

Bogotá D.C., 26 de febrero de 2024

Señores,

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

Atn: Dr. Diego Enrique Pérez Cadena

Abogado

Gerencia Indemnizaciones Seguros Patrimoniales

Dirección General

Referencia: Concepto acción judicial RUP-5361

Estimado doctor Diego:

En atención a la consulta formulada por usted sobre la procedencia del pago del siniestro de cumplimiento del Contrato de Obra No. CO-73-2022 suscrito entre el Municipio de Guadalupe (Antioquia) y la Constructora Sargo S.A.S., o, la posibilidad de demandar la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 (proferida en audiencia del 23 de junio de 2023) por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contratista y se hizo efectiva la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. 496-47- 994000016171 expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., nos permitimos informar lo siguiente:

I. Consideraciones y parte resolutive de la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023:

El día 23 de junio de 2023, en audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por presunto incumplimiento, la Secretaria General y de Gobierno del Municipio de Guadalupe (Antioquia) presidida por Héctor Vahos Gutiérrez, resolvió lo siguiente:

“ARTICULO PRIMERO: Declarar que la CONSTRUCTORA SARGO S.A.S. con NIT 900.659.669-0 representada legalmente por el señor FEDERICO LOZANO ASPRILLA con C.C. 11.807.805 o quien haga sus veces al momento de la notificación de la presente decisión, en calidad de contratista en el Contrato de Obra CO-073-2022 cuyo objeto es “LA CONSTRUCCIÓN Y MEJORAMIENTO DE VIVIENDA RURAL Y DE LA INFRAESTRUCTURA DEPORTIVA, RECREATIVA Y COMUNITARIA EN EL MUNICIPIO DE GUADALUPE, ANTIOQUIA”, incurrió en el incumplimiento grave y parcial de sus obligaciones contractuales de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta resolución, el informe de interventoría y los anexos explicativos que hacen parte integral de la misma.

ARTÍCULO SEGUNDO: De conformidad con la declaratoria de incumplimiento, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria prevista en la cláusula penal pecuniaria prevista en la cláusula decima segunda del contrato de Obra Pública No. 073 de 2022 equivalente 8% del valor total de la cláusula penal, sanción que asciende a la suma de CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS M/L (\$142.400.230), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta resolución, en contra de la empresa CONSTRUCTORA SARGO S.A.S. con NIT. 900.659.669-0 y a favor del Municipio de Guadalupe, Antioquia, con NIT. 890.981.162-2.

ARTÍCULO TERCERO: Declárese el siniestro y en consecuencia hágase efectiva la póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. Póliza: 496-47-994000016171 con sus respectivos anexos, en especial el anexo 3, expedida por la Compañía de seguros – Aseguradora Solidaria de Colombia – Nit. 860.524.654-6 la cual ampara el cumplimiento general del Contrato de Obra CO-73-2022 suscrito entre la empresa CONSTRUCTORA SARGO S.A.S. con NIT. 900.659.669-0 y el Municipio de Guadalupe, Antioquia, con NIT. 890.981.162-2, hasta por el total de la sanción, esto es la suma de CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS M/L (\$142.400.230).

ARTICULO CUARTO: En firme la presente resolución ordénese la liquidación del Contrato de Obra Pública CO-73-2022, sin perjuicio del inicio del medio de control contractual en contra de la empresa CONSTRUCTORA SARGO S.A.S para efectos de reclamar los perjuicios irrogados al Municipio de Guadalupe, Antioquia que excedan el valor cubierto por la cláusula penal.

ARTICULO QUINTO: Requírase a la empresa CONSTRUCTORA SARGO S.A.S con NIT. 900.659.669-0 y para que una vez ejecutoriada la presente resolución cancele las sumas de dinero impuestas a título de sanción – clausula penal, en caso de no verificarse el pago requiérase a la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA con NIT. 860.524.654-6 para que realice el pago de la sanción impuesta la cual asciende a la suma de CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS M/L (\$142.400.230), en su defecto se iniciará su cobro a través de la jurisdicción coactiva con la que cuenta la entidad.

(...)"

Para adoptar las anteriores determinaciones, el Municipio de Guadalupe se basó en las siguientes consideraciones que se resumen a continuación:

"C) DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CONSTRUCTORA SARGO S.A.

Las omisiones ya referidas que fundamentan el incumplimiento de las obligaciones del contratista CONSTRUCTORA SARGO S.A.S, son prueba irrefutable, no solo del incumplimiento, sino de su gravedad pues al haber fenecido el plazo no se logró cumplir con el objeto contractual enviando un mensaje errado a la comunidad pues el colaborador del estado no cumplió a cabalidad con sus obligaciones previstas tanto en el estatuto contractual como en el Contrato de Obra CO-73-2022.

(...)

La gravedad está determinada por la total inacción de parte del contratista CONSTRUCTORA SARGO S.A.S, para procurar el cumplimiento del objeto contractual y satisfacer las necesidades de la comunidad insatisfechas; luego de transcurrido la totalidad del plazo contractual incluida su prórroga, el contratista no ha logrado ejecutar las obras

descritas en el alcance del contrato y por tanto tampoco cumplir con el objeto del contrato, se advierte prima facie un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales tal como quedó descrito y probado en el acápite denominado “Hechos Probados”, de las seis (6) obras vinculadas con el objeto, ninguna se entregó de manera satisfactoria al 100%, incluso debe dejarse sentado que las obras más representativas tuvieron unas ejecuciones mínimas que denotan el grave incumplimiento por parte del contratista que tuvo nueve meses para honrar su palabra consignada en el contrato y no lo hizo, situación que genera insatisfacción en la comunidad beneficiaria de estos proyectos, lo cual afecta de manera grave la imagen institucional del Municipio de Guadalupe y de sus directivos, así mismo afecta la imagen del ente territorial ante los entes departamentales que cofinanciaron las aludidas obras que hacen parte del contrato en cuestión, hecho que se traduce necesariamente en la percepción de un Estado ineficiente en razón a la falta de cumplimiento de las obligaciones a cargo de los colaboradores elegidos mediante proceso de selección.

(...)

En el sublítem, dada la naturaleza de la conducta omisiva asumida por el representante legal de la empresa CONSTRUCTORA SARGO S.A.S. en la ejecución del contrato de obra No. 073 de 2022 lo encuadra en la culpa grave, pues ha sido tal su descuido frente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, que a la fecha no ha logrado cumplir con las obligaciones adquiridas en el contrato.

Demostrado el incumplimiento, el Municipio aplicará la cláusula penal antes referida.”

Una vez expuesta la parte resolutive y las consideraciones de la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023, corresponde analizar los yerros en que incurrió la citada entidad, y que justifican la nulidad del acto administrativo:

II. Excepción de contrato no cumplido a favor del contratista:

En la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 “*Por medio del cual se decide un proceso administrativo sancionatorio y se adoptan otras determinaciones*” se afirmó que el contratista del Contrato de Obra No. 073 de 2022, Constructora Sargo S.A.S., incumplió sus obligaciones frente a la construcción de salones comunales, no obstante, lo anterior, en el informe de interventoría del 16 de marzo de 2023 realizado por el Director de Interventoría y Representante Legal de Cadimas Consultorías & Construcciones S.A.S. se expresó que el retraso en dicha obra correspondió al incumplimiento de las obligaciones por parte del Municipio de Guadalupe (Antioquia) como entidad contratante, por lo que sería factible invocar la excepción de contrato no cumplido consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, conforme se pasa a exponer.

En la cláusula primera del Contrato CO-73-2022 del 16 de junio de 2022 se pactó lo siguiente:

“PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO. EL CONTRATISTA se obliga para con el MUNICIPIO a ejecutar la “CONSTRUCCIÓN Y MEJORAMIENTO DE VIVIENDA RURAL Y DE LA INFRAESTRUCTURA DEPORTIVA, RECREATIVA Y COMUNITARIA EN EL MUNICIPIO DE GUADALUPE, ANTIOQUIA, por la modalidad de precios unitarios.

PARÁGRAFO: ALCANCE: El alcance del objeto vincula la realización de las siguientes obras:

(...)

Construcción de salones comunales: Construcción y mantenimiento de espacios que contiene los siguientes espacios: área social, baño, zona de cafetín, cocina y cuarto útil.”

De igual forma, en el mismo negocio jurídico, pero en la cláusula tercera se establecieron las obligaciones a cargo del Municipio de Guadalupe como entidad contratante, donde se consagró lo siguiente:

“TERCERA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO. Para la celebración y ejecución del presente contrato, el Municipio se obliga a:

(...)

3.2. Poner a disposición del contratista, los bienes y lugares que se requieran para el desarrollo del proyecto.

(...)

3.4. Entregar al Contratista la información que éste requiera para el cabal cumplimiento de las actividades relacionadas con contrato, así como con las especificaciones técnicas de las mismas.

(...)

3.6. Cumplir y hacer cumplir las condiciones pactadas en el contrato y en los documentos que de él forman parte.”

Ahora bien, teniendo en mente que, dentro de las obligaciones del Municipio de Guadalupe (Antioquía) se encontraba poner a disposición del contratista los bienes y lugares que se requerían para el desarrollo del proyecto, así como entregar al contratista las especificaciones técnicas necesarias, se observa que en el oficio CADIMAS/065/C-I-70/23 del 16 de marzo de 2023 se manifestó de forma expresa que una de las obligaciones del Contrato CO-73-2022, esto es, la construcción de los salones comunales, no se había ejecutado debido a que la Administración Municipal no había cumplido con sus obligaciones, en concreto se dijo lo siguiente:

“De acuerdo a lo convenido en el comité de obra No. 24 del pasado martes 14 de marzo del 2023, y según solicitud del Jurídico del Municipio, Dr. Ramiro Ferney Sánchez, se presenta informe de interventoría relacionado al avance de obra actualizado a la fecha (16 de marzo de 2023), se evidencia lo siguiente:

(...)

En las casetas comunales, a la fecha, no se ha ejecutado obra debido a que la Administración del Municipio no ha definido las áreas a intervenir; de igual manera, no se han entregado los diseños finales. Para este proyecto, el Contratista cuenta en almacén con el material requerido por los diseños preliminares que representan un valor de \$31.805.347,00, equivalente al 25,51%, restando 2 semanas para cumplir con el plazo contractual, según otrosí No. 1 del 30 de enero de 2023. Lo anterior, según cronograma presentado y aprobado el 31 de enero de 2023 en comité de obra No. 22.” (énfasis añadido).

A pesar de que el Informe de Interventoría dejó en claro que la mora en la construcción de las casetas comunales obedecía a un actuar, aparentemente culposo, del Municipio de Guadalupe como entidad contratante al no definir las áreas a intervenir y no entregar los diseños finales, en la Resolución analizada (No. 092 del 3 de mayo de 2023) se expresó lo siguiente:

“V. HECHOS PROBADOS

Según consta en el Contrato de Obra No. 073 de 2022 que tiene por objeto la CONSTRUCCIÓN Y MEJORAMIENTO DE VIVIENDA RURAL Y DE LA INFRAESTRUCTURA DEPORTIVA, RECREATIVA Y COMUNITARIA EN EL MUNICIPIO DE GUADALUPE, ANTIOQUIA y se suscribió por la suma de \$1.780.002.871, el contratista debía ejecutar el siguiente alcance:

(...)

Construcción de salones comunales: Construcción y mantenimiento de espacios que contiene los siguientes espacios: área social, baño, zona de cafetín, cocina y cuarto útil.

Respecto al Salón Comunal Vereda La Cruz (sede nueva), al momento de la ejecución de la obra se presentó un cambio que representó una modificación del diseño de la obra a ejecutar debido a la morfología del terreno que como consecuencia de la temporada invernal presentó desprendimiento de movimiento en masa causando inestabilidad en una porción del terreno, en razón a lo anterior el municipio realizó los ajustes necesarios al diseño, los cuales fueron puestos en conocimiento del contratista e interventor el mes de marzo de 2023, a pesar de esto esta unidad de salón comunal tampoco fue construida.

(...)

Los porcentajes de ejecución e incumplimiento fueron

Proyecto	Porcentaje Ejecución	Porcentaje Incumplimiento
Mantenimiento del Coliseo Municipal en zona urbana	75,90%	24,1%
Mantenimiento de Escenarios Deportivos rurales	13,79%	86,21 %
Mejoramiento Vivienda Rural	13,37%	86,63 %
Mantenimiento Relleno Sanitario	87,14%	12,86%
Construcción de parques infantiles	99,66%	0,34%
Construcción de salones comunales	0.00%	100%

Como se observa, la Resolución No. 092 del 03 de mayo de 2023 **pasó por alto que el incumplimiento del contratista Constructora Sargo S.A.S. en la construcción de los salones comunales tuvo su causa en un incumplimiento contractual anterior del Municipio de Guadalupe (Antioquia), específicamente, en la mora que esta entidad contratante presentó a la hora de definir las áreas a intervenir y en la entrega de los diseños finales, conductas que vulneraron el contenido obligacional de la cláusula tercera** (obligaciones 3.2., 3.4 y 3.6) del contrato CO-73-2022.

Visto lo anterior, es claro que la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 se expidió mediante falsa motivación al no considerar lo que se consignó en el Informe de Interventoría, y con infracción en las normas en que debía fundarse, en específico, de los artículos 13 de la Ley 80 de 1993 y 1609 del Código Civil, refiriéndose el primero a la aplicación de las normas civiles y comerciales a los contratos estatales salvo materias reguladas particularmente por Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y el segundo a la excepción de contrato no cumplido, que se pasara a explicar frente al caso en concreto.

Sobre la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido, el artículo 1609 del Código Civil dispone lo siguiente:

“ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Sobre la disposición traída a colación el H. Consejo de Estado, desde antaño, ha mencionado lo siguiente:

*“(…) la Sala se inclina por la tesis de quienes predicán que la exceptio non adimpleti contractus sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio del interés público que informa el contrato administrativo. **El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.** No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina. A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fe, la justicia, etc, lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro*

del marco de la lógica de lo razonable o no.”¹ (énfasis añadido).

De igual forma, el alto tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa en Sentencia del 30 de enero de 2013² recordó lo siguiente sobre el medio de defensa contractual analizado:

“Excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación estatal

43. Como es sabido, el artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica.

44. Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones³.” (énfasis añadido).

En ese sentido, resultaba claro que, el contratista afianzado, Constructora Sargo S.A.S., no se encontraba en mora de cumplir con su obligación de construir los salones comunales, pues, el incumplimiento de la entidad contratante, Municipio de Guadalupe (Antioquia), en definir las áreas de intervención y entregar los diseños finales, lo situó en una imposibilidad absoluta de cumplir con las obligaciones a su cargo, pues lo cierto es que las mismas dependían del previo cumplimiento de las estipulaciones contractuales a cargo parte de su contraparte.

Por todo lo anterior, se considera que la Administración Municipal de Guadalupe Antioquia incurrió en varios yerros al proferir la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 “*por medio del cual se decide un proceso administrativo sancionatorio y se adoptan otras determinaciones*”, puesto que, en aplicación del artículo 1609 del Código Civil, no había lugar a declarar el incumplimiento del

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 1991. Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta. Radicado No. CE-SEC3-EXP1991-N4739

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 30 de enero de 2013. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicado No. 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217)

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de enero 31 de 1991, exp. 4739, CP Julio César Uribe Acosta; septiembre 15 de 1983, Exp. 3244; junio 25 de 1987, exp. 4994, CP Jorge Valencia Arango; mayo 15 de 1992, exp. 5950, CP Daniel Suárez Hernández; enero 17 de 1996, Exp. 8356; marzo 15 de 2001, Exp. 13415, CP Ricardo Hoyos Duque; abril 13 de 1999, exp. 10131; febrero 21 de 1992, exp. 5857, CP Carlos Betancur Jaramillo; octubre 17 de 1995, exp. 8790; septiembre 14 de 2000, exp. 13530, CP Ricardo Hoyos Duque; febrero 16 de 1984, exp. 2509, CP José Alejandro Bonivento Fernández; septiembre 13 de 2001, exp. 12722, CP María Elena Giraldo Gómez; abril 25 de 2005, exp. 14393, CP German Rodríguez Villamizar; abril 14 de 2005, exp. 28.616, CP German Rodríguez Villamizar; 21 de febrero de 2011, exp. 16.105, entre otras.

contratista afianzado frente a la obligación de construir salones comunales, conforme se explicó anteriormente en aplicación de la excepción de contrato no cumplido.

III. Incumplimiento del deber de planeación por parte del Municipio de Guadalupe (Antioquia):

Aunado a lo anterior, se tiene que la entidad contratante incumplió su deber de planeación, pues, además de que no definió las áreas a intervenir y tampoco entregó los diseños finales en la construcción de los salones comunales, el cambio de diseños respecto del *salón comunal Vereda La Cruz (sede nueva)* constituye también un incumplimiento de dicho deber, pues, debía ser previsible para la entidad contratante el cambio de la morfología del terreno con ocasión de los estudios previos que, presuntamente, se realizaron dentro del proceso de contratación.

Frente a la importancia del deber de planeación en la contratación estatal, la doctrina⁴ ha tenido a bien en mencionar lo siguiente:

*“Es así como la concreción del principio de planeación en las instancias aquí mencionadas – delimitación de la necesidad, estudio de conveniencia y oportunidad, obtención de permisos y licencias, análisis de las condiciones de mercado para determinar el presupuesto oficial, cumplimiento de los requisitos presupuestales, **determinación de los riesgos previsibles** y maduración de proyectos – se traduce en formalidades de obligatorio cumplimiento para la configuración del contrato estatal, ya que con su agotamiento la Administración puede determinar qué quiere, cómo pretende conseguirlo, qué necesita para hacerlo y a qué costo podrá llevarlo a cabo.*

*La omisión de la planeación puede traer consecuencias funestar para el desarrollo del procedimiento de selección del contratista, así como **para la ejecución misma del objeto contractual** (...)*” (énfasis añadido).

De igual forma, la jurisprudencia⁵ ha mencionado que la ausencia de estudios, planos y/o diseños, como en el caso en concreto, constituyen un incumplimiento del deber de planeación por parte de la entidad contratante:

*“Cabe mencionar **que la falta de realización de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración, repercute no sólo en la formación del contrato, sino también en su ejecución, por cuanto ocasiona graves problemas y obstáculos que pueden impedir el desarrollo de las obras o paralizarlas, además de que elevan su valor por las mayores cantidades y especificaciones técnicas a las inicialmente convenidas. Por eso, la inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado infringe el deber de planeación cuyo cumplimiento les resulta imperativo en el desarrollo de la actividad contractual**, además de los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones y por tanto, las hace caer en responsabilidad contractual por esa*

⁴ Expósito Vélez, J. C. (2021). Forma, formalidades y contenido del contrato estatal. Universidad Externado de Colombia.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

omisión, siempre y cuando se demuestren los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Desde esta perspectiva, resulta reproachable al Departamento de Cundinamarca la omisión en que incurrió al no realizar o entregar oportuna y completamente los estudios, diseños y planos completos de la obra que permitieran determinar la totalidad de las actividades que se debían realizar, así como los problemas o inconvenientes que en su ejecución pudieron ser previstos o advertidos mediante su adecuada elaboración, obligación a la cual estaba sometida y cuyo fundamento legal se encontraba en el artículo 84 del Decreto-ley 222 de 1983, vigente para la época en que el departamento adelantó el respectivo proceso de selección y actualmente contemplada en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.” (énfasis añadido).

Para analizar el incumplimiento del Municipio de Guadalupe frente a su deber de planeación, debe tenerse presente que en la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 “por medio del cual se decide un proceso administrativo sancionatorio y se adoptan otras determinaciones” se menciona lo siguiente:

“V. HECHOS PROBADOS

Según consta en el Contrato de Obra No. 073 de 2022 que tiene por objeto la CONSTRUCCIÓN Y MEJORAMIENTO DE VIVIENDA RURAL Y DE LA INFRAESTRUCTURA DEPORTIVA, RECREATIVA Y COMUNITARIA EN EL MUNICIPIO DE GUADALUPE, ANTIOQUIA y se suscribió por la suma de \$1.780.002.871, el contratista debía ejecutar el siguiente alcance:

(...)

Construcción de salones comunales: Construcción y mantenimiento de espacios que contiene los siguientes espacios: área social, baño, zona de cafetín, cocina y cuarto útil.

Respecto al Salón Comunal Vereda La Cruz (sede nueva), al momento de la ejecución de la obra se presentó un cambio que representó una modificación del diseño de la obra a ejecutar debido a la morfología del terreno que como consecuencia de la temporada invernal presentó desprendimiento de movimiento en masa causando inestabilidad en una porción del terreno, en razón a lo anterior el municipio realizó los ajustes necesarios al diseño, los cuales fueron puestos en conocimiento del contratista e interventor el mes de marzo de 2023, a pesar de esto esta unidad de salón comunal tampoco fue construida.

(...)” (énfasis añadido).

No obstante que en la decisión administrativa se indica que “...el municipio realizó los ajustes necesarios al diseño, los cuales fueron puestos en conocimiento del contratista e interventor el mes de marzo de 2023...”, lo cierto es que en el informe de interventoría realizado por Cadimas el día 16 de marzo de 2023 se contradice dicha aseveración:

*“De acuerdo a lo convenido en el comité de obra No. 24 del pasado martes 14 de marzo del 2023, y según solicitud del Jurídico del Municipio, Dr. Ramiro Ferney Sánchez, se presenta informe de interventoría relacionado al avance de obra actualizado a la fecha **(16 de marzo de 2023)**, se evidencia lo siguiente:*

(...)

En las casetas comunales, a la fecha – es decir, 16 de marzo de 2023 – , no se ha ejecutado obra debido a que la Administración del Municipio no ha definido las áreas a intervenir; de igual manera, no se han entregado los diseños finales. Para este proyecto, el Contratista cuenta en almacén con el material requerido por los diseños preliminares que representan un valor de \$31.805.347,00, equivalente al 25,51%, restando 2 semanas para cumplir con el plazo contractual, según otrosí No. 1 del 30 de enero de 2023. Lo anterior, según cronograma presentado y aprobado el 31 de enero de 2023 en comité de obra No. 22.” (énfasis añadido).

Lo anterior refleja un incumplimiento del Municipio de Guadalupe (Antioquia) frente al deber de planeación que le asistía como entidad contratante, deber que es de suma importancia dentro de la contratación estatal y que pudo haber evitado las circunstancias que incidieron en el incumplimiento del contratista, como lo fueron los cambios en los diseños, la identificación de áreas para intervenir y la ausencia de diseños finales.

Por todo lo anterior, se considera que el Municipio de Guadalupe (Antioquia) incumplió su deber de planeación frente al Contrato de Obra CO-73-2022 suscrito con el contratista Constructora Sargo S.A.S.

IV. Falta de notificación de la agravación del estado del riesgo y terminación del contrato de seguro (art. 1060 del C.Co.).

De la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023, así como de las actuaciones que precedieron a la misma, y, del Informe de Interventoría realizado por Cadimas Consultorías & Construcciones S.A.S., se desprende que la omisión del Municipio de Guadalupe (asegurado) en definir las áreas a intervenir por el contratista, la ausencia de diseños finales o el cambio de los mismos sobre la ejecución del contrato de obra, no fueron debidamente notificados a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., circunstancia que implicó la terminación del seguro de cumplimiento documentado en la Póliza No. 496-47-994000016171 de conformidad con el inciso 4º del artículo 1060 del Código de Comercio.

Para fundamentar el análisis que se realiza en el presente acápite sobre la terminación del seguro de cumplimiento por falta de notificación oportuna de la agravación del riesgo, debe tenerse presente que, tratándose de garantías únicas de cumplimiento en la contratación estatal, las mismas se pueden tipificar dentro de la categoría de seguros por cuenta de un tercero, de conformidad con los artículos 1506 del Código Civil y 1039 del Código de Comercio, según dispone éste último lo siguiente:

“ARTÍCULO 1039. <SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES>. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o

determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

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

De ese parecer es el H. Consejo de Estado que, en Auto del 30 de enero del 2008⁶, mencionó lo siguiente sobre el particular:

“De esta manera, se tiene entonces que en los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de otros contratos estatales, en cuanto medie la aprobación que la entidad estatal contratante haya impartido a los términos de la póliza expedida por la compañía aseguradora -aprobación que constituye requisito legal para que pueda darse inicio a la ejecución del contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 41, Ley 80)-, en modo alguno puede admitirse que a la respectiva entidad estatal contratante se la califique como un tercero, ajeno por completo al referido contrato de seguro de cumplimiento, puesto que queda visto que con ocasión de la aceptación o ratificación que ella imparte a la estipulación que la aseguradora ha realizado en su favor, i) aquella asume directamente la condición de parte dentro del correspondiente contrato de seguro; ii) porque de todas maneras resulta claro que la entidad estatal contratante es la verdadera titular del riesgo asegurable y, por ende, le corresponde la posición del asegurado y, además, iii) porque en todo caso se tiene que la aceptación o ratificación que la entidad estatal contratante imparte a la estipulación de la aseguradora configura una relación contractual que erige a aquella en la única legitimada para exigirle a la aseguradora el pago de las obligaciones indemnizatorias, en los eventos en que acaezca el respectivo siniestro.” (énfasis añadido).

Como se podrá observar entonces, al aprobar la garantía única de cumplimiento, la entidad estatal contratante pasa a formar parte del contrato de seguro, pues, no sólo tiene conocimiento del negocio jurídico en cuestión, sino que, además, lo ratifica, como lo menciona el Consejo de Estado. Por las anteriores razones, es que a dicha entidad estatal contratante le son aplicables las obligaciones y cargas que emanan del negocio asegurativo, como lo son, entre otras, la notificación de la modificación del riesgo ya sea por su agravación o variación de su identidad local conforme lo dispone el artículo 1060 del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 30 de enero de 2008. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado No. 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867). Actor: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ECOPETROL. Demandado: ASEGURADORA COLSEGUROS S. A.

del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

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

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

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

Dicho lo anterior, corresponde analizar si el deber consagrado en el artículo 1060 del Código de Comercio resultaba aplicable al Municipio de Guadalupe dada la especial regulación que sobre el particular existe en el Decreto 1510 de 2013 (Compilado en el Decreto 1082 de 2015).

El Capítulo II del Título III del Decreto 1510 de 2013 consagra una regulación específica sobre el contrato del seguro, y, para el caso que nos ocupa, dispone prohibiciones tendientes a la terminación automática del contrato, su revocación y la inoponibilidad de excepciones de la compañía de seguros, de la siguiente manera:

“Artículo 133. Improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro. La garantía única de cumplimiento expedida a favor de Entidades Estatales no expira por falta de pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente.

Artículo 134. 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 retenciones en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro o cualquier otra excepción que tenga el asegurador en contra del contratista.”

Como puede verse de la normatividad citada, si bien se establecieron una serie de restricciones frente al contrato de seguro cuando este se celebra en el marco de la contratación estatal, lo cierto es que los artículos traídos a colación no se extienden a inaplicar la terminación *ope legis* del negocio aseguratorio en virtud de las hipótesis consagradas en el artículo 1060 del Código de Comercio, así como tampoco proscriben la imposibilidad de oponer la conducta del asegurado (en este caso la entidad estatal contratante) para objetar la cobertura del seguro de cumplimiento. A la anterior conclusión ha llegado la doctrina especializada, conforme se pasa a exponer.

Sobre la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio al seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, la profesora Hilda Esperanza Zornosa Prieto en un concepto jurídico rendido

en el marco de una investigación de maestría⁷, menciona lo siguiente:

*“En efecto las demás excepciones que en las mencionadas normas se prohíbe al asegurador invocar como causal de exoneración de responsabilidad son las provenientes del tomador **que no las del propio asegurado y como quiera que el artículo 1060 señala que tanto el asegurado como el tomador según el caso deben mantener el estado del riesgo resulta claro que si por ejemplo se introducen modificaciones al contrato garantizado puede el asegurador exigir tanto del tomador como del asegurado el cumplimiento del deber de notificar las circunstancias que constituyan una modificación o una agravación al estado del riesgo.***

*El decreto 1510 de 2013 en el artículo 133 precisa que la garantía única de cumplimiento no expira por la mora en el pago de la prima ni puede ser revocada unilateralmente. Es decir vuelve a retomar el criterio según el cual lo que no puede el asegurador aplicar al contrato de seguro es la figura de la revocación unilateral. Nótese que la revocación que la ley califica de unilateral es la que se deriva del ejercicio de una facultad unilateral por cualquier causa. **La consecuencia que se deriva del incumplimiento del deber de mantener el estado del riesgo, es decir la posibilidad de revocar el contrato por dicha causa no es en estricto rigor jurídico el ejercicio de una facultad unilateral, puesto que la misma deriva del incumplimiento de un deber es decir que se trata de una sanción impuesta por esa causa, esto es que esta figura jurídica ostenta una naturaleza jurídica distinta.** El asegurador tiene el deber de tarifar en función del riesgo y si el riesgo se modifica o se agrava debe además ajustar la prima.*

*En adición al criterio interpretativo anterior importa considerar que el artículo 134 del decreto 1510 de julio 7 de 2013 señala que al asegurador no le es dado esgrimir los errores del tomador como causal para exonerarse del pago de la indemnización y, en este caso dar por terminado el contrato a partir del incumplimiento, **pero guarda silencio en relación con las consecuencias por los errores de omisión imputables al asegurado, de manera que ante la ausencia de una regulación excepcional para ese evento en concreto, en mi sentir resulta legítimo para el asegurador invocar como sanción en contra del asegurado el incumplimiento del deber que el legislador consagró también en su cabeza, y con mayor razón si éste ha quedado incorporado en las estipulaciones de la póliza de seguro ya que el contrato es ley para las partes.***

*Téngase en cuenta que las normas de contratación estatal prohíben que el asegurador invoque como causal de exoneración de responsabilidad los errores u omisiones cometidos por el tomador, **más de manera expresa no consagra la prohibición de que el asegurador invoque como causal de exoneración de responsabilidad los errores cometidos por el propio asegurado.***

*Por tal motivo para cada caso en concreto habrá lugar a analizar si tal incumplimiento se predica de un deber radicado en cabeza del tomador, **o si dicho deber también se***

⁷ Concepto jurídico rendido en la siguiente tesis de Maestría en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana: Martínez, M. S. (2017). Agravación del riesgo en la garantía única de cumplimiento. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10554/41480>. Págs. 271-274.

encontraba radicado en el asegurado caso en el cual de manera válida podría invocar, - como ya se dijo- la terminación del contrato, cuando se enfrenta el incumplimiento de un deber que la ley y el contrato también también haya quedado radicado en el asegurado.

A la anterior conclusión se llega del análisis de los textos normativos radicado en cabeza deriva de una obligación que la ley del contrato de seguro radica también, de manera expresa, en cabeza del asegurado por lo que si el asegurador así lo considera puede invocarlo como causal para atribuir la consecuencia que se consagra en la norma del código de comercio citada.

Resulta claro entonces que lo que el asegurador no puede hacer es invocar los errores del tomador para exonerarse del pago; **pero como la sanción que consagra el artículo 1060 del código de comercio no solo aplica cuando el error sea imputable al tomador sino cuando el error se le impute al asegurado, en este último evento con base en las normas analizadas si puede el asegurador invocar la excepción de pago.**” (énfasis añadido).

De igual parecer es el profesor Jorge Eduardo Narváez Bonnet⁸ cuando menciona lo siguiente:

*“A quien corresponde esa obligación de conservación del estado del riesgo, viene dado por quien tenga bajo su control inmediato el interés materia del respectivo contrato de seguro y, **como en el seguro de cumplimiento el asegurado es la entidad contratante y es además, quien está interesada en la satisfacción de las obligaciones de su contratista, es claramente a quien compete esa carga de preservar las características y condiciones de ese riesgo inicialmente asumido por el asegurador.**”*⁹ (énfasis añadido).

En virtud de las opiniones doctrinales traídas a colación, resulta claro que la carga consagrada en el artículo 1060 del Código de Comercio es igualmente aplicable a las entidades estatales que figuran como aseguradas dentro de un seguro de cumplimiento, máxime cuando ellas, en virtud de la vigilancia y control que tienen sobre el contrato afianzado, según los artículos 14 de la Ley 80 de 1993 y 21 de la Ley 1150 de 2007, son quienes conocen de primera mano si el riesgo asumido por la Compañía Aseguradora ha sufrido alguna modificación.

Aclarado lo anterior, conviene analizar cuáles modificaciones deben ser informadas por el asegurado al asegurador so pena de que opere la terminación del contrato de seguro, sobre ello, el profesor Jorge Eduardo Narváez menciona lo siguiente:

*En este sentido, para que pueda aducirse la terminación automática del amparo conferido por una póliza de seguro de cumplimiento, no se debe tratar de una simple modificación en relación con algunas de las características del riesgo inicialmente sometido a consideración del respectivo asegurador, sino que **debe tratarse de una alteración en el estado del riesgo que desde el punto de vista jurídico sea relevante, vale decir, que afecte los***

⁸ Ibidem. Pág. 278.

⁹ Tesis sostenida por el mismo autor en el libro de su autoría Narváez Bonnet, J. E. (2011). El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibañez. Pág. 166 a 169.

chances o las posibilidades de ejecución del contrato por parte del respectivo contratista (...)¹⁰ (énfasis añadido).

Y agrega el profesor Narváez que, la modificación cobra importancia, y, por tanto, opera el deber del artículo 1060 del Código de Comercio, cuando, por ejemplo, la entidad estatal asegurada demora la entrega de diseños o bienes necesarios para el desarrollo de obras o trabajos contratados:

*“En consecuencia, no tiene cabida la terminación del amparo por agravación del estado del riesgo ocasionada por el tomador o afianzado (art. 1060 C. de Co.), aunque si cobra operancia la agravación del estado del riesgo por parte del asegurado, como sucedería, verbigracia, cuando la entidad contratante impusiera obligaciones adicionales al contratista; interpretara o modificara unilateralmente el contrato sin atender al marco legal para hacer uso de esas prerrogativas excepcionales y sin notificar a la respectiva aseguradora del inicio de los procedimientos en cuestión; demorara la entrega de diseños o bienes necesarios para el desarrollo de las obras o trabajos contratados, o bien, incurriera en mora para satisfacer los pagos parciales, entre otros supuestos, se ha estimado que las consecuencias señaladas en la ley para la agravación del estado del riesgo, cobran plenos efectos.”*¹¹ (énfasis añadido).

Ahora bien, para el caso en concreto, se tiene que el Municipio de Guadalupe (Antioquia), como entidad estatal contratante y asegurado de la Póliza No. 496-47-994000016, modificó el estado del riesgo agravándolo, al no entregar a tiempo los diseños y predios necesarios para que el contratista, Constructor Sargo S.A.S., cumpliera con su obligación de construir los salones comunales pactados en el contrato de obra CO-73-2022, ello de conformidad con el Informe de Interventoría CADIMAS/065/C-I-70/23 como se pasará a exponer.

Dentro del contrato de obra CO-73-2022 se establecieron las siguientes obligaciones a cargo del Municipio de Guadalupe (Antioquia):

TERCERA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO. Para la celebración y ejecución del presente contrato, el Municipio se obliga a:

- 3.1. Pagar en la forma establecida en la Cláusula FORMA DE PAGO, las facturas presentadas por el CONTRATISTA, ~~previa autorización expresa del Interventor y supervisor designado~~.
- 3.2. Poner a disposición del contratista, los bienes y lugares que se requieran para el desarrollo del proyecto.
- 3.3. Asignar un supervisor del proyecto, quien mantendrá la interlocución permanente y directa con el Contratista y con el SUPERVISOR.
- 3.4. Entregar al Contratista la información que éste requiera para el cabal cumplimiento de las actividades relacionadas con contrato, así como con las especificaciones técnicas de las mismas.
- 3.5. Resolver las peticiones presentadas por el CONTRATISTA en los términos consagrados por la Ley.
- 3.6. Cumplir y hacer cumplir las condiciones pactadas en el contrato y en los documentos que de él forman parte.

Como se puede observar del mismo clausulado del contrato de obra, se tiene que, dentro de las obligaciones 3.2. y 3.4., se encontraba el “poner a disposición del contratista, los bienes y lugares

¹⁰ Ibidem. Pág. 280.

¹¹ Ibidem. Pág. 282.

que se requieran para el desarrollo del proyecto” y “Entregar al Contratista la información que éste requiera para el cabal cumplimiento de las actividades relacionadas con contrato, así como las especificaciones técnicas de las mismas”, compromisos contractuales que lógicamente implicaban que el Municipio de Guadalupe cumpliera con la entrega de los diseños de obra y pusiera a disposición del contratista los predios y/o lugares donde se iba a efectuar la misma.

No obstante, la claridad de las obligaciones a cargo del Municipio, para el 16 de marzo de 2023, la firma Cadimas Consultorías & Construcciones S.A.S. presentó Informe de Interventoría donde se consignó que la construcción de las casetas comunales no se había ejecutado “*debido a que la Administración del Municipio no ha definido las áreas a intervenir; de igual manera, no se han entregado los diseños finales.*”. Todo ello, según consta en el Informe mencionado:

- En las casetas comunales, a la fecha, no se ha ejecutado obra debido a que la Administración del Municipio no ha definido las áreas a intervenir; de igual manera, no se han entregado los diseños finales. Para este proyecto, el Contratista cuenta en almacén con el material requerido por los diseños preliminares que representan un valor de \$ 31.805.347,00, equivalente al 25,51%, restando 2 semanas para cumplir con el plazo contractual, según otrosí No. 1 del 30 de enero de 2023. Lo anterior, según cronograma presentado y aprobado el 31 de enero de 2023 en comité de obra No. 22.

De la documentación obrante en el expediente administrativo que antecedió a la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023, resulta claro que el riesgo inicialmente trasladado a Solidaria se modificó ostensiblemente, pues, en palabras del profesor Jorge Eduardo Narváez Bonnet, las chances o posibilidades de que el contratista cumpliera con la ejecución de la obra habían disminuido drásticamente ante la incertidumbre de las áreas a intervenir y la negativa de la entidad contratante a entregar los diseños finales.

Nótese, además, que la modificación del riesgo provino de la voluntad de la entidad estatal asegurada, pues, lo cierto es que sólo a ella y a nadie más le correspondía definir las áreas a intervenir y la entrega de los diseños finales para la obra, por lo que resultaba imperativo, so pena de la terminación del contrato de seguro, que el Municipio notificara dicha agravación del riesgo con una *antelación no menor de diez días* según lo dispone el inciso 2º del artículo 1060 del Código de Comercio, circunstancias que no sucedió.

No obstante, lo anterior, así se tuviese en cuenta lo manifestado en la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023, y se aceptara que la modificación del riesgo obedeció a una causa extraña a la entidad contratante, se tiene que dicha alteración del riesgo tampoco fue notificada a la aseguradora, pues, los ajustes en el diseño únicamente fueron puestos en conocimiento “*del contratista e interventor en el mes de marzo de 2023*”, pero nunca le fueron comunicados a la Aseguradora Solidaria de Colombia, conforme se desprende de la misma resolución analizada:

- **Construcción de salones comunales:** Construcción y mantenimiento de espacios que contiene los siguientes espacios: área social, baño, zona de cafetín, cocina y cuarto útil.

Respecto al Salón Comunal Vereda La Cruz (sede nueva), al momento de la ejecución de la obra se presentó un cambio que representó una modificación del diseño de la obra a ejecutar debido a la morfología del terreno que como consecuencia de la temporada invernal presentó desprendimiento de movimiento en masa causando inestabilidad en una porción del terreno, en razón a lo anterior el municipio realizó los ajustes necesarios al diseño, los cuales fueron puestos en conocimiento del contratista e interventor el mes de marzo de 2023, a pesar de esto esta unidad de salón comunal tampoco fue construida.

Por todo lo anterior, resulta claro, ante la ausencia de prueba que demuestre que la aseguradora fue debidamente notificada de la agravación del riesgo, que el contrato de seguro documentado en la Póliza No. 496-47-994000016 terminó de forma automática, *ope legis*, según lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio, circunstancia que lleva a concluir, de igual forma, que para la fecha en la cual se citó a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, 25 de abril de 2023, el contrato de seguro ya no se encontraba vigente y, por tanto, no podía hacerse efectivo el amparo de cumplimiento, como erróneamente se hizo en la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023.

V. Aplicación del principio de proporcionalidad:

Frente a la aplicación del principio de proporcionalidad a la hora de tasar el valor de la cláusula penal, se tiene que la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 incurre en dos yerros, a saber: primero, contempla un incumplimiento total frente a la obligación de construir salones comunales, cuando, como se indicó anteriormente, dicha obligación no fue satisfecha por el contratista con ocasión del incumplimiento previo de la entidad contratante; y, segundo, no tiene en cuenta el porcentaje de ejecución en el mantenimiento de escenarios deportivos rurales y mejoramiento de vivienda rural, cuando lo cierto es que dichas obligaciones alcanzaron un porcentaje de ejecución del 13,79% y 13,37% respectivamente.

Frente al primer yerro que se le atribuye a la resolución analizada debe decirse que la construcción de salones comunales no debió haberse tomado como una de las obligaciones incumplidas para tasar el valor de la cláusula penal, pues, lo cierto es que frente a dicha obligación no sólo operó la excepción de contrato no cumplido a favor del contratista, sino que, además, la falta de ejecución en dicha obra obedece al incumplimiento por parte del Municipio de Guadalupe como entidad contratante al no entregar los diseños finales a tiempo y no definir las áreas donde se realizaría la construcción de dichos salones.

Ahora bien, frente al segundo yerro se tiene que en la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 se dijo lo siguiente frente a la aplicación del principio de proporcionalidad en la tasación del valor de la cláusula penal:

- Ninguno de los proyectos fue terminado satisfactoriamente, incluso los más representativo tienen ejecuciones inferiores al 20%, financieramente el contrato alcanzó una ejecución del 30% aproximadamente.
- y gubernamental, causan un daño irreparable a la imagen institucional y afectan los Teniendo en cuenta los valores relacionados, concentrándonos en los porcentajes reales de ejecución alcanzado por el contratista respecto del valor integral del contrato, el municipio de Guadalupe solo tendrá en cuenta los proyectos que alcanzaron un porcentaje de ejecución superior al 50% para la aplicación de la proporcionalidad, los proyectos que no superaron una ejecución superior al porcentaje indicado, no serán tenidos en cuenta dado que no representan ningún beneficio para el ente territorial como tampoco para las comunidades, estas ejecuciones tan bajas generan impactos negativos en la gestión contractual derechos de las comunidades beneficiadas que ven frustradas sus anhelos y aspiraciones de satisfacer sus necesidades

Lo expresado en el acto administrativo objeto de análisis resulta carente de fundamento alguno, pues no existe ninguna norma que respalde la decisión adoptada de excluir las obligaciones que sólo alcanzaron un porcentaje de ejecución del 13,79% y 13,37. La motivación de la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 ciertamente va en contravía de lo establecido en el artículo 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, pues, para la aplicación de la rebaja o reducción de la cláusula penal que mencionan dichas normas sólo es necesario el cumplimiento parcial sin tener en cuenta otras consideraciones, por lo que la argumentación realizada por la Administración Municipal resulta arbitraria en la medida en que dichos porcentajes, aunque sean mínimos, fueron recibidos por la entidad territorial y la justicia contractual impone que sean tenidos en cuenta a la hora de reducir la pena pactada.

VI. Causales de nulidad en las que incurre la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023:

De conformidad con el análisis realizado, se tiene que la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 se encuentra inmersa, presuntamente, en las siguientes causales de nulidad:

Infracción de las normas en que debía fundarse: La Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 fue expedida con infracción en el artículos 1060 del Código de Comercio, pues de las pruebas obrantes en el expediente administrativo y, en especial, en el Informe de Interventoría, se tiene que resultaba plenamente aplicable la hipótesis contenida en dicha disposición dado que el Municipio de Guadalupe agravó el estado del riesgo al no entregar los diseños finales de los salones comunales y no poner a disposición del contratistas las áreas a intervenir, circunstancias que no fueron notificadas a la Aseguradora y por ende conllevaron a que el contrato de seguro terminara *ope legis* de conformidad con el inciso 4º de la norma desconocida.

De igual forma, se tiene que el acto administrativo analizado fue expedido con infracción de los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, pues, a pesar de que el contratista ejecutó los proyectos de *Mantenimiento de Escenarios Deportivos rurales y Mejoramiento Vivienda Rural* en un 13,79% y 13,37%, dichos porcentajes no fueron tenidos en cuenta por la Administración Municipal a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad en la tasación del valor de la cláusula penal.

Mediante falsa motivación: Por último, se tiene que la Resolución analizada se expidió mediante falsa motivación, pues, a pesar de que el Informe de Interventoría revela que la causa de inejecución del proyecto de *Construcción de salones comunales* obedeció en la demora de la Administración

Municipal para definir las áreas a intervenir y la entrega de los correspondientes diseños, el acto administrativo en cuestión decidió declarar el incumplimiento de dicha obligación, cuando lo cierto es que dicho incumplimiento no era imputable al contratista.

VII. Ejecutoriedad de la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 y posibles defensas de la Compañía en un procedimiento de cobro coactivo:

Debe mencionarse, en primer lugar, la garantía a favor del Municipio de Guadalupe que se hizo efectiva a través de la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023, puede ser recaudada tanto por el procedimiento de cobro coactivo según lo establecido en los artículos 98 y 99 del CPACA, como por la acción ejecutiva contemplada en el artículo 297 del mismo estatuto. En virtud de lo anterior, los medios de defensa dependerán del camino que tome la entidad contratante para cobrar la respectiva garantía.

No obstante, lo anterior, lo cierto es que la entidad contratante avecino desde la Resolución analizada que el camino a tomar sería el de la jurisdicción coactiva cuando mencionó en el artículo quinto de dicha decisión administrativa que “... *en su defecto se iniciará su cobro a través de la jurisdicción coactiva con la que cuenta la entidad.*”, por lo anterior, conviene analizar cuáles podrían ser los medios de defensa con los que cuenta la aseguradora para enervar dicho procedimiento.

Frente los elementos del título, de conformidad con el artículo 422 del Código General del Proceso¹², se puede decir que la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 no es clara y tampoco actualmente exigible, lo primero porque si bien la parte resolutive se refirió a que se haría efectiva la Póliza que “*ampara el cumplimiento general*” lo cierto es que el artículo 129 del Decreto 1510 de 2013 estableció que los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus riesgos y los mismos resultan ser excluyentes ante la imposibilidad de su acumulación, circunstancia que indica que, para ser clara, la resolución analizada debió expresar cuál de todos los amparos se estaba afectando y en segundo lugar, porque el artículo quinto de la decisión administrativa comentada sometió el pago de la Aseguradora Solidaria de Colombia a la condición de que primero se requiriera al contratista para el pago y dicho requerimiento fuese infructuoso, por lo que ante la falta de acreditación de dicha condición, la obligación no es actualmente exigible.

En virtud de lo anterior, podría invocarse, frente a un eventual mandamiento de pago, la excepción contenida en el numeral 7º del artículo 831 del Estatuto Tributario con fundamento en la remisión normativa realizada por el artículo 100 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consistente en la falta de título ejecutivo.

Por último, en caso de no prosperar las excepciones frente al mandamiento de pago que formule el Municipio de Guadalupe (Antioquia), persiste la posibilidad de solicitar, junto con la nulidad de la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023, el correspondiente restablecimiento del derecho consistente en la devolución de las sumas dinerarias que haya pagado la aseguradora con ocasión al acto administrativo nulado.

¹² Sección Tercera, Subsección “C”, Auto de 8 de marzo de 2018, Expediente 60.149, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “*título ejecutivo se define como cualquier documento en el cual consta una obligación clara, expresa y exigible, según el artículo 422 del Código General del Proceso*” tomado de:

VIII. Conclusiones y recomendaciones:

En virtud de todo lo anterior, se recomienda incoar el medio de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo solicitando la nulidad de la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023, dado que, existen fundamentos fácticos y jurídicos, que demuestra que dicho acto administrativo fue expedido mediante infracción de las normas en que debía fundarse, en la medida en que no aplicó las consecuencias previstas frente a la terminación del contrato de seguro por falta de notificación de la agravación del riesgo, aplicó de forma incorrecta y caprichosa el principio de proporcionalidad en la reducción de la cláusula penal según los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio y sus fundamentos corresponden a falsas motivaciones, pues, lo cierto es que el Informe de Interventoría acreditó que el incumplimiento del contratista frente a la construcción de los salones comunales obedeció a un incumplimiento previo de la entidad contratante.

Ahora bien, frente al procedimiento de cobro coactivo que eventualmente inicie el Municipio de Guadalupe para cobrar la garantía pactada su favor, se tiene que es posible excepcionar la falta de título ejecutivo, puesto que la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 no mencionó, en su parte resolutive, el amparo que se estaba afectando y condicionó la obligación de la Aseguradora Solidaria de Colombia al requerimiento previo del contratista afianzado, por lo que ciertamente la obligación no sería clara ni actualmente exigible ante las circunstancias anteriormente indicadas. Además de lo anterior, se debe indicar que, junto con la interposición de la demanda a través de la cual se ejerza el medio de control de controversias contractuales, se solicitará la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo en cuestión de conformidad con el numeral 3º del artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señalando que la presentación de dicha acción puede proponerse también como una excepción en el eventual procedimiento de cobro coactivo que inicie la entidad contratante.

En todo caso, debe ponerse de presente que, de no prosperar las excepciones propuestas frente a un eventual mandamiento de pago de la entidad contratante, subsiste la posibilidad atinente a solicitar el reintegro de los dineros que haya pagado la Aseguradora en virtud de la Resolución demandada, todo ello de conformidad con el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Respecto del medio de control de controversias contractuales es preciso también indicar que su término de caducidad fenece, de acuerdo con el literal j) del numeral 2º del artículo 164 *ejusdem*, el día 24 de junio de 2025.

Esperamos haber dado respuesta a la inquietud presentada y estamos dispuestos a colaborar con cualquier nueva solicitud o absolver las inquietudes que puedan presentarse.

Cordialmente,

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 de Bogotá D.C.

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