



Bogotá D.C, 11 de diciembre de 2023

Doctor:
NICOLÁS YEPES CORRALES
Honorable Magistrado
Consejo de Estado
Sección Tercera
E.S.D.

Radicación: 63001-23-33-000-2021-00084-01 (70.576)
Actor: Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.
Demandado: Municipio de Armenia y otro
Referencia: Controversias contractuales
Asunto: Descorre traslado recursos de apelación – oposición

JHON ALEXANDER SANABRIA JARAMILLO, mayor de edad, e identificado como aparece en la parte final del presente documento, actuando en calidad de apoderado judicial de la parte demandada municipio de Armenia (Q), procedo en la oportunidad prevista para tales efectos por el Artículo 247.4 de la Ley 1437 de 2011 - *modificado por la Ley 2080 de 2021* -¹, a descorrer traslado de los recursos de apelación formulados por el extremo activo de la litis y Seguros del Estado, ello en contra de la sentencia de primer grado que negó las pretensiones de la demanda.

En mi condición de mandatario judicial, me opongo a todas y cada una de las manifestaciones que integran las alzadas frente a las cuales descorro traslado, a través de pronunciamiento conjunto, así:

A. DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU CUMPLIMIENTO EN EL CASO PARTICULAR Y CONCRETO

Contrario a lo manifestado por el recurrente, el principio de planeación tuvo lugar en todas y cada una de las actuaciones surtidas por el Municipio de Armenia (Q) en el marco de la suscripción y ejecución del contrato de obra 031 de 2015. Veamos:

- a. El carácter mixto de las obligaciones pactadas en el contrato de obra 031 de 2015 y su impacto en la maduración de estudios y diseños a fase III.

Conforme disponía el Decreto 1510 de 2013 (subrogado DUR 1082 de 2015), aplicable para la época de los hechos, el Municipio de Armenia cumplió con el principio de planeación desde la etapa precontractual garantizando la plena publicidad del proceso de selección bajo la modalidad de licitación pública, advirtiéndose en todo momento, sobre la naturaleza mixta del objeto a contratar, en tanto comprendía las actividades de diseño fase III y la subsecuente ejecución de obras. Así queda demostrado con el cargue de documentos en el sistema de publicaciones del portal de contratación pública – secop I, cuya consulta puede realizarse a través del siguiente link, no obstante los antecedentes administrativos presentados en otrora junto con la contestación de la demanda.

https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-1-151218&grecaptcharesponse=03AGdBq26e1YRRGos_YbeeSATfXvBkfox8pTlch8AHSorL222gZXsahSpI9vZ2w0wuqtPOiKIIt7-Lqw0QzsZs307cnRbkSD26XmqPYQiVotjFooIr5-

Así las cosas, no es de recibo que la parte actora invoque un cargo por falta de planeación, por cuenta de la ejecución de actividades en materia de ajuste a diseños por el contratista,

¹ **ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.** <Artículo modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

(...)

4. Desde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria del que la admite en segunda instancia, los sujetos procesales podrán pronunciarse en relación con el recurso de apelación formulado por los demás intervinientes”.



ya que el componente obligacional a su cargo demandaba una maduración a fase 3 de los diseños entregados por la entidad. A dicha conclusión se llega luego de una interpretación armónica al contenido de los documentos que hacen parte integral del contrato, y no así, como en efecto lo pretendido la parte actora cuando afinca el sustento de sus alegaciones al contenido de la cláusula cuarta del negocio jurídico referente a las obligaciones del contratista, máxime cuando la propuesta presentada por el adjudicatario del proceso fija de manera clara e inequívoca, que uno de los componentes de la oferta correspondía a la actividad **-DISEÑO A FASE 3²** según pasa a verse a renglón seguido:

PRESUPUESTO OFICIAL					
ITEM	DESCRIPCIÓN DEL ÍTEM	UND	CANT	V.UNITARIO	VALOR PARCIAL
I	DISEÑOS EN FASE 3				\$ 1.074.525.400,00
I.1	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos - VIA MONTECARLO TRAMO II	gl	1,00	\$ 349,577,600,00	\$ 349,577,600,00
I.2	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos - AVENIDA DE OCCIDENTE TRAMO III	gl	1,00	\$ 135,720,000,00	\$ 135,720,000,00
I.3	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos - VIA DEL YULIMA	gl	1,00	\$ 125,512,000,00	\$ 125,512,000,00
I.4	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos - VIA LA COLONIA	gl	1,00	\$ 151,496,000,00	\$ 151,496,000,00
I.5	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos - CONEXIÓN CASTELLANA COINCA	gl	1,00	\$ 70,794,800,00	\$ 70,794,800,00
I.6	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos	gl	1,00	\$ 241,425,000,00	\$ 241,425,000,00

(Registro escaneado)

Luego entonces, desde siempre la interpretación del extremo por activa de la litis en punto a los efectos jurídicos de la oferta ha sido contraria lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia a manera de criterio de interpretación, en los siguientes términos:

*“(...) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL ARIEL SALAZAR RAMÍREZ Magistrado Ponente SC054-2015 Radicación No. 11001-31-03-044-2010-00399-01 (Aprobado en sesión de nueve de septiembre de dos mil catorce) Bogotá D. C., veintiséis (26) de enero de dos mil quince (2015) “(...) La eficacia jurídica de la propuesta está supeditada -según lo tiene definido esta Sala- a que satisfaga los siguientes requisitos: (...) **ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento.** Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida... (CSJ SC, 8 Mar. 1995, Rad. 4473)” (...)*”
(Negrilla y subraya fuera de texto original).

De otro lado se impone desvirtuar el sentido lato que en la demanda se atribuye a la locución “ajustes”, toda vez que el compromiso asumido por el contratista en razón de su propuesta, iba más allá de la realización de ajustes menores, pues se itera, parte del objeto contractual consistía en la maduración a fase 3 de unos diseños suministrados por el Municipio de

²Página 21 contestación de la demanda



Armenia como resultado de la ejecución del contrato interadministrativo suscrito con la Empresa de Desarrollo Urbano Ltda -EDUA-, los cuales se encontraban en fase 2. Huelga señalar entonces, que la modificación a los estudios y diseños en el marco de un contrato con prestaciones mixtas, tal y como ocurre en el caso particular y concreto, comporta un escenario plausible a voces de lo conceptualizado por la Sala de Servicio y Consulta Civil del Consejo de Estado, así:

"(...) Concepto 2386 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. Fecha de Expedición: 05 de septiembre de 2018.

(...) e) Contratos estatales que involucran prestaciones mixtas: los contratos mixtos.

Es posible que existan contratos mixtos que contengan prestaciones correspondientes a varios tipos o clases de contratos, que no se encuentran relacionados con otros contratos típicos o atípicos, nominados o innominados a que se refieren los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Posiblemente, el único evento que había sido regulado en la legislación nacional correspondía a la posibilidad de iniciar un proceso cuyo objeto incorpore tanto el diseño como la construcción de la obra, caso en el cual se consideraba que debía realizarse una licitación o selección abreviada, según correspondiera. Es decir, el proceso utilizado para la contratación de obra, al parecer atendiendo al carácter de la prestación principal (...)". (Subraya fuera de texto).

En el mismo sentido, sentenció el Alto Tribunal con ponencia de la Magistrada MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO, que:

"(...) Por ello, en relación con el cumplimiento del deber de planeación, se puede establecer como suficiente que los estudios previos se presentaron a nivel del proyecto general aprobado para el Distrito Capital y que correspondieron a los desarrollados específicamente por cada localidad, tal como se hizo constar en los documentos contentivos de la Convocatoria Pública PMC-SED-DSA-272 de 2004, elaborados por la Secretaría de Educación, dentro de los cuales se encuentran los Términos de Referencia y los antecedentes correspondientes al Proyecto No. 6011 correspondiente al mejoramiento de la infraestructura de los centros educativos de acuerdo con los estudios elaborados por las oficinas de planeación de las respectivas localidades (...) En conclusión, de acuerdo con el texto del contrato de consultoría y obra, la variación de alcance en las obras era viable en desarrollo de lo establecido en el contrato, como consecuencia de los cambios requeridos por la contratante y de los nuevos diseños aprobados de conformidad con lo allí previsto³" (Subraya fuera de texto).

Con base a lo anterior, queda desvirtuada la falta de planeación derivada de la ausencia de estudios y diseños definitivos, al tenor de los siguientes postulados:

- i. No existe prohibición legal alguna que le impidiera al Municipio de Armenia, llevar a cabo un proceso de selección en los términos de la licitación pública DAJ- LP-010-2015, principalmente en lo que a la naturaleza del objeto se refiere.
- ii. La ausencia de estudios y diseños definitivos requeridos para la ejecución de la obra pública contratada, solo es posible en la medida que nos encontremos en presencia de un contrato con prestaciones mixtas –*consultoría y obra pública* – tal y como es el caso del Contrato de Obra No. 031 de 2015.

³CONSEJO DE ESTADO/SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/ SECCIÓN TERCERA – SUBSECCION A/ CONSEJERA PONENTE: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO/Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016) /Radicación: 26000232600020070062201 (43764)



- iii. La variación en el alcance del contrato, es una de las eventuales consecuencias de la realización de los estudios al detalle en el marco de un contrato con prestaciones mixtas.

Lo hasta acá manifestado, obra como justificación del porqué no se contaba con los permisos ambientales de los cuales tanto se duele la parte actora. La razón, se itera, su obtención exigía la existencia de los diseños definitivos los cuales tan solo iban a concretarse durante la ejecución del contrato de obra 031 de 2015 como ya se dijera, situación ésta conocida a plenitud por los interesados en participar en el correspondiente proceso de selección y por el garante, según quedara expresamente señalado en el pliego de condiciones definitivo en los siguientes términos:

“(…) 1.15 PERMISOS:

1.15.1 AMBIENTALES:

Los permisos ambientales, que sean requeridos para 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”, como resultado posterior a la entrega de los diseños definitivos, donde se determinaran los permisos ambientales requeridos, serán responsabilidad del Contratista, atendiendo este el cumplimiento de la normatividad establecida por la autoridad ambiental y con el acompañamiento de la Entidad Contratante. (...)”

La anterior previsión, devino como resultado de la autorización contenida en el Artículo 40 de la Ley 1682 de 2013, que a la letra reza:

*“(…) ARTÍCULO 40. La gestión para la obtención de la Licencia Ambiental, con fundamento en los estudios a los que se refiere el artículo anterior, **podrá adelantarse por la entidad pública, el concesionario y/o contratista. La responsabilidad de gestión y obtención de la Licencia Ambiental deberá pactarse en el respectivo contrato.** Es deber del Ministerio del Interior liderar y acompañar de manera permanente el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas cuando sea requerido para la obtención de la licencia ambiental del proyecto de infraestructura de transporte y la entidad contratante será responsable de los compromisos que se adquieran con las comunidades. (...)” (Negrilla y subraya fuera de texto original).*

Colofón de lo anterior, es del caso destacar *contrario sensu* se encuentra establecido en el memorial de obertura procesal, que tanto la ausencia de estudios y diseños al detalle (fase 3), como de los permisos ambientales respectivos, comportan eventos presupuestados por el Municipio de Armenia como entidad responsable del proceso de selección.

- b. Responsabilidad del Municipio de Armenia en los hechos que desencadenaron en las modificaciones del Contrato de Obra 031 de 2015

Se discute por el recurrente, que las modificaciones de las que fuera objeto del contrato de obra plurimentado, son muestra irrefutable de la falta de planeación imputable al Municipio de Armenia como parte contratante. Empero, huelga decir que, las modificaciones y suspensiones fueron consecuencia de hechos imprevisibles pero resistibles para las partes.

El artículo 90 constitucional y 50 de la Ley 80 de 1993, establece los dos elementos estructurales de la responsabilidad del estado, siendo ellos el daño antijurídico y la imputación. Ahora bien, frente al daño antijurídico la Corte Constitucional en sentencia C-



333 de 1996 establece el concepto del mismo, entendido como “*perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo (...) igualmente, no basta que el daño sea antijurídico sino que este debe ser además imputable al estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública*”.

En este sentido el daño antijurídico para materializarse o concretarse como elemento estructural de la responsabilidad, contiene las siguientes características: “*que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida*”⁴

Así las cosas, la contingencia técnica presentada en el modificatorio nro. 001 de 2016 y la contingencia frente al recaudo de la contribución de valorización presentadas en los modificatorios 003 y 004 de 2017, constituyeron la causa eficiente y determinante respecto a la variación del valor nominal del contrato de obra 031 de 2015, sin que las modificaciones por hechos sobrevinientes sean fuente de responsabilidad, toda vez que como se encuentra probado a través de los **principios de mutabilidad y conservación del contrato**, los extremos negociales de mutuo acuerdo y libres de vicios de consentimiento acordaron los mecanismos y procedimientos para solucionar rápida y eficazmente las situaciones imprevistas pero resistibles presentadas, lo cual evitó la lesión al derecho de crédito de las partes, lo cual fue aceptado por el garante a expedir los anexos modificatorios a la póliza.

Igualmente, en garantía del **principio de buena fe objetiva** que conlleva a los deberes de lealtad, corrección e información, le fue comunicada dicha situación a la compañía aseguradora (garante), prueba de ello -se itera- las modificaciones expedidas a las pólizas de seguros sin salvedad alguna por parte del garante. (Seguros del Estado S.A y Mapfre Seguros Generales de Colombia).

c. Causales de Nulidad por Objeto ilícito a la luz de la tesis vigente de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Si bien la parte actora insiste en invocar la falta de planeación como causa de nulificación absoluta del contrato de obra 031 de 2015 por objeto ilícito, no se vislumbra en el escrito de apelación, argumento que soporte tales afirmaciones a la luz de la tesis vigente de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵ que sobre el particular dispone:

“(...) Alcance del principio de planeación en la contratación estatal:

El cumplimiento de los deberes y principios que la Constitución y la ley imponen en materia de contratación estatal aseguran la eficacia de la actividad contractual y, por ende, la efectiva satisfacción del interés general

(...) En efecto, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.”[xx] razón por la cual en todos ellos se impone el deber de observar el principio de planeación.

Para cumplir con el principio de planeación deben observarse “parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia” [xxi] puesto que así se aseguran la prestación de los servicios públicos y la preservación de los recursos del Estado (...)

Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que [xxii] colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación

⁴Consejo de Estado/Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera/Subsección C/Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA /primero (1) de febrero de dos mil doce (2012) /Radicación (22464).

⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 10 de Diciembre de 2016, CP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, expediente 51.489.



también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planeación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato[xxiii] (...)

Ahora, en lo atinente al parámetro de oportunidad es bien sabido que este tiene relación con el momento en que ha de celebrarse el contrato y con la duración de su ejecución ya que, en cuanto a lo primero, debe procederse a la celebración del negocio cuando todos los factores jurídicos, económicos, técnicos, materiales, operativos, temporales, climáticos, etc., que sean previsibles, aseguren la mayor probabilidad de que la ejecución del objeto contractual se llevará a feliz término, se entregará en óptimas condiciones y, en cuanto a lo segundo, involucra la inmediata y eficiente prestación del servicio público y el precio real de las cosas o servicios que serán objeto del contrato.

Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista[xxviii].

Y es que la definición de la duración del objeto contractual, y ya considerando el asunto desde el punto de vista del valor, permite fijar el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta, entre otras variables, la fluctuación de precios para que la Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual y de esta manera ajustarse a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal (...)

Entonces, el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

Pero, por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal implica una violación a la normatividad que la impone, ya que las falencias que determinan una transgresión normativa, son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente un posible incumplimiento de las partes contratantes, un detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo o diferentes situaciones que afecten la ejecución normal del objeto contractual (...). (Subraya fuera de texto).

Autoriza entonces colegir el aparte en cita que solo bajo circunstancias de sumo especialísimas, el desconocimiento del principio de planeación puede conllevar a la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito. Corresponden éstas a las siguientes:

1. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse.
2. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.
3. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad.

Pues bien, al momento de enervar el presente motivo de inconformidad, pasó el apelante de rebatir como era su deber, el contenido y alcance del acuerdo de voluntades de que trata el Modificatorio No. 04 al Contrato No. 031 de 2015, producto del cual, los ajustes a diseño



fueron aprobados y se establecieron las condiciones técnicas y económicas para terminar la ejecución contractual, quedando con ello superado cualquier inconveniente derivado de la presunta “falta de planeación” de la entidad contratante constitutiva de la tan alegada nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito. Recordando que al precitado modificatorio N° 04, le fue autorizado el anexo modificatorio a la póliza debidamente expedida por el garante sin objeción alguna.

No obstante lo anterior, la inejecución definitiva del contrato de obra 031 de 2015, tuvo como causa eficiente y determinante la pérdida de capacidad jurídica del contratista plural por la concreción de una inhabilidad sobreviniente producto de una medida de aseguramiento en firme en relación con su representante legal, y los representantes de dos (02) de las personas jurídicas que la integraban, y no producto de una falta de planeación del referido contrato estatal o la imposibilidad técnica de su ejecución.

- d. La falta de planeación del Contrato de Obra 031 de 2015 en el marco de las actuaciones desplegadas por la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.

Permite se lea de manera textual uno de los considerandos en que se funda la falta de planeación cuya probidad se persigue, que:

(...) Las pruebas de la violación vienen dadas por la Procuraduría General de la Nación, el mismo Municipio de Armenia, la Contraloría General de la República, el testimonio del supervisor y del interventor del contrato de obra y por las motivaciones plasmadas en el Otrosí no. 3 del contrato.

Conforme lo anterior, menester resulta para el suscrito apoderado, signar que la actuación del ente de control tomada como basamento en la alzada, se contrae a los resultados del “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 TRAVÉS DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN”. No obstante, se observa la inexistencia de un pronunciamiento a voces de los artículos 52 y siguientes de la Ley 610 de 2000, que permita valorar de manera integral su incidencia de ser el caso, en la presente causa jurídica procesal, lo que de contera impone que la alegación en particular deba ser desestimada, máxime cuando la parte recurrente obvió realizar solicitud de orden probatorio al respecto con cargo al trámite de la segunda instancia.

A su turno, frente a la existencia de la causa jurídica procesal radicada bajo la partida 63001233300020180021300 promovida por las Procuradurías 99 Judicial (I) y 13 Judicial (II) para asuntos administrativos de la ciudad de Armenia (Q), se debe señalar que:

- En efecto, dentro de las pretensiones principales de demanda, reza una del siguiente contenido:

(...) Se declare la nulidad absoluta del contrato de obra pública No. 2015-031 del 23 de diciembre de 2015 por valor de \$ 80.455.727.813, el cual tiene por objeto: “(...) 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 del Quindío”.

- Surtidas las etapas procesales, el Tribunal Administrativo del Quindío – Sala Segunda de Decisión, mediante Sentencia del 26 de mayo de 2022 con ponencia del Señor Magistrado JUAN CARLOS BOTINA GÓMEZ, resolvió previas las consideraciones del caso, en su Artículo Primero, lo siguiente:



- (...) PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas*
- Ante la no interposición de recursos, el fallo de primera instancia cobró firmeza, encontrándose el proceso archivado, tal y como se advierte de la consulta en el sistema SAMAI⁶.

Colorario de la no presentación de recurso alguno por los Agentes Delegados del Ministerio Público como extremo activo de la litis, se colige que su percepción respecto de la falta de planeación que se acusa, en modo alguno es de la naturaleza, que la hoy apelante compañía de seguros pretende imprimirle a efectos de lograr sacar adelante su pretensión de nulidad. Por tanto, se ruega tener en cuenta la postura asumida por la Procuraduría General de la Nación en punto a la nulidad absoluta del Contrato de Obra 031 de 2015.

B. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO Y LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Dado que a voces de la alzada se ponen de manifiesto diferentes escenarios a partir de los cuales se entiende configurada la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, se considera importante retomar lo manifestado sobre el particular por el Municipio de Armenia a manera de defensa.

I. CONOCIMIENTO DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DEL MUNICIPIO DE ARMENIA A PARTIR DEL 2 DE NOVIEMBRE DE 2017.

Sobre el particular, se puede determinar claramente que en los informes de interventoría N° 1 del mes de marzo de 2016; N° 2 del mes de abril de 2016; N° 3 del mes de mayo de 2016; N° 04 del mes de mayo de 2016; N° 5 del mes de julio de 2016; N° 6 del mes de agosto de 2016, en ningún momento se manifestó expresamente por parte de la interventoría, que se hubiese constituido una situación de incumplimiento contractual en relación con el manejo e inversión del anticipo imputable al contratista de obra UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA, es decir, nunca hubo una manifestación inequívoca de la ocurrencia de un hecho constitutivo de siniestro por la (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; o (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo que hubiese determinado con certeza una imputación jurídica de incumplimiento o como dice la doctrina nacional la "floración del incumplimiento".

Por el contrario, la interventoría, solamente se limitó a manifestar de manera general y sistemática que: "(...) **PARA LA VIGENCIA DEL PRESENTE INFORME EL CONTRATISTA NO REPORTÓ ESTADO DE INVERSIÓN DE ANTICIPO (...)**".

En tal sentido, es claro, que la interventoría nunca manifestó en los referidos informes que no se hubiese cumplido con el buen manejo y correcta inversión del anticipo como tampoco solicito hacer efectiva la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales en lo correspondiente al amparo de Buen manejo y correcta inversión del anticipo, al punto que ni siquiera expresó una tasación estimada de perjuicios por este concepto legal.

Ahora bien, se tiene probado contrario al sentir de la parte actora, que el informe N° 10 del mes de octubre de 2016, sin mayor elucubración afirmó como una situación subsanada la siguiente:

"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 (...)".

Ahora bien, por su parte alega la parte demandante, que:

⁶https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=630012333000201800213006300123



“(…) 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”. (Subraya fuera de texto).

Sobre este punto, es lo primero manifestar que la entrega de los soportes de la fiducia realizada a la entidad estatal sin verificación o salvedad alguna por parte del interventor según el acta de comité N° 48 del 19 de julio de 2017, es prueba del incumplimiento en relación con la información oportuna que le impone la Ley y el contrato estatal a la función pública de interventoría, pues nada más alejado de la realidad que la entidad estatal contratante tenga que realizar el trabajo de la propia interventoría cuando precisamente para eso se contrató en materia del control y vigilancia financiero y contable, y más aún, se pactó el reconocimiento de una contraprestación económica, lo cual, incluye, un equipo de trabajo que precisamente fue ponderado o calificado en el respectivo concurso de méritos.⁷

Ahora bien, el citado oficio CIQ-01-2016-224 del 06 de marzo de 2017, suscrito por el director de interventoría, dirigido al director de obra de la UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA, literalmente establece:

⁷ Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.3.2. “Procedimiento del concurso de méritos. Además de las reglas generales previstas en la ley y en el presente título, las siguientes reglas son aplicables al concurso de méritos abierto o con precalificación: (...) 1. La Entidad Estatal en los pliegos de condiciones debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo, y b) la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo (...)”.



Oficio: CIQ-01-2016-224
Al responder por favor citar este número

Armenia, 06 de marzo de 2017

Ingeniero
Giovani Herrera
Director de obra
Unión Temporal Puentes de Armenia
Carrera 15A Norte #11-80
Armenia Quindío

Referencia: CONTRATO DE OBRA PÚBLICA No. 2015-031 "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."

Asunto: Documentación de cierre de fiducia.

Respetado Ingeniero.

Teniendo en cuenta los últimos extractos de la fiducia y que los saldos ya se encuentran en cero, se solicita el informe final de la entidad bancaria Bancolombia y el cierre de la fiducia para el respectivo reporte a la secretaria de infraestructura.

Sin otro particular,


Hernan Matecha Pulido
Director Interventoría
Consorcio Interpuentes Quindío

Preparó: LC
Revisó: CB

UNIÓN TEMPORAL PUENTES
ARMENIA
KIT. 900.910.736 - B
RECIBIDO
POR: José M. Gómez
FECHA: 07.03.2017
HORA: 9:53 a.m.
EL SECREARIO DE INFRAESTRUCTURA

Conforme lo anterior, es claro, que la interventoría nunca manifestó en el referido informe que no se hubiese cumplido con el buen manejo y correcta inversión del anticipo, como tampoco solicito hacer efectiva la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales en lo correspondiente al amparo de Buen manejo y correcta inversión del anticipo.

De la simple lectura del referido oficio, la interventoría, solamente solicitó por escrito al contratista de obra, el informe final de la entidad bancaria BANCOLOMBIA, que entre otras cosas, se trata realmente es de una entidad fiduciaria, y el cierre de la fiducia para el respectivo reporte.

Lo anterior, podría entenderse en el sentido que la propia interventoría desde el informe N° 10 del mes de octubre de 2016, sin mayor elucubración ya había manifestado que:

"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 (...)"

De manera subsiguiente la parte actora, manifiesta en torno a una de las comunicaciones emanada de la interventoría, lo siguiente:

"(...) 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". (Subraya fuera de texto).

En este sentido, de manera literal, el oficio CIQ-01-2016-336 del 13 de septiembre de 2017, suscrito directamente por el ingeniero ANDRES LEONARDO LASSO AGUIRRE, en representación del CONSORCIO INTERPUENTES QUINDIO, dirigido al director de obra de la UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA, determina lo siguiente:

"(...)



Armenia, 13 de Septiembre de 2017

Ingeniero
GIOVANNI HERRERA
Director de obra
Unión Temporal Puentes de Armenia
Carrera 15A Norte #11-80
Armenia Quindío

ALCALDIA DE ARMENIA
Correspondencia Recibida: 2017RES1022
Ciudadano: CONSORCIO INTERPUENTES
Fecha: 2017-09-20 15:45:00
Asunto: COPIA
Área: 0
Destinatario: Ima Reyes Gil
Secretaría de Infraestructura
Recibido por: Ana Cecilia Lopez Barrera

Oficio: CIQ-01-2016-336
Al responder por favor citar este número

UNION TEMPORAL PUENTES
ARMENIA

NIT. 900.918.750 - 8

RECIBIDO
POR: LICENCIADO RUP
FECHA: 19-09-17
HORA: 4:32 PM
EL REGALO DE CONSERVACIONES ES UNO A OTRO

Referencia: CONTRATO DE OBRA PÚBLICA No. 2015-031 "AJUSTE A DISEÑOS Y CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS: VÍA MONTECARLO TRAMO II, AVENIDA DE OCCIDENTE TRAMO II, VÍA DEL YULIMA (CRA 19 - AV. OCCIDENTE TRAMO II), 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."

Asunto: Observaciones a documentos del anticipo. Oficio UT-Puentes-031-2015-173.

Respetado Ingeniero



Teniendo en cuenta que desde el inicio del contrato y en diferentes oportunidades se ha solicitado la información referente al manejo del anticipo, mencionamos que solo hasta el mes de agosto mediante el oficio del asunto fueron entregados 4 tomos con el registro mensual de gastos, luego de la revisión se encuentran las siguientes observaciones:

- En la legalización presentada, se adjuntan gastos por un total de \$19.601.640.680 y el valor total del anticipo es por un valor de \$24.136.718.343.
- Se solicita el informe de rendición final de cuentas expedido por la entidad bancaria Bancolombia.

Una vez revisado todo lo anterior, se solicita al contratista complementar los valores para justificar el manejo del anticipo y aclarar los gastos que no están enmarcados en el plan de inversión del anticipo.

Cordialmente,

Andrés Leonardo Lasso Aguirre
Consortio Interpuentes Quindío

C.C. Álvaro José Jiménez, Secretario de Infraestructura.

Calle 20A # 15-16 Torre Yanuba oficina 604
Armenia Quindío

(...)"

En el precitado oficio, se puede determinar que no se trata de un informe de incumplimiento contractual dirigido a la entidad contratante MUNICIPIO DE ARMENIA, sino que se trata de un requerimiento contractual dirigido al contratista de obra solicitando expresamente complementar los valores para justificar el manejo del anticipo y aclarar los gastos que no están enmarcados en el plan de inversión de anticipo.

Reafirma lo anterior, que incluso, ni siquiera se trata de un informe dirigido a la entidad contratante municipio de Armenia.

Igualmente, del contenido del oficio **CIQ-01-2016-336 del 13 de septiembre de 2017**, llama la atención, que el interventor expresamente manifiesta que la legalización se encuentra por un valor de \$19.601.640.680, cuando del informe N° 10 del mes de octubre de 2016, presentado ante la entidad contratante Municipio de Armenia, sin mayor elucubración ya había manifestado que:

“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 (...)”.

Igualmente, en la entrega de los soportes de la fiducia realizada a la entidad contratante en el **acta de comité N° 48 del 19 de julio de 2017**, no se presentaron ni informaron salvedades u objeciones por parte del interventor frente al buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Es decir, no se encuentra de manera inequívoca y concreta una manifestación de incumplimiento contractual imputable al contratista de obra frente al buen manejo y correcta inversión del anticipo, incluso, ni siquiera, una solicitud formal de hacer efectiva la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales en relación con el referido siniestro.



II. CONOCIMIENTO DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DEL MUNICIPIO DE ARMENIA A PARTIR DEL 12 DE MARZO DE 2018.

En relación con el presente acápite, expresó en otrora la parte demandante que:

“(…) 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.”

En este sentido, la solicitud específica, contenida en el referido oficio AM-PGG-0060 del 12 de marzo de 2018, estableció puntualmente, lo siguiente:

“(…)

SOLICITUD

De la manera más cordial y respetuosa, con el fin de garantizar la correcta vigilancia del referido acuerdo de voluntades, en especial, determinar el estado económico a la fecha de ejecución del modificatorio N° 04 de 2018 al contrato de obra N° 031 de 2015, me permito solicitar un informe financiero detallado de interventoría, sobre el manejo y ejecución de los recursos entregados a título de anticipo por parte del municipio de Armenia al contratista **UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA**, para lo cual, se deberá anexar prueba documental que acredite las inversiones realizadas con los recursos públicos entregadas a título de anticipo, la forma como han sido amortizados, la cuantía y estado a la fecha de los rendimientos financieros.

De antemano agradezco la atención y colaboración prestada al presente.

Atentamente,

CARLOS MARIO ÁLVAREZ MORALES
Alcalde Municipal
Municipio de Armenia

(…)

Del contenido literal del mencionado oficio, se evidencia que el requerimiento contractual, tenía por objeto de manera específica, la presentación de un informe financiero detallado de interventoría para determinar el estado económico a la fecha de ejecución del modificatorio N° 04 de 2018 al contrato de obra N° 031 de 2015.

En este sentido, debe recordarse, que el denominado “modificatorio N° 04 de 2018”, precisamente perfeccionó el acuerdo de voluntades entre el Municipio de Armenia y la Unión Temporal Puentes Armenia, cumpliendo con el principio de conservación del contrato mediante el cual, se modificó el valor contractual en 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).

Es decir, la finalidad del requerimiento contractual, según el contenido literal, correspondía a una solicitud de información consecuencia del contrato modificatorio N° 004 del 08 de marzo de 2018, tal como se desprende de la parte motiva del oficio y del acápite de solicitud.



III. CONOCIMIENTO DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DEL MUNICIPIO DE ARMENIA A PARTIR DEL 23 DE MARZO DE 2018

Sobre este punto, refirió el libelo demandatorio lo siguiente:

“(...) 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”.

Para la refutación de dichas aseveraciones, es preciso señalar que la interventoría, mediante oficio CIQ 01-2016-385 calendado el 16 de marzo de 2018, con el fin de otorgar respuesta a un requerimiento formulado por el ente territorial, manifestó en el numeral 10 de la misma, que:

“(...) en caso de encontrar inconsistencias en los soportes entregados o que el contratista no entregue los soportes, solicitar a la entidad contratante se requiera a la aseguradora en caso de acudir a la reclamación de la póliza de buen manejo del anticipo constituida por la Unión Temporal Puentes Armenia a favor del municipio (...)”.

Es decir, para la interventoría, a la fecha del precitado oficio CIQ 01-2016-385 calendado el 16 de marzo de 2018, NO existía inconsistencia pues afirma que en caso de encontrar inconsistencias en los soportes entregados o que el contratista no entregue los soportes, solicitaría a la entidad contratante requerir a la aseguradora. Lo anterior, desestima, lo expresado frente a la formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento en contra de algunos integrantes del contratista plural de obra.

IV. CONOCIMIENTO DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DEL MUNICIPIO DE ARMENIA A PARTIR DE MAYO DE 2018

En relación con el presente argumento, el municipio de Armenia se reafirma en lo expuesto en la primera de las Resoluciones acusadas, ello en relación con la fecha a partir de la cual, se computa la prescripción de la acción de cobro de la póliza, no obstante, en caso que se quisiera otorgar alcance jurídico de conocimiento del siniestro constitutivo del anticipo en virtud del oficio CIQ01 2016-403 del 30 de abril de 2018, recibido el día 04 de mayo de 2018, sin mayor análisis se le debe precisar al recurrente, que en gracia de discusión, se debe tener en cuenta para efectos del término de prescripción de la acción de cobro de la póliza, que los términos fueron suspendidos, conforme el artículo primero del Decreto Municipal N° 161 del 16 de abril de 2020 **“POR MEDIO DEL CUAL SE SUSPENDEN LOS TÉRMINOS DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DEL SECTOR CENTRAL DEL MUNICIPIO DE ARMENIA COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA SANITARIA COVID-19”**, el cual, se encuentra debidamente publicado en la página oficial, al igual, que el acto que establece su correspondiente reanudación contenido en el Decreto Municipal N° 276 del 20 de Agosto de 2020, lo cual, conforme el computo de prescripción, la notificación de la resolución



recurrida, se realizó en la correspondiente oportunidad legal, en el marco de las competencias otorgadas por la Ley.

En conclusión, ninguno de los escenarios planteados por la parte apelante en punto a la prescripción de las acciones legales derivadas del contrato de seguros, tienen vocación de prosperidad.

C. EN RELACIÓN CON LA INVERSIÓN DEL ANTICIPO

Al margen de los postulados enunciados en el escrito de apelación y lo consignado en la providencia acusada, los siguientes son los argumentos que se solicita tener en cuenta de cara a la refrendación de lo resuelto en los actos administrativos demandados:

I. DEL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO. SUPUESTOS NECESARIOS PARA LA DECLARATORIA DEL SINIESTRO.

Sobre los supuestos para hacer efectivo el seguro de cumplimiento, más concretamente frente al **amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo** debe resaltarse que, el principal efecto de la celebración de un contrato es precisamente su fuerza obligatoria, que se traduce en el imperativo de que las partes den cumplimiento de buena fe, a las obligaciones surgidas del acuerdo de voluntades, así como aquellas que emanan de la naturaleza de las obligaciones pactadas o que por ley pertenecen a ella⁸.

En el derecho colombiano, este efecto surge de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que consagran el principio de la *lex contractus*, es decir, el imperativo de ejecutar los contratos de buena fe y el deber de cumplir con las obligaciones expresamente pactadas y las que surgen de la naturaleza del contrato mismo. Estas normas resultan plenamente aplicables a la contratación administrativa en virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁹.

En tal sentido, dispone la doctrina especializada: *“(...) Así en cuanto a las obligaciones principales de la Administración aparece, como regla, la de abonar a su cocontratante, en el término señalado en el contrato, el precio pactado o la realización del pago en especie estipulado; por su parte, el contratista deberá realizar la prestación en el tiempo debido y entregar exactamente la prestación pactada”*¹⁰.

Al respecto, la sección tercera del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 22 de julio de 2009, expediente 17.552, haciendo referencia a una tesis vigente de la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, explicó el concepto de responsabilidad contractual por incumplimiento así:

“Ahora bien, sabido es que existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, Sentencia 08 de Julio de 2016, Radicación 36867: “(...) Es principio general que los contratos se celebran para ser cumplidos y también que, como consecuencia de su fuerza obligatoria, las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad por culpa que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato)”.

⁹ EL EQUILIBRIO ECONOMICO EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Editorial Temis, Segunda Edición, 2012, tratadista LIBARDO RODRIGUEZ R, página 140

¹⁰ Bis, página 141



demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento¹¹.

Así las cosas, en el caso particular, se tiene para efectos de estructurar el juicio de responsabilidad contractual, los siguientes elementos establecidos por un sector de la doctrina y la jurisprudencia, al definir: “(...) **puede concluirse que para la configuración de la responsabilidad contractual, se requiere la presencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un contrato; b) la existencia de un daño sufrido por una de las partes del contrato; c) el incumplimiento de una obligación derivada del contrato, y d) la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento**”¹².

Ahora bien, frente al incumplimiento en relación específicamente con el amparo de buen manejo e inversión del anticipo, que conlleva el siniestro amparado en la garantía única de cumplimiento, se tiene criterio de interpretación de la ley, providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contenida en sentencia de 23 de septiembre de 2009, al señalar:

“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 dinero sobien 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 emanen 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]

(...) 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).” (Subraya es nuestra)

Conforme al análisis realizado por la Alcaldía de Armenia, al informe de la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Armenia, los descargos, pruebas aportadas y practicadas debidamente incorporadas a la actuación administrativa, y los alegatos presentados por los

¹¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 6461 de 4 de julio de 1992, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

¹² EL EQUILIBRIO ECONOMICO EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Editorial Temis, Segunda Edición, 2012, LIBARDO RODRIGUEZ R, página 151



intervinientes, ampliamente expuestos, en una valoración en conjunto y conforme la sana crítica, se determinó que efectivamente se encontraban probados los elementos de la responsabilidad contractual en relación con el sinistro del manejo e inversión del anticipo, - infidelidad de la persona a quien se han confiado las sumas de dinero o valores - por lo cual, se tiene que: **i)** la fuente de la obligación la constituye el contrato de obra 031 de 2015, lo cual, habilitó legalmente la aplicación del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y Ley 1437 de 2011, **ii)** El daño antijurídico imputable al contratista de obra por la lesión al derecho de crédito de la entidad contratante Municipio de Armenia, bajo el título de imputación jurídica de incumplimiento en el buen manejo y correcta inversión del anticipo a cargo del contratista, mediante una imputación fáctica por omisión por no cumplir la atribución jurídico – normativa y en otros la relación de causalidad que le imponía la Ley y el contrato frente al buen manejo y correcta inversión del anticipo, conforme al plan de inversión en las condiciones pactadas, haciendo uso y apropiación indebida del mismo. **iii)** La relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento del contratista de obra, y **iv)** el incumplimiento de las estipulaciones derivadas del contrato relacionadas con el anticipo frente al plan de inversión sin que exista prueba de eximente de responsabilidad.

II. EL DICTAMEN PERICIAL ELABORADO POR LA SOCIEDAD CORAVIL. ALCANCE Y CONTENIDO

Al respecto se precisa dejar en evidencia, con base a las resultas de su contradicción en audiencia de práctica de pruebas, que el personal a cargo de su elaboración y subyacente sustentación carecen de plena objetividad en el ejercicio de sus funciones, habida cuenta de la relación contractual de años atrás, que quedó demostrado existe, entre la empresa CORAVIL SAS y la COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO.

Ahora bien, dejando de lado dicha consideración, se impone hacer alusión a la falta de formación académica en asuntos contables o financieros del personal responsable de dicho peritaje, de allí la falta de técnica evidenciada y notoria al momento de rendir concepto frente al alcance de los comprobantes y soportes contables en general, que supuestamente acreditaban la inversión del anticipo en los términos legalmente establecidos. Bajo tal entendido, se considera oportuno dejar las siguientes constancias al tenor de la práctica de la referida pericia, así:

- a. La gran mayoría de los “soportes contables” aportados, no cumplen con la totalidad de requisitos legalmente establecidos para ser tenidos en cuenta como facturas¹³.
- b. La sección cuarta del Consejo de Estado, en tesis vigente, ha determinado que las certificaciones de contador público o revisor fiscal constituyen plena prueba cuando logran el convencimiento del hecho que se pretende probar, se sujetan a las normas que regulan el valor probatorio de la contabilidad, y expresan si esta se lleva de acuerdo con las prescripciones legales, si los libros se encuentran registrados en la Cámara de Comercio, si las operaciones están respaldadas por comprobantes

¹³Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 11 de septiembre de 2006, exp. 14754, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; Sección Cuarta, sentencia del 4 de noviembre de 2004, exp. 13940, C.P. Ligia López Díaz; Sección Cuarta, sentencia del 9 de septiembre de 2004, exp. 14106, C.P. María Inés Ortiz Barbosa y Sección Cuarta, sentencia del 14 de junio de 2002, exp. 12840, C.P. Ligia López Díaz: “(...) Lo anterior no significa que la Sala exija una tarifa legal en cuanto al certificado de revisor fiscal o para demostrar el costo de la materia prima vendida. La necesidad de que el certificado contable sea completo, detallado y coherente, responde al hecho de que precisamente es prueba contable y, como tal, podría reemplazar, en principio, la labor de verificación directa que debe realizar el juez o el funcionario administrativo sobre los documentos contables del contribuyente. Además, del artículo 777 del Estatuto Tributario no se deduce la aceptación incondicional del certificado del revisor fiscal como verdad real de una operación del contribuyente que deba constar en su contabilidad (...) Precisamente, esta prueba, como tal, no está sometida a una tarifa legal. Su valoración se hace de acuerdo con la sana crítica. En virtud de este principio el juez tiene la facultad de analizar el certificado y los elementos que se tuvieron en cuenta para expedirlo, de manera que, si el juez no encuentra que esté bien fundamentado, tiene la facultad de separarse de él. Por ello, depende de la eficacia e idoneidad del certificado que el juez lo acepte como prueba contable.”



internos y externos, y si reflejan la situación financiera del ente económico, entre otros.¹⁴

- c. La causación de tales “soportes contables”, operó en gran medida, en relación con ítems no previstos (*gasto no elegible*) en el Plan de Inversión del Anticipo aprobado de manera inequívoca y taxativa por el contratista plural y la interventoría conforme dispone la Ley. En este punto, se considera pertinente reseñar la extralimitación de funciones del perito y/o testigo técnico, reflejada ésta en la interpretación extensiva de la expresión “(...) *u otros elementos que se precisen para adelantar la ejecución del contrato (...)*”, dado que en audiencia de pruebas del 26 de agosto de 2021¹⁵ a **record 50:38 del registro en audio y video, ASUMIÓ** que los gastos por concepto de anticipo podían cubrir gastos diferentes a los establecidos literalmente en el Plan de Inversión, entendiendo el suscrito por tales, aquellos relacionados con la actividad de ajuste a diseños. Tal conclusión del perito, obedece a una simple opinión – *juicio de valor* - mediante la cual interpretó la Cláusula Tercera del Contrato, siendo esta una actuación que le estaba proscrita de conformidad con lo establecido por el Inciso Tercero del Artículo 226 del Código General del Proceso¹⁶.

Lo anterior, no obstante la naturaleza jurídica del plan de inversión del anticipo – *obra pública* - impone concluir que se encuentra delimitado exclusivamente a la etapa de **ejecución de obra como contradictoriamente lo asintiera el mismo deponente según los registros en record 48:56 y 49:26 de la referida audiencia**¹⁷. Ahora bien, si en gracia de discusión llegara a aceptarse que parte del anticipo fue invertido durante la etapa de ejecución de “ajuste de los diseños a fase III”, llama poderosamente la atención la ostensible diferencia entre los valores acordados por dicho concepto según la propuesta presentada por el entonces oferente por un valor de \$1.074.525.400 y el monto total de los valores desembolsados a título de anticipo que correspondió a la suma de \$22.929.882.427. El alcance económico de la oferta respecto de este factor, se encuentra detallado en el siguiente cuadro:

¹⁴Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 11 de septiembre de 2006, exp. 14754, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; Sección Cuarta, sentencia del 4 de noviembre de 2004, exp. 13940, C.P. Ligia López Díaz; Sección Cuarta, sentencia del 9 de septiembre de 2004, exp. 14106, C.P. María Inés Ortiz Barbosa y Sección Cuarta, sentencia del 14 de junio de 2002, exp. 12840, C.P. Ligia López Díaz.

¹⁵Ver proceso con radicación 63001233300020210003700.

¹⁶No 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.

¹⁷Ver proceso con radicación 63001233300020210003700.



PRESUPUESTO OFICIAL

ITEM	DESCRIPCION DEL ITEM	UND	CANT	MONETARIO	VALOR PARCIAL
1	DISEÑOS EN FASE 3				\$ 1.074.525.400,00
1.1	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos - VIA MONTECARLO TRAMO II	gl	1,00	\$ 349,577,600,00	\$ 349,577,600,00
1.2	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos - AVENIDA DE OCCIDENTE TRAMO III	gl	1,00	\$ 135,720,000,00	\$ 135,720,000,00
1.3	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos - VIA DEL YULIMA	gl	1,00	\$ 125,512,000,00	\$ 125,512,000,00
1.4	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos - VIA LA COLONIA	gl	1,00	\$ 151,496,000,00	\$ 151,496,000,00
1.5	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos - CONEXIÓN CASTELLANA COINCA	gl	1,00	\$ 70,794,800,00	\$ 70,794,800,00
1.6	Revisión y ajuste de diseños preliminares a diseños definitivos	gl	1,00	\$ 241,425,000,00	\$ 241,425,000,00

(Registro escaneado)

- d. Las imprecisiones del dictamen pericial fueron de tal alcance que incluyeron gastos ajenos al Contrato de Obra No.031 de 2015. Dicho fenómeno se encuentra evidenciado en el siguiente extracto tomado del archivo en Excel que acompaño a dicho dictamen:

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O	P	Q	R	
1	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18
2																		248.742.950,00
3	Contado	Nombre Depurado	Detalle depurado	Cuent	Nombre Sin depurar	Peric	M	di	Ai	Fecha	Documen	Doc Ri	Detalle	Nit	Nit	Nombre Nit	Valor	
4	100665	C.I. ARREND. EQUIPOS	GTO REEMBOLS DE LA EXCAVADO	73-51-95-85	REEMBOLSO DE GASTOS	7/2016	7	22	2016	Jul/22/2016	7000000091	7000001995	GTO REEMBOLS DE LA EXCAVADO	Db	900 131 237	22	CONSTRUCTORA DIEZ CARDONA	8.233.406,00
5	100354	C.I. ARREND. EQUIPOS	GTO REEMBOL EXCAVADORA CAT 3	73-51-95-85	REEMBOLSO DE GASTOS	8/2016	8	31	2016	Ago/31/2016	7000000145	7000002003	GTO REEMBOL EXCAVADORA CAT 3	Db	900 131 237	29	CONSTRUCTORA DIEZ CARDONA	8.180.504,00
6	100397	C.I. ARREND. EQUIPOS	ALQUILER DE GUADAÑA	73-51-20-16	C.I. ARREND. EQUIPOS	8/2016	8	29	2016	Ago/29/2016	7000000030	7000000601	ALQUILER DE GUADAÑA	Db	1094 904 633	22	LUISA FERNANDA BARBOSA VERG	72.000,00
7	101342	C.I. ARREND. EQUIPOS	ALQUILER DE MOTOSIERRA	73-51-20-16	C.I. ARREND. EQUIPOS	3/2016	9	21	2016	3/21/2016	7000000040	7000000020	ALQUILER DE MOTOSIERRA	Db	34 385 774	22	RIGOBERTO UNI GONZALEZ	60.000,00
8	101444	C.I. ARREND. EQUIPOS	ALQUILER DE MOTOSIERRA	73-51-20-16	C.I. ARREND. EQUIPOS	3/2016	9	16	2016	3/16/2016	7000000038	7000000297	ALQUILER DE MOTOSIERRA	Db	1 024 884 770	22	IFEMMY P ABOYAMA LAMARCA	1.024.884.770,00

La descripción del anterior reembolso al contratista de obra, denominado-LA EXCAVADORA CAT 312 PARA EL CONTRATO No. 2015-012, de la simple lectura del ítem, sin existir prueba adicional que lo aclare o complemente, debió ser excluido de los gastos que pretende acreditar la Unión Temporal Puentes Armenia como una inversión con recursos del anticipo, teniendo en cuenta que este gasto corresponde a un contrato de obra Nro. **012 de 2015** y NO al contrato de obra Nro. 031 de 2015.

- e. Muchos de los “soportes contables” además reflejan una extemporaneidad del presunto gasto del anticipo, en tanto datan de fecha posterior al vencimiento del correspondiente Plan de Inversión. Sobre el particular es importante señalar que la fiducia mercantil quedo en CERO PESOS para la fecha de octubre de la vigencia 2016.
- f. Casi el 80% de los recursos desembolsados por parte de la fiducia, se entregaron por concepto de reembolso en favor del contratista plural. No obstante, dentro del trámite administrativo especial, la Fiduciaria Bancolombia aportó las tarjetas de desembolsos suscritos por el contratista plural e interventoría sin aportar algún soporte que acreditara el gasto elegible según el plan de inversión del anticipo¹⁸.

¹⁸ Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.2.4.1. Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos. En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio



Finalmente, en lo que se relaciona con el alcance del peritaje, es de sumo importante, traer a colación lo depuesto por el testigo técnico en la audiencia celebrada el día 26 de agosto de 2021, se itera, según registro del minuto **01.01.20 del registro en audio y video** de la misma, así:

(...)

Apoderado de Seguros del Estado S.A: ¿Podría usted indicar si hubo dineros invertidos del contratista de la Unión Temporal Puentes Armenia en tramos que estaban inicialmente contemplados dentro del valor del contrato y objeto del contrato, pero que posteriormente fueron excluidos de objeto del contrato y del valor del contrato?

Perito o testigo técnico: Dentro de los soportes entregados como lo mencioné anteriormente si nos entregaron facturas para los tramos que se habían excluido, por lo mismo nosotros decidimos también excluirlos de la valoración el dictamen. Fueron los soportes que nos entregaron de avenida occidente y avenida Yulima, ellos indicaban que los habían desarrollado, pero nosotros de todas maneras los excluimos de esta valoración.

Apoderado Seguros del Estado S.A: ¿Pero siendo que inicialmente estaban dentro del objeto contractual, no tendría sentido excluirlos toda vez que en ese momento hubo una inversión en tramos autorizados y comprendidos dentro del objeto contractual?

Perito o testigo técnico: Si deberían incluirse siempre y cuando la inspección que nosotros hicimos hubiésemos podido encontrar, algo, algún o alguna prueba de que si se había trabajado en esos 2 proyectos, pero en la inspección ocular que nosotros vimos, realmente no había ningún trabajo realizado, por lo cual nosotros decidimos no incluir esos soportes.

(...)

De tal suerte lo anterior, que la prueba pericial objeto de análisis esta llamada a ser desechada tal y como ocurrió en sede administrativa, así como también, en sede judicial, según decisión dictada en proceso radicado 63001233300020210003700, donde se puntualizó que:

(...) De lo anterior se desprende que la labor realizada por el perito fue la de tomar la información contenida en las carpetas y demás soportes suministrados por el Contratista y las demás fuentes de información y realizar los cálculos de sumatoria de los ítems que debían incluirse como gastos de inversión del anticipo; de ahí que luego de sumar todos los conceptos le arrojó la suma de \$18,909'409.351,97 como inversión del anticipo por parte del Contratista.

Concuerda la Sala con el ente territorial al desechar la labor realizada por el perito frente al análisis de la inversión del anticipo, pues por un lado el perito no tiene en cuenta el límite temporal previsto en el Plan de Inversión del Anticipo, y además, y

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. Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil. En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo. En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el Interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo.(Decreto 1510 de 2013, artículo 35)



no menos importante, el perito no realiza un análisis de verificación respecto de la real materialización de lo representado en las pruebas documentales.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL ANTICIPO – IMPOSIBILIDAD DE REDUCCIÓN POR MODIFICACIÓN DEL ALCANCE FÍSICO DEL CONTRATO

Finalmente, la parte actora acusa de indebida y contraria a los postulados de la buena fe, la gestión desplegada por la administración municipal de Armenia (Q) de cara a la tasación del monto del anticipo en cuya proporción se afectó la correspondiente póliza, puesto que no se tuvo en cuenta la reducción del alcance físico del contrato.

Para dar respuesta a dicho planteamiento es necesario acudir a la naturaleza jurídica de los dineros entregados por concepto de anticipo según la normatividad vigente.

Bajo ese entendido, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 prevé que:

(...) ARTÍCULO 91. ANTICIPOS. *En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el 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.*

El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

PARÁGRAFO. *La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal.*

Por su parte, el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario N° 1082 de 2015, establece:

“(...) Artículo 2.2.1.1.2.4.1. Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos. 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.

Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.

En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.)

Así las cosas, no puede perderse de vista contrario lo pretende el recurrente, que para el caso del Contrato de Obra 031 de 2015 hubo la necesidad por imperativo legal, de constituir una fiducia mercantil irrevocable responsable del manejo de los recursos entregados por el Municipio de Armenia a manera de anticipo, ello en la proporción del 30% del valor nominal primigenio del contrato según quedara pactado en el acuerdo de voluntades

De tal suerte lo anterior, que una vez transferidos dichos recursos con destino a la fiducia, se itera, resultaba improcedente para la administración municipal ejercer disposición alguna de tales recursos habida cuenta de las modificaciones de las que fue objeto el acto sinalagmático, no obstante se tratara de la supresión de algunos frentes de obra.

Adicionalmente, es de tener en cuenta, que la fiducia mercantil quedó en ceros para el mes de octubre de 2016 como en efecto lo reflejó el informe N° 10 de interventoría en el siguiente sentido:



“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 (...)”.

Es decir que, para la fecha del primero de los contratos modificatorios del Contrato de Obra ocurrido en noviembre de 2016, no existían recursos en la fiducia con cargo al anticipo. Bajo ese entendido cobra mayor relevancia lo señalado en el informe preliminar de auditoría realizado en el año 2019 por la Contraloría Municipal de Armenia, al cual hace referencia el considerando No. 79 del escrito de apelación en el siguiente sentido

“Para el equipo auditor en esta primera fase de la auditoría especial llama la atención el caso específicamente del Contrato de obra 031 de 2015 que a pesar 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.”

D. EN RELACIÓN CON LA NULIDAD BASADA EN DECLARACIONES RETICENTES SOBRE EL ESTADO DEL RIESGO, LA MALA FE DEL MUNICIPIO DE ARMENIA Y EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES COMPLEMENTARIOS DE CONDUCTA, DE LEALTAD Y BUENA FE

Revisadas y analizadas cada una de las manifestaciones que integran el presente capítulo de la apelación, corresponden los siguientes a los argumentos con base a los cuales se deprecia su desestimo.

I. EL DEBER DE INFORMACIÓN AL MOMENTO DE LA EXPEDICIÓN DE LA PÓLIZA DE SEGUROS:

Al respecto, no podemos perder de vista que el contratista es un colaborador de la administración que cumple una función social, precisamente por su experiencia, capacidad e idoneidad comprobada, por tanto, se encuentra obligado a estar bien informado sobre las gestiones, proyectos e iniciativas, que la administración esté promoviendo a efecto de proponer, si es del caso, ofertas de contratos capaces de responder a las expectativas de la administración. Así lo contempla la tesis vigente de la sección tercera del Consejo de Estado, al establecer que:

“(...) No puede admitirse que empresas y empresarios conocedores de todas las variables de sus negocios digan que firman contratos a oscuras, en la ignorancia, y que luego son sorprendidos por el Estado. Y todo eso hace parte de un principio básico del contrato, que no es otro que el de la buena fe contractual, que va más allá del comportamiento cabal y honesto, puesto que implica el conocimiento de las condiciones en que se desarrollará el vínculo jurídico, en orden a asegurar la mutua confianza de las partes (...) El principio de planeamiento obliga a los interesados a actuar con diligencia y cuidado desde la misma fase precontractual. Los potenciales contratistas también deben saber, conocer y enterarse de las proyecciones que hace la administración para formular propuestas serias, que respondan a las reales condiciones técnicas y financieras del bien o servicio que necesita la entidad (...).” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 de noviembre de 2015, Radicación número 41001-23-31-000-2007-00355-01 (51.362)

Luego entonces, siguiendo el criterio auxiliar de interpretación de la Ley, sumado a las reglas de la experiencia, se arriba a la diáfana conclusión, de que para el caso bajo estudio, el contratista en calidad de colaborador del Estado, si se encontraba en capacidad de conocer el estado de riesgo del negocio jurídico que efectivamente suscribió, y que además conoció desde las tratativas preliminares cuando tenía la calidad de interesado y desde la presentación de la propuesta teniendo la calidad de proponente.



Prueba de lo anterior, se verifica con la acreditación de La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización en la materia, debidamente inscrita en el Registro Único de Proponentes (RUP) de sus integrantes.

Así las cosas, menester resulta recordar la diferenciación que existe entre las figuras de “declaración del estado del riesgo” (Artículo 1058 del Código de Comercio) y la “conservación del estado del riesgo” (Artículo 1060, ibídem).

Bajo tal entendido, la declaración del estado del riesgo **como deber de información, RECAE ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE EN EL TOMADOR de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales**, es decir, en el contratista como colaborador del estado, más aún en tratándose de un contrato de obra pública como ocurre en la presente oportunidad; y no así en la entidad estatal – *contratante* – beneficiaria.

La anterior premisa, haya sustento jurídico en el contenido del Artículo 2.2.1.1.3.2.6 del Decreto Único Reglamentario N° 1082 de 2015, entendido éste como norma especial en materia de amparos para el caso de entidades estatales. Dicha normativa establece lo siguiente:

“(...) Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros. La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista”. (Decreto 1510 de 2013, artículo 134)

Así las cosas, 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 declaración del estado del riesgo del tomador, ni trasladar la carga legal del garante - *aseguradora* - 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 correspondientes modificaciones teniendo en cuenta que precisamente es el experto en el área de aseguramiento debidamente autorizado por la **superintendencia financiera**.

II. BUENA FE OBJETIVA, MUTABILIDAD Y CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO – DEBER DE INFORMACIÓN:

Si bien es cierto, el contrato de obra No. 031 de 2015 fue objeto de determinadas modificaciones a lo largo de su ejecución, lo es también, que tales actuaciones se encuentran soportadas legalmente en los principios de buena fe objetiva, mutabilidad, principio de precaución contractual, y conservación del contrato.

Bajo tal entendido, encontramos que, los referidos acuerdos de voluntades – *contratos modificadorios* -, fueron **debidamente motivados** cumpliendo así, el deber de **información, corrección y lealtad** entre las partes del negocio jurídico y la **compañía aseguradora en calidad de garante**, sin que está última – **el garante** - hubiese objetado o se hubiese negado a expedir las correspondientes modificaciones a la garantía única de cumplimiento a favor de entidades estatales.

En este sentido, por citar un ejemplo, en el modificadorio N° 03 suscrito el 22 de junio de 2017 al contrato de obra 031 de 2015, en la parte considerativa y clausulado del negocio jurídico, se informó y estipuló lo siguiente:

*“5. (...) tal como se hace constar, se comunicó en **cumplimiento del deber de información**, los aspectos presupuestales que afectan la ejecución financiera del contrato, lo cual, conlleva la necesidad de modificar el alcance físico del negocio jurídico, conservando el ajuste a los seis (06) diseños pero suprimiendo dos (02) frentes obras, evitando la paralización y afectación grave del contrato*



estatal, para garantizar el cumplimiento de los fines estatales, y la continua y la eficiente prestación de los servicios públicos mediante la ejecución de un plan de obras que pueda ser entregado de manera funcional al servicio de la comunidad. De igual forma, garantizar con este mecanismo el derecho de crédito del contratista de obra, quien colabora con la entidad contratante en el logro de sus fines, cumpliendo una función social en los términos que dispone la Ley 80 de 1993, preservando en todo caso la conmutatividad del contrato de manera proporcional a las modificaciones propuestas (...) 6. Que mediante comunicación del día 12 de junio de 2017, el representante legal del consorcio UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA, conformado por la persona jurídica CONSTRUCTORA DIEZ CARDONA 40% - FUREL S.A. 35%. - CONSTRUCCIONES LEZO S.A.S. 25 %, aceptó las modificaciones propuestas por la Alcaldía de Armenia, por lo cual, se agota de esta manera el trámite de arreglo directo, dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993. Por lo cual, las obras a ejecutar según la presente modificación al alcance físico del objeto, conforme al estudio técnico de priorización son: 1) VÍA MONTECARLO TRAMO II, 2) VIA LA COLONIA (CENTRO DE CONVENCIONES-CR 19), y 3) AVENIDA 19 NORTE TRAMO II (CARRERA 14 A AV. CENTENARIO) (...) **CLÁUSULA QUINTA: GARANTÍAS: El Contratista deberá presentar ante el garante el presente acuerdo de voluntades para efectos de ajustar los límites, existencia y extensión del riesgo amparado**". (Subraya y negrilla fuera de texto).

Es decir, de manera consistente, coherente y de forma reiterativa, cada uno de los documentos contractuales que conllevaron modificaciones o suspensiones al negocio jurídico contenido en el contrato de obra pública N° 031 de 2015, expedidos en cumplimiento de los **PRINCIPIOS DE MUTABILIDAD y CONSERVACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL**, y en el marco del **DEBER DE EVITACIÓN DEL DAÑO**, fueron ampliamente motivados con la finalidad de garantizar el principio de buena fe objetiva (deberes de información, lealtad, corrección), los cuales a su vez, fueron comunicados por el contratista de obra en calidad de tomador a la compañía aseguradora, prueba de lo anterior, los diferentes anexos modificatorios expedidos a la póliza de cumplimiento, lo cual, prueba el **consentimiento del garante** frente a lo pactado de manera solemne entre las partes, tal como quedó descrito en el cuadro de las garantías expedidas por las Compañías Coaseguradoras, entre ellas la hoy demandante.

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 Municipio de Armenia (Q), 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 a instancias jurisdiccionales 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.

III. SUPERVISIÓN DEL CONTRATO DE OBRA 031 DE 2015:

Conforme la naturaleza jurídica del Contrato Sinalagmático No. 031 de 2015, resulta importante en primer lugar, traer a colación el numeral 1 del artículo 32 de La Ley 80 de 1993, que nos enseña, que en los contratos de obra que se hayan celebrado como resultado de un proceso de "licitación", la **interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables**¹⁹.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el contrato de obra pública Nro. 031 de 2015, resultó del proceso de licitación pública – DAJ-LP-010-2015-, *ipso jure*, el Municipio de Armenia le imponía el deber de contratar un interventor para que ejerciera la vigilancia y control del contrato.

¹⁹ Concordante Ley 1474 de 2011, artículo 82 y siguientes



Ahora bien, en el régimen legal vigente de manera taxativa, se hizo la distinción entre quien ejerce la vigilancia y control de un contrato estatal, esto es a través de la figura de supervisión o interventoría, el primero será ejercida por la misma entidad estatal, cuando ésta no requiera de algún conocimiento especializado, inciso segundo del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, contrario a lo anterior, quien ejerce la interventoría será una persona natural o jurídica contratada para tal fin, toda vez que éste realizará el seguimiento técnico sobre el cumplimiento del contrato cuando éste suponga conocimientos especializados en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifique, pudiendo ejercer además del componente técnico, el administrativo, financiero, contable, jurídico etc.

Aunado lo anterior, dispone el artículo 83 ibídem, que por regla general no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría, salvo que la entidad, divida la vigilancia del contrato principal, lo cual deberá de manera expresa contemplarlo en el contrato de interventoría y en la designación del supervisor.

Así las cosas, desde el pliego de condiciones del proceso de licitación pública No. 010 de 2015, en el numeral 3.8, se estableció como se llevaría a cabo la vigilancia y control del contrato de obra pública, determinando lo siguiente:

“3.8 INTERVENTORÍA

*La Interventoría del Contrato de Obra Pública que resulte del presente proceso de Licitación Pública, **será ejercida por un interventor externo** atendiendo las disposiciones del inciso 2 del numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y será ejercida atendiendo las disposiciones del estatuto general de contratación estatal, en especial las contenidas en la Ley 1474 de 2011, por el proponente que resulte seleccionado, **dicha interventoría será técnica, administrativa, financiera, contable, ambiental y jurídica.***

***Todas las actividades** derivadas de la ejecución del Contrato **estarán supervisadas por MUNICIPIO DE ARMENIA, a través de la Interventoría contratada para el efecto,** la cual a la vez tendrá una supervisión por parte del municipio.*

El contratista deberá respetar, facilitar y acatar los requerimientos y observaciones de la Interventoría y la supervisión.

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

La máxima obligación del contratista será ejecutar las obras de acuerdo con los diseños del proyecto y los requisitos de calidad, especificados en el Contrato, libres de fallas, buen acabado y dentro del plazo estipulado.

Serán funciones del interventor asegurar para EL MUNICIPIO, que el Contratista cumpla con las obligaciones pactadas en el contrato, para la correcta ejecución de las obras en los aspectos técnicos y administrativos del mismo.

El interventor, 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 este.



El interventor deberá contar con inspectores de obra en cada frente de trabajo para el control de la misma, será deber de la Interventoría contar con el personal requerido y exigido para llevar a cabo la inspección de los trabajos. (...)" (Negrilla y subraya fuera de texto original).

Lo anterior, se replicó de manera literal en la cláusula décimo tercera del contrato de obra 031 de 2015, de tal manera, que el Municipio de Armenia en cumplimiento a su deber legal y contractual, de ejercer la vigilancia y control del pre citado negocio jurídico, a través de concurso de méritos, conforme a las reglas objetivas de selección previstas en el pliego de condiciones y demás documentos precontractuales, como consta en el portal de contratación pública – *secop1* -, adjudicó al Consorcio Interpuentes Quindío el contrato de consultoría No 001 de 2016, quien tenía la obligación principal de vigilar, supervisar, fiscalizar, comprobar el componente técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico del contrato de obra 031 de 2015.

Visto lo anterior, existe mérito de peso para que al momento de desatarse la alzada en el caso de autos, se acoja lo manifestado por el Tribunal Administrativo del Quindío sobre la RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO DE ARMENIA (Q) en punto a la supervisión el Contrato de Obra precitado, en los siguientes términos:

(...) De lo probado en el proceso se desprende que para efectos de ejercer la vigilancia y el control sobre las obligaciones del contratista UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA respecto del Contrato de Obra 031 de 2015, el Municipio de Armenia suscribió Contrato de Consultoría 01 de 2016 con el Consorcio INTERPUENTES QUINDIO, a quien correspondía entre otras cosas la vigilancia del mencionado contrato de obra; en particular correspondía a la interventoría la aprobación del Plan de Inversión del Anticipo, así como la aprobación de cada uno de los desembolsos de los recursos que por concepto de anticipo se encontraban en poder de la Fiducia Comercial.

Ahora si bien no existió en el Contrato de Consultoría 01 de 2016 una cláusula específica respecto de la obligación de la interventoría respecto del control del anticipo del Contrato de Obra 031 de 2015, es preciso destacar que el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que la Fiducia realiza los pagos a proveedores -o en ocasiones directamente al contratista- de acuerdo con las instrucciones del contratista y previa aprobación de la interventoría o supervisión; la norma dispone: "(...)"

Concuerda la Sala con lo expuesto por el Municipio de Armenia en la Resolución 223 de 2020, en cuanto a que la interventoría del contrato si contaba con la responsabilidad de vigilancia y control de la inversión del anticipo, de allí que no se adviertan intervenciones de parte de la supervisión del contrato para el año 2016, anualidad en que se realizó el desembolso del anticipo -entre el 31 de marzo al 20 de octubre de 2016 se desembolsó el anticipo-, lo cual se justifica teniendo en cuenta que el ente territorial realizó los esfuerzos administrativos y presupuestales para la contratación de una interventoría, quien se suponía ejercería el control sobre todos los aspectos del contrato de obra.

Igualmente destaca la Sala que conforme los documentos aportados por la Fiducia Mercantil en cabeza da la Fiduciaria Bancolombia, en la cuenta del Patrimonio Autónomo se registraron las firmas del representante legal de la UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA y el representante legal de la interventoría, de modo que para toda transacción de recursos debía contarse con la aprobación y/o visto bueno de la interventoría, en armonía con lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil.

Todo lo anterior implica que la responsabilidad para la vigilancia y control del manejo del anticipo estaba en cabeza de la interventoría, muy a pesar que esta a su vez era supervisada por el Municipio de Armenia, conforme lo dispuesto en la cláusula DÉCIMO TERCERA del Contrato de Obra 031 de 2015.



No encuentra acreditado la Sala que el Municipio de Armenia haya incurrido en dolo o culpa grave en relación con la realización de conductas tendientes a evitar la concreción del siniestro, pues como se dijo, fue esta entidad la que celebró el Contrato de Consultoría 01 de 2016 cuyo objeto era la vigilancia y control del contrato de obra, y entre ello, lo relacionado con el manejo e inversión del anticipo; en consecuencia no se advierte vulneración al principio de buena fe por dolo o culpa grave del asegurado - Municipio de Armenia-, en estricta relación a los argumentos expuestos por la sociedad actora²⁰. (Negrillas y subrayas fuera del texto)

IV. EL DOLO COMO RIESGO ASEGURABLE:

En contraposición a lo planteado de otrora por el demandante principal y el litisconsorte SEGUROS DEL ESTADO S.A, se debe precisar al despacho, que, en particular, existen tres (03) instituciones jurídicas que deben analizarse por separado, a saber: los riesgos inasegurables (artículo 1055 Código de Comercio), la declaración del estado del riesgo (artículo 1058 Código de Comercio), y la conservación del estado del riesgo (artículo 1060 Código de Comercio).

Dispone entonces, el Artículo 1055 de la norma comercial, lo siguiente:

“El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.

En este orden de ideas, la fuente de obligación (artículo 1494 Código Civil), lo constituyen los demandados actos administrativos expedidos con motivo u ocasión de la actividad contractual en virtud de la ejecución del contrato estatal de obra 031 de 2015; actos jurídicos regidos, en lo pertinente, por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y decreto único reglamentario N° 1082 de 2015.

Es decir, el régimen jurídico de los mencionados actos jurídicos, lo integran principalmente las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP). A su vez, el mencionado contrato estatal, se encontraba amparado con la garantía única de cumplimiento a favor de Entidad estatal N° 65-44-101128442, la cual, se constituye en un seguro de daños de carácter patrimonial.

Por lo tanto, el régimen especial contenido en el citado Decreto Único Reglamentario N° 1082 de 2015, aplicable al caso concreto - *excluye la aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio* - en relación con las exclusiones y la inoponibilidad de excepciones de la póliza de cumplimiento, establece lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.2.3.2.3. Exclusiones. La Entidad Estatal solamente admitirá las siguientes exclusiones, en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos que suscriba, y cualquier otra estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a estas, no producirá efecto alguno:

- 1. Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.*
- 2. Daños causados por el contratista a los bienes de la Entidad Estatal no destinados al contrato.*
- 3. Uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la Entidad Estatal.*

²⁰ Sentencia Proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso con radicado 63001233300020210008400.



4. El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo. (Decreto 1510 de 2013, artículo 131)". (Subraya fuera de texto).

"Artículo 2.2.1.1.3.2.6. Inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros. La compañía de seguros no puede oponerse o defenderse de las reclamaciones que presente la Entidad Estatal alegando la conducta del tomador del seguro, en especial las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista. (Decreto 1510 de 2013, artículo 134)". (Subraya fuera de texto).

Adicional a lo anterior, conforme criterio de interpretación de la Ley, respecto a la exclusión o pérdida del derecho a la cobertura de la garantía, tratándose de contratos estatales regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, DUR 1082 de 2015), reitera la Jurisprudencia del Consejo de Estado - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/ SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A/ Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, sentencia del trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020). RADICACIÓN: 52001233100020120018201 (60348):

"(...) Se reitera la jurisprudencia ya expuesta en esta providencia, para este caso, dado que no hay lugar a aplicar una supuesta exclusión o pérdida del derecho a la cobertura de la garantía por virtud del artículo 1055 del Código de Comercio, según el cual "el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables".

En ese sentido, en cuanto a los actos del contratista se reafirma la no aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, puesto que la exigibilidad de la garantía procede por la materialización del riesgo de incumplimiento provocado por el propio contratista, "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" [cix].

Esa conclusión se reafirma al observar que la regla del artículo 1055 del Código de Comercio, que impide asegurar los actos "meramente potestativos" del tomador, no se aplica a la póliza de cumplimiento, dado que, en ella, precisamente, se asegura el evento de la conducta incumplida, sin distinguir si procede de su conducta dolosa o culposa. (...)" (Subraya fuera de texto).

Por otro lado, la sección tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de junio de 2019, medio de control de simple nulidad, impetrado en contra del numeral 15.6 del artículo 15 del Decreto 4828 de 2008, hoy reproducido por el citado artículo 2.2.1.1.3.2.6 del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, estableció lo siguiente:

"(...) CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUB SECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019). Radicación: 11001 03 26 000 2009 00047 00 (36860)

Para la Sala, la norma acusada se ajusta al ordenamiento jurídico, pues, dada la finalidad que se persigue con la exigencia de las garantías en materia contractual (la protección del patrimonio público y el cumplimiento de los fines estatales –ver, numeral 5–), la administración no puede quedar expuesta a las excepciones que se formulen y que tengan origen en la conducta del tomador del seguro por lo que el artículo 1058 del Código de Comercio denomina la conducta "reticente" o "inexacta" de aquel –contratista–, ya que, si esto se permitiera, la efectividad de la garantía contractual quedaría supeditada no solo al incumplimiento por parte del contratista, sino también al comportamiento que éste haya asumido al momento de "... declarar sinceramente ... el estado del riesgo"[57], esto es, en la oportunidad de adquirir la póliza, como lo dispone la norma presuntamente vulnerada (art. 1058 acabado de citar).



Tales circunstancias, sin duda, harían nugatoria la efectividad de las garantías en materia de contratación pública, pues, se insiste, la administración quedaría a merced del comportamiento asumido por el contratista no solo ante su eventual incumplimiento del contrato garantizado, sino también ante la reticencia e inexactitud en que haya incurrido al momento de adquirir la póliza, conductas estas últimas que –como se vio– implicarían la nulidad relativa del contrato de seguro, lo cual, como es apenas obvio, afectaría el patrimonio público y los cometidos estatales que debe asegurar.

Bajo este escenario, no es de recibo el argumento formulado por la parte actora, pues, como se vio, el numeral 15.6 responde, precisamente, a la necesidad de mantener indemne el patrimonio público y, con ello, garantizar los intereses generales; además, para la Sala es claro que la norma reglamentada (art. 7, Ley 1150 de 2007) habilitó al Gobierno Nacional para establecer –vía reglamento– las condiciones generales que debían incluirse en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales, así:

“... Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales” (se resalta). Desde esta perspectiva, el hecho de que en el decreto acusado se hayan establecido los amparos, las exclusiones, las reglas de cesión del contrato, la improcedencia de la terminación automática del seguro –por falta de pago– y la inoponibilidad de las excepciones por la conducta del tomador, entre otras, como se hace en el artículo 15 acusado, no es otra cosa que la definición de las condiciones generales que debe contener toda garantía de cumplimiento y no implica, por tanto, ningún exceso de la potestad reglamentaria (ni la violación de las normas citadas como vulneradas), pues, como se vio, la ley reglamentada se limitó a establecer unas condiciones básicas mínimas que deben contener tales pólizas y, expresamente, defirió al Gobierno Nacional su reglamentación[58]. En consecuencia, se negará la nulidad del numeral 15.6 del artículo 15 del Decreto 4828 de 2008 (...).” (Subraya fuera de texto).

En conclusión, vistos el conjunto de normas y los criterios de interpretación anteladamente citados, se impone colegir sin dubitación alguna que la disposición contenida en el Artículo 1055 del Código de Comercio no es fuente de obligación en el caso particular y concreto, en tanto su exclusión se encuentra prevista expresamente en norma especial. Lo anterior máxime que el dolo imputable al Municipio de Armenia (Q) como asegurado, no ha sido objeto de acreditación, como en efecto quedó resuelto por el propio Tribunal Administrativo del Quindío en sentencia del 21 de abril de 2022²¹, dictada dentro del proceso promovido por la Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A por los mismos hechos que en el presente proceso se discuten, así:

De lo probado en el proceso se desprende que para efectos de ejercer la vigilancia y el control sobre las obligaciones del contratista UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA respecto del Contrato de Obra 031 de 2015, el Municipio de Armenia suscribió Contrato de Consultoría 01 de 2016 con el Consorcio INTERPUENTES QUINDIO, a quien correspondía entre otras cosas la vigilancia del mencionado contrato de obra; en particular correspondía a la interventoría la aprobación del Plan de Inversión del Anticipo, así como la aprobación de cada uno de los desembolsos de los recursos que por concepto de anticipo se encontraban en poder de la Fiducia Comercial.

Ahora si bien no existió en el Contrato de Consultoría 01 de 2016 una cláusula específica respecto de la obligación de la interventoría respecto del control del anticipo del Contrato de Obra 031 de 2015, es preciso destacar que el artículo

²¹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO - SALA PRIMERA DE DECISIÓN. Rad: 63001233100020210003700. Demandante: SEGUROS DEL ESTADO S.A. Demandado: MUNICIPIO DE ARMENIA. Vinculados: MAPFRE SEGUROS GENERALES S.A. Y OTROS. MP: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS, Armenia (Q) veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022).



2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone que la Fiducia realiza los pagos a proveedores -o en ocasiones directamente al contratista- de acuerdo con las instrucciones del contratista y previa aprobación de la interventoría o supervisión; la norma dispone: “(…)”

Concuerda la Sala con lo expuesto por el Municipio de Armenia en la Resolución 223 de 2020, en cuanto a que la interventoría del contrato si contaba con la responsabilidad de vigilancia y control de la inversión del anticipo, de allí que no se adviertan intervenciones de parte de la supervisión del contrato para el año 2016, anualidad en que se realizó el desembolso del anticipo -entre el 31 de marzo al 20 de octubre de 2016 se desembolsó el anticipo-, lo cual se justifica teniendo en cuenta que el ente territorial realizó los esfuerzos administrativos y presupuestales para la contratación de una interventoría, quien se suponía ejercería el control sobre todos los aspectos del contrato de obra.

Igualmente destaca la Sala que conforme los documentos aportados por la Fiducia Mercantil en cabeza de la Fiduciaria Bancolombia, en la cuenta del Patrimonio Autónomo se registraron las firmas del representante legal de la UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA y el representante legal de la interventoría, de modo que para toda transacción de recursos debía contarse con la aprobación y/o visto bueno de la interventoría, en armonía con lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil.

Todo lo anterior implica que la responsabilidad para la vigilancia y control del manejo del anticipo estaba en cabeza de la interventoría, muy a pesar que esta a su vez era supervisada por el Municipio de Armenia, conforme lo dispuesto en la cláusula DÉCIMO TERCERA del Contrato de Obra 031 de 2015.

No encuentra acreditado la Sala que el Municipio de Armenia haya incurrido en dolo o culpa grave en relación con la realización de conductas tendientes a evitar la concreción del siniestro, pues como se dijo, fue esta entidad la que celebró el Contrato de Consultoría 01 de 2016 cuyo objeto era la vigilancia y control del contrato de obra, y entre ello, lo relacionado con el manejo e inversión del anticipo; en consecuencia no se advierte vulneración al principio de buena fe por dolo o culpa grave del asegurado - Municipio de Armenia-, en estricta relación a los argumentos expuestos por la sociedad actora. (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Además es importantes resaltar, que se cumplieron con las previsiones dispuestas en la Ley y estipuladas en el contrato de obra pública N° 031 de 2015 frente al manejo e inversión del anticipo, tales como contratar una interventoría externa para su vigilancia y control, constituir a través del fideicomitente contratista de obra una fiducia mercantil irrevocable de administración y pago - *patrimonio autónomo* - para el manejo e inversión del anticipo, pactar entre contratista de obra e interventoría el plan de inversión del anticipo, la carga del deber de informar a la aseguradora las modificaciones al contrato estatal y las correspondientes modificaciones de la garantía única de cumplimiento - póliza - expedida por la compañía aseguradora a cargo del tomador contratista de obra, honrando de esta manera la entidad contratante persona jurídica Municipio de Armenia sus propios compromisos contractuales.

En tal sentido, el presente cargo de anulabilidad de las resoluciones demandadas, debe ser desestimado.

V. RESPONSABILIDAD EN EL MANEJO DE LOS RECURSOS ENTREGADOS POR CONCEPTO DE ANTICIPO PARA EL CASO DEL CONTRATO DE OBRA NO. 031 DE 2015:



Atendiendo, se itera, la naturaleza jurídica del negocio jurídico en cuestión, previó la Cláusula Tercera ibídem, lo siguiente:

*“(...) Clausula Tercera: **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 (...)”.*

Nótese entonces, que quedó expresamente pactada la obligación a cargo del Contratista, de llevar a cabo la constitución de una fiducia o de un patrimonio autónomo según así lo exige el Artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 2.2.1.1.2.4.1 del decreto 1082 de 2015, a efectos de garantizar el correcto manejo de los dineros entregados por la entidad contratante a título de anticipo.

Por tanto, y para lo que ocupa la atención en el caso particular y concreto, se tiene que una vez constituido el patrimonio autónomo a cargo de la fiduciaria Bancolombia, **la única legalmente habilitada para impartir aprobación a los desembolsos con cargo a los dineros entregados por la entidad contratante a manera de anticipo, ERA LA INTERVENTORÍA DEL CONTRATO DEL CONTRATO DE OBRA NO. 031 DE 2015**, ello según las solicitudes del contratista plural se encontraran debidamente soportadas, sino también estuvieran ajustadas a los requisitos estipulados, tanto en la Ley como en el Contrato, es decir, estuviera conforme a los rubros previstos en el plan de inversión del anticipo. De tal surte que **el conocimiento del Municipio de Armenia en lo relacionado con el manejo de los recursos entregados en calidad de anticipo, OCURRIÓ POR CUENTA DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS INFORMES RENDIDOS POR LA INTERVENTORÍA**, los cuales reflejaron en todo momento, el buen manejo y la correcta inversión de tales recursos.

Así pues, la razón de que el Consorcio interventor fuera declarado solidariamente responsable del incumplimiento declarado mediante las resoluciones acusadas, fue su falta para con el deber legal que le imponía el parágrafo tercero del Artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, que literalmente señala:

(...)

PARÁGRAFO 3o. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Quando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

(...)



Colofón de lo anterior, se impone reiterar por parte del municipio de Armenia, que con ocasión de la ejecución del Contrato de Obra 031 de 2015 atendió siempre el deber de información en punto a las condiciones a partir de las cuales se llevó a cabo la suscripción de cada uno de los contratos modificatorios, y al mismo tiempo, que la imputación de por presuntas omisiones en materia de conservación y aviso sobre el estado del riesgo que se enervan en contra del Municipio de Armenia, se muestra del todo infundada, en tanto dicha responsabilidad recaía exclusivamente en cabeza del interventor, de allí que fuera declarado solidario responsable una vez fue puesta en evidencia el desconocimiento de la carga obligacional a la cual se encontraba sujeto.

VI. LA COMPAÑÍA ASEGURADORA Y SU CARGA AL MOMENTO DE LA EXPEDICIÓN DE LA CORRESPONDIENTE PÓLIZA DE SEGUROS:

Tal y como se ha señalado a lo largo del proceso, **la aseguradora hoy demandante, tenía la carga de conocer el objeto y las obligaciones del contrato estatal y evaluar el alcance y el riesgo de cumplimiento del mismo antes de expedir la póliza y sus respectivas modificaciones.** Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado²², con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, señaló que:

“(…)

La compañía aseguradora tiene la carga de conocer y evaluar el contrato cuyo cumplimiento garantiza.

En la sentencia C - 154 de 1996 la Corte Constitucional se pronunció sobre la condición calificada de los bancos y compañías de seguros como entidades autorizadas para otorgar la garantía única de cumplimiento del contrato estatal, así:

“Cuando el legislador escogió a los bancos y a las compañías de seguro como posibles garantes de los riesgos contractuales, medió un juicio de valoración que se juzga razonable y proporcionado, donde aquél tuvo en cuenta la solidez de tales entidades, que resulta de las exigencias y condicionamientos para su constitución, funcionamiento y operación (aporte mínimo de capital y de respaldo patrimonial, condiciones o márgenes especiales de solvencia, restricciones cuidadosas para la realización de sus inversiones, etc.) y, además, la circunstancia de que el propio Estado ejerce sobre ellas un sistema de inspección, control y vigilancia por intermedio de la Superintendencia Bancaria.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el legislador escogió como garantes de las obligaciones contractuales del contratista con las entidades estatales, a los bancos y compañías de seguros, porque dentro del nuevo diseño de la contratación surge la posibilidad de que dichas entidades puedan exigir “la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado” no sólo a aquél sino al garante, lo cual demanda que éste sea igualmente una persona calificada desde el punto de vista técnico y profesional y, además, de una reconocida solvencia económica para poder asumir el cumplimiento del contrato en sustitución del contratista garantizado (arts. 4, ordinal 1o., 17 y 18 de la Ley 80 de 1993).”

Ahora bien, las compañías de seguros autorizadas para operar en Colombia tienen como regla general la facultad que les asiste de seleccionar los riesgos que deseen asumir de acuerdo con su experiencia y su capacidad técnica y económica si se tiene en cuenta que el artículo 1056 del Código de Comercio

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). RADICACIÓN: 250002326000200100051 01 (EXPEDIENTE 27.505)



dispone que el “asegurador podrá a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados”.

La contrapartida de esa autonomía para delimitar el riesgo en el contrato de seguro y decidir si se emite o no lo póliza de seguro, no puede ser otra que la carga de la compañía de seguros de evaluar y definir en forma completa y clara las condiciones del riesgo para minimizar su exposición al mismo y prestar un adecuado servicio de aseguramiento.

Por lo anterior, delimitado el riesgo por la propia compañía de seguros y expedida la póliza correspondiente, la aseguradora tendrá la consecuente obligación de responder por el siniestro en los términos de la póliza de seguro otorgada, es decir que como consecuencia de su decisión voluntaria y libre de asumir un riesgo y de la expedición de la póliza respectiva, se le impone la obligación primordial de indemnizar al asegurado, mediante el pago de las sumas estipuladas -o la reposición o reconstrucción de la cosa asegurada en su caso- sien que le sea permitido en el momento de la reclamación entrar a redefinir el riesgo amparado o recortar el alcance de su cobertura, en forma unilateral y con fundamento en interpretaciones acerca de la naturaleza o alcance del amparo o invocar términos y condiciones que no fueron expresados en la póliza.

Tratándose de seguros de manejo o de cumplimiento, la compañía aseguradora por el hecho de pagar el siniestro se subroga en los derechos de la entidad asegurada contra el contratista cuyo cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios, según lo dispone artículo 203, numeral 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por lo cual se deduce también la carga de la compañía aseguradora en el conocimiento y evaluación del sujeto asegurado y del objeto del seguro, práctica que debe desplegar cuidadosamente antes de expedir la póliza, con el fin de establecer además del alcance del riesgo asegurado, los mecanismos de contragarantía o recuperación en caso de que la compañía aseguradora se vea en la obligación de pagar la indemnización.

Por otra parte, se ha indicado que de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero corresponde a la compañía aseguradora la decisión de elegir los ramos de aseguramiento en los cuales presta el servicio y la definición de los formatos de las pólizas que diligencia ella misma en el momento en que las expide, con la identificación del objeto y riesgo asegurado en el caso de la póliza de cumplimiento y por lo tanto se concluye –también por esta vía- que la aseguradora tiene la carga obvia de conocer el objeto y las obligaciones del contrato y evaluar el alcance y el riesgo de cumplimiento del mismo antes de expedir la póliza, lo cual resulta especialmente importante en cuanto el contrato asegurado haya sido celebrado con una entidad estatal, toda vez que además de ser la actividad aseguradora de interés público por disposición del artículo 355 de la Constitución Política, en el caso del seguro de cumplimiento de los contratos estatales debe tener presente que con su ejecución se persigue la satisfacción del interés general que se encuentra inmerso en cada uno de tales contratos.

En conclusión, se considera que la compañía aseguradora falta a su deber legal cuando expide una póliza de cumplimiento sin conocer y evaluar con detalle el objeto del contrato asegurado y el estado del riesgo que asume, circunstancia suficiente para que no pueda alegar a su favor la ambigüedad del objeto del contrato asegurado y menos pueda ampararse en la falta de claridad o precisión de las cláusulas del contrato de seguro que han sido dictadas o elaboradas por ella misma (...).



VII. RESPONSABILIDAD PENAL DE ALGUNOS EX FUNCIONARIOS DEL MUNICIPIO DE ARMENIA:

Siendo este uno de los argumentos con base a los cuales pretende la parte demandante alcanzar la nulificación de los actos, corresponde destacar en la presente oportunidad según su contenido lo autoriza, que los mismos tuvieron por finalidad esencial, la de hacer efectivo el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo del contrato de obra No. 031 de 2015, por tanto, se itera, para el año 2016 época para la cual el Municipio desembolsó dicho recurso, las personas involucradas en delitos penales ya no hacían parte de la Administración Municipal y el único responsable de dicho recurso resultaba ser la UNIÓN TEMPORAL PUENTES ARMENIA a través del patrimonio autónomo, quien a su vez se encontraba amparado por el seguro de cumplimiento expedido por la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, en coaseguro.

Por lo tanto, las personas o ex servidores públicos condenados, tal como evidencian las pruebas aportadas al proceso, refieren a hechos que se materializaron en el año 2015, época para la cual no se había suscrito acta de inicio, ni se había desembolsado el valor del anticipo de obra, toda vez que sólo hasta el mes de **febrero de 2016**, se suscribió el contrato de consultoría no. 001 de 2016 con miras al ejercicio de las labores de vigilancia y control del contrato de obra pública.

Así pues, el cargo de anulación de las resoluciones enjuiciadas con motivo de las causas penales en los cuales se vieron involucrados algunos ex funcionarios del Municipio de Armenia, se muestra infundada.

PETICIÓN ESPECIAL:

Conforme a lo manifestado en precedencia se ruega al Honorable Consejo de Estado la confirmación de la sentencia apelada.

NOTIFICACIONES:

Con todo respeto, recibo notificaciones al Municipio de Armenia, en la Secretaría del Juzgado o en el Centro Administrativo Municipal CAM – Piso 3 Departamento Administrativo Jurídico – Celular 3188753405 o a los correos electrónicos jhosaja@gmail.com y notificacionesjudiciales@armenia.gov.co

Del Señor Magistrado, respetuosamente,

JHON ALEXANDER SANABRIA JARAMILLO

C.C. No. 1.094.901.422 Armenia

T.P. No. 211.161 del C.S.J.