

Doctor

NELSON FRANCISCO RINÓN MORENO

JEFE OFICINA DE CONTRATACIÓN

GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO

E. S. D.

TIPO DE PROCESO: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ART. 86 L- 1474/11
CONTRATO: CONTRATO DE OBRA No. 1225 DEL 28/12/2018
CONTRATANTE: GOBERNACIÓN DEL PUTUMAYO
CONTRATISTA: CONSORCIO VÍAS TERCARIAS
ASEGURADORA: MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. 038 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2023

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado general de **MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, conforme obra en el expediente, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal, procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra de la Resolución No. 038 del 10 de octubre de 2023 *“Por medio de la cual se declara el siniestro con cargo al amparo de cumplimiento otorgado mediante Seguro de Cumplimiento a favor de entidades Estatales No. NB-100100416 que garantiza el Contrato de Obra Pública No. 1225 de 2018 cuyo objeto es: “MEJORAMIENTO DE VÍAS TERCARIAS PARA UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA EN LOS MUNICIPIOS DEL DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO”*, solicitando desde ya que se revoque el acto administrativo en cita y, en consecuencia, se archive el presente proceso de incumplimiento contractual, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

En consideración a que en audiencia celebrada el pasado 12 de octubre de 2023, el Despacho notificó en estrados la Resolución No. 038 del 10 de octubre de 2023 y concedió el término de diez (10) días hábiles para interponer el respectivo recurso de reposición, el presente escrito se presenta dentro de la oportunidad correspondiente, habida cuenta de que dicho término comenzó a correr a partir del viernes 13 de octubre de 2023 y fenece el viernes 27 de octubre de 2023.

II. ANTECEDENTES

- Una vez agotadas las etapas de la licitación pública No. SPD-LP-010-2018, la GOBERNACIÓN DEL PUTUMAYO y el CONSORCIO VÍAS Terciarias celebraron el Contrato de Obra No. 1225 de 2018, cuyo objeto fue el “MEJORAMIENTO DE VÍAS Terciarias para una paz estable y duradera en los municipios del departamento del Putumayo” por un valor de VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL SEISCIENTOS OCHO PESOS MCTE (\$24.417.417.608) y un plazo de quince (15) meses.
- En virtud de la cláusula décimo octava del referido contrato, entre el CONSORCIO VÍAS Terciarias y MUNDIAL DE SEGUROS S.A. se suscribió un contrato de seguro materializado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. NB-100100416, que cubrió los siguientes amparos y sumas aseguradas:

NOMBRE DEL AMPARO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA	VALOR PRIMA
CUMPLIMIENTO	00:00 Horas Del 28/12/2018	24:00 Horas Del 28/07/2020	2.441.741.760,80	5.799.972,89
PRESTACIONES SOCIALES	00:00 Horas Del 28/12/2018	24:00 Horas Del 28/03/2023	1.220.870.880,40	7.781.797,54
BUEN MANEJO DEL ANTICIPO	00:00 Horas Del 28/12/2018	24:00 Horas Del 28/07/2020	7.325.225.282,40	17.399.918,68
ESTABILIDAD DE LA OBRA	00:00 Horas Del 28/03/2020	24:00 Horas Del 28/03/2025	2.441.741.760,80	18.323.097,76

- En desarrollo del objeto contractual, se expidieron en total nueve (9) renovaciones de la póliza en mención, siendo la última de ellas la expedida el día 26 de agosto de 2022, prorrogando las vigencias de los amparos antes aludidos en los siguientes términos:

NOMBRE DEL AMPARO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA	VALOR PRIMAS
CUMPLIMIENTO	00:00 Horas Del 19/08/2020	24:00 Horas Del 31/05/2022	2.441.741.760,80	0,00
PRESTACIONES SOCIALES	00:00 Horas Del 19/08/2020	24:00 Horas Del 31/01/2025	1.220.870.880,40	0,00
BUEN MANEJO DEL ANTICIPO	00:00 Horas Del 19/08/2020	24:00 Horas Del 31/05/2022	7.325.225.282,40	0,00
ESTABILIDAD DE LA OBRA	00:00 Horas Del 31/01/2022	24:00 Horas Del 31/01/2027	2.441.741.760,80	0,00

- Como se observa, la vigencia del amparo de cumplimiento se extendió hasta el 31 de mayo de 2022.
- El día 14 de febrero de 2020, el CONSORCIO ETERRA-1, en calidad de interventor del contrato de obra, solicitó a la Gobernación del Putumayo dar inicio al proceso sancionatorio por presunto incumplimiento de obligaciones del Contrato No. 1225-2018, el cual, en lo atinente al manejo del plan de inversión del anticipo, indicó:

“(…) No obstante, mediante los comunicados INTPUTUMAYO-2018-311 e INTPUTUMAYO-2018-402 se le requirió al CONSORCIO VÍAS Terciarias un informe detallado del desglose de inversión para cada tramo, de acuerdo con los rubros aprobados del Plan de Inversión del anticipo, en donde se pueda evidenciar cual ha sido la inversión detallada

en cada uno de los tramos que se encuentran en ejecución ya que a la fecha no se evidencia en obra el total del material aprobado para invertir con el anticipo, en especial lo que tiene que ver con el acero y cemento (...)

Se puede evidenciar, de acuerdo con la relación anterior que el contratista de obra no ha dispuesto en obra el total del material, para el cual se han aprobado los desembolsos, por lo tanto, se encuentra en presunto incumplimiento al buen manejo de la inversión del anticipo”.

6. En concordancia con lo anterior, por Oficio GCO-197 del 11 de marzo de 2020, la Gobernación del Putumayo citó a MUNDIAL DE SEGUROS S.A. a audiencia para proceso de imposición de multas por presunto incumplimiento de obligaciones contraídas – artículo 17 Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual se llevaría a cabo el 17 de marzo de 2020.
7. El 17 de marzo de 2020 se realizó la respectiva audiencia, la cual fue suspendida para analizar los argumentos presentados por las partes, de manera que por Oficio GCO-222 del 25 de marzo de 2020, se citó a la correspondiente reanudación de la audiencia, que se llevaría a cabo el 14 de abril de 2020.
8. El 25 de marzo de 2020 se suspendió la ejecución del Contrato de Obra No. 1225 del 28 de diciembre de 2018 por el término de diecinueve (19) días o hasta que se levantara la causal de suspensión, esto es, la emergencia sanitaria causada por la pandemia del COVID-19.
9. Por Resolución No. 187 del 14 de abril de 2020 se declaró el incumplimiento del Contrato No. 1225 del 28 de diciembre de 2018 y se impuso cláusula de multas, además, se declaró ocurrido el siniestro de cumplimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.
10. Frente a dicha resolución, tanto el apoderado del contratista como el de la aseguradora presentaron el respectivo recurso de reposición, el cual se resolvió favorablemente por Resolución No. 0246 del 5 de mayo de 2020, en consideración a un evidente desconocimiento al debido proceso de las partes.
11. Mediante Auto No. 001 del 11 de mayo de 2020, se dio apertura al periodo probatorio en el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratorios de incumplimiento, en virtud del cual se incorporaron pruebas documentales aportadas por las partes y se ofició a diferentes entidades para que aportaran documentos al proceso, además de decretarse pruebas testimoniales.

12. Por auto No. 002 del 1 de junio de 2020 se prorrogó el periodo probatorio dentro del presente proceso de incumplimiento por el término de veinte (20) días.
13. Nuevamente, mediante auto No. 003 del 3 de julio de 2020, se prorrogó el periodo probatorio por el término de veinte (20) día más.
14. Por auto No. 004 del 23 de julio de 2020 se ordenó la suspensión de términos procesales en el procedimiento administrativo sancionatorio hasta tanto se suscribiera el acta de reinicio y se encontrara en ejecución el contrato de obra No. 1225 del 28 de diciembre de 2018.
15. Mediante Resolución del 19 de agosto de 2020 se autorizó la modificación de miembros del CONSORCIO VÍAS Terciarias y, por Resolución del 24 de agosto de 2020, se autorizó la modificación de su representante legal.
16. El contrato se reinició el 25 de septiembre de 2020 como se evidencia en el Acta de Reinicio No. 01 de la misma fecha, en donde se acordó reiniciar el Contrato de Obra No. 1225 del 28 de diciembre de 2018 bajo el estricto seguimiento y desarrollo del protocolo de bioseguridad presentado por el contratista.
17. El 07 de diciembre de 2020 se suspendió nuevamente el contrato de obra por el término de cuarenta y cinco (45) días, suspensión que se prorrogó en once (11) oportunidades, prologándose así hasta el 1 de noviembre de 2022, fecha en la que se reinició automáticamente el plazo contractual, del cual quedaban a penas trece (13) días.
18. Al respecto, conviene resaltar que dentro de las causas que dieron origen a la suspensión No. 02 y sus prórrogas se encuentra la suspensión de giros por parte del OCAD PAZ, así como la necesidad de que se aprobara la suscripción de los modificatorios No. 01, 02, 03 y 04, dentro de los cuales se incluyeron ítems no previstos y que desarrollaron por imperiosa necesidad al momento de ejecutar el contrato.
19. A pesar del primer reinicio del contrato, esto es, el día 25 de septiembre de 2020, no se citó nuevamente a audiencia de incumplimiento sino hasta el 25 de noviembre de 2022, esto es, más de dos (2) años después. Así las cosas, por oficio OCD-0856 del 24 de noviembre de 2022, se citó a la reanudación de la respectiva audiencia que se realizaría el 05 de diciembre de 2022.

20. Lo anterior, en concordancia con el Auto No. 001 del 24 de noviembre de 2022, mediante el cual se ordenó levantar la suspensión de términos procesales en el procedimiento administrativo sancionatorio, sin embargo, llama la atención que dicha suspensión se había prolongado hasta el reinicio del contrato que se efectuó el 25 de septiembre de 2020 y, aunque ello no hubiese sido así, la Gobernación no tiene la potestad de suspender términos por situaciones diferentes a aquellas constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, como lo hubiese sido la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia del COVID-19.
21. El 5 de diciembre de 2022 se llevó a cabo la respectiva audiencia y la misma se suspendió para el 12 de diciembre de 2022, en atención a que se desconocían documentos que hacían parte del expediente.
22. El 12 de diciembre de 2022 se celebró la audiencia de incumplimiento, en donde se ratificó la práctica de las pruebas decretadas mediante Auto No. 001 del 11 de mayo de 2022. Así las cosas, se suspendió la diligencia y se afirmó que mediante auto se volverían a decretar las respectivas pruebas.
23. Nuevamente se citó a audiencia para los días 23 y 25 de enero de 2023, las cuales fueron suspendidas.
24. El 1 de febrero de 2023 se reanudó la audiencia de presunto incumplimiento en donde las partes alegaron falta de competencia temporal del Despacho, en atención a que el oficio de citación del 11 de marzo de 2020 expresaba que la consecuencia de la declaratoria de incumplimiento sería la imposición de multas, sin embargo, para esta fecha, el contrato había finalizado, por lo que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no es posible imponer multas una vez finalizado el plazo contractual, en consideración a que la finalidad de las mismas es conminar al contratista al cumplimiento del contrato. En virtud de este y los demás argumentos presentados en dicha audiencia, el Despacho ordenó como prueba de oficio que la interventoría allegara un informe actualizado para continuar con el proceso de incumplimiento.
25. En cumplimiento de lo anterior, mediante oficio INPUTUMAYO-2018-752 del 6 de febrero de 2023, se actualizó el informe de incumplimiento de fecha 14 de febrero de 2020.
26. Con fundamento en dicho informe, se continuó la audiencia el día 8 de febrero de 2023, en donde se aclaró que la vocación del proceso de incumplimiento versaba única y exclusivamente sobre los hechos enunciados por la interventoría en el literal

k, esto es, la afectación del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

27. En virtud de lo anterior, por oficio INTPUTUMAYO-2018-753 del 21 de febrero de 2023, la interventoría actualizó el informe de incumplimiento del 14 de noviembre de 2023 y solicitó el inicio de un proceso de incumplimiento en contra del contratista CONSORCIO VIA TERCARIAS, a efectos de imponer una cláusula penal por valor de MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$1.681.383.376).
28. Con base en dicho informe, se citó a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual se llevó a cabo el 27 de febrero de 2023, suspendiéndose para el 3 de marzo de 2023. En esta última fecha, tanto el contratista como el apoderado del garante presentaron sus descargos, los cuales consistieron en que se presentaron situaciones ajenas al contratista que impidieron el cabal cumplimiento del contrato, como las que dieron lugar a la suspensión No. 02, las cuales nunca fueron superadas. Adicionalmente, frente a la póliza, se indicó que este carecía de cobertura temporal, que no se había realizado el riesgo asegurado y que se encontraban prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro.
29. Adicionalmente, se solicitaron los testimonios de Luis Alfredo Muñoz, Ariel Narvárez Delgado y Jesús Franco, quienes comparecieron a rendir su declaración en audiencia celebrada el 29 de marzo de 2023.
30. Luego de ello, se citó a las partes para que rindieran sus alegatos de conclusión en audiencia del 14 de junio de 2023 y, una vez presentados, se expidió la Resolución No. 038 del 10 de octubre de 2023, mediante la cual se declaró incumplido parcialmente el Contrato de Obra Pública No. 1225 del 2018 y, como consecuencia, se impuso la cláusula penal por valor de DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS (\$269.692.249,63), declarando de igual manera ocurrido el siniestro de incumplimiento amparado en la Póliza de Cumplimiento No. NB-100100416.

III. RAZONES DE INCONFORMIDAD

Una vez aclarados los antecedentes procesales del presente procedimiento administrativo de incumplimiento contractual, es necesario indicar que el Despacho no analizó la totalidad de los argumentos expuestos por mi representada durante el trámite procesal y, en especial, no logró acreditar la ocurrencia del siniestro, pues los presuntos incumplimientos

no pueden ser imputables al contratista, en la medida que la entidad contratante incumplió con su obligación de aprobar el modificadorio No. 4, el cual había sido previamente aprobado por la interventoría y que se requería para continuar con las actividades contractuales de todos los tramos.

Por otro lado, en el acto administrativo que se controvierte, se hizo un pronunciamiento escueto y poco profundo frente a los argumentos expuestos por mi representada, especialmente en lo que atiene a la falta de cobertura y la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, toda vez que, como bien lo reconoció el Despacho, el presunto incumplimiento se extendió inclusive hasta el 1 de noviembre de 2022, fecha para la cual no estaba vigente la póliza.

- **NO SE LOGRÓ ACREDITAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO, POR CUANTO LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS SON ATRIBUIBLES A LA ENTIDAD PÚBLICA – SE CONFIGURÓ LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.**

En el acto administrativo objeto de discusión, la entidad contratante reconoció que el proyecto no se podía ejecutar en un 100% debido a la falta de aprobación de los ajustes por parte del OCAD PAZ y, como bien lo manifestó el contratista, dichos ajustes eran necesarios para la totalidad de los tramos objeto del contrato, en mayor o menor medida, pues en los tramos de Villagarzón, Puerto Caicedo, San Francisco y Colón, los ajustes eran necesarios desde una perspectiva técnica para continuar con el desarrollo normal de las obras.

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”.

Con relación a esta excepción, el Consejo de Estado ha aclarado que procede en los contratos estatales aun cuando esta debe ser armonizada con las normas de derecho público y, por tanto, tienen que cumplirse ciertas características para que se configure. De esta modo, se afirmó:

“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. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones”¹.

En pronunciamiento más reciente, esta Corporación adujo:

“En materia de contratación estatal no cualquier desatención obligacional de la entidad tiene la virtualidad de situar en estado de incumplimiento al contratista o de conjurarlo. Ello obedece a que, en atención al fin público que se encuentra ínsito en la suscripción de un contrato estatal, el contratista debe procurar satisfacer su objeto en las condiciones inicialmente convenidas, a menos que, en realidad, el apartamiento de las obligaciones a cargo de la entidad lo lleven a un estado de imposibilidad material de cumplirlo, supuesto que en este caso no acaeció”².

Como se aprecia, para que se predique la excepción de contrato no cumplido en materia estatal, el incumplimiento de la entidad debe ser grave, determinante y trascendente, al punto de situar al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones. Dichas características se cumplen en el caso que nos ocupa, pues el incumplimiento de la entidad contratante fue de tal envergadura que llevó al contratista a la imposibilidad de cumplir con la totalidad del contrato, tal y como incluso fue reconocido por la GOBERNACIÓN DEL PUTUMAYO en el acto administrativo objeto del recurso de reposición. Así pues, la entidad reconoció dicha situación en los siguientes términos:

“EL DESPACHO NO DESCONCE, PUESTO QUE SE HA ACEPTADO QUE EN EFECTO, PARA LOGRAR QUE EL PROYECTO SE PUDIERA EJECUTAR EN UN 100% EN SU ALCANCE LA PLURIMENCIONADA APROBACIÓN DE LOS AJUSTES ANTE EL OCAD PAZ RESULTABA NECESARIA (...)”.

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, RAD. 24217 del 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 45969 del 10 de octubre de 2022, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

En tal medida, es evidente la configuración de la excepción de contrato no cumplido, por cuanto la misma entidad contratante reconoció que no se había aprobado el modificadorio No. 04, el cual era necesario para que el contratista pudiera ejecutar el 100% del objeto contractual.

Lo anterior fue reiterado por el contratista a lo largo del proceso administrativo sancionatorio, quien afirmó que la aprobación del modificadorio No. 4 había dado lugar a que la suspensión No. 2 se prorrogara en once (11) oportunidades y, al no haberse superado dicha situación, esto es, al no aprobarse la respectiva modificación, era imposible dar reinicio al contrato, pues de otra manera se estaba ante un desequilibrio económico evidente que la entidad contratante tenía la obligación de solventar.

En concordancia, conviene recordar que la obra se contrató en el año 2018, por lo que los precios de mano de obra y materiales se modificaron a lo largo de la ejecución contractual, lo cual conllevaba a la imperiosa necesidad de modificar el valor del contrato y reconocer ítems no previstos, so pena de un desequilibrio contractual inminente, dado que el contratista hubiese ido a pérdidas, tal y como lo reiteró en varias oportunidades el señor ARIEL NARVAEZ en su declaración testimonial.

Dicho desequilibrio económico fue reconocido por la interventoría y por la entidad contratante, toda vez que el modificadorio No. 04 solo requería la aprobación del OCAD PAZ, teniendo concepto previo favorable de la entidad interventora. Sin embargo, pese a haberse reconocido la necesidad de ajustar los precios y restablecer el equilibrio contractual, nunca se aprobó dicha modificación, lo que se traduce en que la entidad contratante incumplió sus obligaciones y ello imposibilitó al contratista a cumplir, configurándose así al excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil.

Del mismo informe INTPUTUMAYO-2018-753 llama la atención que desde el 23 de noviembre de 2020, el contratista advirtió la necesidad de suspensión del contrato por razones imputables única y exclusivamente a la entidad contratante, como se constata en la respectiva solicitud de suspensión, así:

(“...)

Teniendo en cuenta que el plazo contractual del contrato de la referencia se vence el próximo 25 de diciembre de 2020 y aun no existe claridad en la ejecución del proyecto en cuanto al alcance y financiación.

Hoy existen tramos sin iniciar como es el caso del Municipio de Puerto Leguizamo, Municipio de Puerto Guzmán y Municipio de San Miguel, donde se requieren de la aprobación del modificadorio 4, donde hay la necesidad de ejecutar ítems no contractuales para su inicio y en otro caso la autorización del Ocad, para modificar la sección transversal (ancho de calzada).

El tramo del municipio de Santiago, no hay una directriz clara de lo que sucederá con la ejecución de este tramo, porque se está desarrollando otro proyecto en la misma vía y en las mismas coordenadas, que impide que avancemos con el nuestro.

En los demás tramos que se está trabajando, no hay los recursos suficientes para terminar en su totalidad la obra y lograr el cumplimiento de la meta dispuesta en la formulación y aprobación del proyecto.

Todas estas dificultades afectan grave y directamente la programación de ejecución de nuestro contrato, determinada para recuperar el retraso que se tenía, y de esta manera estamos generando mayor atraso en dicha programación.

Además de esto, se tiene conocimiento que fueron suspendidos los giros al proyecto mediante resolución N° 2391 de 20 de noviembre de 2020, debido al incumplimiento de un plan de mejora, que conlleva a la aprobación del modificadorio 1, modificadorio 2 y modificadorio 4, para el levantamiento de la medida, generando con esto que no haya la garantía de un flujo de recursos adecuado por parte de la gobernación para el pago de las actas parciales que se presente.

(“...”)

Dichas situaciones fueron reconocidas por la misma interventoría en la solicitud de suspensión No. 2 del 7 de diciembre de 2020, en donde afirma que existen tres situaciones que hacen imposible continuar con la ejecución del contrato, a saber: “1. se requiere la suspensión del contrato por un término de 45 días o hasta tanto se obtenga el concepto favorable de los modificadorios No. 1, No. 2 y No. 3 y la aprobación del modificadorio No. 4 por parte de OCAD PAZ, teniendo en cuenta que dicha aprobación es necesaria en la inclusión de los ítems previstos contractualmente y que se requieren para el desarrollo de las actividades de construcción (...) 2. Se requiere por parte de la Gobernación determinar la intervención en el tramo correspondiente al municipio de Santiago, ya que actualmente otro contratista se encuentra desarrollando un proyecto en la misma localización. 3. De acuerdo a la solicitud del OCAD PAZ, en la cual ordena una medida de control realizando la suspensión de giros y solicitando la presentación de un plan de acción con las estrategias, actividades, costos y tiempos pendientes de subsanar, dicho plan deberá ser viabilizado por el DNP”.

Dicha suspensión se amplió en 11 oportunidades y la última de ellas se suscribió el 28 de julio de 2022, estableciendo como fecha de reanudación el 1 de noviembre de 2022. Para fundamentar dicha ampliación, el contratista, con apoyo en la interventoría, adujo que no se encontraba aprobado el modificadorio No. 4 y 2, y la advertencia de un desequilibrio económico que no fue analizado, ni subsanado por la Gobernación.

Así las cosas, es evidente que en el contrato existía un desequilibrio económico que debía ser atendido por la entidad pública, máxime cuando existían modificatorios para reconocer ítems no previstos que, evidentemente, afectaron la ecuación financiera del contrato.

Incluso, como lo manifestó el contratista en sus descargos, si bien se aprobaron los modificatorios No. 1 y 2, estos no fueron eficaces para solventar el desequilibrio económico, pues hubo varios ajustes realizados al proyecto y que fueron aprobados por el órgano competente del sistema general de regalías, frente a los cuales no se reconoció el correspondiente valor con modificaciones o reconocimientos de ítems no previstos, por lo que cual también se hace evidente el manifiesto incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad contratante.

Con todo, se tiene que durante la ejecución del contrato se evidenciaron inconvenientes con relación a la planeación, pues se presentaron varios ajustes de estudios y diseños que, luego de las suspensiones, no podían ejecutarse, toda vez que las condiciones físicas y geográficas de los tramos habían presentado cambios por su deterioro como consecuencia de fenómenos naturales, a tal punto que los planos diseñados difieren de las condiciones del terreno, lo cual llevaba indefectiblemente a que se realizara un nuevo ajuste de estudios y diseños, el cual nunca se realizó.

Como vemos, fueron varias las obligaciones incumplidas por parte de la entidad contratante al no aprobar el modificadorio No. 04 y, asimismo, faltar a su deber de planeación, por lo que dichos incumplimientos llevaron al contratista a la imposibilidad de cumplir con el 100% del objeto contractual, tal y como fue reconocido incluso por la Gobernación del Putumayo. En esa medida, los presuntos incumplimientos son imputables única y exclusivamente a la entidad contratante, habiéndose configurado así la excepción de contrato no cumplido.

Así las cosas, considerando que el incumplimiento presentado por la GOBERNACIÓN DEL PUTUMAYO consistente en no aprobar el modificadorio No. 4 y no permitir el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato fue grave, serio, determinante y trascendente, a tal punto de situar al contrista ante una imposibilidad de continuar ejecutando el contrato, se configuró 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.

- **SE CONFIGURÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO**

Sobre el particular, conviene recordar que el Despacho adujo que tuvo conocimiento de los hechos hasta el 14 de noviembre de 2022 y 21 de febrero de 2023, fecha en las que se remitieron los oficios de interventoría y supervisión. Sin embargo, ello desconoce, en primer

lugar, los deberes de seguimiento y control que le corresponden a la entidad asegurada y, en segundo lugar, también se omitió considerar que desde el 14 de febrero de 2020 se había tenido conocimiento de los presuntos incumplimientos del contratista, pues los hechos que fundamentaron aquel informe fueron exactamente los mismos que sustentaron el informe de interventoría del 21 de febrero de 2023, por lo que es evidente que la entidad tenía conocimiento de los hechos desde el 14 de febrero de 2020, lo que materializó la prescripción derivada del contrato de seguro.

Al respecto, conviene precisar que el Consejo de Estado ha dicho que no es viable que la entidad pública argumente que tuvo conocimiento de los hechos hasta la terminación del contrato, más aún en contratos de ejecución sucesiva, pues con ello se estaría reconociendo que se desconocieron deberes de control y seguimiento a las actividades realizadas por el contratista. En estos términos, se adujo:

“En efecto, si se trata, por ejemplo, de la construcción de una obra es evidente que la entidad pública se encuentra en capacidad, de conformidad con la programación de las actividades o el plan de trabajo acordado, de determinar si la misma se entregará o no dentro del plazo convenido y de establecer a partir de ese seguimiento que en forma permanente y responsable le demanda la ley, si resulta pertinente o no la adopción de una medida preventiva, como puede ser la ampliación o prórroga del plazo, o, si por el contrario, amerita la imposición de medidas extremas, como la declaratoria de caducidad del contrato, para desplazar al contratista a efectos de terminar directamente o por conducto de otro contratista la obra requerida.

En fin, que sólo hasta el último día del plazo de ejecución del contrato o un día después se conozca si se cumplió o no con la construcción de la obra pública, o con la elaboración de los estudios, o con la prestación completa de un servicio, o con cualquier objeto de realización en el tiempo, deja la impresión de que la Administración jamás se enteró suficientemente de su ejecución, ni se entendió adecuada, estricta y juiciosamente -como deber ser- de la verificación del cumplimiento del objeto contractual; es decir, que no cumplió cabalmente con su deber de dirección, control y vigilancia del contrato, ejerciendo oportunamente los poderes que le otorga la ley para velar por la obtención de los fines que se buscan con el contrato, razón que no puede justificar a posteriori y legitimar la adopción de un poder exorbitante como la declaratoria de caducidad, porque simplemente al final del plazo convenido se da cuenta en forma “sorpresiva” que no se logró satisfacer el bien o servicio contemplado en el objeto contractual”³.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 17031 del 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

Al respecto, es importante tener en cuenta que el artículo 1081 del Estatuto Comercial establece que las acciones derivadas de los contratos de seguro prescriben en el término de dos años. Dicho precepto establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Por otro lado, el Consejo de Estado ha establecido que la prescripción respecto de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de obligaciones contractuales comienza a contar a partir del momento en que se configura dicho incumplimiento, expresando dicha postura de la siguiente forma:

*“CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, **también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño.** Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que **se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato.** Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados, **la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico.** En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior*

anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”⁴(Negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, el operador jurídico debió analizar la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro a partir del hecho generador del daño que evidentemente ocurrió en febrero de 2020, fecha para la cual se realizó el informe de interventoría que dio cuenta de los presuntos incumplimientos en el plan de inversión del anticipo, mismo que fue ratificado en el informe actualizado de febrero de 2023. En ese entendido, al configurarse el presunto daño desde este momento, la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro ya se configuró.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso concreto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, a luces de lo establecido en la normatividad vigente y en la jurisprudencia, toda vez que la ocurrencia de los hechos materia del proceso sancionatoria acaecieron, a más tardar, el 14 de febrero de 2020, fecha para la cual se elaboró el informe de interventoría que dio lugar al presente proceso de incumplimiento, de manera que, a la fecha en que se notificó la decisión, transcurrieron tres (3) años, 2 meses y 10 días, resultando claro que operó el fenómeno de la prescripción extintiva.

Conforme lo expuesto, se solicita al Honorable Juzgador proceder con la revocatoria de la Resolución No. 038 del 10 de octubre de 2023 y, consecuentemente, con la desvinculación de mi prohijada en las presentes diligencias, declarando el cierre y archivo de las diligencias.

- **FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA NB-100100416**

Es evidente la falta de cobertura de la póliza con la que se vinculó a mi prohijada en el presente proceso, en la medida que esta fue renovada hasta mayo de 2022 y el contrato finalizó en noviembre de este año.

Conviene resaltar entonces que la póliza tiene en total de 9 anexos y el último de ellos fue expedido el 26 de agosto de 2022. En la carátula del mismo se establece la vigencia de cada uno de los amparos y, respecto al buen manejo del anticipo, se evidencia que su vigencia es desde el 19 de agosto de 2020 hasta el 31 de mayo de 2022, así:

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021.

NOMBRE DEL AMPARO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADAS	VALOR PRIMAS
CUMPLIMIENTO	00:00 Horas Del 19/08/2020	24:00 Horas Del 31/05/2022	2.441.741.760,80	0,00
PRESTACIONES SOCIALES	00:00 Horas Del 19/08/2020	24:00 Horas Del 31/01/2025	1.220.870.880,40	0,00
BUEN MANEJO DEL ANTICIPO	00:00 Horas Del 19/08/2020	24:00 Horas Del 31/05/2022	7.325.225.282,40	0,00
ESTABILIDAD DE LA OBRA	00:00 Horas Del 31/01/2022	24:00 Horas Del 31/01/2027	2.441.741.760,80	0,00

Conforme a lo anterior, resulta evidente la falta de cobertura temporal actual de la póliza para amparar los perjuicios derivados del mal manejo e incorrecta inversión del anticipo.

Al respecto, es importante traer a colación una sentencia del Consejo de Estado que aclara la importancia de los límites temporales de la póliza, a efectos de su afectación o la declaratoria del siniestro:

*“32. Dada la naturaleza de la obligación que contrae el asegurador, resulta de la mayor importancia la determinación del momento exacto a partir del cual aquel asume el riesgo que le es trasladado y así mismo, la hora y el día hasta los cuales va tal asunción, **puesto que únicamente estará obligado a ejecutar la prestación a su cargo cuando el riesgo se realice dentro de ese lapso, es decir si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales.** Al respecto, el artículo 1073 del C. de Co., relativo a la responsabilidad del asegurador, establece que “Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato. **Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro**”.*

*33. De acuerdo con lo anterior, **el legislador sólo concede el derecho a la indemnización a cargo del asegurador, cuando el riesgo se realiza o inicia su realización dentro del periodo amparado por la respectiva póliza.** Como lo sostuvo la Sala, “Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho a obtener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley”⁵.*

Como se observa, el Tribunal de Cierre en materia de lo Contencioso Administrativo es claro en advertir que la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora sólo se configura en caso de que el siniestro se haya presentado dentro de la vigencia pactada y, es por tal razón, que la norma exige que la póliza tenga una vigencia desde el inicio del

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 25472 del 19 de junio de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

plazo contractual hasta su finalización, precisamente con el fin de no dejar desprotegido el patrimonio público durante el lapso de ejecución contractual.

Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto 1082 de 2015, el cual establece:

“La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato. El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que el valor del contrato sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV, caso en el cual la Entidad Estatal aplicará las siguientes reglas:”.

Pese a lo anterior, el anexo 9 de la PÓLIZA NB-100100416 pactó como fecha final de la vigencia hasta el 31 de mayo de 2022 y, como se desprende del informe de interventoría, el presunto incumplimiento se configuró el último día del plazo contractual, esto es, en diciembre de 2022, lo que pone en evidencia la ausencia de cobertura temporal de la póliza en mención.

Bajo esta lógica, si los hechos que dieron origen a la declaratoria de siniestro tuvieron lugar el 1 de noviembre de 2022 y la vigencia de la póliza se extendió a penas hasta el 11 de mayo de 2022, es evidente la falta de cobertura temporal de la misma.

En virtud de lo anterior, es necesario que el Despacho reconsideré su decisión de afectar la póliza, en la medida que su vigencia no se extendió hasta la terminación o finalización del plazo contractual como lo exige el artículo 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto 1082 de 2015 y, ni siquiera alcanza a cubrir los hechos objeto del proceso, en tanto que como bien lo reconoció el Despacho, estos se configuraron el 1 de noviembre de 2022 y la póliza tenía vigencia hasta el 11 de mayo de 2022, esto es, el presunto riesgo se configuró por fuera del periodo de vigencia.

- **INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MI PROHIJADA POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTIDADES ESTATALES No. NB-1001001416**

Sin perjuicio de los argumentos antes señalados que descartan presuntos incumplimientos imputables al CONSORCIO VÍAS TERCARIAS, debe considerarse que en el ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro y en virtud de la facultad consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio, la compañía aseguradora puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que está expuesto el interés asegurado. De modo que, al suscribir el contrato de seguro, la

aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la prerrogativa de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos, las condiciones de amparo y en este sentido, solo están obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes, así:

*“(...) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.*

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...)”⁶.

Entonces, de acuerdo con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las partes intervinientes en el contrato de seguros pactaron que el riesgo asegurado correspondía a:

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

1.4 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO
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 PARCIAL O DEFECTUOSO DEL CONTRATO, CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA; (C) LOS DAÑOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR ENTREGAS PARCIALES DE LA OBRA, CUANDO EL CONTRATO NO PREVÉ ENTREGAS PARCIALES; Y (D) EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.

Sin embargo, como se logró acreditar fehacientemente a lo largo del escrito, AISLATERM S.A. no incurrió en incumplimiento alguno que le sea imputable, en la medida que se presentaron circunstancias que afectaron el equilibrio económico del contrato como la falta de planeación y que generaron sobrecostos para el contratista, frente a lo cual se configuró la excepción de contrato no cumplido.

En conclusión, como no se comprobó que hubiese incumplimientos imputables al garantizado en la Póliza No. NB-100100416, tampoco se acreditó la configuración del riesgo asegurado, ni la obligación condicional de asegurador, de manera que no existe deber de indemnizar a cargo de mi representada, así como tampoco hay lugar a hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

IV. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **REVOQUE INTEGRAMENTE** la **RESOLUCIÓN No. 038 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2023**, notificada por estrados el 12 de octubre de 2023, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario no se acreditó el riesgo asegurado, ni los perjuicios causados, por el contrario, se probó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y, la falta de cobertura temporal de la Póliza NB-100100416.
- B. Comedidamente, solicito se sirva **DESVINCULAR** a **MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** del presente proceso, en la medida que la Póliza NB-100100416 no presta cobertura por los argumentos expuestos previamente.
- C. Por último, solicito se ordene la **TERMINACIÓN y ARCHIVO** definitivo de las diligencias.

V. NOTIFICACIONES

- El suscrito y mi representada recibirán notificaciones en la Calle 69 No. 4 - 48, oficina 502 de la ciudad de Bogotá y en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co

Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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