so pretexto de ejercer la tarea de control de legalidad. Así lo ha considerado la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU- 327 de 1995, al considerar que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y, por lo tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso:

“Si el juez de segundo grado adquiere competencia sólo en función del recurso interpuesto por el procesado y sólo para revisar la providencia en los aspectos en que pueda serle desfavorable (tal como se desprende del precepto constitucional) no puede so pretexto de que ha encontrado alguna irregularidad en el proceso o en la sentencia, cuya enmienda conduce a un empeoramiento de la situación del apelante, declararla si tal empeoramiento fatalmente habrá de producirse. Eso equivaldría ni más ni menos, que a encubrir la violación de la norma superior [...]”⁹⁸.

⁹⁷ Sentencia T-246-15, expediente T- 4.622.954.

⁹⁸ SU-327 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Dicha competencia restrictiva del juez ad quem, se contrapone a la competencia extensiva, la cual considera que este funcionario judicial puede revisar integralmente el fallo si encuentra una aplicación errónea de la ley. No obstante, la Corte Constitucional ha optado por acoger la tesis restrictiva⁹⁹ del juez de segunda instancia con el fin de mantener incólume la garantía de no agravar la sentencia de primer grado. Algunas de las decisiones que se han adoptado en este sentido, son [...]”¹⁰⁰(Negritas y subrayado son mías).

5. Caso Concreto

Mediante Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020, suscrita por el Director del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia, señor Jimmy Alejandro Quintero Giraldo, la administración resolvió declarar el “*Incumplimiento constitutivo de Reclamación de Siniestro del Amparo de Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo*”, y en los artículos 1, 2 y 3 de la resolución la entidad resolvió declarar el siniestro por la suma COP\$18,764,082,998, a saber:

RESUELVE
<p>ARTICULO 1º. DECLARAR el INCUMPLIMIENTO CONSTITUTIVO DE RECLAMACION DE SINIESTRO DEL AMPARO DEL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO del CONTRATO DE OBRA NRO. 031 de 2015 por valor nominal de <u>DIECIOCHO MIL SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$18,764,082,998,00)</u>, a título de perjuicio material, imputable al contratista plural denominado UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA, con identificación tributaria Nro. 900.918.736-8, representado para todos los efectos por el señor FERNANDO LEÓN DIEZ CARDONA, identificado con la cédula de ciudadanía No.71.770.342 de Medellín, Antioquia, o quien haga sus veces, el cual, se encuentra conformado por los siguientes integrantes:</p>
<ol style="list-style-type: none">1. CONSTRUCTORA DIEZ CARDONA S.A.S. – NIT. 900.131.237-5 con un Porcentaje de participación 40%2. FUREL S.A. – NIT 800.152.208-9 con un Porcentaje de participación 35%3. CONSTRUCCIONES LEZO SAS. – NIT 900.710.376-5 con un Porcentaje de participación 25%
<p>PARAGRAFO ÚNICO. Los integrantes del contratista plural denominado UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA, para efectos del pago económico de los perjuicios materiales, en los términos del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, responderán patrimonialmente conforme a su porcentaje de participación de la siguiente manera:</p>

⁹⁹ Ver Sentencia T-741 de 2000.

¹⁰⁰ Sentencia T-246-15, expediente T- 4.622.954.

Resolución Número 223 de 2020

INTEGRANTE	% DE PARTICIPACIÓN	VALOR NOMINAL A PAGAR POR CONCEPTO DE PERJUICIO MATERIAL
CONSTRUCTORA DIEZ CARDONA SAS	40%	\$7.505.633.199,20
FUREL S.A	35%	\$6.567.429.049,30
CONSTRUCCIONES LEZO SAS	25%	\$ 4.691.020.749,50

ARTÍCULO 2° DECLARAR RESPONSABLE SOLIDARIO por el INCUMPLIMIENTO EN EL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO del CONTRATO DE OBRA NRO. 031 DE 2015, en la suma anotada de DIECIOCHO MIL SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/cte (\$18.764.082.998,00) al contratista plural CONSORCIO INTERPUENTES QUINDIO, representado por el señor ANDRÉS LEONARDO LASSO AGUIRRE o quien haga sus veces, quien se identifica con cédula de ciudadanía N° 80.187.378 de Bogotá, D.C, conforme lo señalado en el parágrafo 3 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, el cual, se encuentra conformado por los siguientes integrantes:

INTEGRANTES	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN
IZEL CONSTRUCTORES Y CONSULTORES SAS	40%
TECNICONSULTA SAS	30%
PROYTECO SAS	30%

PARAGRAFO ÚNICO: La responsabilidad de los integrantes del contratista plural CONSORCIO INTERPUENTES QUINDIO, respecto al pago del referido perjuicio material por el INCUMPLIMIENTO EN EL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO del CONTRATO DE OBRA No. 031 de 2015, es solidaria en los términos del parágrafo 3 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO 3°. ORDENAR Hacer efectiva la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales contenida en la Póliza 65-44-101128442 expedida bajo la figura de coaseguro por las compañías de seguros - SEGUROS DEL ESTADO S.A, identificada con NIT. 860.009.578-6 y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SAS con identificación tributaria número 891.700.037-9, a favor del beneficiario Municipio de Armenia, identificado con NIT.890.000.464-3 en relación con el amparo de BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO, según el siniestro tasado como perjuicio material en la suma anotada de Dieciocho mil setecientos sesenta y cuatro millones ochenta y dos mil novecientos noventa y ocho pesos M/cte (\$18.764.082.998,00), dando aplicación al artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y parte general de la Ley 1437 de 2011.

COMPANIA ASEGURADORA	% ASEGURADO	VALOR A PAGAR
SEGUROS DEL ESTADO S.A – Aseguradora principal	70%	\$13.134.858.098,60
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SAS – Coaseguro	30%	\$5.629.224.899,40

Nótese que a través de la resolución mencionada, el Municipio de Armenia resolvió afectar la Póliza No. 65-44-101128442 emitida por Seguros del Estado en coaseguro con Mapfre por un valor de dieciocho mil setecientos sesenta y cuatro millones ochenta y dos mil novecientos noventa y ocho pesos (COP\$18,764,082,998).

Frente a dicha determinación, Seguros del Estado interpuso recurso de reposición, a lo cual, contrario al principio antes reseñada de la non reformatio in pejus, al debido proceso y al principio de congruencia, el Municipio de Armenia profirió la Resolución No. 366 del 22 de diciembre de 2020 la cual confirmó la decisión pero modificó la resolución inicial en su numeral cuarto y estableció como perjuicios a cargo de las aseguradoras, la suma total de dieciocho mil

ochocientos cuatro millones setecientos sesenta y ocho mil novecientos noventa y dos pesos (COP\$18,804,768,992), a saber:

ARTÍCULO 4°. MODIFICAR la tasación del perjuicio material, realizando un ajuste al valor del siniestro, quedando en la suma de **DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS CUATRO MILLONES, SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS, (\$18.804.768.992,00)**, según lo expuesto en la parte motiva.

PARAGRAFO PRIMERO. Conforme al ajuste realizado al valor del siniestro, los integrantes del contratista plural denominado **UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA**, para efectos del pago económico de los perjuicios materiales, en los términos del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, responderán patrimonialmente conforme a su porcentaje de participación en la **UNIÓN TEMPORAL**, de la siguiente manera:

INTEGRANTE	% DE PARTICIPACIÓN	VALOR NOMINAL A PAGAR POR CONCEPTO DE PERJUICIO MATERIAL
CONSTRUCTORA DIEZ CARDONA SAS	40%	\$ 7.521.907.596,80
FUREL S.A	35%	\$ 6.581.669.147,20
CONSTRUCCIONES LEZO SAS	25%	\$ 4.701.192.248,00

PARAGRAFO SEGUNDO. Conforme al ajuste realizado al valor del siniestro, se tiene que la efectividad de la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales contenida en la Póliza **65-44-101128442** expedida bajo la figura de coaseguro por las compañías de seguros - **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, identificada con NIT. 860.009.578-6 y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE**

Carrera 17 No. 16-00, Armenia Quindío – CAM Piso 3 – Código Postal.630004 - Tel-(6) 741 71 00 Ext. 305 Línea Gratuita: 01 8000 189264
- Correo Electrónico: juridica@armenia.gov.co



Nit: 890000464-3

Departamento Administrativo Jurídico

R-AM-SGI-032
01/11/2017 V2

RESOLUCIÓN NÚMERO 366 DE 2020

COLOMBIA SA con identificación tributaria número 891.700.037-9, a favor del beneficiario Municipio de Armenia, identificado con NIT.890.000.464-3 en relación con el amparo de **BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO**, queda de la siguiente manera:

COMPAÑÍA ASEGURADORA	% ASEGURADO	VALOR
SEGUROS DEL ESTADO S.A - Aseguradora principal	70%	\$ 13.163.338.294,40
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A - Coaseguro	30%	\$ 5.641.430.697,60

La decisión del Municipio de Armenia concerniente a hacer más gravosa la situación del único recurrente es completamente incongruente, injusta y transgrede flagrantemente los principios que rigen las actuaciones de la administración consagrados en la Carta Política y en el artículo 3 del CPACA.

Dicha afectación de los derechos de mi representada es suficiente motivo para que el H. Juez de conocimiento declare la nulidad del acto administrativo por ser contrario a derecho.

6. Nulidad de la resolución por violación del principio de congruencia.

La Resolución viola los artículos 29 y 31 de la Constitución Política; artículo 3, 42, 187 y 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este último en concordancia con el artículo 280, 281 y 328 del Código General del Proceso.

Esta nulidad se desprende inequívocamente de la violación del artículo 42 del C.P.A.C.A. y de lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-033-02:

“Así las cosas, el administrado puede, al interponer los recursos administrativos, solicitar la aclaración, modificación o revocatoria de un acto, estando la Administración obligada a dar respuesta en los términos en que el recurrente formula el recurso, sin que le sea posible decidir más allá o por fuera de lo pedido, ya que se estaría actuando en contravía del principio de la congruencia.”

El Código Contencioso Administrativo consagró la regla de la congruencia, en los siguientes términos (artículo 59 C.C.A) (Nota del suscrito: hoy corresponde al artículo 42 del C.P.A.C.A.): “[...] la decisión [que agota la vía gubernativa] resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes”.

Aunque en principio parece que la norma permite resolver sobre materias no solicitadas, al disponer que la decisión puede abarcar cuestiones “[...] que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes [...]”, la disposición no tiene dicho alcance, pues **se está refiriendo, exclusivamente, a asuntos que si bien no fueron inicialmente pedidos, guardan una relación de conexidad directa con el recurso y por lo tanto, son susceptibles de resolución.**

“Para la Corte, la congruencia es una regla que condiciona la competencia otorgada a las autoridades públicas, y en este sentido, delimitan el contenido de las decisiones que deben proferir, de tal manera que: a) solamente pueden resolver sobre lo solicitado o, b) en relación directa con aspectos vinculados a lo pedido por los interesados y que se encuentren debidamente probados. Este es el alcance que tiene el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo - previamente citado -, mediante el cual se reconoce y delimita el poder decisorio de la Administración en relación con las peticiones presentadas por los administrados en agotamiento de la vía gubernativa, y ello es así, porque de la aplicación de la regla de la congruencia, surge como garantía y derecho de los administrados la prohibición de la no “reformatio in pejus”, institución que se encuentra consagrada en el inciso 2º del artículo 31 de la Constitución, por virtud del cual: “El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.””

[...]

Cuando el administrado interpone un recurso en agotamiento de la vía gubernativa (reposición o apelación), mediante el ejercicio del derecho de petición, se limita el

poder decisorio de la Administración, de tal manera que no puede fallar más allá ni por fuera de lo solicitado, pues dicha actuación constituiría una clara vía de hecho por desconocer los derechos constitucionales al debido proceso y a la prohibición de la no “reformatio in pejus”.¹⁰¹ (Negrillas y subrayado son mías)

Por lo demás, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra en su artículo 42 que la decisión que ponga fin a la actuación administrativa “resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”, norma equivalente al antiguo artículo 59 del C.C.A. Con otras palabras, la decisión de la Corte Constitucional tiene plena vigencia frente a la norma actualmente vigente.

Seguros del Estado S.A. no pidió en el recurso presentado contra la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020 que se la aumentara la sanción impuesta, por lo cual la decisión de la entidad es completamente contradictoria y violatoria del principio en mención.

F. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES QUE DERIVAN DEL CONTRATO DE SEGURO.
NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULO 1081 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Conforme a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, y con fundamento en el artículo 1081 del Código de Comercio, “*el acto administrativo por medio del cual se declara el siniestro debe ser expedido por la Administración Pública a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en la cual ésta tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente deberá acaecer durante la vigencia del seguro, aunque la declaratoria se produzca después de su vencimiento*”¹⁰².

Al respecto, 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*”¹⁰³ (negrillas y subrayado son nuestros)

En el presente caso, de acuerdo con lo manifestado por la Entidad¹⁰⁴, se tuvo conocimiento “de manera solemne” del presunto siniestro el día 03 de septiembre de 2018, fecha en la cual la Supervisora del contrato presentó el informe comunicando a la Directora Jurídica del Departamento Administrativo del Municipio de Armenia sobre el posible incumplimiento de la

¹⁰¹ T-033-02.

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2009, Expediente 21432, Radicación 2001233100019990639 01, Actor: Jorge Eliécer Murillo Parra. Demandado Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom -. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Esta sentencia reitera y reproduce a su vez, en extenso, la sentencia proferida por la misma Sección Tercera el 22 de abril de 2009, Exp. 14.667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Pueden consultarse también la sentencia de 6 de octubre de 2005 de la Sección Tercera, Exp. 7840, C.P. Camilo Arciniegas; la sentencia de octubre 31 de 1994 de la Sección Cuarta, Exp. 5759, C.P. Guillermo Chahin Lizcano, y la sentencia de diciembre 14 de 1992 de la Sección Primera, Exp. 2128, C.P. Yesid Rojas, entre otras sentencias.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, Exp. 14.667, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁰⁴ Página 333 de la Resolución 223.

Unión Temporal Puentes de Armenia relacionado con el manejo e inversión del anticipo, tasando el perjuicio y solicitando la efectividad de la garantía.

No obstante, lo anterior resulta desacertado y contradictorio con las pruebas obrantes en el expediente de las cuales se evidencia que el Municipio de Armenia tuvo o razonablemente debía tener conocimiento desde el día 01 de noviembre del 2017, como se analizará a continuación:

1. Conocimiento del supuesto incumplimiento contractual por parte del Municipio de Armenia a partir del 1 de noviembre de 2017 y por tanto la configuración de la prescripción desde el 1 de noviembre de 2019.

De acuerdo con los documentos contractuales que obran en el expediente, el día 31 de marzo de 2016 se realizó la primera transferencia de la Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Pago al contratista de obra por concepto de reembolso, fecha en la cual se activó el plazo de tres meses del plan inversión del anticipo, el cual vencería el día 01 de julio de 2016. Con posterioridad al 31 de marzo, se realizaron 56 transferencias, finalizando el desembolso del anticipo el día 05 de octubre de 2016. Tal y como lo afirma la Secretaría de Infraestructura en el oficio SI-POI-2717 del 26 de junio de 2018, para el día 13 de diciembre de 2016 ya se había retirado la totalidad del anticipo.

Desde el inicio del contrato, la Interventoría presentó diversos informes en los cuales se puso de presente que, durante el plazo de inversión del anticipo, el contratista no reportó el estado de inversión ni aportó los soportes correspondientes. Entre estos se destacan los siguientes:

No. Informe	Información relevante
Informe No. 1 – Mes de marzo de 2016	“La U.T PUENTES ARMENIA presentó plan de manejo de anticipo.”
Informe No. 2 – Mes de abril de 2016	“La UT-PUENTES ARMENIA presentó un plan de manejo de anticipo. <u>Para la vigencia del presente informe el contratista no reportó estado de inversión de anticipo.</u> ”
Informe No. 3 - Mes de mayo 2016	“La UT-PUENTES ARMENIA presentó un plan de manejo de anticipo. <u>Para la vigencia del presente informe el contratista no reportó estado de inversión de anticipo.</u> ”
Informe No. 4 – Mes de mayo 2016	“La UT-PUENTES ARMENIA presentó un plan de manejo de anticipo. <u>Para la vigencia del presente informe el contratista no reportó estado de inversión de anticipo.</u> <u>A la fecha solo se cuenta con flujo de caja entregado en la oferta</u> ”
Informe No. 5 – Mes de julio de 2016	“La UT-PUENTES ARMENIA presentó un plan de manejo de anticipo. <u>Para la vigencia del presente informe el contratista no reportó estado de inversión de anticipo.</u> ”
Informe No. 6 – Mes de agosto de 2016	“La UT-PUENTES ARMENIA presentó un plan de manejo de anticipo. En el anexo 12 se

	<i>presenta el seguimiento a la fiducia y se reporta el estado de Inversión del anticipo.”</i>
Informe No. 10 – Mes de octubre 2016	<i>“La UT-PUENTES ARMENIA presentó plan de manejo de anticipo. En el anexo 11 se presenta el seguimiento a la fiducia y se reporta el estado de inversión del anticipo. A la fecha el anticipo fue invertido en su totalidad. Así mismo, se verificó que fueron pagados los rendimientos al Municipio de Armenia. El contratista debe entregar a esta interventoría la trazabilidad de los rendimientos.”</i>

Como se observa de dichos informes, en reiteradas oportunidades la Interventoría señaló que el contratista no entregó los soportes del anticipo de manera oportuna, circunstancia que no era ajena a la Entidad, máxime teniendo en cuenta que era la Secretaría de Infraestructura quien revisaba los informes de la interventoría, como se comentó en extenso en puntos anteriores.

Aunado a ello, se debe señalar que durante la ejecución del contrato se suscribieron 13 actas parciales de obra, en las cuales se deja constancia del estado de ejecución del proyecto y se evalúa lo relativo a la amortización del anticipo. Dichas actas se encuentran firmadas por el Contratista, la Interventoría y la Secretaría de Infraestructura, razón por la cual es posible afirmar que la Entidad siempre tuvo conocimiento del estado actual de ejecución del proyecto y, además, tenía la posibilidad de verificar periódicamente el manejo del anticipo efectuado por el contratista de obra.

Mediante oficio CIQ-01-2016-224 del 06 de marzo de 2017 dirigido al contratista con copia a la entidad, la Interventoría solicita al contratista la documentación sobre el cierre de la fiducia, solicitud que es reiterada el 18 de abril y el 14 de junio de 2017.

Luego, como consta en el acta de comité No. 48 del 19 de julio de 2017, el cual se llevó a cabo en la Secretaría de Infraestructura, el contratista manifestó que había hecho entrega de los soportes de la fiducia directamente a la entidad. Al respecto es menester poner de presente que, para el momento de entrega de los soportes de la fiducia, habían transcurrido más de 6 meses desde el vencimiento del plazo de inversión del anticipo, por lo que, para ese momento, ya la Entidad debía tener conocimiento (si hubiera sido diligente) sobre cuál fue la suerte de los dineros desembolsados a título de anticipo.

Posteriormente, 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 justifican de manera adecuada la inversión del anticipo.

Igualmente, con el informe de interventoría No. 18 del periodo de agosto 09 a septiembre 08 de 2017, entregado a la Secretaría de Infraestructura el día 01 de noviembre de 2017, el Interventor aportó, en medio magnético, la relación de las facturas que el contratista de obra presentó como soportes de inversión del anticipo. Se resalta que para esta fecha había transcurrido un año desde el vencimiento del plazo de inversión del anticipo y la Interventoría ya había informado que los documentos aportados no justificaban de manera adecuada la inversión.

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.

2. Conocimiento del supuesto incumplimiento contractual por parte del Municipio de Armenia a partir del 12 de marzo de 2018 y por tanto la configuración de la prescripción desde el 12 de marzo de 2020.

Teniendo en cuenta que, 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.

3. Conocimiento del supuesto incumplimiento contractual por parte del Municipio de Armenia a partir del 23 de marzo de 2018 y por tanto la configuración de la prescripción desde el 23 de marzo de 2020.

Subsidiariamente, 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 presunto siniestro.

Posteriormente, 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 23n 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.

4. Conocimiento del supuesto incumplimiento contractual por parte del Municipio de Armenia a partir de mayo de 2018 y por tanto la configuración de la prescripción desde el mayo de 2020.

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.

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 SECOP¹⁰⁵, la alcaldesa de Armenia suscribió un documento informándole a las aseguradoras sobre la posible afectación del amparo.

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.

- G. AUSENCIA DE COBERTURA E INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE SEGUROS DEL ESTADO POR NO AMORTIZACIÓN DEL ANTICIPO. NORMAS VIOLADAS: ARTÍCULOS 1036 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

De acuerdo con el Municipio, la causa eficiente de la lesión al derecho de crédito la constituye el desembolso de recursos públicos a título de anticipo, el cual no fue justificado contablemente

¹⁰⁵ Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-151218>

en su totalidad conforme al plan de inversión, y la no amortización del mismo por no ejecutarse la obra en su totalidad, lo cual constituye un uso y apropiación indebida en los términos del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.¹⁰⁶

Con relación a la no inversión del anticipo conforme al plan de inversión, nos remitimos a lo planteado en el literal anterior sobre inexistencia de siniestro al encontrarse acreditada la inversión de los dineros girados al contratista y la imposibilidad de calificar dicha inversión como indebida teniendo en cuenta que se destinó a la ejecución del objeto contractual.

Con relación a la no amortización del anticipo, es menester resaltar este que no se trata de un riesgo cubierto bajo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, el cual como ya vimos, únicamente cubre a la entidad estatal de los perjuicios que se le causen con ocasión del uso o apropiación indebida del anticipo.

La jurisprudencia de nuestras cortes claramente distingue entre la amortización del anticipo y el uso indebido o la apropiación indebida del mismo. Basta al efecto mencionar no solo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de julio de 2006¹⁰⁷ y por el Consejo de Estado¹⁰⁸ sino, más recientemente, lo afirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en fallo expedido el 9 de febrero de 2012¹⁰⁹, el cual, luego de recordar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de julio de 2006 a la que se hizo ya referencia, expresa:

“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

¹⁰⁶ Pág. 331 de la Resolución 223.

¹⁰⁷ 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 legis 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.”

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 1994, Exp. No. 6308, C.P., Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁰⁹ 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.

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” (subrayado y negrillas fuera de texto).

Asimismo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 23 de septiembre de 2009 señaló:

*“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 inejecución 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 inejecución 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).¹¹⁰ (Subraya es nuestra)

Es decir, no es posible confundir el valor por amortizar con el valor del anticipo no invertido. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencia del 19 de octubre de 2020:

“3.2. Precisado 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**¹¹¹, 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.**

Similarmemente, 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.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Cfr , entre otros, CE SCA Sill, 13 sep. 1999, rad. 10.607; CE SCA Sill, 22 jun. 2001, rad. 13436; CE SPC, 8 ago. 2001, rad. AC-10966 y AC-11.274; CE SCA sin, lq feb. 2014, rad. 31682; CE SCSC, 8 mar. 2017, rad. 2298, y CSJ SP3473-2019, 27 ago.

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”¹¹². (Subraya y negrilla nuestras).

Así las cosas, 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 las aseguradoras el pago del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Finalmente, cabe señalar que la no amortización del anticipo, en este caso, además de no ser un riesgo cubierto por la póliza, fue consecuencia de la falta de planeación de la Entidad, pues con las constantes modificaciones y suspensiones del contrato se tornó imposible avanzar en su ejecución y cumplir a cabalidad con el objeto contractual. Por lo tanto, se trata de un hecho imputable al Municipio de Armenia que en todo caso no es objeto de cobertura a la luz del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

VI. COMPETENCIA Y CUANTÍA

Estimo la cuantía en más de DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (COP\$18,804,768,992), comoquiera que el Municipio de Armenia mediante Resolución 366 del 22 de diciembre de 2020

¹¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 2020, Radicación n.º 11001-31-03-032-2015-00826-01 (SC3893-2020). M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

proferida por el Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia, “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición en contra de la Resolución N° 223 del 27 de Agosto de 2020 y una petición especial 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”, la entidad resolvió confirmar la Resolución 223 de 2020 y aumentar la sanción impuesta.

Señores magistrados del Tribunal Administrativo son ustedes competentes de conocer la presente demanda, en virtud del artículo 152 del C.P.A.C.A. toda vez que tanto el Contrato 031 de 2015 como los actos administrativos que se demandan fueron proferidos por el Municipio de Armenia.

VII. JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS

En los términos del artículo 206 del Código General del Proceso bajo la gravedad del juramento procedo a discriminar cada uno de los conceptos sobre los que Seguros del Estado pretende la reparación del daño causado y el pago de la indemnización correspondiente:

El Municipio de Armenia mediante Resolución 223 de 2020 resolvió: “**ARTÍCULO 1°. DECLARAR el INCUMPLIMIENTO CONSTITUTIVO DE RECLAMACIÓN DEL SINIESTRO DEL AMPARO DEL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO del CONTRATO DE OBRA NRO. 031 de 2015 por valor nominal de DIECIOCHO MIL SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$18.764.082.998,00) (...).**”

Y en consecuencia en su artículo 3 ordenó hacer efectiva la Póliza 65-44-101128442 expedida en coaseguro entre Seguros del Estado S.A y Mapfre Seguros Generales de Colombia SAS. En los siguientes términos:

“ARTÍCULO 3. ORDENAR hacer efectiva la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales contenida en la Póliza 65-44-101128442 expedida bajo la figura de coaseguro por las compañías de seguros – SEGUROS DEL ESTADO S.A., identificada con NIT. 860.009.578-6 y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SAS con identificación tributaria número 891.700.037-9, a favor del beneficiario Municipio de Armenia, identificado con NIT. 890.000.464-3 en relación con el amparo de BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO, según el siniestro tasado como perjuicio material en la suma anotada de Dieciocho mil setecientos sesenta y cuatro millones ochenta y dos mil novecientos noventa y ocho pesos M/cte (\$18.764.082.998,00), dando aplicación al artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y parte general de la Ley 1437 de 2011.

COMPAÑÍA ASEGURADORA	% ASEGURADO	VALOR A PAGAR
SEGUROS DEL ESTADO S.A. – Aseguradora principal	70%	\$13.134.858.098,60
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SAS – Coaseguro	30%	\$5.629.224.899,40

ARTÍCULO 4°. El presente acto administrativo constituye fuente de obligación, por lo cual, una vez en firme, presta MÉRITO EJECUTIVO, en los términos del numeral 3, artículo 99 de

la Ley 1437 de 2011, ordenando y haciendo exigible su pago a los contratistas plurales denominados UNIÓN TEMPORAL PUENTES DE ARENIA y CONSORCIO INTERPUENTES QUINDÍO, integrantes, y a las compañías aseguradoras SEGUROS DEL ESTADO S.A y MAPFRE S.A."

En consecuencia, el eventual daño causado consistiría en que, de no darse la suspensión del proceso administrativo sancionatorio contractual solicitado mediante la medida cautelar, correspondería a la suma de \$13.134.858.098,60 concerniente al 70% del valor total de la sanción el cual fue estimado por el municipio en: *dieciocho mil setecientos sesenta y cuatro millones ochenta y dos mil novecientos noventa y ocho pesos M/cte (\$18.764.082.998,00)*

La suma de dinero mencionadas deberá ser devueltas a Seguros del Estado, actualizadas y con intereses, en los términos establecidos en la legislación contencioso administrativa y, además, con intereses moratorios en cuanto hubiere lugar.

La liquidación de intereses debe ser ordenada por el Despacho y efectuada en los términos en que sea ordenada.

VIII. PRUEBAS

A. DOCUMENTALES

Con fundamento en el artículo 165 del Código General del Proceso y los artículos 243 y siguientes ibidem, solicito se tengan como tales las que obran ya en el expediente y las que se aportan ahora con este escrito.

1. Copia de la Póliza No. 65-44-101128442 expedida por Seguros del Estado S.A. en coaseguro con Mapfre, junto con sus condiciones generales, anexos y modificaciones.
2. Poder otorgado al suscrito por Seguros del Estado S.A., que obra en el expediente.
3. Certificado de existencia y representación de Seguros del Estado S.A., emanado de la Superintendencia Financiera de Colombia, que obra en el expediente.
4. Oficio DJ-PJU-2308 del 19 de octubre de 2018 emitido por el Municipio de Armenia.
5. Audios recaudados por el Municipio de Armenia en virtud del proceso administrativo sancionatorio iniciado mediante el Oficio DJ-PJU-2308 del 19 de octubre de 2018 emitido por el Municipio de Armenia.
6. Descargos presentados por los convocados y alegatos de conclusión presentados por Seguros del Estado en el proceso administrativo sancionatorio iniciado por el Municipio de Armenia en virtud del Oficio DJ-PJU-2308 del 19 de octubre de 2018 emitido por el Municipio de Armenia.
7. Dictamen Pericial con su complementación y alcance elaborado por la firma Coravil y aportado por Seguros del Estado en el proceso administrativo sancionatorio iniciado por el

Municipio de Armenia en virtud del Oficio DJ-PJU-2308 del 19 de octubre de 2018 emitido por el Municipio de Armenia.

8. Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020 proferida por el Municipio de Armenia *“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”*.
9. Recurso de reposición interpuesto por Seguros del Estado contra la Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020 proferida por el Municipio de Armenia *“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”*.
10. Solicitud de Conciliación Extrajudicial de noviembre de 2018 elevada por el Municipio de Armenia ante la Procuraduría General de la Nación-Delegada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Quindío.
11. Contrato de Fiducia Mercantil 9141 y la relación de inversión del anticipo emitida por la fiduciaria.
12. Contrato Interadministrativo No. 013 de 2015 suscrito el 8 de mayo de 2015 entre el Municipio de Armenia/Secretaría de Infraestructura y la Empresa de Desarrollo Urbano de Armenia-EDUA, con su adición y modificadorio.
13. Contrato 031 de 2015 celebrado entre el Municipio de Armenia y la Unión Temporal Puentes Armenia con sus anexos modificatorios, y sus estudios previos y pliegos de condiciones definitivos.
14. Contrato de Consultoría 001 de 2016 celebrado entre el Municipio de Armenia y Consorcio Interpuentes Quindío, con sus pliegos de condiciones y modificaciones.
15. “INFORME PRELIMINAR DE AUDITORÍA ESPECIAL, Versión: 7 Fecha de Elaboración: 23-01-2014 Fecha de Revisión: 07-11-2017, “INFORME PRELIMINAR DE AUDITORÍA MODALIDAD ESPECIAL DEL PROYECTO DE OBRAS FINANCIADAS A TRAVES DE LA CONTRIBUCION DE VALORIZACION”.
16. Derecho de petición presentado ante Cinte SAS con su respectiva respuesta por parte de la empresa.
17. Derecho de petición del 14 de enero de 2021 presentado por el coordinador para la Gerencia Jurídica y de Asuntos Legales de Seguros del Estado S.A. ante el Municipio de Armenia.
18. Oficio DJ-PJU-130 18-1-2021 del 18 de enero de 2021, mediante el cual el Director del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia remite el derecho de petición presentado por Seguros del Estado S.A.
19. Resolución no. 21 del 22 de enero de 2021 emitida por el Departamento Administrativo de Hacienda-Tesorería Municipal-Ejecución Fiscales, por la cual se ordenó un embargo por

concepto de incumplimiento del Contrato de Obra No. 031 de 2015 y cobro de garantía única de cumplimiento.

20. Correos electrónicos del 21 de enero de 2021, en los cuales las entidades bancarias dan cuenta de la recepción del embargo y su configuración inmediata.
21. Correo electrónico del 26 de enero de 2021 dirigido al Director del Departamento Administrativo Jurídico del Municipio de Armenia, mediante el cual el apoderado de Seguros del Estado S.A. pone de manifiesto su inconformidad con el actuar del Municipio de Armenia.
22. Misiva DH-PGF-GT-0126 del 27 de enero de 2021, la Tesorera General del Departamento Administrativo de Hacienda, Francy Enith Londoño Carmona, dio respuesta parcial a la solicitud de información, manifestando el número de cuenta bancaria destinada para el pago de obligaciones.
23. Certificación emitida por el banco Davivienda, en la cual se indica el número de cuenta bancaria de la que el Municipio de Armenia es titular
24. Comprobante del primer intento de pago 28 de enero de 2021, mediante el cual Seguros del Estado S.A. acredita el pago realizado al Municipio de Armenia por la suma de COP\$13.470.106.809,10.
25. Certificación emitida por el banco Davivienda, en la cual se indica el número de cuenta bancaria de la que el Municipio de Armenia es titular y en la que se consigna la nota del error generado por el banco.
26. Comprobante de pago 28 de enero de 2021, mediante el cual Seguros del Estado S.A. acredita el pago realizado al Municipio de Armenia por la suma de COP\$13.470.106.809,10.
27. Solicitud de conciliación prejudicial presentada por Seguros del Estado S.A. ante la Procuraduría General de la Nación y su constancia de Convocatoria de Conciliación con número de radicado no. E-2020-593856 del 10 de noviembre de 2020.
28. Auto no. 255 del 4 de diciembre de 2020, por medio del cual la Procuraduría 13 Judicial (ii) para Asuntos Administrativos resolvió admitir la solicitud de conciliación prejudicial presentada por Seguros del Estado S.A.
29. Acta del 15 de febrero de 2021 emitida Procuraduría 13 Judicial (ii) para Asuntos Administrativos, mediante la cual se acredita el surtimiento del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial.
30. Constancia no. 031 fecha 18 de febrero de 2021 emitida por la Procuraduría 13 Judicial (ii) para Asuntos Administrativos en la cual consta el resultado fallido de la audiencia de conciliación prejudicial.
31. Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad Constructora Diez Cardona S.A.S. emitido por la Cámara de Comercio de Medellín.

32. Acto constitutivo de la Unión Temporal Puentes Armenia del 13 de noviembre de 2015 y debidamente suscrita por las partes que la componen. Asimismo, se adjunta la documentación referente a la propuesta presentada por la Unión Temporal.
33. Acta de Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del CPACA proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 3 de agosto de 2021 dentro del medio de control de controversias contractuales adelantado por Seguros del Estado S.A. contra el Municipio de Armenia y cuyo trámite se adelanta bajo el radicado: 63001-23-33-000-2021-00037-00.
34. Audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 3 de agosto de 2021 dentro del medio de control de controversias contractuales adelantado por Seguros del Estado S.A. contra el Municipio de Armenia y cuyo trámite se adelanta bajo el radicado: 63001-23-33-000-2021-00037-00
35. Certificado de Existencia y Representación Legal de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá.
36. Cédula de ciudadanía de Juan Felipe Torres Varela.
37. Tarjeta profesional de abogado de Juan Felipe Torres Varela.

B. DICTAMEN PERICIAL

Con fundamento en los artículos 226 y s.s. del C. G. del P., solicito al Despacho se tenga como prueba el Dictamen Pericial que aporte con el presente escrito.

El dictamen determina (i) el valor ejecutado del contrato de obra y (ii) el porcentaje de ejecución del contrato de obra No. 031 de 2015 a la fecha. Lo anterior para determinar la parte cumplida del contrato y la consiguiente proporcionalidad de una eventual sanción. Asimismo, determinará (iii) el monto de las sumas invertidas por concepto de anticipo recibido –con indicación de las fechas de desembolso-, (iv) el monto no invertido del anticipo y (v) las sumas pendientes de amortización. El dictamen a estos efectos establecerá en qué rubros o renglones fueron invertidas las sumas de dinero entregadas por ese concepto.

Solicito se haga comparecer al perito, Gustavo E Coronado, Gerente General de Coravil S.A.S., para que rinda testimonio sobre los análisis cuantitativos efectuados al contrato de obra pública 031 de 2015, la consolidación de datos de gestión contractual, el anticipo recibido, la manera como fue invertido el anticipo, recursos dejados de invertir y todos los demás aspectos en los que se soportan las defensas planteadas por Seguros del Estado S.A. El testigo puede ser localizado en la Calle 114 # 53-40 piso 1 en la ciudad de Bogotá DC, teléfonos: (571) 8137862 y (57) 3212846384. Correo electrónico: gerencia@coravil.com

C. PRUEBA TRASLADADA

Dispone el artículo 174 del Código General del Proceso que: *“Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte*

contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales. La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan”.

Con fundamento en lo anterior, solicito al H. Tribunal que decrete la totalidad de las pruebas decretadas y practicadas en el curso del proceso iniciado por Seguros del Estado S.A. vs el Municipio de Armenia y cuyo trámite se adelanta bajo el radicado: 63001-23-33-000-2021-00037-00.

Lo anterior, con el fin de dar traslado a dichas pruebas e incorporarlas al presente proceso.

IX. ANEXOS

1. Las pruebas documentales relacionadas en el acápite correspondiente.
- 1) Certificado de existencia y representación legal de Seguros del Estado S.A., emanado de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 2) Poder especial otorgado por Seguros del Estado.
- 3) Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal No. 65-44-101128442 que garantizó el Contrato 031 de 2015 y sus anexos.
- 4) Oficio DJ-PJU-2308 del 19 de octubre de 2018 emitido por el Municipio de Armenia.
- 5) Resolución No. 223 del 27 de agosto de 2020 proferida por el Municipio de Armenia “*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*”
- 6) Solicitud de Conciliación Extrajudicial de noviembre de 2018 elevada por el Municipio de Armenia ante la Procuraduría General de la Nación-Delegada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Quindío.

Mediante el siguiente link se puede acceder a la totalidad de los anexos: https://lexiacom.sharepoint.com/:f/g/personal/jfelipetorresv_lexia_co/Ev5hsY7La-IJvL4_BYcwM7sBI7HriuLyDVSEnR8W8-6qsw?e=GrAfRs

X. NOTIFICACIONES

SEGUROS DEL ESTADO S.A.: Dirección de notificación: Carrera 11 No. 90-20 en la ciudad de Bogotá D.C. Dirección de correo electrónico: con correo electrónico a efectos de notificaciones judiciales: juridico@segurosdelestado.com;

LEXIA

Calle 110 No. 9-25, Of 813,
Torre Empresarial Pacific
Bogotá, Colombia

T. (+57 1) 3176554145
jfelipetorresv@lexia.co
lexia.co

El suscrito recibirá notificaciones en las siguientes direcciones: Calle 110 No. 9 – 25, oficina 813 de Bogotá, D. C., Teléfono 6296781; Móvil: 3176554145 - 3153315748. Dirección de correo electrónico: jfelipetorresv@lexia.co y jftorres@lexia.co;

* * *

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.