

Señores

**PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

**PROCURADURÍA JUDICIAL DELEGADA PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS (REPARTO)**

E. S. D.

**REFERENCIA:** SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – MEDIO DE CONTROL CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

**CONVOCANTE:** ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

**CONVOCADO:** MUNICIPIO DE GUADALUPE - ANTIOQUIA

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No.19.395.114 de Bogotá, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la compañía **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA** aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la calle 100 No. 9 A – 45 piso 12, de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 860.524.654-6, respetuosamente acudo ante su despacho para formular solicitud de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad del **MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** de conformidad con el artículo 141 y 161 de la Ley 1437 de 2011 en contra del **MUNICIPIO DE GUADALUPE - ANTIOQUIA**, representada por el señor JOSE FERNANDO SALAZAR OSPINA, en su calidad de alcalde del Municipio de Guadalupe Antioquia, o quien haga sus veces; con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos que a continuación se relacionan: i) Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 *“Por medio del cual se decide un proceso administrativo sancionatorio y se adoptan otras determinaciones”*, proferida en el marco del proceso de incumplimiento contractual adelantado por la Secretaria General y de Gobierno del Municipio de Guadalupe (Antioquia) en contra del CONSTRUCTORA SARGO S.A.S. y mi representada, en virtud de las cuales se declaró el incumplimiento del contratista y se hizo efectiva la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. 496-47- 994000016171 expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. conforme a las siguientes consideraciones de orden fáctico y jurídico:

## **I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES**

Las partes que integran el presente contradictorio son las siguientes:

**PARTE CONVOCANTE:**

- **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con el Nit. 860.524.654 - 6, representada legalmente por el doctor JUAN CARLOS LENIS COBO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.384.774, o quien haga sus veces.
- **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE:**

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 Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, y dirección electrónica: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co).

**PARTE CONVOCADA:**

- **MUNICIPIO DE GUADALUPE (ANTIOQUIA)** entidad territorial representada legalmente por el señor JOSE FERNANDO SALAZAR OSPINA en su calidad de alcalde o quien haga sus veces e identificada con Nit: 890.981.162-2 con dirección de notificación física en la Calle 50 Número 50 - 27, Guadalupe Antioquia, Colombia, o través del correo electrónico: [gobierno@guadalupe-antioquia.gov.co](mailto:gobierno@guadalupe-antioquia.gov.co) y [alcaldia@guadalupe-antioquia.gov.co](mailto:alcaldia@guadalupe-antioquia.gov.co).

**II. ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTROVERTIDOS**

Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 “*por medio del cual se decide un proceso administrativo sancionatorio y se adoptan otras determinaciones*”.

**III. FÓRMULA DE ARREGLO PROPUESTA POR ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**

En atención a lo consagrado en la Ley 2220 de 2021<sup>1</sup>, procedo a proponer la siguiente fórmula de arreglo:

<sup>1</sup> Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones.

**PRIMERO:** Que el **MUNICIPIO DE GUADALUPE - ANTIOQUIA**, en virtud de la facultad consagrada en los artículos 93 y siguientes del CPACA, se sirva revocar el siguiente acto administrativo:

1. Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 *“por medio del cual se decide un proceso administrativo sancionatorio y se adoptan otras determinaciones”*.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, solicito que el **MUNICIPIO DE GUADALUPE - ANTIOQUIA** restituya la totalidad de los valores que mi representada deba o haya pagado por concepto de la obligación contenida en los actos administrativos viciados de nulidad.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, solicito que el **MUNICIPIO DE GUADALUPE - ANTIOQUIA** reconozca los intereses moratorios correspondientes a la suma que mi representada deba pagar o haya pagado debido a los vicios de nulidad presentes en el acto administrativo acusado.

#### IV. PRETENSIONES

**PRIMERA:** Que, una vez surtido el trámite correspondiente, se **DECLARE LA NULIDAD** de la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 *“por medio del cual se decide un proceso administrativo sancionatorio y se adoptan otras determinaciones”*. En cuyo artículo tercero se declaró ocurrido el siniestro del amparo de cumplimiento, contemplado en la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. Póliza: 496-47- 994000016171 expedida por la COMPAÑÍA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

**SEGUNDA:** Que se **DECLARE** que mi representada no está legal ni contractualmente obligada a afectar el amparo de cumplimiento pactado en la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. Póliza: 496-47- 994000016171, por el monto señalado por la Secretaria General y de Gobierno del Municipio de Guadalupe (Antioquia), en consideración a que:

- El acto administrativo contractual que declaró la ocurrencia del siniestro de cumplimiento, afectando la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. Póliza: 496-47- 994000016171, está viciado de nulidad por haberse expedido con infracción de normas en que debería fundarse y mediante una falsa motivación, por cuanto no se acreditó el riesgo asegurado en el amparo de cumplimiento.
- El acto administrativo contractual que declaró la ocurrencia del siniestro de cumplimiento, afectando la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. Póliza: 496-47- 994000016171, está viciado de nulidad por haberse expedido con infracción de normas en que debería fundarse, por cuanto el municipio de Guadalupe agravó el estado del

riesgo al no entregar los diseños finales de los salones comunales y no poner a disposición del contratista las áreas a intervenir, por ende, emerge una indebida motivación para considerar que la compañía aseguradora debía asumir el pago de la garantía.

- El acto administrativo contractual que declaró la ocurrencia del siniestro de cumplimiento, afectando la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. Póliza: 496-47- 994000016171, está viciado de nulidad por haberse expedido con infracción de normas en que debería fundarse, por cuanto aplicó de forma incorrecta y caprichosa el principio de proporcionalidad en la reducción de la cláusula penal según los artículos 1596 del código civil y 867 del código de comercio.

**TERCERA:** Que en el evento que la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, llegara a realizar algún pago por concepto de la obligación contenida en la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023, se **CONDENE** a la entidad demandada a restituir la totalidad del valor que mi representada hubiese cancelado.

**CUARTA:** Que se **CONDENE** a la entidad demandada a pagar a la compañía **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, el valor correspondiente a los intereses moratorios sobre las sumas de dinero que se hayan pagado conforme al acto administrativo que se demanda, réditos que 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; intereses que se calcularán hasta la fecha del reembolso o pago de las sumas anteriormente indicadas.

**QUINTA: SUBSIDIARIA:** En subsidio de la pretensión anterior, se **CONDENE** a la entidad demandada a pagar a mi representada las sumas de dinero que se hubiesen pagado conforme al acto administrativo que se demanda, debidamente indexadas.

**SEXTA:** Prevenir a la demandada para que dé estricto cumplimiento a la sentencia que se profiera en el marco de este litigio, de conformidad con los artículos 187 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

**SÉPTIMA:** Condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

## V. HECHOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES

En este capítulo se presentarán los hechos en los que encuentra fundamento esta solicitud de conciliación y la posterior demanda, conservando una estructura lógica de la siguiente forma:

**HECHOS**

**PRIMERO:** Entre el MUNICIPIO DE GUADALUPE ANTIOQUIA y la CONSTRUCTORA SARGO S.A.S. se celebró Contrato de Obra CO-073-2022 cuyo objeto era “LA CONSTRUCCIÓN Y MEJORAMIENTO DE VIVIENDA RURAL Y DE LA INFRAESTRUCTURA DEPORTIVA, RECREATIVA Y COMUNITARIA EN EL MUNICIPIO DE GUADALUPE, ANTIOQUIA”. Por un valor de \$1.780.002.871 y un plazo inicial de seis (6) meses, el cual luego de una suspensión y prórroga terminó el 30 de abril de 2023.

**SEGUNDO:** En virtud de la cláusula octava del referido contrato, entre la CONSTRUCTORA SARGO S.A.S. y la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. se suscribió un contrato de seguro materializado en la póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. Póliza: 496-47- 994000016171, que cubrió los siguientes amparos y sumas aseguradas:

GIRO DE NEGOCIO: CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA

DESCRIPCION AMPAROS CONTRATO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CUMPLIMIENTO	16/06/2022	20/06/2023	178,000,287.10
ANTICIPO	16/06/2022	20/04/2023	534,000,861.30
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	16/06/2022	20/12/2025	89,000,143.55
		VER NOTA ACLARATORIA	178,000,287.10

BENEFICIARIOS  
NIT 890981162 - MUNICIPIO DE GUADALUPE

**TERCERO:** De conformidad con el acta de inicio del Contrato de obra No.CO-073-2022, este inició su ejecución el 26 de julio de 2022, fue suspendido el 27 de diciembre de 2022 y reanudado el 27 de enero de 2027, prorrogado por tres (3) meses y terminado el 30 de abril de 2023.

**CUARTO:** El contrato de obra No. CO-73-2022 terminó su plazo el 30 de abril de 2023 con una ejecución contractual equivalente al 49,50%, situación que propició el adelantamiento de un proceso administrativo sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual concluyó con una sanción al contratista por la suma de CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS M/L (\$142.400.230).

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

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

*sus obligaciones contractuales de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta resolución, el informe de interventoría y los anexos explicativos que hacen parte integral de la misma.*

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

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

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

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

Dentro de los argumentos esbozados por la entidad contratante para declarar la ocurrencia del amparo de cumplimiento, se encuentran los siguientes:

**“C) DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CONSTRUCTORA SARGO S.A.**

*Las omisiones ya referidas que fundamentan el incumplimiento de las obligaciones del contratista CONSTRUCTORA SARGO S.A.S, son prueba irrefutable, no solo del incumplimiento, sino de su gravedad pues al haber fenecido el plazo no se logró cumplir con el objeto contractual enviando un*

*mensaje errado a la comunidad pues el colaborador del estado no cumplió a cabalidad con sus obligaciones previstas tanto en el estatuto contractual como en el Contrato de Obra CO-73-2022.*

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

*(...)*

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

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

**SEXTO:** En la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 “Por medio del cual se decide un proceso administrativo sancionatorio y se adoptan otras determinaciones” se afirmó que el contratista del Contrato de Obra No. 073 de 2022, Constructora Sargo S.A.S., incumplió sus obligaciones frente a la construcción de salones comunales, no obstante, lo anterior, en el informe de interventoría del 16 de marzo de 2023 realizado por el Director de Interventoría y Representante Legal de Cadimas Consultorías & Construcciones S.A.S. se expresó que el retraso en dicha obra correspondió al incumplimiento de las obligaciones por parte del Municipio de Guadalupe (Antioquia) como entidad contratante; específicamente, en la mora que esta entidad contratante presentó a la hora de definir las áreas a intervenir y en la entrega de los diseños finales, conductas que vulneraron el contenido obligacional de la cláusula tercera (obligaciones 3.2., 3.4 y 3.6) del contrato CO-73-2022; en concreto se dijo lo siguiente:

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

(...)

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

**SÉPTIMO:** En virtud de lo anterior, es claro que se configuró la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil y en aplicación de esta disposición, no había lugar a declarar el incumplimiento del contratista afianzado frente a la obligación de construir salones comunales, y, por consiguiente, el incumplimiento del contratista no le es imputable a este, sino al previo incumplimiento de la entidad pública.

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

“V. HECHOS PROBADOS

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

(...)

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

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

(...)

Los porcentajes de ejecución e incumplimiento fueron:

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

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

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

**DÉCIMO:** De igual forma, la Resolución analizada, así como de las actuaciones que precedieron a la misma, y, del Informe de Interventoría realizado por Cadimas Consultorías & Construcciones S.A.S., se desprende que la omisión del Municipio de Guadalupe (asegurado) en definir las áreas a intervenir por el contratista, la ausencia de diseños finales o el cambio de los mismos sobre la ejecución del contrato de obra (agravación del estado del riesgo) no fueron debidamente notificados a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., circunstancia que implicó la terminación del contrato de seguro de cumplimiento documentado en la Póliza No. 496-47-994000016171 de conformidad con el inciso 4º del artículo 1060 del Código de Comercio; y por ende, emerge una indebida motivación para considerar que la compañía aseguradora debía asumir el pago de la garantía.

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

**DÉCIMO SEGUNDO:** El acto administrativo confutado o a reprochar, para su expedición durante el desarrollo del procedimiento administrativo previsto en el art. 86 de la Ley 1474 de 2011 incurrió en varias causales de nulidad que lo hace ostensiblemente ilegal, nulo e inválido. Existen fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran que la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023, fue expedida mediante infracción de las normas en que debía fundarse, en la medida en que no aplicó las consecuencias previstas frente a la terminación del contrato de seguro por falta de notificación de la agravación del riesgo, aplicó de forma incorrecta y caprichosa el principio de proporcionalidad en la reducción de la cláusula penal según los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio y sus fundamentos corresponden a falsas motivaciones, pues, lo cierto es que el Informe de Interventoría acreditó que el incumplimiento del contratista frente a la construcción de los salones comunales obedeció a un incumplimiento previo de la entidad contratante.

### DISPOSICIONES JURÍDICAS VULNERADAS

Las normas que se vulneraron con la expedición de los Actos Administrativos son las siguientes:

- Artículo 29 de la Constitución Política Colombiana
- Código de Comercio, Artículo 1036 hasta el 1162, y demás normas del Contrato de Seguro incorporadas en el Código de Comercio
- Artículo 1596 del Código Civil.

- Artículo 867 del Código de Comercio.
- Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- Artículo 2.2.1.2.3.1.7 y siguientes del Decreto 1082 de 2015.
- Artículo 83 de la Constitución Política.
- Artículo 1055 del Código de Comercio.

## VI. NORMAS VULNERADAS Y CAUSALES DE VULNERACIÓN

El sentido de este acápite tiene como fin analizar las causales por las que los actos administrativos contractuales expedidos en el marco del proceso administrativo sancionatorio contractual adelantado por el MUNICIPIO DE GUADALUPE – ANTIOQUIA fueron violatorios de las normas en que deberían fundarse, mediante una falsa motivación y, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. Por lo anterior, se procederá a exponer las causales de nulidad antes advertidas.

- **VICIO DE NULIDAD RELATIVO A LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE Y MEDIANTE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO NO SE ACREDITÓ EL RIESGO ASEGURADO EN EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO**

Se tiene que la Resolución analizada se expidió mediante falsa motivación, pues, a pesar de que el Informe de Interventoría revela que la causa de inejecución del proyecto de Construcción de salones comunales obedeció en la demora de la Administración Municipal para definir las áreas a intervenir y la entrega de los correspondientes diseños, el acto administrativo en cuestión decidió declarar el incumplimiento de dicha obligación, cuando lo cierto es que dicho incumplimiento no era imputable al contratista.

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

En virtud de lo anterior, es claro que se configuró la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil. Acerca de esta excepción, debe señalarse que el artículo en mención, la define en los siguientes términos:

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

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

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

*(...)*

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

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

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

*(...)*

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

*(...)*

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

“V. HECHOS PROBADOS

*Según consta en el Contrato de Obra No. 073 de 2022 que tiene por objeto la CONSTRUCCIÓN Y MEJORAMIENTO DE VIVIENDA RURAL Y DE LA INFRAESTRUCTURA DEPORTIVA, RECREATIVA Y COMUNITARIA EN EL*

MUNICIPIO DE GUADALUPE, ANTIOQUIA y se suscribió por la suma de \$1.780.002.871, el contratista debía ejecutar el siguiente alcance:

(...)

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

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

(...)

Los porcentajes de ejecución e incumplimiento fueron:

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

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

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

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

“(…) la Sala se inclina por la tesis de quienes predicán que la exceptio non adimpleti contractus sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio del interés público que informa el contrato administrativo. **El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.** No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina. A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fe, la justicia, etc, lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o no.”<sup>2</sup>

De igual forma, el alto tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa en Sentencia del 30 de enero de 2013 recordó lo siguiente sobre el medio de defensa contractual analizado:

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

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

44. Sin embargo, **la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos**

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 1991. Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta. Radicado No. CE-SEC3-EXP1991-N4739

senalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones.”

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

Por todo lo anterior, se considera que la Administración Municipal de Guadalupe Antioquia incurrió en varios yerros al proferir la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 *“por medio del cual se decide un proceso administrativo sancionatorio y se adoptan otras determinaciones”*, puesto que, en aplicación del artículo 1609 del Código Civil, no había lugar a declarar el incumplimiento del contratista afianzado frente a la obligación de construir salones comunales, en aplicación de la excepción de contrato no cumplido contemplada en el artículo 1609 del Código Civil y, por consiguiente, el incumplimiento del contratista no le es imputable a este, sino al previo incumplimiento de la entidad pública.

- **VICIO DE NULIDAD RELATIVO A LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE, POR CUANTO EL MUNICIPIO DE GUADALUPE AGRAVÓ EL ESTADO DEL RIESGO AL NO ENTREGAR LOS DISEÑOS FINALES DE LOS SALONES COMUNALES Y NO PONER A DISPOSICIÓN DEL CONTRATISTA LAS ÁREAS A INTERVENIR, POR ENDE, EMERGE UNA INDEBIDA MOTIVACIÓN PARA CONSIDERAR QUE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA DEBÍA ASUMIR EL PAGO DE LA GARANTÍA**

La Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 fue expedida con infracción en el artículos 1060 del Código de Comercio, pues de las pruebas obrantes en el expediente administrativo y, en especial, en el Informe de Interventoría, se tiene que resultaba plenamente aplicable la hipótesis contenida en dicha disposición dado que el Municipio de Guadalupe agravó el estado del riesgo al no entregar los diseños finales de los salones comunales y no poner a disposición del contratistas las áreas a intervenir, circunstancias que no fueron notificadas a la Aseguradora.

De la Resolución analizada, así como de las actuaciones que precedieron a la misma, y, del Informe de Interventoría realizado por Cadimas Consultorías & Construcciones S.A.S., se desprende que la omisión del Municipio de Guadalupe (asegurado) en definir las áreas a intervenir por el contratista,

la ausencia de diseños finales o el cambio de los mismos sobre la ejecución del contrato de obra, no fueron debidamente notificados a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., circunstancia que implicó la terminación del seguro de cumplimiento documentado en la Póliza No. 496-47-994000016171 de conformidad con el inciso 4º del artículo 1060 del Código de Comercio.

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

*“ARTÍCULO 1039. <SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES >. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.*

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

De ese parecer es el H. Consejo de Estado que, en Auto del 30 de enero del 2008<sup>3</sup>, mencionó lo siguiente sobre el particular:

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

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 30 de enero de 2008. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado No. 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867). Actor: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ECOPELROL. Demandado: ASEGURADORA COLSEGUROS S. A.

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

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

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. **Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.**

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

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

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

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

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

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

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

Sobre la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio al seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, la profesora Hilda Esperanza Zornosa Prieto en un concepto jurídico rendido en el marco de una investigación de maestría, menciona lo siguiente:

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

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

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

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

**el asegurador invoque como causal de exoneración de responsabilidad los errores cometidos por el propio asegurado.**

Por tal motivo para cada caso en concreto habrá lugar a analizar si tal incumplimiento se predica de un deber radicado en cabeza del tomador, **o si dicho deber también se encontraba radicado en el asegurado caso en el cual de manera válida podría invocar, - como ya se dijo- la terminación del contrato, cuando se enfrenta el incumplimiento de un deber que la ley y el contrato también haya quedado radicado en el asegurado.**

A la anterior conclusión se llega del análisis de los textos normativos radicado en cabeza deriva de una obligación que la ley del contrato de seguro radició también, de manera expresa, en cabeza del asegurado por lo que si el asegurador así lo considera puede invocarlo como causal para atribuir la consecuencia que se consagra en la norma del código de comercio citada. Resulta claro entonces que lo que el asegurador no puede hacer es invocar los errores del tomador para exonerarse del pago; **pero como la sanción que consagra el artículo 1060 del código de comercio no solo aplica cuando el error sea imputable al tomador sino cuando el error se le impute al asegurado, en este último evento con base en las normas analizadas si puede el asegurador invocar la excepción de pago.**<sup>4</sup> (énfasis añadido).

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

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

En este sentido, para que pueda aducirse la terminación automática del amparo conferido por una póliza de seguro de cumplimiento, no se debe tratar de una simple modificación en relación con algunas de las características del riesgo inicialmente sometido a consideración del respectivo asegurador, sino que **debe tratarse de una alteración en el estado del riesgo que desde el punto de vista jurídico sea relevante, vale decir, que afecte los chances o las posibilidades de ejecución del contrato por parte del respectivo contratista** (...)<sup>5</sup>(énfasis añadido).

Y agrega el profesor Narváez que, la modificación cobra importancia, y, por tanto, opera el deber del artículo 1060 del Código de Comercio, cuando, por ejemplo, la entidad estatal asegurada

<sup>4</sup> Concepto jurídico rendido en la siguiente tesis de Maestría en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana: Martínez, M. S. (2017). Agravación del riesgo en la garantía única de cumplimiento. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10554/41480>. Págs. 271-274.

<sup>5</sup> Tesis sostenida por el mismo autor en el libro de su autoría Narváez Bonnet, J. E. (2011). El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibañez. Pág. 166 a 169.

demora la entrega de diseños o bienes necesarios para el desarrollo de obras o trabajos contratados:

“En consecuencia, no tiene cabida la terminación del amparo por agravación del estado del riesgo ocasionada por el tomador o afianzado (art. 1060 C. de Co.), aunque **si cobra operancia la agravación del estado del riesgo por parte del asegurado, como sucedería, verbigracia, cuando la entidad contratante** impusiera obligaciones adicionales al contratista; interpretara o modificara unilateralmente el contrato sin atender al marco legal para hacer uso de esas prerrogativas excepcionales y sin notificar a la respectiva aseguradora del inicio de los procedimientos en cuestión; **demorara la entrega de diseños o bienes necesarios para el desarrollo de las obras o trabajos contratados**, o bien, incurriera en mora para satisfacer los pagos parciales, entre otros supuestos, **se ha estimado que las consecuencias señaladas en la ley para la agravación del estado del riesgo, cobran plenos efectos**<sup>6</sup>.”

Ahora bien, para el caso en concreto, se tiene que el Municipio de Guadalupe (Antioquia), como entidad estatal contratante y asegurado de la Póliza No. 496-47-994000016171, modificó el estado del riesgo agravándolo, al no entregar a tiempo los diseños y predios necesarios para que el contratista, Constructor Sargo S.A.S., cumpliera con su obligación de construir los salones comunales pactados en el contrato de obra CO-73-2022, ello de conformidad con el Informe de Interventoría CADIMAS/065/C-I-70/23 como se pasará a exponer.

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

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

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

Como se puede observar del mismo clausulado del contrato de obra, se tiene que, dentro de las obligaciones 3.2. y 3.4., se encontraba el “*poner a disposición del contratista, los bienes y lugares que se requieran para el desarrollo del proyecto*” y “*Entregar al Contratista la información que éste requiera para el cabal cumplimiento de las actividades relacionadas con contrato, así como las especificaciones técnicas de las mismas*”, compromisos contractuales que lógicamente implicaban

<sup>6</sup> Ibidem. Pág. 282.

que el Municipio de Guadalupe cumpliera con la entrega de los diseños de obra y pusiera a disposición del contratista los predios y/o lugares donde se iba a efectuar la misma.

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

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

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

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

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

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

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

Por todo lo anterior, resulta claro, ante la ausencia de prueba que demuestre que la aseguradora fue debidamente notificada de la agravación del riesgo, que el contrato de seguro documentado en la Póliza No. 496-47-994000016171 terminó de forma automática, *ope legis*, según lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio, circunstancia que lleva a concluir, de igual forma, que para la fecha en la cual se citó a la audiencia prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, 25 de abril de 2023, el contrato de seguro ya no se encontraba vigente y, por tanto, no podía hacerse efectivo el amparo de cumplimiento, como erróneamente se hizo en la Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023.

- **VICIO DE NULIDAD RELATIVO A LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE, POR CUANTO APLICÓ DE FORMA INCORRECTA Y CAPRICIOSA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL SEGÚN LOS ARTÍCULOS 1596 DEL CÓDIGO CIVIL Y 867 DEL CÓDIGO DE COMERCIO**

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

Ahora bien, en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad, el Consejo de Estado ha expresado:

*“Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen.*”

*No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.*

*La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, los cuales prescriben, en su orden: [...]*

*Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad. [...]*

*Esta Corporación ha estudiado la problemática de la disminución de la cláusula penal en los contratos del Estado, sosteniendo -en todas esas ocasiones- que de conformidad con los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el juez tiene la posibilidad de reducir la suma impuesta por tal concepto, evaluando -para ello- el porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista y su aceptación por parte de la entidad contratante<sup>7</sup>*

*Como se observa, por mandato legal y a partir de la jurisprudencia de la Sala, es válido que, ante el cumplimiento parcial de las obligaciones, el juez gradúe la cláusula penal, rebajándola proporcionalmente (en los términos del artículo 1596 del Código Civil) o reduciéndola equitativamente (bajo el criterio del artículo 867 del Código de Comercio) <sup>8</sup>(...)”*

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

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

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, C.P.: Enrique Gil Botero. Rad.: 68001-23-31-000-1996-02081-01 (17.009).

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del ocho (8) de abril de dos mil veinticuatro (2024), C.P.: Maria Adriana Marín. Rad.: 68001-23-33-000-2013-00449-01 (54.133).

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

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

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

- **VICIO DE NULIDAD RELATIVO A LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL CON INFRACCIÓN DE NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE Y MEDIANTE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO SE ENCUENTRA ACREDITADO EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE LA ENTIDAD ESTATAL MUNICIPIO DE GUADALUPE (ANTIOQUIA), COMO CONSECUENCIA DE LA INOBSERVANCIA Y/O INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PLANEACIÓN.**

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

Frente a la importancia del deber de planeación en la contratación estatal, la doctrina <sup>9</sup>ha tenido a bien en mencionar lo siguiente:

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

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

De igual forma, la jurisprudencia <sup>10</sup>ha mencionado que la ausencia de estudios, planos y/o diseños, como en el caso en concreto, constituyen un incumplimiento del deber de planeación por parte de la entidad contratante:

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

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

Así mismo, la jurisprudencia del consejo de estado<sup>11</sup> ha determinado que, el desconocimiento del principio de planeación es considerado como un supuesto de incumplimiento contractual en cabeza de la administración:

<sup>9</sup> Expósito Vélez, J. C. (2021). Forma, formalidades y contenido del contrato estatal. Universidad Externado de Colombia.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado No. 25000-23-26-000-1997 04390-01(18080)

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de octubre de 2024. Radicado 52001-23-33-000-2018-00555-01 (67567).

"Ahora bien, aunque el objetivo común del contrato estatal es la materialización de su objeto negocial, pueden surgir eventos en los cuales aquel no se concreta total o parcialmente, debido a circunstancias que pueden ser ajenas a las partes, como una fuerza mayor o caso fortuito, en cuyo evento quedarán eximidas de responsabilidad por la imposibilidad absoluta de satisfacer la prestación obligacional<sup>12</sup>; o por situaciones endógenas a aquellas, como un incumplimiento, en cuyo caso sí es dable demandar en sede judicial la indemnización por la mora judicial<sup>13</sup>.

En el evento de inexecución del contrato por el incumplimiento, cuando la mora obligacional se origina en la entidad contratante, **esta se puede generar como resultado de dificultades como las faltas al deber de planeación, en el caso en que un contrato se suscribe producto de un procedimiento defectuoso por circunstancias como estudios incompletos, inviabilidad técnica de los diseños entregados, omisiones en la apropiación y disponibilidad de los recursos y/o ausencia de estudios técnicos, casos en los cuales las deficiencias del órgano contratante pueden derivar en que las prestaciones obligacionales no se concreten.**<sup>14</sup>

Ello porque, en los términos de la jurisprudencia de esta Subsección, si bien el principio de planeación "tiene incidencias en la etapa de formación del contrato, **se refleja con mayor importancia en su ejecución, pues es este momento en el que las omisiones de la Administración generaron graves consecuencias; razón por la cual su desconocimiento ha sido considerado como un supuesto de incumplimiento contractual,** de acuerdo con el postulado de la buena fe<sup>15</sup>".

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

#### "V. HECHOS PROBADOS

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

(...)

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 16 de julio de 2021. Radicado 25000-23-26-000-2011-00696-01(48427).

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 24 de julio de 2013. Radicado 73001-23-31-000-1997-14722-01(25131).

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 30 de agosto de 2024. Radicado 73001-23-33-000-2018-00169-01 (70.786)

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. sentencia del 17 de junio de 2024. Radicado 20001-23-31-000-2014-00052-01 (58641).

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

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

*(...)” (énfasis añadido).*

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

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

*(...)*

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

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

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

- **EL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL ESTA VICIADO DE NULIDAD, PUES FUE EXPEDIDO CON INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE - LA RESOLUCIÓN ENJUICIADA SE EXPIDIÓ CON INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 83 CONSTITUCIÓN POLÍTICA (BUENA FE) Y 1055 DEL CODIGO DE COMERCIO (INASEGURABILIDAD DE LOS ACTOS MERAMENTE POTESTATIVOS DEL ASEGURADO (ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE))**

Los sujetos de la relación aseguraticia –incluyendo al asegurado- están llamados a cumplir unas cargas o “*deberes de conducta*”, establecidos por la ley o en el contrato, y derivados del principio de la buena fe, no obstante, considerando todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que el contratante -Municipio de Guadalupe- no fue diligente a la hora de realizar la planeación del contrato de obra, se equivocó en los diseños, los diseños finales los entregó tardíamente y no puso a disposición del contratista los bienes y lugares donde se debía desarrollar el contrato, esos actos meramente potestativos del asegurado no pueden dar lugar a la realización del riesgo asegurado bajo la póliza de cumplimiento, pues fue su propio incumplimiento el que dio lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, siendo provocado por la conducta de la entidad estatal contratante.

Al respecto, el Consejo de Estado <sup>16</sup>ha dicho que cuando el riesgo patrimonial ha sido provocado por la conducta de la entidad estatal asegurada, la garantía del contrato de seguro no le puede ser exigible al asegurador:

*"Es pertinente recalcar que, en el seguro de cumplimiento constituido para garantizar el contrato estatal y, bajo lo establecido en el artículo 1037 del Código de Comercio, obran como partes, el asegurador –vale decir, la compañía de seguros que expide la respectiva póliza y que asume la obligación de cubrir el riesgo amparado con la misma- y el tomador –en este caso, el contratista del Estado que celebra el contrato de seguro con la aseguradora, pero no es el titular del interés asegurable, sino que toma el seguro a favor de un tercero que es, precisamente, la entidad pública-. Adicionalmente, toda vez que el contratista –tomador- solicita la constitución de la garantía a favor de la entidad estatal contratante, esta interviene en la relación negocial de la garantía única como sujeto asegurada y como beneficiaria del seguro, por ser la titular del interés patrimonial cubierto con el seguro.*

*Así entonces, como lo explica la doctrina, el seguro de cumplimiento “existe como seguro patrimonial de daños, cuyo interés asegurable es que el acreedor en una relación contractual [el Estado contratante] sea indemnizado en caso de incumplimiento del deudor [particular contratista]”.*

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Radicado 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102).

Tal identificación de las partes resulta de particular relevancia en el examen del presente caso, dada la necesidad de establecer con claridad que, en el contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales –es decir, en la garantía única-, el riesgo que se cubre es aquel originado en el incumplimiento del contratista tomador, que es el llamado por la ley a constituir la aludida garantía, precisamente para avalar o afianzar sus obligaciones contractuales adquiridas con el Estado.

**En esa medida, si, por el contrario, es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio del asegurado afectado.**

De conformidad con el artículo 1055 del Código de Comercio, “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables”, y cualquier estipulación en contrario no produce efecto alguno. Esta regla encuentra varias excepciones respecto del tomador en algunas tipologías de seguro, como en el seguro de daños y, dentro de esta categoría, en el seguro de cumplimiento de contratos estatales, en los cuales la garantía procede por la concreción del riesgo provocado por el contratista incumplido, al margen de que este haya obrado o no con culpa -dado que así se desprende de la naturaleza y los fines legales previstos para esa clase de garantía-.

Sin embargo, **la regla en mención se mantiene incólume frente al asegurado en el marco de la contratación pública, pues siendo el Estado asegurado un sujeto distinto del tomador, su conducta viciada con dolo o culpa grave o sus actos meramente potestativos, determinantes en la provocación del siniestro, no pueden ser cobijados por el seguro, pues ello cohonestaría un inadmisibles abuso del derecho de la administración y atentaría contra el principio de la buena fe, el cual, como lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares.** (énfasis propio).

En este sentido, es de suma importancia explicar que el artículo 1055 del Código de Comercio contiene una disposición de ineficacia en el marco de las reglamentaciones que rodean a los contratos de seguro. Dicha normativa establece expresamente que las actuaciones dolosas, las gravemente culposas y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, comportan riesgos inasegurables. El tenor literal de dicha norma puntualiza:

“ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>. **El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables.** Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, los actos meramente potestativos del asegurado, en este caso, del Municipio de Guadalupe, entendidos como, la falta de planeación del contrato de obra, la demora de la Administración Municipal para definir las áreas a intervenir y la entrega tardía de los correspondientes diseños finales de los salones comunales, fueron determinantes en la provocación

del riesgo patrimonial, constituyéndose así en un riesgo inasegurable de acuerdo con lo estipulado en la norma en cita.

#### **VII. JURAMENTO**

En representación de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.** respetuosamente me permito manifestar bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado demanda o solicitud alguna por los mismos hechos y pretensiones.

#### **VIII. COMPETENCIA**

La competencia para conocer el presente asunto corresponde a la Procuraduría Judicial Administrativa de Medellín, teniendo en cuenta que el ente que profirió el acto administrativo contractual sobre el cual se pretende la nulidad, es la Secretaria General y de Gobierno del Municipio de Guadalupe (Antioquia) y, en virtud del numeral 5 del artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, por tratarse de un asunto que no excede la cuantía de los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, su conocimiento será competencia de los Juzgados Administrativos.

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.

#### **IX. MEDIO DE CONTROL**

En caso de declararse fallida la conciliación extrajudicial dentro del presente asunto, el medio de control a ejercer corresponde al de controversias contractuales.

#### **X. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA**

La cuantía se estima razonadamente en la suma de CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS (\$142.400.230) correspondientes a la cuantía del siniestro declarado mediante la resolución que se demanda.

**XI. PRUEBAS QUE SE PRETENDE HACER VALER**

**DOCUMENTALES:**

1. Certificado de existencia y representación de la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.
2. Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. 496-47-994000016171 expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.
3. Las actuaciones que conforman el proceso de incumplimiento contractual adelantado contra de CONSTRUCTORA SARGO S.A.S. y la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA incluyendo el informe de interventoría del 16 de marzo de 2023 realizado por el Director de Interventoría y Representante Legal de Cadimas Consultorías & Construcciones S.A.S.
4. Resolución No. 092 del 3 de mayo de 2023 “Por medio del cual se decide un proceso administrativo sancionatorio y se adoptan otras determinaciones”.

**LINK DE ACCESO AL REPOSITORIO DE LAS PRUEBAS:**

[https://gha2-my.sharepoint.com/:f/g/personal/jpinto\\_gha\\_com\\_co/Ei98c4YO8ptOpnTWzSQ4kQQBzZHe4aGPIWA8HLAyOyozQg?e=0GfRRQ](https://gha2-my.sharepoint.com/:f/g/personal/jpinto_gha_com_co/Ei98c4YO8ptOpnTWzSQ4kQQBzZHe4aGPIWA8HLAyOyozQg?e=0GfRRQ)

Desde ya enuncio las pruebas documentales que se solicitarán dentro proceso judicial ante la no conciliación dentro de la audiencia que aquí se pretende celebrar, reservándome el derecho de pedir otros medios probatorios en un eventual proceso judicial.

**TESTIMONIALES:**

Respetuosamente, solicito a este Despacho decretar el testimonio de las siguientes personas:

FEDERICO LOZANO ASPRILLA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.807.805, en su calidad de representante legal de CONSTRUCTORA SARGO S.A.S, quien podrá citarse en la dirección de correo electrónico: [sargosas@outlook.com](mailto:sargosas@outlook.com), con el objeto de que se pronuncie sobre los hechos en que se fundamentan la presente acción; específicamente lo referente

a las situaciones de tiempo, modo y lugar en lo que respecta al Contrato de Obra CO-73-2022 y las circunstancias que rodearon al mismo.

#### **EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS:**

Solicito comedidamente se ordene al MUNICIPIO DE GUADALUPE, ANTIOQUIA aportar al proceso todos y cada uno de los documentos que integran el proceso de incumplimiento contractual adelantado contra de CONSTRUCTORA SARGO S.A.S y la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA en virtud del Contrato de Obra CO-73-2022, incluyendo grabaciones de audiencia y los demás documentos que lo puedan integrar.

El propósito de la exhibición de estos documentos es evidenciar las causales de nulidad en las cuales se incurrieron los actos administrativos demandados, y así demostrar las razones por las cuales se debe declarar la nulidad de estos.

La entidad puede ser citada en la Calle 50 Número 50 - 27, Guadalupe Antioquia, Colombia, o través del correo electrónico: [gobierno@guadalupe-antioquia.gov.co](mailto:gobierno@guadalupe-antioquia.gov.co) y [alcaldia@guadalupe-antioquia.gov.co](mailto:alcaldia@guadalupe-antioquia.gov.co).

#### **XII. ANEXOS**

1. Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.
2. Poder debidamente otorgado al suscrito, en concordancia con la Ley 2213 de 2022.
3. Traslado radicado en la alcaldía del Municipio de Guadalupe - Antioquia, copia simple de la solicitud de conciliación extrajudicial y sus anexos.
4. Soporte de la radicación del traslado de la solicitud de conciliación extrajudicial, ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

#### **XIII. NOTIFICACIONES**

- A mi mandante y al suscrito apoderado en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el artículo 162 numeral 7, la dirección electrónica es: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)
- **LA ALCALDIA DEL MUNICIPIO DE GUADALUPE ANTIOQUIA**, en la Calle 50 Número 50 - 27, Guadalupe Antioquia, Colombia, o través del correo electrónico: [gobierno@guadalupe-antioquia.gov.co](mailto:gobierno@guadalupe-antioquia.gov.co)

[antioquia.gov.co](http://antioquia.gov.co) y [alcaldia@guadalupe-antioquia.gov.co](mailto:alcaldia@guadalupe-antioquia.gov.co).

- **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** en Carrera 7 No. 75-66 Piso 2 y 3. Bogotá, Colombia o a la dirección electrónica: [procesosnacionales@defensajuridica.gov.co](mailto:procesosnacionales@defensajuridica.gov.co)  
- [notificacionesjudiciales@defensajuridica.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@defensajuridica.gov.co).

Del señor procurador,

Cordialmente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No 19.395.114 de Bogotá D.C.

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