

Honorable

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO.

Magistrada Dra. Beatriz Isabel Melodelgado Pabón

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

REFERENCIA: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

DEMANDANTE: COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A

DEMANDADO: ALCALDÍA DISTRITAL DE TUMACO – DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO – NARIÑO

RADICACIÓN: 52001-23-33-000-2024-00382-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado general de la compañía **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, conforme a se acredita con los certificados de existencia y representación que ya obran en el expediente, encontrándome dentro del término legal, procedo a presentar los respectivos **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**, solicitando desde ya, se profiera sentencia favorable a los intereses de mi representada, accediendo a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los argumentos que concretaré en los acápites siguientes.

OPORTUNIDAD

Mediante auto notificado el 14 de agosto de 2025, el despacho otorgó a la demandada cinco (5) días para arrimar la prueba documental que fue decretada de oficio, concluido dicho termino dispuso correr traslado por el término común de diez (10) días a las partes para presentar los alegatos de conclusión, los cuales transcurrieron de la siguiente forma: 25, 26, 27, 28, 29 de agosto y, 01, 02, 03, 04, y **05 de septiembre de 2025**. En este sentido, se colige entonces que el presente escrito de **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA** es radicado dentro del término previsto para tal efecto.

I. PROBLEMA JURÍDICO

El despacho determinó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos:

“Corresponde a la Corporación determinar si procede declarar la nulidad los actos administrativos contenidos en la 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

de 2022, por medio de los cuales se declaró el incumplimiento del contrato LIC-010-2018. De igual forma, se decidirá si es procedente condenar al Distrito Especial de San Andrés de Tumaco al pago de novecientos tres millones ochocientos cuarenta y un mil cuatrocientos noventa y siete pesos (\$903.841.497) que se dicen adeudados por el irregular proceso de declaratoria de incumplimiento contractual y el pago a la Compañía Mundial de Seguros S.A. de los intereses moratorios sobre las sumas de dinero que se hubieran pagado.”.

I. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario se evidencia que existen fundamentos fácticos y jurídicos para que el despacho declare la nulidad de los Actos Administrativos contenidos en la (i) Resolución No. 2736 del 19 de octubre de 2021, (ii) la Resolución No 170 del 18 de enero de 2022, y (iii) la Resolución No. 3254 del 8 de septiembre del 2022; de acuerdo con lo siguiente:

- **SE ACREDITÓ QUE EL ACTO ADMINISTRATIVO CONTENIDO EN 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**

El material probatorio allegado por este extremo de la litis permite afirmar, sin lugar a duda, que la Resolución No. 2736 del 19 de octubre de 2021, expedida por la Alcaldía de Tumaco, constituye un acto administrativo abiertamente irregular y carente de fundamento jurídico. Bajo la invocación del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, la administración pretendió ejercer la prerrogativa de declarar la terminación unilateral del Contrato de Obra No. LIC-010-2018; sin embargo, lo hizo de manera extemporánea e incongruente, pues dicho contrato ya había finalizado por el natural vencimiento del plazo de ejecución el día 4 de mayo de 2021.

En otras palabras, la administración, con evidente desconocimiento del marco contractual y legal aplicable, declaró la terminación de un contrato que llevaba más de cinco meses y cinco días de haber concluido por ministerio de la ley y por el cumplimiento del plazo pactado. Esta circunstancia revela que la Resolución No. 2736 carece de objeto jurídico y se erige en un despropósito administrativo, al producir efectos sobre una relación contractual inexistente para la fecha de su expedición.

Tal proceder no solo vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica, sino que además desconoce la propia lógica de la contratación estatal, que impide a la administración ejercer potestades exorbitantes sobre vínculos contractuales extinguidos. En consecuencia, la Resolución demandada debe ser declarada nula por haber sido dictada sobre una materia jurídicamente inexistente y en abierta contradicción con los hechos probados dentro del proceso.

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 de 2021, la ALCALDÍA DE TUMACO ya había perdido, desde 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. Por tal motivo, esta falta de competencia se extiende al ARTÍCULO SEGUNDO de la Resolución No. 2736, en el cual la Alcaldía pretende imponer a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. obligaciones de dar, afectando 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, está acreditado 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 afectada por tal extemporaneidad que se tradujo en pérdida de competencia.

Téngase en cuenta que la competencia no solo se define en razón de la materia, el territorio o la jerarquía, sino también bajo un criterio temporal que garantiza la seguridad jurídica y la preservación del principio de legalidad. La actuación estatal no puede ejercerse de manera ilimitada en el tiempo, pues hacerlo implicaría desconocer los parámetros normativos que legitiman su ejercicio y, en consecuencia, vaciar de contenido la garantía de los administrados frente a eventuales excesos del poder público. Precisamente, la jurisprudencia ha enfatizado que la dimensión temporal constituye un límite material de la competencia administrativa, en los siguientes términos:

“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 objeto.²

- **QUEDÓ DEBIDAMENTE ACREDITADO QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE IMPUGNAN FUERON EXPEDIDOS DE FORMA IRREGULAR VIOLANDO EL DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DE LA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. COMO GARANTE**

Las pruebas documentales aportadas, evidencian que los actos administrativos demandados se expidieron con violación del debido proceso y derecho a la defensa y contradicción de mi prohijada. Véase que 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

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

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 declarar la ocurrencia de un siniestro de forma desmotivada, pero además sin siquiera mencionar cuál 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 enviado 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.

Resulta pertinente resaltar que precisamente el condicionado de la póliza establece que solo un acto administrativo motivado, debidamente notificado y ejecutoriado constituye la reclamación válida para exigir pago:

“6. PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICION DE MULTAS, SANCIONES DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.

LAS ENTIDADES SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DECLARAR EL PODRÁN INCUMPLIMIENTO, CUANTIFICANDO LOS PERJUICIOS DEL MISMO, IMPONER LAS MULTAS Y SANCIONES PACTADAS EN EL CONTRATO, Y HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL. PARA TAL EFECTO OBSERVARAN EL SIGUIENTE PROCEDIMIENTO:

(...)

C) HECHO LO PRECEDENTE, MEDIANTE RESOLUCIÓN MOTIVADA EN LA QUE SE CONSIGNE LO OCURRIDO EN DESARROLLO DE LA AUDIENCIA Y LA CUAL SE ENTENDERÁ NOTIFICADA EN DICHO ACTO PÚBLICO, LA ENTIDAD PROCEDERÁ A DECIDIR SOBRE LA IMPOSICIÓN O NO DE LA MULTA, SANCIÓN O DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO. CONTRA LA DECISIÓN ASÍ PROFERIDA SÓLO PROCEDE EL RECURSO DE REPOSICIÓN QUE SE INTERPONDRÁ, SUSTENTARÁ Y DECIDIRÁ EN LA MISMA AUDIENCIA. LA DECISIÓN SOBRE EL RECURSO SE ENTENDERÁ NOTIFICADA EN LA MISMA AUDIENCIA;

(...)

13. NOTIFICACIONES Y RECURSOS

LA ENTIDAD CONTRATANTE DEBERÁ NOTIFICAR A LA ASEGURADORA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATINENTES A LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA, PREVIO AGOTAMIENTO DEL DEFENSA DEL DERECHO DE CONTRATISTA GARANTIZADO Y EL GARANTE.”

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 resulta imperioso si tenemos en cuenta, como se ha mencionado 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”.

En ese orden de ideas, es claro que el precedente constitucional citado resulta plenamente aplicable al caso bajo examen, pues la ausencia de notificación del acto administrativo expedido en contra de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. no es un simple yerro procedimental sino una vulneración directa y material del derecho fundamental al debido proceso. La omisión priva a la aseguradora tanto de las garantías previas necesarias para una actuación legítima.

Así, la falta de notificación impide que la compañía conozca y ejerza oportunamente sus derechos, conculcando de manera simultánea principios de publicidad, eficacia y celeridad que orientan la función administrativa. Por ello, el precedente jurisprudencial invocado obliga a concluir que el acto administrativo cuestionado carece de eficacia jurídica frente a la parte afectada, en tanto se expidió y pretendió producir efectos desconociendo las garantías mínimas que el ordenamiento constitucional protege de manera estricta.

- **SE ACREDITÓ QUE EL ACTO ADMINISTRATIVO CONTENIDO EN LA RESOLUCIÓN No. 2736 DEL 19 DE OCTUBRE DE 2021 NO ESTÁ DEBIDAMENTE MOTIVADA Y FUE EXPEDIDA DE FORMA IRREGULAR**

De acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario se evidencia que el acto administrativo demandado se encuentra viciado por falsa motivación. En su parte resolutive la Resolución No. 2736 del 19 de octubre de 2021 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.

El Consejo de Estado, en su reiterada jurisprudencia, ha dejado claro que para que un riesgo sea considerado como cubierto dentro del amparo de buen manejo del anticipo, debe cumplir con ciertos requisitos y condiciones establecidas en el contrato de seguro.

42.- Para la Sala es claro que lo que cubre el amparo de buen manejo y correcta inversión

del anticipo son los perjuicios derivados del incumplimiento de estas obligaciones y no de la obligación de amortizar el anticipo, si dicha obligación no fue amparada expresamente por la Compañía de Seguros. Igualmente es claro que existe una diferencia entre este amparo (buen manejo y correcta inversión del anticipo) y el amparo de cumplimiento, el cual garantiza el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, y que en el caso concreto cubrió el pago de la cláusula penal que asumió la Compañía de Seguros. 43.- La doctrina ha explicado el punto de la siguiente manera: << Podemos definirlo (el amparo de anticipo) como el amparo mediante el cual la compañía de seguros se obliga a indemnizar al contratante asegurado por los perjuicios que sufra este por causas imputables al contratista garantizado, derivados de manera directa de los distintos riesgos que emanen del manejo de dineros o bienes entregados a este último a título de anticipo, los cuales, no están siempre cubiertos en su totalidad, de tal suerte que solo los que sean explícitamente nombrados estarán amparados, y los que no lo estén, valga la redundancia estarán excluidos... << < fin, empleándolos para gastos que no estén relacionados con el objeto contratado, y/o dirigiéndolos de manera distinta a la pactada en el contrato garantizado, sin haberse apropiado de ellos.... < ³

Por lo anterior expuesto, al no configurarse ninguno de los riesgos cubiertos por el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo, no procedía afectar dicho amparo en el presente caso.

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 refutar, 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(...)".

³ sentencia SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020) Radicación número: 17001-23-31-000-2005-00338 02(47760)

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.

- **SE ENCUENTRA DEMOSTRADO QUE LA RESOLUCIÓN No. 0170 DEL 18 DE ENERO DE 2022 FUE EXPEDIDA SIN COMPETENCIA HABIENDO EXPIRADO EL TÉRMINO PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN LIQUIDARA UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE OBRA**

Se tiene que para liquidar unilateralmente un contrato como el Contrato de Obra No. LIC010-2018 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 precluidos, 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 sujetos”.

- **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 aseguraticia 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, 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.

- **QUEDÓ DEBIDAMENTE ACREDITADA LA ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTENIDO EN LA RESOLUCIÓN No. 0170 DEL 18 DE ENERO DE 2022 EN TANTO CONTIENE MATERIAS AJENAS A LAS QUE LA LEY LE RESERVA.**

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 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:

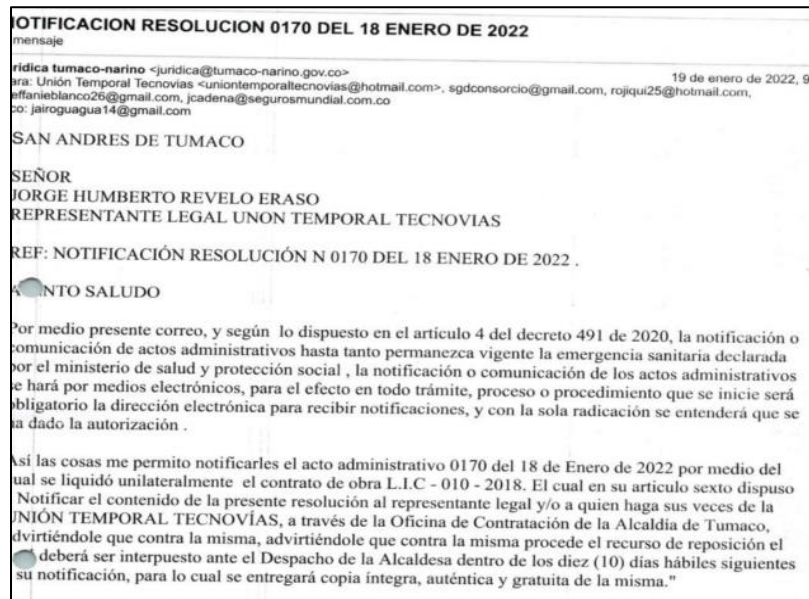
“En el campo contractual administrativo, la administración debe, como atrás dijo, liquidar el contrato, especialmente cuando se trata de uno de tracto sucesivo o de ejecución diferida, caso típico, en especial, del contrato de obra y, en ciertos eventos, del de suministro. Esta liquidación se efectúa 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”.

- **QUEDÓ DEBIDAMENTE ACREDITADA LA ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTENIDO EN LA RESOLUCIÓN No. 0170 DEL 18 DE ENERO DE 2022 EN TANTO SE EXPIDIÓ EN VULNERANDO 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.



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 ALCALDÍA DE TUMACO DESCONOCE LA NORMA DEL ART. 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN LA QUE DEBIÓ FUNDARSE, PUES NO DESARROLLA, NI PRUEBA LA OCURRENCIA, NI LA CUANTÍA DEL SUPUESTO SINIESTRO, 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 con el 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 una 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.

a) La terminación unilateral del Contrato no es incumplimiento:

La terminación unilateral determinada por la alcaldía no puede presentarse como si se tratare 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 conflujo 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 PREVEÉ 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.

b) 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 con el 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 destacar que, si bien el principio *pacta sunt servanda* consagra la regla general conforme a la cual las partes están obligadas a cumplir lo estipulado en los negocios jurídicos que celebran en ejercicio de su autonomía de la voluntad, lo cierto es que dicho principio no puede interpretarse de manera absoluta o rígida. La experiencia demuestra que, durante la ejecución de los contratos, pueden surgir circunstancias excepcionales que alteran de manera grave, extraordinaria e

imprevisible el normal desarrollo de las prestaciones inicialmente pactadas, haciendo imposible o desproporcionadamente oneroso su cumplimiento.

Justamente, este es el caso del COVID-19, evento que generó una crisis sanitaria sin precedentes a nivel mundial y que impactó profundamente la economía, la movilidad y el desarrollo de las actividades sociales y productivas en el país. En Colombia, la magnitud de la contingencia llevó al Gobierno Nacional a decretar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, así como a ordenar el aislamiento preventivo obligatorio a través del Decreto 457 del 22 de marzo del mismo año, disposiciones que fueron complementadas por múltiples medidas administrativas y sanitarias -entre ellas, la Resolución 470 del 20 de marzo de 2020, las Directivas Presidenciales 02 y 002 de 2020, entre muchas otras- que impusieron restricciones estrictas de movilidad, suspensión de actividades económicas y limitación del acceso a recursos y servicios indispensables para la ejecución contractual.

Estas disposiciones no solo suspendieron por más de tres meses las actividades normales en el territorio nacional, sino que además introdujeron obstáculos insalvables para la ejecución de contratos de obra, como el que nos ocupa, al impedir la concurrencia del personal, el transporte de materiales y la continuidad de labores técnicas en los frentes de trabajo.

En consecuencia, resulta evidente que la Unión Temporal contratista se enfrentó a un hecho sobreviniente, imprevisible e irresistible, completamente ajeno a su voluntad, que imposibilitó la ejecución del contrato en los términos inicialmente pactados. Pretender desconocer este contexto excepcional sería tanto como exigir un cumplimiento materialmente imposible, en abierta contradicción con los principios de buena fe contractual, equidad y conservación del equilibrio económico del contrato consagrados en la Constitución y en la legislación contractual.

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 duda 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 “aquellos que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquellos 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.

c) 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 de Cumplimiento No. CP-100000486 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)

d) 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 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 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 con el 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 de este.

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 de 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 2121, 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).

- **SOBRE LA FALTA DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

En este caso resulta relevante destacar que el demandado Distrito Especial de San Andrés de Tumaco guardó silencio y omitió presentar contestación a la demanda, conducta procesal que no puede pasar inadvertida. El artículo 280 del Código General del Proceso impone al juez el deber de calificar la conducta procesal de las partes y, cuando corresponda, deducir los indicios derivados de ella. La omisión de la contestación, lejos de ser una mera irregularidad, constituye un comportamiento que revela desinterés frente a la controversia planteada y, además, refuerza la

presunción de veracidad de los hechos expuestos en la demanda, por cuanto no fueron objeto de contradicción. Sobre lo mencionado el artículo 280 del CGP, indica:

“Artículo 280. Contenido de la sentencia

La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.

Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.”

La contestación de la demanda no es un simple formalismo procesal, se configura como una prerrogativa en favor del demandado para ejercer su derecho de defensa, controvertir lo que contra él se aduce, pedir pruebas y plantear todas las excepciones que considere pertinentes, en concordancia con el artículo 175 del C.P.C.A. Su omisión tiene implicaciones jurídicas de gran relevancia, en la medida en que: i) Se genera un indicio grave en contra del demandado. Tal como lo ha precisado el Consejo de Estado, la ausencia de contestación puede ser valorada como un indicio en contra de la parte que incumple dicha carga, pues se presume que los hechos narrados en la demanda no encuentran oposición seria ni fundada por parte de quien debía desvirtuarlos, ii) Se configura una admisión tácita de los hechos. La falta de contestación faculta al juez para considerar ciertos hechos como aceptados, siempre que no se opongan a las pruebas obrantes en el proceso. De ahí que, al no haber mediado contradicción, los hechos narrados en la demanda gozan de mayor credibilidad y solidez. iii) Se afecta el derecho de defensa y contradicción del propio demandado. La administración pierde la oportunidad de aportar argumentos, documentos y justificaciones que respalden la legalidad de los actos administrativos expedidos, debilitando su posición y dejando sin soporte sus decisiones sancionatorias.

En ese orden, la ausencia de contestación debe ser interpretada como un indicio grave en contra del demandado, toda vez que incumplió con el deber procesal de oponerse a las pretensiones y aportar elementos que desvirtuaran los fundamentos fácticos de la demanda. Así, se robustece la fuerza probatoria de los medios allegados por este extremo y se configura un elemento adicional que el juez debe tener en cuenta al momento de adoptar la decisión de fondo, en cumplimiento de la exigencia normativa contenida en el artículo antes citado.

Sin más consideraciones, elevo la siguiente:

II. PETICIÓN

En mérito de lo expuesto, de manera respetuosa, ruego al Despacho,

PRIMERO: ACCEDER a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de todos los actos administrativos proferidos por la ALCALDIA DISTRITAL DE TUMACO – DISTRITO ESPECIAL DE SAN ANDRÉS DE TUMACO, materializados en la (i) Resolución No. 2736 del 19 de octubre de 2021; la (ii) Resolución No 170 del 18 de enero de 2022 y, la (iii) Resolución No. 3254 del 8 de septiembre del 2022.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior se **ORDENE** a título de restablecimiento del derecho, la devolución de todos los dineros que fueron cancelados por parte de mi prohijada al interior del procedimiento administrativo, que corresponde a la suma de NOVECIENTOS TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUERENTA Y UN MIL CUATROSCIENTOS NOVENTA Y SIETE (\$903.841.497).

No siendo otro el motivo de la presente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. 19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C. S. de la J.