

Señores

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

repartofjudpas@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: ESCRITO DE DEMANDA - MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

DEMANDANTE: COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A

DEMANDADA: ALCALDIA DISTRITAL DE TUMACO – DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO - NARIÑO

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No.39.116 del C.S. de la J., actuando en calidad apoderado general de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., identificada con Nit. 860.037.013-6, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C. y con sucursal vigilada en Cali, tal y como se acredita con los certificados de existencia y representación que se anexan, en donde figura inscrito el poder general conferido a través de Escritura Pública No. 13771 del 01 de diciembre de 2014 Notaria Veintinueve de Bogotá, inscrito en esta Cámara de Comercio el 04 de marzo de 2015 con el No. 47 del Libro V, que se acompaña con el presente escrito, formulo demanda de **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**; de conformidad con el artículo 141 y 161 No. 1 de la Ley 1437 de 2011 en contra de **ALCALDIA DISTRITAL DE TUMACO – DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO - NARIÑO**, representado legalmente por el señor JULIO CÉSAR RIVERA CORTÉS, en su calidad de alcalde distrital o quien haga sus veces, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales que a continuación se relacionan la Resolución No. 2736 del 19 de octubre de 2021, la Resolución No 170 del 18 de enero de 2022, la Resolución No. 3254 del 8 de septiembre del 2022 conforme a las siguientes consideraciones de orden fáctico y jurídico:

I. OPORTUNIDAD DEL MEDIO DE CONTROL

Previo a la exposición de los enunciados fácticos y jurídicos que fundamentan la controversia propuesta, es importante indicarle al despacho que la demanda se presenta den oportunidad, en atención a que el literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA establece que el medio de control de controversias contractuales debe promoverse dentro de los dos (2) años a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo final y definitivo y, en el caso concreto la No. 3254 del 8 de septiembre del 2022 que se notificó el 19 de septiembre del 2022 quedando ejecutoriado a partir del 20 de septiembre del 2022, por otra parte, la solicitud de conciliación extrajudicial que suspende el decurso del término de caducidad se radicó ante la Procuraduría el día 19 de septiembre del 2024, faltando un (1) día para que se concrete el término extintivo, correspondiendo

el trámite a la Procuraduría 36 Judicial II para Asuntos Administrativos con consecutivo de radicación E-2024-621978 IUC I-2024- Interno CE – 5517 fijó fecha para la celebración de la audiencia el 7 de noviembre del 2024 y en la misma se llevó a cabo, declarándose fallida, por lo que, aun estaba pendiente un (1) día para que se concretase el término extintivo y por ende, aún no han transcurrido los dos (2) años desde la notificación del último de los actos administrativos que se demandarán.

II. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES.

Las partes que integran el presente contradictorio son las siguientes:

PARTE DEMANDANTE:

- **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, Nit. 860.037.013-6, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C. y con sucursal vigilada en Cali, tal y como se acredita con los certificados de existencia y representación que se anexan, en donde figura inscrito el poder general conferido a través de Escritura Pública No. 13771 del 01 de diciembre de 2014 Notaria Veintinueve de Bogotá, inscrito en esta Cámara de Comercio el 04 de marzo de 2015 con el No. 47 del Libro V. **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** recibirá notificaciones en Calle 22N 6 AN - 24 OFC 1003 de la ciudad de Cali, Valle del Cauca, Dirección electrónica: mundial@segurosmondial.com.co
- **APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE:**

El suscrito, **GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.385.114 expedida en Cali, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 39.116 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, con dirección de notificación física en la Calle 69 No 4 – 48, oficina 502 de la Ciudad de Bogotá y dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co.

PARTE DEMANDADA:

- **DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO – ALCALDIA DISTRITAL DE TUMACO - NARIÑO**, entidad territorial representada legalmente por el señor JULIO CÉSAR RIVERA CORTÉS en su calidad de alcalde o quien haga sus veces e identificada con Nit: 891.200.916-2., con dirección de notificación física en la Calle 11 con Carrera Novena Esquina - Edificio Municipal, San Andrés de Tumaco, Nariño, Colombia, o través del correo electrónico contactenos@tumaco-narino.gov.co y notificacionesjudiciales@tumaco-narino.gov.co

III. ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTROVERTIDOS

Resolución No. 1957 del 22 de julio de 2021

Resolución No. 2736 del 19 de octubre de 2021.

Resolución No 170 del 18 de enero de 2022.

Resolución No. 3254 del 8 de septiembre del 2022.

IV. FÓRMULA DE ARREGLO PROPUESTA POR LA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

PRIMERA: Que con base en los hechos narrados se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos contractuales expedidos por la **ALCALDIA DISTRITAL DE TUMACO – DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO**:

1. Resolución No. 2736 del 19 de octubre de 2021.
2. Resolución No 170 del 18 de enero de 2022.
3. Resolución No. 3254 del 8 de septiembre del 2022.
4. Cualquier otro acto administrativo que los complemente, aclare, adicione, modifique, sea accesorio, consecuente o subsiguiente, proferidos dentro del proceso de presunto incumplimiento contractual originado con fundamento en el Contrato LIC-010-2018 celebrado entre la entidad territorial convocada y la UT TECNOVIAS.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la **ALCALDIA DISTRITAL DE TUMACO – DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO** a que pague la suma **NOVECIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUERENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS NOVENTA Y SIETE (\$903.841.497)** realizado la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., como consecuencia del irregular proceso de declaratoria de incumplimiento contractual del art. 86 de la Ley 1474 de 2011, así como cualquier suma adicional de dinero que se hubiese cancelado por parte de mi representada con ocasión de tales actos administrativos contractuales y que se encuentre probada. Estas sumas, deberán ser pagadas debidamente indexadas en virtud de lo que ordenan los arts. 283 y 284 del CGP en virtud de que este de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que esta es una decisión ajustada a la ley y constituye un acto de equidad.

TERCERA: Que se ordene a la **ALCALDIA DISTRITAL DE TUMACO – DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO**, **PAGUE** a **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** el valor correspondiente a los intereses moratorios sobre las sumas de dinero que se hayan pagado conforme a los actos administrativos que se demandan. Estos deberán liquidarse a la tasa máxima

de interés corriente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, incrementada en un cincuenta por ciento, conforme al artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por la Ley 510 de 1999, debido al improcedente e infundado pago ejecutado a mi representada. Los intereses se calcularán hasta la fecha del reembolso o pago de las sumas anteriormente indicadas en el numeral SEGUNDO.

CUARTA: que se condene a **ALCALDIA DISTRITAL DE TUMACO – DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO**, PAGUE a **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** el valor correspondiente a las costas procesales que se causen con ocasión al adelantamiento del proceso judicial para el ejercicio del presente medio de control.

QUINTA: que se condene a **ALCALDIA DISTRITAL DE TUMACO – DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO**, PAGUE a **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** el valor correspondiente a los intereses de mora sobre la tasa que regula para el efecto el art. 1617 del Código Civil, que se empezarán a generar desde la fecha en la que la sentencia que acceda a lo solicitado en las pretensiones PRIMERA Y SEGUNDA quede en firme.

V. HECHOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES

VI. HECHOS RELACIONADOS CON EL PROCEDIMIENTO DE IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.

PRIMERO: Entre la **ALCALDIA DISTRITAL DE TUMACO – DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO** y la UT Tecnovias se celebró el Contrato de Obra No. LIC-010-2018 que tenía por objeto *la CONSTRUCCIÓN DE PAVIMENTO ARTICULADO EN UN TRAMO DEL CORREDOR VIAL BUCHELLI DESCOLGADERO, DEL MUNICIPIO DE TUMACO, DEPARTAMENTO DE NARIÑO.*

SEGUNDO: El plazo inicial de ejecución de dicho contrato transcurrió desde la fecha en la que se firmó el acta de inicio: 09 de octubre de 2019 hasta la fecha de terminación del contrato: 08 de octubre de 2020, es decir que tenía un plazo inicial de 12 meses. El contrato tenía un valor de NUEVE MILTREINTA MILLONES CUATROSCIENTOS CATORCE MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS (\$9.030.414.970).

TERCERO: algunos hitos cronológicos y económicos importantes de la dinámica del Contrato de Obra son los siguientes:

- Primer Acta de suspensión del contrato: 25 de octubre de 2019
- Acta mediante la cual se amplió la suspensión: 24 de marzo de 2020
- Acta de reinicio de la obra: 14 de septiembre de 2020.

- Segunda Acta de suspensión del contrato: 29 de marzo de 2021 (por efectos del invierno).
- Se transfirió por concepto de anticipo a la UT contratista, la suma de CUATRO MIL QUINIENTOS DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS SIETE MIL CUATROSCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$4.519.207.485).

CUARTO: a través del desarrollo de un procedimiento de incumplimiento contractual adelantado de forma irregular, en la medida que nunca al mismo se vinculó como sujeto procesal a la Aseguradora, la ALCALDIA DISTRITAL DE SAN ANDRES DE TUMACO mediante la Resolución No. 1957 del 22 de julio de 2021 declaró el incumplimiento parcial del contrato e impuso al contratista una multa equivalente a NOVESENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$903.841.497). Desde luego, contra la decisión se formuló recurso de reposición con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Falsa motivación del acto administrativo al considerar que las lluvias, el cambio climático, el paro nacional y el COVID 19 no fueron actos constitutivos de fuerza mayor, por tanto, se encuentran excluidos de amparo.
2. La imposición de la multa no tiene objeto por faltar un mes para la terminación del contrato.
3. Violación al principio de proporcionalidad en la cuantificación de la multa.
4. Falta de notificación oportuna de la variación del estado del riesgo de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio.

QUINTO: Mediante la Resolución del 08 de septiembre de 2021, que además impuso obligación indemnizatoria a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. con cargo a la Póliza de Cumplimiento No. CP-100000486 por esta expedida para garantizar el incumplimiento eventual de las obligaciones de la UT TECNOVIAS en el marco del Contrato de Obra No. LIC-010-2018, el DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO confirmó la citada Resolución. La Resolución fue notificada el mismo día. La Compañía pagó el valor de la multa el 07 de diciembre de 2021.

SEXTO: posteriormente de forma absolutamente irregular el 2 de agosto de 2022 la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. fue notificada de 2 actos administrativos:

- Resolución del 19 de octubre de 2021 mediante la cual se terminó unilateralmente el Contrato de Obra No. LIC-010-2018. En este acto se resolvió hacer efectiva la a la Póliza de Cumplimiento No. CP-100000486 siendo importante anotar que al momento de expedición de este Acto Administrativo ya se había cumplido el plazo contractual.
- Resolución de enero 13 de 2022 mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato. En este acto se resolvió hacer efectivo el amparo de cumplimiento de a la Póliza de Cumplimiento No. CP-100000486.

SÉPTIMO: los anteriores actos administrativos mencionados en el hecho anterior resultaron extemporáneos en su expedición (lo cual implica que fueron proferidos sin la competencia para ello por parte del Distrito Especial de San Andrés de Tumaco, ya que aun cuando el contrato fue suspendido y prorrogado (primero por dos meses, entre el 25 de octubre del 2019 al 25 de diciembre del 2019, segundo, por 5 meses y 20 días del 24 de marzo de 2020 al 14 de septiembre del 2020 y finalmente, el 29 de marzo del 2021 por un 1 mes y 5 días por lo que el plazo del contrato entonces finiquitó el 4 de mayo del 2021 y la ALCALDIA DE TUMACO debió liquidar unilateralmente el Contrato de Obra a más tardar el 5 de noviembre del 2021 -que es la fecha en la que expiraban los 6 meses-) solo hasta el 18 de enero del 2022 emite el acto administrativo con ese fin, la Resolución No. 0170 que, entonces aparece extemporánea porque excede el término en 2 meses y 13 días.

OCTAVO: El 17 de agosto de 2022, COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. en el marco del procedimiento de supuesto incumplimiento contractual, presentó recurso de reposición contra los actos administrativos mencionados en el hecho anterior y el 30 de septiembre del 2024 el DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO confirmó los actos recurridos.

NOVENO: los actos administrativos confutados o a reprochar, para su expedición durante el desarrollo del procedimiento administrativo previsto en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 incurrieron en varias causales de nulidad que los hacen ostensiblemente ilegales, nulos e inválidos. Frente a la Multa impuesta a la unión temporal contratista y que se cobró o impuso a pagar a la Compañía Aseguradora, se incurrió en desviación del poder al imponer una multa faltando un mes para que finalizara el plazo contractual, además de una clara falta de motivación, cuando se encontraba pendiente más del 80% de ejecución. También se incurrió en falsa motivación del acto administrativo al imponer una multa equivalente al 10% del valor del contrato, transgrediendo el principio de proporcionalidad de las mismas.

Frente a la Liquidación Unilateral la entidad territorial convocada incurrió en una violación al debido proceso porque no se convocó a la aseguradora a las diligencias de liquidación del contrato, con el fin de que presentara descargos frente a la posibilidad de declaratoria de ocurrencia del siniestro. Además, una falsa motivación del acto administrativo al pretender hacer efectivo el valor total del amparo de cumplimiento sin considerar que el contratista ejecutó un 19,4% (\$350.690.501).

DECIMO: la Resolución No. 2736 del 19 de octubre del 2021 que declaró la terminación unilateral del contrato y declaró un siniestro con cargo a la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. CP-100000486 nunca se notificó personalmente a la Aseguradora y se la privó de conocer el contenido y motivos de la decisión y manifestación de voluntad de la administración, como también se la privó de poder ejercer en oportunidad el derecho de defensa y contradicción, que sobra decir, es angular del principio al debido proceso administrativo transversal a estos trámites en virtud de la constitucionalización de los procedimientos administrativos.

DÉCIMO PRIMERO: Los actos administrativos demandados además decretan la afectación de amparos, el de Cumplimiento del Contrato y el de Buen manejo del Anticipo seguro de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No.100000486 sin ofrecer ningún tipo de prueba como lo ordena el canon del art. 1077 del Código de Comercio y recurriendo simplemente a estratagemas discursivas en los apartes de la motivación de los actos administrativos pero que no tienen correspondencia con un análisis valorativo de material probatorio detallado en el que se le otorgue un peso demostrativo del acontecimiento fenomenológico que puede detonar la exigibilidad de las obligaciones indemnizatorias del seguro.

VII. DISPOSICIONES JURÍDICAS VULNERADAS

La presente solicitud de conciliación prejudicial encuentra su fundamento conforme a lo expuesto en los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 93, 26, 29, 238 y 267 de la Constitución Política de Colombia, el Art. 422 del C.G.P. Art. 99 de la ley 1437 de 2011, Art. 1080 del C.Co., artículos 1047, 1048, 1055, 1054, 1056, 1072, 1080, 1162 y 1077 s.s. del Código de Comercio, el artículo 1602 del Código Civil, y demás disposiciones aplicables.

VIII. CAUSALES DE VIOLACIÓN

El propósito de este acápite es analizar las causales por las cuales los actos administrativos expedidos en el marco del proceso de Cobro Coactivo No. 01093-2023, emitidos por la Gobernación de Casanare - Dirección Técnica de Cobro Coactivo, en especial el Auto No. 00648 del 21 de junio de 2023, mediante el cual se libró mandamiento de pago, fueron expedidos de manera irregular con infracción de las normas en que deberían fundarse, y con una falsa motivación.

- **LA RESOLUCIÓN No. 2736, POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARÓ LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA LIC 010-2018, SE EXPIDIÓ SIN COMPETENCIA CUANDO EL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA YA HABÍA VENCIDO Y LA DECLARATORIA DE SINIESTRO EN SU ARTICULO SEGUNDO ES NULA POR ILEGAL.**

La Resolución No. 2736 como ejercicio de la prerrogativa de la ALCALDIA DE TUMACO del art. 17 de la Ley 80 a 1993 es un despropósito en si misma porque se expide principalmente para declarar la terminación unilateral del Contrato de Obra No. LIC-010-2018 que ya había terminado porque el plazo de ejecución transcurrió hasta su finalización, ese plazo culminó el 4 de mayo del 2021, como ya se explicó párrafos atrás, y la Resolución No. 2736 data del 19 de octubre del 2021. Es decir que la ALCALDIA DE TUMACO está declarando la terminación de un contrato que había terminado por vencimiento del plazo convenido hacía 5 meses y 5 días atrás.

Ningún propósito tendría, además, porque esta facultad estatal no busca reprimir al Contratista, ni tiene en si misma un fin sancionatorio, ya que esto último solo se puede ejercer mediante el procedimiento previsto en el art. 86 de la Ley 1474 del 2011, mismo que ya se había ejercido contra la UNION TEMPORAL TECNOVÍAS y contra la aseguradora que represento pero con base en una plataforma fáctica de imputación de un supuesto incumplimiento parcial del Contrato que es distinto a lo que ahora -falsamente- motivó la terminación del Contrato de Obra, en relación con que uno de sus accionistas había incurrido en una inhabilidad producto de una medida cautelar de embargo y secuestro de unos recursos. del contratista, adoptada y comunicada al Municipio por el tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bogotá D.C. en el resonado asunto de Centro Poblados y MINTIC.

Para el 19 de octubre del 2021 la ALCADÍA DE TUMACO había perdido hacía varios meses la competencia para declarar unilateralmente la terminación del Contrato de obra al margen de lo desacertada y falsamente motivada que resulta su expedición y por tal motivo, esta falta de competencia se extiende al ARTICULO SEGUNDO de la Resolución No. 2736 en la que la Alcaldía quiere imponerle a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. obligaciones de dar pretendiendo afectar los amparos de Cumplimiento del Contrato y Buen Manejo del Anticipo así:

ARTÍCULO SEGUNDO : Hágase efectiva la póliza de seguro de cumplimiento de entidades estatales, **Póliza de seguro de cumplimiento No. CP-100000486** anexo 3 expedida por **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. Cumplimiento del contrato:** equivalente al 20 % del valor del contrato con una vigencia igual al plazo de ejecución del contrato y seis (6) meses más, con vigencia desde el catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020) hasta el veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022) y con una suma asegurada de MIL OCHOCIENTOS SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS \$1.807.682.994.00. **Buen manejo del Anticipo:** equivalente al 100% el valor dado en calidad de anticipo con un vigencia igual al plazo de ejecución del contrato y seis meses más y con una suma asegurada de CUATRO MIL QUINIENTOS DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS SIETE MIL CAUTROCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$4.519.485.000)

Si bien es cierto, el ARTICULO SEGUNDO contiene una declaratoria de siniestro unilateral de la administración, también lo es que dicha declaración fue incorporada en un acto administrativo que se ha expedido sin competencia para ello porque no se ejerció la prerrogativa en la oportunidad preclusiva de ley. Se tiene que la situación jurídica que se creó en contra de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. es nula, en tanto que también resulta afecta por tal extemporaneidad que se tradujo en pérdida de competencia.

Es claro que la competencia que puede ejercer la administración en un asunto presenta límites temporales, como expresión del principio de legalidad. La autoridad pública puede actuar dentro del tiempo señalado por la ley y por ello el elemento temporal es un límite al que está sujeta para no configurar una incompetencia "ratione temporis" o un vicio de incompetencia por razón del tiempo. Así, algunas de las modalidades en las cuales una entidad estatal o un funcionario vulneran la legalidad en atención al desbordamiento de sus competencias, están constituidas por el ejercicio

*de las competencias propias por fuera del término debido, "irregularidad de tal magnitud autoriza al tallador para destruir la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo, y en consecuencia invalidarlo incluso oficiosamente ..."*¹

Se puede concluir con facilidad que la terminación unilateral del contrato estatal en este caso ha ocurrido por fuera de término, porque el mismo art. 17 del Estatuto de la Contratación Estatal indica que esta es una forma de terminación **anticipada**.

*Artículo 17º.- De la Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado **dispondrá la terminación anticipada** del contrato en los siguientes eventos ...*

El vocablo **ANTICIPADA** da a entender que debe ocurrir antes de que se cumpla el objeto contratado, o antes de que expire el plazo de ejecución, porque estas son formas de terminación normales del contrato estatal, mientras que la declaración de terminación unilateral es anómala y lo es en tanto que anticipada, ya que al perfeccionarse un negocio jurídico, cualquiera sea, en este caso un contrato de obra, lo ordinario, normal o esperable es que el mismo se cumpla o que su plazo transcurra hasta que se consuma por el paso del tiempo previsto para la ejecución del objeto².

FALSA MOTIVACION:

La jurisprudencia del Consejo de Estado alude a los presupuestos necesarios para que se configure la causal de nulidad del Acto Administrativo por falsa motivación, así:

"En suma, en relación con los supuestos para la configuración de la causal de nulidad por falsa motivación, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que ella tiene ocurrencia cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la administración pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión."

Los actos administrativos que conforman el título ejecutivo son ilegales porque no acatan la norma

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 25 de mayo de 2011, Exp. nº 23.650.

² La terminación no es más que la finalización o extinción de la vigencia de un determinado vínculo obligacional de la Administración, siguiendo los lineamientos que al respecto ha trazado la doctrina, resulta perfectamente posible distinguir entre modos normales y modos anormales de terminación de los contratos. En la primera categoría, esto es entre los modos normales de terminación de los contratos de la Administración, suelen y pueden incluirse las siguientes causales: a).- cumplimiento del objeto; b).- vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; y c).- acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes. Los modos anormales de terminación de los contratos de la Administración se configuran, a su turno, por: a).- desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; b).- terminación unilateral propiamente dicha; c).- declaratoria de caducidad administrativa del contrato; d).- terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; e).- desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20 % del valor original del mismo; f).- declaratoria judicial de terminación del contrato; y h).- declaratoria judicial de nulidad del contrato. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección - consejera María Adriana Marín

en la que debieron sustentarse, ya que la ley solo permite cobrar por vía coactiva aquello que presta mérito ejecutivo. Esta ilegalidad se deriva de la falta de cumplimiento de los requisitos esenciales establecidos por la legislación para que un acto administrativo pueda ser considerado como título ejecutivo. Aunque el auto que libró el mandamiento de pago está motivado, dicha motivación es insuficiente y se basa en la causación de unos intereses de mora. Se pretende adelantar el cobro coactivo persiguiendo tales rubros supuestamente causados por el no pago de un capital que, dicho sea de paso, no se le adeuda a la Gobernación de Casanare.

LA RESOLUCIÓN No. 1957 Y LA RESOLUCION No. 2736 SON ILEGALES PORQUE FUERON EXPEDIDAS DE FORMA IRREGULAR VIOLANDO EL DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DE LA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. COMO GARANTE

La Resolución No 1957 del 2021 tiene 47 páginas y partir de la página 6 contiene una relación detallada de las etapas del procedimiento administrativo del art. 86 de la Ley 1474 del 2011 en el que jamás se menciona ni detalla que a la Compañía Mundial de Seguros S.A. se la hubiere si quiera citado a las sesiones de las audiencias públicas obligatorias que deben desarrollarse para agotar las etapas de dicho procedimiento. No obstante, si se revisa la parte resolutive de dicho acto administrativo, se observa que en su artículo tercero se quiere declarara la ocurrencia de un siniestro de forma desmotivada, pero además sin siquiera mencionar cual de los amparos contratados debería ser afectado, lo que da cuenta de la ausencia de claridad y falta de motivación al respecto.

La Resolución No. 2736 del 19 de octubre del 2021 en su ARTÍCULO SEGUNDO crea una situación jurídica para la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. en tanto que le impone obligaciones con cargo a una relación jurídica instrumentada en un contrato de seguro de cumplimiento, por lo anterior, el MUNICIPIO DE TUMACO tenía la obligación legal de notificar oportunamente tal decisión a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. para que ésta ejerciera los mecanismos de defensa y de contradicción que la ley de ordinario prevé, para este caso particular, el recurso de reposición en sede administrativa y la aportación de medios de prueba si a bien se tiene.

Sin embargo, revisado el mensaje de datos iniciado por la ALCALDIA DE TUMACO que tuvo por propósito notificar personalmente por medios electrónicos a los sujetos pasivos de tal acto administrativo singular, se observa que no se intentó notificar a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.



Es decir que la Resolución No. 2736 que declaró la terminación unilateral del contrato y declaró un siniestro con cargo a la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. CP-100000486 nunca se notificó personalmente a la Aseguradora y se la privó de conocer el contenido y motivos de la decisión y manifestación de voluntad de la administración, como también se la privó de poder ejercer en oportunidad el derecho de defensa y contradicción, que sobra decir, es angular del principio al debido proceso administrativo transversal a estos trámites en virtud de la constitucionalización de los procedimientos administrativos.

Los actos administrativos contractuales deben notificarse personalmente al garante del contrato, incluso aquellos proferidos en virtud de poderes excepcionales como ocurrió en este caso. No se requiere un mandato expreso que indique, como si se tratara de una fórmula infalible, que el acto administrativo que termina anticipadamente un contrato de obra estatal debe notificarse personalmente a quien funge como garante de su cumplimiento. En este caso ello refulge imperioso si tenemos en cuenta, como he repetido en múltiples ocasiones que el ARTICULO SEGUNDO de la Resolución No. 2736 alteró una situación jurídica que materialmente consistía en la imposición de una obligación contractual, que de no ser por tal pronunciamiento permanecería inexigible, es decir, que la modificación desarrolló una obligación de dar a cargo de la aseguradora y solo por esto el acto administrativo debía notificársele personalmente porque la hizo sujeto pasivo del mismo.

Tanto es la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. un sujeto pasivo de la situación jurídica que se modificó mediante el acto administrativo, y tanto le afecta materialmente que el Consejo de Estado ya en varios pronunciamientos afines ha establecido que incluso está legitimada para promover demandas judiciales ejerciendo los medios de control porque como acto administrativo contractual modifica el riesgo asegurado y si el riesgo a amparar por aseguradora en el seguro de cumplimiento, está determinado en el contrato, la terminación anticipada imprimir una modificación

temporal al plazo del contrato estatal asegurado es decir que entraña modificaciones al contrato, ergo modifica el riesgo asegurado y el art. 1060 del Código del Comercio establece que el asegurado (la ALCALDIA DE TUMACO) debe conservar el estado del riesgo, y en caso de que este se modifique debe notificarlo a la compañía de seguros.

La ausencia de notificación del acto administrativo no solo es en sí misma una violación a garantías constitucionales ligadas al debido proceso de que es titular la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., sino que, además, genera como consecuencia inmediata la conculcación de otras garantías interrelacionadas y que la jurisprudencia constitucional ha catalogado como garantías previas y posteriores Sentencia C-034 de 2014 Corte Constitucional:

La jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

La Corte Constitucional en Sentencia T-210 de 2010 destaca en un aparte la importancia de la notificación de los actos administrativos de la siguiente manera:

“La adecuada notificación de los actos administrativos, de carácter particular, es una importante manifestación del derecho fundamental al debido proceso administrativo. Así, la notificación cumple una triple función dentro de la actuación administrativa, a saber: i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción y; finalmente iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes”.

LA RESOLUCIÓN No. 2736 NO ESTÁ DEBIDAMENTE MOTIVADA Y FUE EXPEDIDA DE FORMA IRREGULAR

En su parte resolutive la Resolución decreta:

ARTÍCULO SEGUNDO : Hágase efectiva la póliza de seguro de cumplimiento de entidades estatales, **Póliza de seguro de cumplimiento No. CP-100000486** anexo 3 expedida por **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** **Cumplimiento del contrato:** equivalente al 20 % del valor del contrato con una vigencia igual al plazo de ejecución del contrato y seis (6) meses más, con vigencia desde el catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020) hasta el veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022) y con una suma asegurada de MIL OCHOCIENTOS SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS \$1.807.682.994.00. **Buen manejo del Anticipo:** equivalente al 100% el valor dado en calidad de anticipo con un vigencia igual al plazo de ejecución del contrato y seis meses más y con una suma asegurada de CUATRO MIL QUINIENTOS DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS SIETE MIL CAUTROCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$4.519.485.000)

Pero al revisarse en su contenido, no se haya una mención explícita al desarrollo de un argumento lógico – jurídico en el cual la ALCALDÍA DE TUMACO explique en qué cuantía se estima el quantum del siniestro supuesto que da lugar a la afectación del amparo del buen manejo de anticipo, ni explica cuáles son los documentos externos o medios de prueba en los cuales funda su razonamiento. Lo anterior no solo deja sin asidero probatorio lo anhelado por la administración, sino que lo deja carente de sentido porque no explica meridianamente si el amparo de Buen manejo del anticipo se busca afectar porque no se invirtió el anticipo, es decir porque no se amortizó en ninguna forma, o porque se invirtió o empleó en una forma indebida, esto es con propósitos o destinaciones indebidas, ilegales o que nada tuvieron que ver con aspectos de la ejecución del contrato de obra.

La falta de motivación de los actos administrativos implica la violación del debido proceso en contra de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., en la medida en que no le permite controvertir la decisión del ARTICULO SEGUNDO de la Resolución No. 2736 ante las vías gubernativas y judiciales porque no hay premisas que reutar, ya que la ALCALDIA DE TUMACO no las expone, simplemente expone la decisión de forma espontánea y sorpresiva en el acápite resolutivo del acto administrativo sin una antesala fáctica y una ambientación que respalde la aserción mediante el desglose argumental. Es por ello que esa clase de vicios constituye una causal de nulidad de los actos administrativos que incurran en ese defecto.

La necesidad de motivar los actos administrativos es de raigambre legal, por eso la falencia que se expone afecta a la Resolución No. 2736 desde un aspecto procedimental, formal, ya que ésta es la omisión en hacer expresos o manifiestos en el acto administrativo los motivos del mismo lo cual dificulta su inteligibilidad para el sujeto pasivo, destinatario de los efectos del acto mismo. En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (Sentencia de 28 de febrero de 2008, expediente No. 15944), consideró lo siguiente en torno a este punto:

"(. . .) en tanto se limita a señalar el ejercicio de una facultad oficiosa y el cumplimiento de una función, pero en sí misma no contiene una fundamentación o explicación fáctica y probatoria

referida al asunto en concreto, indicativa de los motivos de la decisión plasmada en la parte resolutive. // (. . .) la motivación es una exigencia del acto administrativo (. . .) reclamable (. . .) de todos los actos y debe basarse en hechos ciertos y demostrados al momento de la emisión del acto, so pena de viciarlo de nulidad. por ausencia de uno de sus elementos esenciales(...)".

Ya lo ha establecido con suficiencia la Consejo de Estado en Sentencia 00064 del 2018 con ponencia del consejero Gabriel Valbuena en:

La falta de motivación del acto administrativo es un requisito de fondo que no sólo conlleva la declaratoria de nulidad del acto administrativo, sino la violación del derecho " fundamental al debido proceso, entre otras normas constitucionales. Según el artículo 209 de la Constitución Política, la función pública se desarrolla conforme al principio de publicidad. Por ende, la carencia de motivación del acto administrativo es violatoria del principio de publicidad, dado que, precisamente, le otorga un carácter reservado o privado a razones que deben ser de público conocimiento. Por tanto, la falta de motivación implica que no hay una exposición clara del motivo que realmente originó una decisión en particular.

LA RESOLUCIÓN No. 0170 SE HA EXPEDIDO SIN COMPETENCIA PORQUE HA EXPIRADO EL TÉRMINO PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN LIQUIDE UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE OBRA.

Se tiene que tiene que para liquidar unilateralmente un contrato como el Contrato de Obra No. LIC-010-2018 cuando el contratista no concurre a la liquidación de común acuerdo o voluntaria o porque ésta no se logra, ora porque no se intenta, ora porque fracasa, la ALCALDIA DE TUMACO disponía de dos (2) meses para proceder a esta liquidación unilateral, contados a partir del vencimiento del plazo convenido por las partes para practicarla o, en su defecto, de los cuatro (4) meses siguientes previstos por la Ley para efectuar la liquidación voluntaria o de común acuerdo, según lo dispuesto por la Ley 446 de 1998, art. 44 numeral 10, ordinal d). En otras palabras, contaba con seis (6) meses después de que se terminó el plazo de ejecución del Contrato para liquidarle unilateralmente.

Para saber a partir de qué momento empezaba el decurso del plazo antes mencionado, es importante recordar que el plazo de ejecución del Contrato de Obra No. LIC-010-2018 tuvo varios imprevistos, mismos que provocaron que, de común acuerdo, con anuencia de la ALCALDÍA DE TUMACO se suspendiera en varias oportunidades así:

Primero por dos meses, entre el 25 de octubre del 2019 al 25 de diciembre del 2019, segundo, por 5 meses y 20 días del 24 de marzo de 2020 al 14 de septiembre del 2020 y finalmente, el 29 de marzo del 2021 por un 1 mes y 5 días por lo que el plazo del contrato entonces finiquitó el 4 de mayo del 2021 y la ALCALDIA DE TUMACO debió liquidar unilateralmente el Contrato de Obra a

mas tardar el 5 de noviembre del 2021 -que es la fecha en la que expiraban los 6 meses-, pero solo hasta el 18 de enero del 2022 emite el acto administrativo con ese fin, la Resolución No. 0170 opugnada que, entonces aparece extemporánea porque excede el término en 2 meses y 13 días.

La liquidación extemporánea en estos supuestos, que resultan en esencia ilegales por motivos similares, implican reabrir los plazos ya precluídos, con grave detrimento para la seguridad jurídica y con total desconocimiento de que la caducidad es una institución de orden público y, por ende, que no es de libre disposición o negociación por los sujetos³.

LA ALCALDIA DE TUMACO PERDIÓ COMPETENCIA PARA DECLARAR EL SINIESTRO PORQUE HA EXPIRADO SU FACULTAD SANCIONATORIA.

De la mano del argumento anterior, ocurre, por lógica sencilla, que entonces la ALCALDÍA DE TUMACO ha perdido competencia para declarar la existencia de un siniestro de cara a la relación asegurativa que tiene con la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. con base en Póliza de Seguro de Cumplimiento No. CP-100000486, tomada por la UNION TEMPORAL TECNOVÍAS para asegurar, entre otras contingencias, el cumplimiento del Contrato de Obra No. LIC-010-2018.

Esto por cuanto dicha competencia temporalmente pervive mientras la relación sustancial afianzada -el Contrato de Obra - no se haya extinguido como negocio jurídico, pero ya vimos, que después de las suspensiones (incluso prorrogadas) de su plazo de ejecución, el Contrato de Obra No. LIC-010-2018 terminó por concretarse el plazo de ejecución el 4 de mayo del 2021.

En este caso, la ALCADÍA DE TUMACO de forma desordenada ha querido en 3 oportunidades declarar siniestros con cargo o apego a la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. CP-100000486 inicialmente mediante la declaratoria de un incumplimiento parcial mediante la Resolución No. 1957 del 22 de julio 2021, que dicho sea de paso, también se promulgó sin competencia sancionatoria por encontrarse expirada esta facultad, como se plantea en este argumento de cara a la Resolución No 0170 del 18 de enero del 2022, luego, mediante la Resolución No. 2736 del 19 de octubre del 2021 que declara unilateralmente la terminación del contrato de obra, la cual no solo también se produce y profiere habiendo perdido la competencia para ello la ALCADIA DE TUMACO desde el punto de vista de lo temporal, sino que resultaba absolutamente baladí porque el contrato ya había terminado por concreción del plazo de ejecución.

¿Qué objeto tenía ejercer las facultades exorbitantes de ley para declarar unilateralmente la terminación de un contrato que ya había terminado naturalmente? Y finalmente, mediante la expedición de esta Resolución No. 0170 del 18 de enero del 2022 en el que, por tercera vez, de forma desordenada reitero, la ALCADIA DE TUMACO, sin probar siniestros en ocurrencia y cuantía,

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de marzo de 2011,

los declara de forma ilegal para hacer ejecutables prestaciones en su propio favor.

Es importante aclarar además en este punto de disconformidad que la ALCALDIA DE TUMACO no ha adelantado el proceso del art. 86 de la Ley 1474 de 2011 con relación a los hechos sobre los que gravita el atraso en la ejecución que da base e los fundamentos o antesala fáctica de la Resolución No. 2736.

RESOLUCIÓN NO. 0170 ES ILEGAL PORQUE CONTIENE MATERIAS AJENAS A LAS QUE LA LEY LE RESERVA.

La Sección Tercera en sentencia del 11 de diciembre de 1989 declaró la nulidad de un acto de liquidación unilateral del contrato con fundamento en que la entidad pública incluyó materias ajenas a esta:

En el campo contractual administrativo, la administración debe, como atrás dijo, liquidar el contrato, especialmente cuando se trata de uno de tracto sucesivo o de ejecución diferida, caso típico, en especial, del contrato de obra y, en ciertos eventos, del de suministro. Esta liquidación se efectúa en ocasiones, con el concurso del contratista, porque las partes se ponen de acuerdo y finalmente aceptan los resultados del proceso liquidatorio, pero en otras la hace unilateralmente la administración, bien porque dicho acuerdo no se logre o porque el contratista no concurra a las diligencias administrativas conducentes a ese fin o porque habiendo concurrido no acepta firmar el acta en donde se plasme el resultado de aquélla.

Ahora bien, se pregunta, si en ejercicio de esa facultad liquidatoria ¿puede la administración deducir e incluir dentro de las partidas correspondientes, el monto de los perjuicios que estime le causó el contratista? (sic) La Sala considera que la respuesta debe ser negativa, siempre que esos perjuicios se entiendan por fuera de los estimados anticipadamente en la cláusula penal pecuniaria. Así como la administración no tiene facultad para cobrar al contratista sumas distintas de las relacionadas con multas y cláusula penal pecuniaria, cuando unilateralmente declara el incumplimiento, después de terminado el contrato, tampoco puede cobrar perjuicios al contratista al efectuar la liquidación unilateral del contrato y menos a la compañía aseguradora del riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista.

La entidad contratante, ALCALDIA DE TUMACO no puede por sí y ante sí, resolver sobre los supuestos perjuicios que resultaron del incumplimiento del contratista UNION TEMPORAL TECNOVIAS y mucho menos cuando no se exponen motivos con suficiencia sobre la forma en la que según la administración, se concretó el siniestro y esto era absolutamente fundamental dado que si se revisa la sintaxis del ARTICULO SEGUNDO de la Resolución No. 2736 se pretende hacer efectiva la garantía aduciendo la supuesta exigibilidad de los amparos de Cumplimiento y Buen Manejo del Anticipo sin hacer una relación fáctica y menos probatoria al respecto, tal y como manda

el art. 1077 del Código de Comercio.

LA RESOLUCIÓN No. 0170 ES ILEGAL PORQUE SE EXPIDIÓ VIOLANDO EL DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DE LA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. COMO GARANTE

La Resolución No. 0170 del 18 de enero del 2022 en su ARTICULO SEGUNDO crea una situación jurídica para la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. en tanto que le impone obligaciones con cargo a una relación jurídica instrumentada en un contrato de seguro de cumplimiento, por lo anterior, la ALCALDIA DE TUMACO tenía la obligación legal de notificar oportunamente tal decisión a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. para que esta ejerciera los mecanismos de defensa y de contradicción que la ley de ordinario prevé, para este caso particular, el recurso de reposición en sede administrativa y la aportación de medios de prueba si a bien se tiene.

Sin embargo, revisado el mensaje de datos iniciado por la ALCALDIA DE TUMACO que tuvo por propósito notificar personalmente por medios electrónicos a los sujetos pasivos de tal acto administrativo singular, se observa que no se intentó notificar a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.



juridica tumaco-narino <juridica@tumaco-narino.gov.c

NOTIFICACION RESOLUCION 0170 DEL 18 ENERO DE 2022
mensaje

juridica tumaco-narino <juridica@tumaco-narino.gov.co>
ara: Unión Temporal Tecnovias <uniontemporaltecnovias@hotmail.com>, sgdcconsorcio@gmail.com, rojiqui25@hotmail.com,
teffanieblanco26@gmail.com, jcadena@segurosmondial.com.co
co: jairoguagua14@gmail.com

19 de enero de 2022, 9:

SAN ANDRES DE TUMACO

SEÑOR

JORGE HUMBERTO REVELO ERASO
REPRESENTANTE LEGAL UNON TEMPORAL TECNOVIAS

REF: NOTIFICACIÓN RESOLUCIÓN N 0170 DEL 18 ENERO DE 2022 .

ASUNTO SALUDO

Por medio presente correo, y según lo dispuesto en el artículo 4 del decreto 491 de 2020, la notificación o comunicación de actos administrativos hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el ministerio de salud y protección social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos, para el efecto en todo trámite, proceso o procedimiento que se inicie será obligatorio la dirección electrónica para recibir notificaciones, y con la sola radicación se entenderá que se ha dado la autorización.

Así las cosas me permito notificarles el acto administrativo 0170 del 18 de Enero de 2022 por medio del cual se liquidó unilateralmente el contrato de obra L.I.C - 010 - 2018. El cual en su artículo sexto dispuso "Notificar el contenido de la presente resolución al representante legal y/o a quien haga sus veces de la UNIÓN TEMPORAL TECNOVÍAS, a través de la Oficina de Contratación de la Alcaldía de Tumaco, advirtiéndole que contra la misma, advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de reposición el cual deberá ser interpuesto ante el Despacho de la Alcaldesa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, para lo cual se entregará copia íntegra, auténtica y gratuita de la misma."

Atentamente

CESAR MAURICIO OCAMPO ACOSTA
ASESOR DE DESPACHO

Firma Institucional

Oficina de Contratación / Secretaria General

Calle 11 con Carrera 9 Esquina - Edificio Alcaldía
(57) 7271201 Ext 107
Tumaco | Nariño | Colombia

Es decir que la Resolución No. 0170 que declaró la liquidación unilateral del contrato y declaró un siniestro con cargo a la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. CP-100000486 nunca se notificó personalmente a la Aseguradora y se la privó de conocer el contenido y motivos de la decisión y manifestación de voluntad de la administración, como también se la privó de poder ejercer en oportunidad el derecho de defensa y contradicción, que sobra decir, es angular del principio al debido proceso administrativo transversal a estos trámites en virtud de la constitucionalización de los procedimientos administrativos.

Los actos administrativos contractuales deben notificarse personalmente al garante del contrato, incluso aquellos proferidos en virtud de poderes excepcionales como ocurrió en este caso. No se

requiere un mandato expreso que indique, como si se tratara de una formula infalible, que el acto administrativo que termina anticipadamente un contrato de obra estatal debe notificarse personalmente a quien funge como garante de su cumplimiento. En este caso ello refulge imperioso si tenemos en cuenta, como he repetido en múltiples ocasiones que el ARTICULO SEGUNDO de la Resolución No. 2736 alteró una situación jurídica que materialmente consistía en la imposición de una obligación contractual, que de no ser por tal pronunciamiento permanecería inexigible, es decir, que la modificación desarrolló una obligación de dar a cargo de la aseguradora y solo por esto el acto administrativo debía notificársele personalmente porque la hizo sujeto pasivo del mismo.

Tanto es la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. un sujeto pasivo de la situación jurídica que se modificó mediante el acto administrativo, y tanto le afecta materialmente que el Consejo de Estado ya en varios pronunciamientos afines ha establecido que incluso está legitimada para promover demandas judiciales ejerciendo los medios de control porque como acto administrativo contractual modifica el riesgo asegurado y si el riesgo a amparar por aseguradora en el seguro de cumplimiento, está determinado en el contrato, la terminación anticipada imprimir una modificación temporal al plazo del contrato estatal asegurado es decir que entraña modificaciones al contrato, ergo modifica el riesgo asegurado y el art. 1060 del Código del Comercio establece que el asegurado (la ALCALDIA DE TUMACO) debe conservar el estado del riesgo, y en caso de que este se modifique debe notificarlo a la compañía de seguros.

La ausencia de notificación del acto administrativo no solo es en sí misma una violación a garantías constitucionales ligadas al debido proceso de que es titular la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., sino que, además, genera como consecuencia inmediata la conculcación de otras garantías interrelacionadas y que la jurisprudencia constitucional ha catalogado como garantías previas y posteriores Sentencia C-034 de 2014 Corte Constitucional:

La jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

La Corte Constitucional en Sentencia T-210 de 2010 destaca en un aparte la importancia de la notificación de los actos administrativos de la siguiente manera:

“La adecuada notificación de los actos administrativos, de carácter particular, es una importante manifestación del derecho fundamental al debido proceso administrativo. Así, la

notificación cumple una triple función dentro de la actuación administrativa, a saber: i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública pues mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la Administración; ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción y; finalmente iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar el momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes”.

- **LA ALCALDÍA DE TUMACO NO DESARROLLA, NI PRUEBA LA OCURRENCIA, NI LA CUANTÍA DEL SUPUESTO SINIESTRO Y EN TAL SENTIDO DESCONOCE LA NORMA DEL ART. 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN LA QUE DEBIÓ FUNDARSE, PERO ADEMÁS ADOLECE DE FALSA MOTIVACIÓN.**

Antes de explicar cómo se presenta la omisión a la carga probatoria que le asiste a la ALCALDÍA DE TUMACO, es importante hacer una precisión preliminar. En la parte resolutive de la Resolución No. 2736 que termina unilateralmente el Contrato de Obra No. LIC-010-2018 se dice en relación al seguro de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. CP- 100000486 que:

ARTÍCULO SEGUNDO : Hágase efectiva la póliza de seguro de cumplimiento de entidades estatales, **Póliza de seguro de cumplimiento No. CP-100000486** anexo 3 expedida por **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. Cumplimiento del contrato:** equivalente al 20 % del valor del contrato con una vigencia igual al plazo de ejecución del contrato y seis (6) meses más, con vigencia desde el catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020) hasta el veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022) y con una suma asegurada de MIL OCHOCIENTOS SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS \$1.807.682.994.00. **Buen manejo del Anticipo:** equivalente al 100% el valor dado en calidad de anticipo con un vigencia igual al plazo de ejecución del contrato y seis meses más y con una suma asegurada de CUATRO MIL QUINIENTOS DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS SIETE MIL CAUTROCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$4.519.485.000)

Es decir que la ALCALDÍA DE TUMACO pretende hacer efectivos dos amparos, el de Cumplimiento del Contrato y el de Buen manejo del Anticipo que fueron otorgados por la Aseguradora. Pero si se lee atentamente toda la Resolución No. 2736 no se observa que la Administración explique con claridad y precisión como se dio el supuesto incumplimiento y de qué forma es imputable a la UNION TEMPORAL TECNOVIAS como contratista.

Para la afectación de cualquiera de estos amparos, llámese cumplimiento, buen manejo del anticipo, prestaciones sociales o estabilidad de la obra, lo primero que debe hacer quien lo pretenda, es demostrar la ocurrencia del siniestro. En este caso, el Municipio de Tumaco, debe demostrar la realización del riesgo asegurado mediante el amparo cuya afectación se solicite, por tener en su cabeza la carga de la prueba, de conformidad con lo previsto por los arts.1072, 1075 y 1077 del Código de Comercio.

Con suficiencia el Consejo de Estado en sendos fallos ha establecido que si bien el Estado o la administración manifestada en cualquiera de sus instituciones de cualquier nivel cuentan con la facultad de autotutela y que en razón de ella pueden decretar en el acto administrativo de que se trate la ocurrencia de un siniestro e incluso, imponer obligaciones indemnizatorias a las compañías aseguradoras, no puede entenderse tal facultad, de manera omnímoda al punto que se pueda pretermitir o desconocer la carga de la prueba de la regla especial del régimen normativo del seguro en Colombia en el que quien tiene interés en beneficiarse de una prestación contenida en un amparo del seguro, tiene que probar la ocurrencia material del riesgo asegurado y la cantía real de la pérdida o afectación no resultando suficiente que simplemente se plasme su enunciación en un acto administrativo.

Es que en ninguna de las Resoluciones confutadas mediante el ejercicio de la presente acción por ejemplo se arguye de forma explicitada y detallada son las conductas del contratista, la UT TECNOVIAS que materializan el riesgo de Buen Manejo del Anticipo que se quiso afectar. No indicó de una forma pormenorizada en que momento, ni de que forma se dejó de invertir los recursos para la consecución de las obras que se entendían parte del objeto del contrato de obra garantizado, ni explica si quiera de una manera especulativa, si esos recursos que se entregaron a modo de anticipo fueron empleados por la UT TECNOVIAS en propósitos diferentes a lo que resultaba atañadero al contrato. No es ya que no se ocupen de probarlo, es que ni si quiera se expresa una tesis para hacerlo meridianamente comprensible.

Posteriormente para resolver la confutación de este punto de la Resolución No. 2736, la Alcaldía insinúa que la prueba del “siniestro” de cara al amparo del Buen Manejo e inversión del anticipo radica en que la UT TECNOVIAS nunca presentó el informe ejecutivo de inversión del anticipo para el 26 de diciembre del 2020, pero tal situación solo prueba que no se presentó el informe, no que los recursos no se hubieren empleado en el apalancamiento de la inercia operativa de la obra para alcanzar el equilibrio logístico, que es el fin del anticipo.

Error aun mayor comete la Alcaldía de Tumaco cuando aduce que contrario a lo confutado, si estima probada la cuantía del siniestro en el apartado del amparo del Buen manejo y correcta inversión dl anticipo y para ello aduce simplemente que entregó como anticipo la suma de \$4.519.485.000 y que en la Póliza de marras el amparo a colación dispone un valor asegurado para el efecto de hasta el 100% del valor del anticipo, pretendiendo que el valor asegurado se tenga como una estimación anticipada de la cuantía de la pérdida efectiva para relevarse de demostrar realmente cuanto, de los recursos entregados como anticipo, se dejaron de invertir o fueron presuntamente malversados.

- **La terminación unilateral del Contrato no es incumplimiento:**

La terminación unilateral determinada por la alcaldía no puede presentarse como si se tratara de la base de facto del incumplimiento, porque esta se adoptó con apego al numeral 4 del art. 17 de la Ley 80 de 1993. Es decir que la Alcaldía terminó el contrato Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, “(...) que afecten gravemente el cumplimiento del contrato (...)”, es decir para precaver un incumplimiento que no se dio, pero que se podía vaticinar vista la gravosidad del alcance de la medida cautelar que impuso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el marco de la acción popular que embargaba activos, inmuebles y mobiliario de INTEC DE LA COSTA S.A.S., una de las personas jurídicas que confluyó a la conformación de la UNION TEMPORAL TECNOVIAS, lo cual, supuestamente en la teoría de la Administración, restringirá el flujo de recursos y de liquidez del contratista de obra para cumplir con sus obligaciones del contrato de obra, retrasando gravemente el desarrollo de la obra civil proyectada en detrimento del interés general como hontanar axiológico de la actividad contractual y aunque mucho podría cuestionarse esta tesis, lo cierto es que en estricto apego a ella misma y a los hechos tal y como los expone la Alcaldía, la terminación unilateral del contrato no parte de la ase del incumplimiento, sino de la evitación del mismo, lo cual dista mucho de la descripción del amparo en la Póliza que en su tenor convencional dice:

*ESTE AMPARO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE:
(A) EL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DEL CONTRATO, CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA; (B) EL CUMPLIMIENTO TARDÍO O DEFECTUOSO DEL CONTRATO, CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA; (C) LOS DAÑOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR ENTREGAS PARCIALES DE LA OBRA, CUANDO EL CONTRATO NO PREVÉ ENTREGAS PARCIALES; Y (D) EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.*

Si la razón por la cual no se cumple el contrato es por el ejercicio de la prerrogativa extraordinaria de la ALCALDIA DE TUMACO como entidad pública contratante, ello no encuadra con las hipótesis de la descripción del riesgo asegurado según el amparo de Cumplimiento.

- **Falta de motivación en el acto administrativo para considerar que las lluvias, el cambio climático, el paro nacional y el COVID 19 no fueron actos constitutivos de fuerza mayor, por tanto, constituirían una exclusión del contrato seguro.**

Otra razón por la que no hay siniestro a la luz de lo que reza el art. 1072 del Código de Comercio, es porque ocurrieron acontecimientos ostensibles y constitutivos de fuerza mayor, que la ALCALDÍA DE TUMACO deliberadamente menospreció como tales sin enervar los elementos de la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

Enneccerus define la fuerza mayor diciendo que es el “acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto

dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”. De acuerdo con la doctrina francesa, “es un caso constitutivo de fuerza mayor el evento que presenta las tres características siguientes: exterioridad (respecto del demandado), imprevisibilidad (en su ocurrencia) e irresistibilidad (en sus efectos) .

Legalmente, el artículo 64 del Código Civil define esta figura de la siguiente manera:

ARTICULO 64. <FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO>. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

De acuerdo al análisis jurisprudencial y doctrinal sobre esta figura, la fuerza mayor para constituirse como una causal eximente de responsabilidad debe corresponder a:

- Un hecho externo
- Un hecho imprevisible
- Un hecho irresistible

Durante la ejecución del contrato hay varios factores que inciden de forma directa en la imposibilidad de ejecutar el objeto según lo previsto inicialmente. Las lluvias y el cambio climático de la región, como lo manifestaron varios testigos, imposibilitan la ejecución del contrato por el tipo de contrato que se suscribió y los materiales que deben utilizarse para su ejecución. La administración rechazó los argumentos expuestos por estos testigos sin motivar bajo ninguna consideración cual es la razón técnica para no atenderlos, solamente basado en un informe de interventoría que tampoco tuvo en cuenta lo mencionado en el trámite de este procedimiento administrativo.

Claramente las fuertes lluvias y el cambio climático variable, al corresponder a un fenómeno natural, cumplen con el requisito de ser externo a la actividad administrativa. El hecho de haberse producido este tipo de fenómenos naturales no es atribuible a alguna conducta u omisión del Contratista, por tanto, al no ser imputable a quien supuestamente causó el daño, corresponde a un hecho externo que se constituye verdaderamente como una causa extraña. Sobre este requisito, ha desarrollado el Consejo de Estado:

(iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de que sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa

del citado agente mal podría predicarse la configuración -al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada...”

En igual sentido ocurre lo mismo con el COVID 19 y el paro nacional indefinido, situaciones externas con una notoriedad de impacto a nivel nacional e internacional – **HECHOS NOTORIOS EXENTOS DE PRUEBA**-, que evidentemente tienen un impacto en la ejecución del contrato de obra. No hubo ningún fundamento ni consideración de este tipo en el acto administrativo, a pesar de haber sido situaciones expuestas en los descargos y en las pruebas practicadas. El impacto que tuvo el COVID 19 y el reciente paro nacional no se da solamente en este contrato, sino seguramente en muchos otros, pues las condiciones económicas, sociales, políticas, que se habían previsto al momento de fijar el plazo contractual, evidentemente variaron. Ninguna de estas consideraciones fue tenida en cuenta por la administración.

Se observa que parte de la ejecución del contrato tuvo lugar con posterioridad al 13 de marzo del 2020, es decir durante el lapso en el que se declaró estado de emergencia sanitaria por el COVID 19, un escenario que, además de imprevisible, irresistible y ajeno a la voluntad de las partes contratantes, habría imposibilitado la ejecución del contrato en los términos inicialmente concertados.

Es preciso recordar que, si bien no se desconoce que el principio pacta sunt servanda implica para las partes la obligatoriedad de respetar lo acordado inicialmente en los negocios jurídicos que celebran en ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo cierto es que, es posible que durante la ejecución de las condiciones convenidas se materialicen notables y repentinos cambios sociales, económicos, sanitarios, ecológicos, entre otros que, por su naturaleza, impactan de manera extraordinaria el desarrollo normal de las actividades inicialmente concertadas en los contratos y que, evidentemente les resulta imprevisibles, irresistibles y enteramente ajenos a la voluntad de las partes. En este caso, este tipo de situación se presentó con el COVID 19, el cual significó una crisis sanitaria que atacó no solo al país sino al mundo entero, y que significó la suspensión de hasta más de tres meses de actividades en Colombia en virtud de la cuarentena obligatoria que se ordenó, a manera de ejemplo, mediante el Decreto No. 457 del 22 de marzo de 2020, por el cual se impartieron instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público, el Decreto 417 del 17 de marzo del 2020, por el cual se declaró un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio

Nacional, la Directiva 02 de 2020, en la cual se establecieron medidas para atender la contingencia generada por el COVID-19 a partir del uso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, la Directiva 002 de 2020, mediante la cual se determinaron medidas preventivas para la contención del COVID-19, la Resolución No 470 del 20 de marzo de 2020, por la cual se adoptaron las medidas sanitarias obligatorias de aislamiento preventivo de personas adultas mayores en centros de larga estancia y de cierre parcial de actividades de centros, entre muchas otras emitidas con posterioridad al 13 de marzo del 2020, y aplicables durante el término en el que se había previsto la ejecución del contrato en análisis. Circunstancia que, como resulta fácil entender, imposibilitó a la Unión temporal contratista, continuar ejecutando de la manera esperada el contrato de obra garantizado por mi prohijada.

Entonces viene a cuenta señalar que el artículo 64 del Código Civil, modificado por la Ley 95 de 1990, aplicable a todo tipo de contratación, señala lo siguiente: “(...) *Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc. (...)*”. Es decir que, para el caso en concreto, claramente se entiende aplicable lo referido en el citado artículo, toda vez que, la declaración del estado de emergencia sanitaria, sin lugar a dudas significó un evento, imprevisible, irresistible y enteramente ajeno a la voluntad del contratista, que se tradujo a su vez en la imposibilidad de continuar con el desarrollo de las actividades concertadas con el contratante, dentro de los plazos esperados.

También se exige que el hecho sea imprevisible, es decir, que no sea posible contemplar al hecho con anterioridad a su ocurrencia. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de marzo de 2008, estableció que en punto de su configuración, se debía entender por imprevisible “*aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia*”, lo que claramente tiene como consecuencia la morigeración en la rigurosidad con la cual se analizaba la imprevisibilidad.

Si se tiene en cuenta la magnitud de lo acontecido, debe acogerse la realidad que representan este tipo de situaciones. De manera técnica se puntualiza sobre lo inusual, atípico e intenso de las lluvias, del COVID 19 y del paro nacional. Esto demuestra la imprevisibilidad para el Contratista, pues ante la poca ocurrencia de fenómenos de esta naturaleza, no era dable exigir a esta entidad la previsión para administrar los posibles y eventuales retrasos que a partir de tal situación se generaran.

Por último, se requiere que el hecho sea irresistible, es decir, la imposibilidad objetiva de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. Ante la ocurrencia de este hecho derivado de la naturaleza de manera imprevista, el impacto mundial de la pandemia y los devastadores efectos del paro nacional, el carácter de irresistible adquiere protagonismo, más si se tiene en cuenta lo súbito

del acontecimiento, impidiendo de esta manera anticiparse a las consecuencias que de allí se generaron.

Estas situaciones no merecieron ningún tipo de consideración en el acto, teniendo en cuenta que la notoriedad de las consecuencias que representan en la ejecución del contrato. Además, con los testigos que concurrieron a las diligencias de pruebas, se acreditó que efectivamente estos actos de fuerza mayor habían incidido de manera negativa en la ejecución del contrato.

- **La Fuerza mayor, además de ser un exonerador de responsabilidad contractual, es a la vez una exclusión pactada y la ALCALDÍA DE TUMACO de forma deliberada la omitió:**

A partir de todas las situaciones que como se explicó, constituyen actos de fuerza mayor, se estaría en una de las exclusiones pactadas en el contrato de seguro, motivo suficiente para declarar que la compañía aseguradora que represento no está obligada a realizar ningún pago. Ahora bien, tal como lo señala el Artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume:

“(...) Art. 1056.- Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.”.

En virtud de la facultad citada en el referido artículo, el asegurador decidió otorgar determinados amparos, siempre supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, e incorpora en la póliza determinadas barreras cualitativas que eximen al asegurador a la prestación señalada en el contrato, las cuales se conocen generalmente como exclusiones de la cobertura. En el caso de la Póliza _____ son la siguientes:

2.1 CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA).

- **No se motivó nada con respecto a las situaciones expuestas que configuraron la excepción de contrato no cumplido**

El artículo 1498 del Código Civil establece que los contratos de carácter conmutativo o sinalagmático son aquellos en los cuales cada una de las partes se obliga frente a la otra a dar o hacer una cosa que se considera equivalente a lo que ésta debe dar o hacer a su vez. De esta forma y teniendo en cuenta que este tipo de relaciones negócias se funda en la equivalencia o reciprocidad de las prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, lo que se procura es mantener el equilibrio y la simetría de los intereses de cada una de ellas, para lo cual se han

creado algunos mecanismos que pueden ser empleados ante un incumplimiento contractual.

Así las cosas, en el evento en que en un contrato sinalagmático el contratante y el contratista incurran en incumplimientos recíprocos, es decir, que ambas partes no realicen las obligaciones contractualmente pactadas, se configura la excepción de contrato no cumplido o “exceptio non adimpleti contractus”.

En efecto, al haberse establecido esta excepción en un mecanismo de defensa que puede ser esgrimido por cualquiera de las partes integrantes del contrato, en la que el uno de los contratantes deja de cumplir lo pactado mientras que el otro no se allane a cumplir su parte, presentándose entre los contratantes un mutuo incumplimiento.

Es fundamental manifestar que el H. Consejo de Estado en senda Jurisprudencia en tratándose de la declaratoria de la caducidad de un contrato estatal ha permitido la aplicación de la excepción de contrato no cumplido contenida en el artículo 1609 del Código Civil, así las cosas, en el evento que se acrediten las condiciones que den lugar a la excepción se desvanece el incumplimiento del contratista que fundamenta la declaratoria de la caducidad.

La excepción de contrato no cumplido “exceptio non adimpleti contractus” consagrada en el artículo 1609 del ordenamiento jurídico civil a su tenor literal reza:

“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.”

En virtud de lo dispuesto en el artículo anteriormente transcrito en un contrato bilateral el contratista no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando el co-contratante incumplió con las suyas. Es decir, dentro de los efectos que produce la presencia de la excepción de contrato no cumplido, está la imposibilidad para la Administración de ejercitar los poderes exorbitantes, como es el de declarar su caducidad o el de imponer multas.

La aplicación de este precepto normativo propio del derecho privado se fundamenta en la intención de conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular. Esto quiere decir que existe una balanza entre el principio de satisfacción del interés general y el interés propio del contratista, postulados que debe atender la administración al momento de suscribir contratos estatales. A su vez, conlleva la posibilidad de que el particular excepcione este tipo de justificación ante un eventual incumplimiento derivado de un previo incumplimiento por parte de la administración, de allí la fundamentación de relación armónica entre satisfacción del interés público y del particular contratista.

En efecto, en el presente asunto sucedieron varios incumplimientos previos atribuibles única y exclusivamente a la entidad Contratante, como lo reflejó la UNIÓN TEMPORAL TECNOVÍAS en los descargos que rindió y pruebas que aportó:

- Demora en la asignación de interventoría: El contrato de obra No. LIC-010-2018 tiene fecha de suscripción del 13 de diciembre de 2018. El acta de inicio el 9 de octubre de 2019.
- Hubo malos diseños relativos a las coordenadas donde se debía ejecutar el contrato. Los gastos de replanteo o organización fueron asumidos en su totalidad por el contratista. De no haber ocurrido así, esta sería la fecha en que no se podría haber ejecutada el contrato por una ubicación inexacta.
- No hubo una solución al problema de los predios que colindaban con el lugar de ejecución de las obras. Las condiciones de campo no permitían la ejecución, y según lo pactado, era una carga a cargo de la entidad contratante. La legalización de los cargos estaba a cargo del Municipio de Tumaco.

Resulta útil citar lo dicho por la jurisprudencia frente al incumplimiento de obligaciones tales como las que se presentaron en el caso concreto. A su turno sostiene:

“En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual”

Es de señalar que el incumplimiento previo del Municipio conllevó a la situación contractual adversa para el contratista. Entonces, la supuesta inexecución de las obligaciones a cargo de la Unión Temporal no le es imputable a su responsabilidad, sino al MUNICIPIO, quien, con la mencionada dilación en el cumplimiento de sus obligaciones, contribuyó a los retrasos en la obra, atraso que tienen sustento en unos hechos constitutivos de caso fortuito y fuerza mayor.

Luego, al acreditarse que el incumplimiento de las obligaciones en principio DEL MUNICIPIO DE DE TUMACO, lo que, sin duda alguna incidió en el retraso de las obligaciones asumidas por la unión

temporal, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1609 de Código Civil, en el que se trae como consecuencia al incumplimiento mutuo de las partes, que ninguno este en mora y por consiguiente ninguna pueda solicitar los perjuicios ni la multa, ni la cláusula penal que se haya estipulado ya que, como se deduce de los artículo 1594 y 1615 ibidem, para poder sancionar se requiere que el deudor incurra en mora, lo que en efecto en el caso que hoy nos atañe no sucede.

EMERGE COMO SANCIÓN LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO POR LA APLICACIÓN DE LA CONSECUENCIA PREVISTA EN EL ART. 1060 DEL CODIGO DE COMERCIO, Y POR TANTO, INDEBIDA MOTIVACIÓN PARA CONSIDERAR QUE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA DEBÍA ASUMIR EL PAGO DE LA GARANTÍA

Antes que nada es importante hacer una precisión de conceptos, el Artículo 2.2.1.2.3.2.5., del Decreto 1082 de 2015 dispone la Improcedencia de la terminación automática y de la facultad de revocación del seguro de cumplimiento así pero en este punto no se tratará de un acto unilateral de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. en cuanto a la facultad de revocación que tiene el asegurador en virtud del art. 1071 del Código de Comercio , sino que se trata de la terminación consagrada en el art. 1060 y que se presenta por el incumplimiento del deber informativo consagrado en la norma legal.

En materia de contratación estatal, la terminación del contrato por la falta de notificación, comunicación y/o discusión de la agravación del riesgo del artículo 1060 del Código de Comercio, es perfectamente aplicable como lo ha desarrollado el Consejo de Estado en su jurisprudencia así:

“Como se puede apreciar, cuando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento, el mismo, en cuanto conste por escrito, corresponderá a la clasificación de los contratos estatales, de conformidad con las exigencias del criterio subjetivo u orgánico adoptado por la Ley 80 como elemento diferenciador específico de esa clase de contratos, en la medida en que aquella estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos, sin que ello signifique, dadas las especialísimas características que individualizan a esta clase de contratos de seguros, que a la entidad estatal le corresponda cumplir con las obligaciones propias de cualquier tomador ordinario como las de declarar el estado del riesgo (artículo 1058 C. de Co.), pagar la prima (artículo 1066 C. de Co.), mantener el estado del riesgo (artículo 1060 C. de Co.), notificar sobre circunstancias sobrevivientes que agraven o varíen el riesgo (artículo 1066 C. de Co.), dar aviso del acaecimiento de un siniestro (artículo 1075 C. de Co.), etc., como tampoco cabe en esta relación la revocatoria del seguro por voluntad de la aseguradora (artículo 1071 C. de Co.).”

Sobre este tema, ha expresado la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, afirmando que el tomador o asegurado están obligados a mantener el estado del riesgo, exprese

o no en la póliza, de acuerdo al artículo 1060 del Código de Comercio y tienen el deber inexorable de notificar al asegurador las circunstancias imprevisibles que sobrevengan al contrato y agraven el riesgo asegurado.

Igualmente, esta corporación ha señalado que el seguro es un contrato de ejecución sucesiva y por tanto durante su vigencia debe conservarse la respectiva correspondencia entre el valor de la prima y el riesgo asumido, dicha correspondencia es evaluada con la declaración que debe realizar el tomador sobre los hechos y circunstancia determinantes del estado del riesgo.

Lo anterior, con el fin de mantener esa proporcionalidad entre la prima y el riesgo, provee la ley mediante el artículo 1060 del Código de Comercio, la carga e información por parte del tomador o asegurado, los cuales están obligados a mantener el estado del riesgo y en tal virtud, deben notificar al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan con posterioridad a la suscripción del seguro y signifiquen una agravación del riesgo o la variación de su identidad local, con el fin que el asegurador pueda revocar el contrato o exigir un reajuste del valor de la prima.

Actualmente la sección tercera del Consejo de Estado en Sentencia 1996-00376 del 2010 ha sostenido que cuando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el contrato de seguro de cumplimiento éste se clasifica como contrato estatal de conformidad con las exigencias del criterio subjetivo adoptado por la Ley 80 de 1993. Lo anterior por cuanto la entidad estatal estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos.

La oportunidad para cumplir con la carga de información difiere, si la alteración del riesgo es voluntaria o no; la notificación debe hacerse con “antelación no menor a diez días a la fecha de la modificación del riesgo” y si le es extraña debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a la modificación.

En este caso le resultaba propia y voluntaria dado que mediante la RESOLUCIÓN No. 2736 del 19 de octubre del 2021 terminó unilateralmente el Contrato de Obra asegurado, lo cual, por su puesto resultaba en un impedimento material para que el contratista afianzado, la UNIÓN TEMPORAL TECNOVÍAS pudiera continuar con la ejecución de sus obligaciones en pro de la culminación del objeto mismo del contrato, es decir, que la decisión unilateral de la administración agravó el estado del riesgo y debió comunicársele a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. en al menos 10 días hábiles siguientes, es decir hasta el 2 de noviembre del 2021, pero la Resolución No. 2736 del 2021 solo se le puso en conocimiento a mi prohijada recientemente, el 2 de agosto del 2022.

El régimen jurídico de la agravación del riesgo busca establecer la equivalencia entre la primera y la nueva declaración del estado del riesgo, ajustada a los hechos o circunstancia agravantes. El deber de comunicación recae sobre hechos o circunstancias que no eran previsibles al momento

de perfeccionar el contrato, como en este caso, obedece a una crisis financiera que no ha permitido la culminación del mismo.

De esta manera el asegurador tiene pleno derecho en conocer cualquier hecho o circunstancia previsible que modifique el estado del riesgo y cambie las condiciones contractuales estipuladas en un principio, con el fin que al conocer las nuevas eventualidades pueda revocar el contrato o ajustar la prima, para que esta sea suficiente en caso que deba cubrir el siniestro, debe existir un equilibrio económico.

Es por eso que, a cada riesgo, en principio, corresponde una prima, calculada sobre su mayor o menor probabilidad siniestral y su intensidad presumida, si después se agrava por el aumento de estos factores, se modifica las primeras condiciones y la prima pactada no responde a la nueva realidad del riesgo cubierto. Así entonces, descendiendo al caso que nos ocupa, encontramos que entre las partes que intervinieron dentro del Contrato de Obra, suscribieron acuerdos, compromisos de ejecución, en la que concertaron formas diferentes en el cronograma y variaciones respecto del contrato afianzado y así mismo lo expone la ALCALDÍA DE TUMACO en la antesala argumental de la Resolución No. 2736 que declaró la terminación del contrato de obra.

Que mediante Resolución No. 2491 del 17 de septiembre de 2021, se suspendió el contrato de obra LIC 010-2018, en cumplimiento de la orden judicial emanada, el día trece de septiembre de 2021, por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA -SECCIÓN PRIMERA- SUB SECCIÓN "A"-, MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO PROCESO No.: 25000-23-41-000-2021- 00779-00 ACCIONANTE: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN ACCIONADAS: NACIÓN - MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, FONDO ÚNICO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, UT CENTROS POBLADOS DE COLOMBIA 2020 Y OTROS. MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, decretó una medida cautelar de urgencia la cual ordeno "DÉCIMO CUARTO.- ORDÉNASE a TODAS LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL ORDEN NACIONAL, DISTRITAL, DEPARTAMENTAL O MUNICIPAL, CENTRALIZADAS, DESCENTRALIZADAS Y POR SERVICIOS la suspensión de todo contrato, convenio o cualquier tipo de modalidad contractual, suscritos con la UNION TEMPORAL CENTROS POBLADOS DE COLOMBIA 2020 y los miembros que la integran i) la FUNDACION DE TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA, SEGURIDAD E INNOVACION, NIT.: 900.485.861-0; ii) ¡CM INGENIEROS SAS., NIT.: 800.231.021-8; iii) INTEC DE LA COSTA SAS., NIT.: 830.502.135-1; y iv) OMEGA BUILDINGS CONSTRUCTORA SAS., NIT.: 900.990.182-3."

Mediante informe presentado por la interventoría y con fecha 18 de septiembre de 2021 se resume, que el avance de obra es mínimo y las pocas posibilidades de cumplir con las fechas de finalización del proyecto, ya que persisten las mismas dificultades.

Mediante comunicado No. CGD-116-2021 de 22 de septiembre, la interventoría comunica sobre el incumplimiento de plan de contingencia, cronograma de obra y posible incumplimiento del objeto contractual del contrato de obra No LC-010-2021.

Mediante comunicado No. **CGD-117-2021** de 23 de septiembre de 2021, la interventoría informa a la supervisión Presunto incumplimiento del buen Manejo de anticipo, entrega de documentación e información solicitada.

Sin embargo, de tal situación mi procurada no fue informada en el momento de su celebración, ni en los días siguientes, y sólo fue con ocasión del trámite de las audiencias para la declaratoria de

incumplimiento, que se hizo alusión al mismo, sin que se hiciera el respectivo traslado a la compañía aseguradora para el conocimiento y estudio de tal determinación de las partes contratantes.

En este caso, la aseguradora tenían el derecho a terminar o reajustar la prima a sabiendas del inminente riesgo que implicaría el incumplimiento de la Unión temporal, situaciones que durante el desarrollo de este procedimiento administrativo sancionatorio, nunca fueron tenidas en cuenta, pues era apenas obvio que existía una altísima probabilidad de que se materializara el riesgo de incumplimiento, y aun así, ni la sociedad afianzada, ni el asegurado (la administración) realizaron un traslado formal a la aseguradora para que analizara este aspecto.

La disposición del art. 1060 del Código de Comercio colombiano tiene una connotación de inmodificabilidad porque por su naturaleza es imperativa, como la de la consecuencia de entender terminado el seguro ante la ausencia de notificación de agravación del estado del riesgo, cuyo texto comienza refiriendo a la obligación del asegurado o el tomador según el caso, de mantener el estado del riesgo, y sobre el deber que estos tienen de notificar por escrito al asegurador las circunstancias agravatorias del riesgo y concluye expresando que “La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato...”

Sobre este punto se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia señalando:

La falta de notificación tempestiva de las circunstancias que agravan el riesgo, ministerio legis, provoca la terminación del contrato de seguro y si hubo mala fe da derecho al asegurador a retener la prima no devengada (inc. 4 art. 1060 ib). (Corte Suprema de Justicia - Sentencia del 28 de febrero, 2007, Exp. 68001 31 03 001 2000 00133 01).

Con relación a esta obligación en el seguro de cumplimiento, el tratadista Narváez Bonnet (2011) señala: *A quien corresponde esta carga, viene dado por quien tenga bajo su control inmediato el interés materia del respectivo contrato de seguro, como 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. (pp. 166 – 167).*

JURAMENTO

En representación de **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** respetuosamente me permito manifestar bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado demanda o solicitud alguna por los mismos hechos y pretensiones.

COMPETENCIA

En virtud del numeral 4 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, por tratarse de un asunto que

excede en cuantía de los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, su conocimiento será competencia del Tribunal Administrativo de Nariño en primera instancia.

La presente demanda deberá tramitarse por el Procedimiento establecido en la Parte Segunda “Organización de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de sus funciones Jurisdiccionales y Consultivas” Capítulo V “Demanda y proceso Contencioso Administrativo” previsto en la Ley 1437 de 2011.

ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

La cuantía se estima razonadamente en la suma de **NOVECIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUERENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS NOVENTA Y SIETE (\$903.841.497)** correspondiente al monto pagado por mi representada.

PRUEBAS QUE SE PRETENDE HACER VALER

DOCUMENTALES QUE SE APORTAN:

1. Certificado de existencia y representación de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.
2. Copia simple de la escritura pública que me acredita como apoderado general de la Aseguradora convocante.
3. Contrato de Obra No. LIC-010-2018.
4. POLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTIDADES ESTATALES DECRETO 1082 No. CP-100000486 anexos 0, 1, 2, 3.
5. Condiciones generales de la póliza CLAUSULADO 20-10-2016-1317-P-05-PPSUS2R000000045
6. Resolución No. 2736 del 19 de octubre de 2021.
7. Resolución No 170 del 18 de enero de 2022.
8. Resolución No. 3254 del 8 de septiembre del 2022.
9. Comprobante de pago por la suma paga por mi representada: NOVECIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUERENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS NOVENTA Y SIETE (\$903.841.497)
10. Recurso de reposición interpuestos en sede administrativa o vía gubernativa.
11. Constancia de notificación de la Resolución No. 3254 del 8 de septiembre del 2022 del 19 de septiembre del 2022.
12. Constancia de no acuerdo expedida por la Procuraduría 36 Judicial II para Asuntos Administrativos.
13. Acta de la audiencia de conciliación prejudicial fallida que se llevó a cabo en la Procuraduría 36 Judicial II para Asuntos Administrativos el 7 de noviembre del 2024.

DOCUMENTALES PARA OFICIAR:

Solicito amablemente a su señoría que le ordene al DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO que con destino a este proceso se sirva aportar:

1. La totalidad del expediente contractual del CONTRATO DE ONRA No. LIC-010-2018 para la Construcción de pavimento articulado en un tramo del corredor Bucheli Descolgadero Municipio de Tumaco Subregión Pacífico Departamento de Nariño.
2. La totalidad del expediente o dossier en el que consten las piezas del procedimiento de incumplimiento contractual adelantado con apego al art. 86 de la Ley 1474 del 2011 por la Alcaldía Distrital de Tumaco contra la UT Tecnovias mediante el cual se declaró el incumplimiento del contrato de obra LIC-010-2018, la terminación unilateral del mismo y se declaró el siniestro parcial en el marco de la Póliza No. CP-100000486.

ANEXOS

1. Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.
2. Traslado radicado a la Alcaldía de Tumaco, de la presente demanda con anexos.
3. Traslado radicado en la Agencia de Defensa Jurídica del Estado de la presente demanda y sus anexos.
4. Copia simple de la escritura pública que me acredita como apoderado general de la Aseguradora convocante.

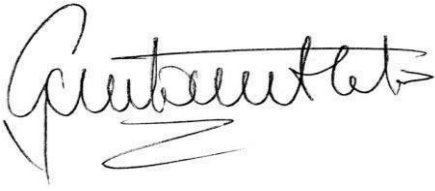
NOTIFICACIONES

A mi mandante y al suscrito apoderado en la Calle 69 No. 4 – 48 oficina 502 en la ciudad de Bogotá. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el artículo 162 numeral 7, la dirección electrónica es: notificaciones@gha.com.co. Asimismo, podré ser contactado al número telefónico: 3184042095.

La **ALCALDIA DE SAN ANDRÉS DE TUMACO**, podrá ser notificada en la dirección Cl. 11 #9-2, Tumaco, San Andres de Tumaco, Nariño, Colombia, o a través del buzón electrónico: contactenos@tumaco-narino.gov.co y notificacionesjudiciales@tumaco-narino.gov.co

A la **AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO** se la puede notificar en Carrera 7 No. 75-66 Piso 2 y 3. Bogotá, Colombia o a la dirección electrónica notificacionesjudiciales@defensajuridica.gov.co

Respetuosamente,



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.