

RV: Radico. Contestación a la demanda y llamamiento en garantía. Radicado No. 2020-00657-00. Demandante: Fondo de Adaptación. Demandado: García Ríos Constructores S.A. y Seguros del Estado S.A.

Secretaria Tribunal Administrativo - Cauca - Seccional Popayan
<stadmcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 01/08/2022 9:01

Para: Lady Johanna Sanchez Cortes <lsancheco@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 2 archivos adjuntos (4 MB)

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A..pdf; CONTESTACION FONDO DE ADAPTACION .pdf;

De: Juan Camilo Neira <jcneira@nga.com.co>

Enviado: viernes, 29 de julio de 2022 16:22

Para: Secretaria Tribunal Administrativo - Cauca - Seccional Popayan <stadmcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Martha Lucia Medina Palomino <mlmedina@procuraduria.gov.co>; whoyos@procuraduria.gov.co <whoyos@procuraduria.gov.co>; procjudadm40@procuraduria.gov.co <procjudadm40@procuraduria.gov.co>; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co <procesosnacionales@defensajuridica.gov.co>; contabilidad@garciarios.com <contabilidad@garciarios.com>; Juan Carlos Hernandez <notificacionesjudiciales@fondoadaptacion.gov.co>; defensajuridica@fondoadaptacion.gov.co <defensajuridica@fondoadaptacion.gov.co>; rubenbravo@fondoadaptacion.gov.co <rubenbravo@fondoadaptacion.gov.co>

Asunto: Radico. Contestación a la demanda y llamamiento en garantía. Radicado No. 2020-00657-00.

Demandante: Fondo de Adaptación. Demandado: García Ríos Constructores S.A. y Seguros del Estado S.A.

Honorables

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Atn. Doctor David Fernando Ramirez Fajardo

Ciudad

REFERENCIA: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES DEL FONDO DE ADAPTACIÓN contra GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A. Y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

RADICADO: 2020-00657-00

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CONTRA GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A

Cordial saludo,

Me dirijo a Usted en mi calidad de apoderado de SEGUROS DEL ESTADO con el fin de radicar CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA dentro del término oportuno.

Debido al peso de los archivos, los anexos y pruebas se encuentran cargadas en el siguiente link:<https://drive.google.com/drive/folders/1C74MnlvKzCygQLg-aAUXgRh9gMrlnngV?usp=sharing>

Copio en este correo a las partes procesales.

Atentamente,

Juan Camilo Neira.

Honorables

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Atn. Doctor David Fernando Ramírez Fajardo

Ciudad

REFERENCIA: PROCESO DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES DE **FONDO DE ADAPTACIÓN** CONTRA **GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A. Y SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

RADICADO: 19001233300420200065700

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

JUAN CAMILO NEIRA PINEDA, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 80.166.244 de Bogotá D.C. abogado con tarjeta profesional No. 168.020 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.-** en adelante **SEGUROS DEL ESTADO-**, me dirijo a usted en la oportunidad legal, con el fin de presentar **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**, en los siguientes términos:

I. MANIFESTACIÓN PRELIMINAR

Honorables Magistrados, la descontextualizada y falsa versión de los hechos narrados por la accionante, sorprende a esta Compañía en la medida en que lo que ocurrió es completamente distinto a lo que se afirma temerariamente. Y no califica la demanda de temeraria sin fundamento alguno. Los señores Magistrados podrán que lo que afirma y pretende el apoderado de la accionante es contrario a la verdad, pero sobre todo es contrario a lo que siempre afirmó la Interventoría y contrario a lo que siempre afirmó la misma entidad contratante que le dio poder para demandar.

Es decir, el apoderado de la accionante parece no haber leído muchos de los documentos que él mismo aporta con su demanda, en los que queda acreditado que el contratista no es responsable por las obras que no se ejecutaron. La misma Interventoría y la propia Entidad contratante afirman expresamente en diversos documentos que dicha inejecución no le es atribuible al contratista.

Peor aún, hay documentos en los que la misma Entidad concluye que no es adecuado demandar en la medida en que está demostrado que las obras eran inejecutables. Eso, señores Magistrados, representa la más notoria temeridad de la demanda. Y no deja de sorprender, tampoco, que la entidad pretenda que se

declare la responsabilidad del contratista, pero no tenga pretensión condenatoria contra el contratista -que supuestamente le incumplió-, sino únicamente tenga pretensiones condenatorias contra la Aseguradora.

La verdad es otra, lejana a la que narró el temerario apoderado del **FONDO**.

El contrato No. 259 de 2014 tuvo como objeto la construcción de tres ítems contractuales: **i)** construcción del puente sobre el río Cauca, **ii)** construcción del puente sobre el sector la Balastrea y **iii)** el reforzamiento del puente sobre el río Guarguero, ubicados en el Departamento del Cauca.

El único ejecutable técnicamente, como lo reconoció la Interventoría y la misma Entidad contratante fue consistió en la construcción de un puente vehicular sobre el río Cauca, se ejecutó a cabalidad, tal y como lo reconoce la Interventoría, y el mismo apoderado en su escrito de demanda.

En efecto, la Interventoría mediante el informe del 12 de diciembre de 2018, señaló:

1. No. 239 de 2014, cuyo objeto es: "Construcción del puente vehicular NN No. 5 ubicado en la vía Popayán - Patoco - Paletará, en el departamento de Cauca.",

Fecha de inicio:	11 de marzo de 2015
Fecha de Terminación:	30 de marzo de 2016
Valor final del contrato de obra:	\$ 4.108.941.502,21
Ejecución del contrato de obra:	100% Recibido a satisfacción ¹ .
Estado del contrato de obra:	Cuenta con acta de liquidación final de común acuerdo, suscrita por las partes el 21 de diciembre de 2017 ² .

Por su parte, la misma entidad contratante acepta lo referido en el hecho 48 de su demanda:

"Frente Río Cauca: Ejecutado en un 100%, pendiente legalización de 4 ítems no previstos"

Los otros dos, esto es, ii) la construcción del puente sobre el sector la Balastrea y **iii)** el reforzamiento del puente sobre el río Guarguero, ubicados en el Departamento del Cauca, no pudieron ser ejecutados por causas totalmente externas y exógenas al contratista.

En efecto, fue imposible para el **CONTRATISTA** construirlos de acuerdo con los diseños y estudios previos entregados por el **FONDO**, lo que fue evidenciado por

la **INTERVENTORÍA DEL CONTRATO DE OBRA** en el informe del 7 de enero de 2020:

“Frente Río Cauca: Ejecutado en un 100% pendiente legalización de 4 ítems no previstos.

Frente Guarguero: No se ejecutó por negación de permiso de intervención por parte del ANLA

Frente Balastrea: No se ejecuto por negación de permisos ambientales por parte de la entidad competente y por imposibilidad constructiva de los pilotes planteados en el diseño ajustado entregado por TYPESA, sin solución por parte del diseñador”

Esto, incluso fue corroborado por la Interventoría del contrato mediante oficio no. 170-003.EGR-2020 del 25 de septiembre de 2020- que fue aportado en la demanda:

*“Es de anotar que esta labor no fue fácil de adelantar dadas las difertes y difíciles circunstancias contractualers, técnicas, financieras y jurídicas que rodenaron la ejecución del contrato, el quale stuvo suspendido durante su ejecución, en un tiempo total de 18,5 meses y no obstante los esfuerzos de las partes, no fue posible sacar avante el objeto total del contrato por cuanto dos de sus ítems (CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE LA BALASTERA y REFORZAMIENTO DEL PUENTE GUARGUERO), no se pudieron ejecutar pos situaciones **no imputables al CONTRATISTA** y mucho menos imputables a la **INTERVENTORÍA**, lo cual está suficientemente documentado ante el Fondo de Adaptación.”*

Pero, si ello no fuera suficiente, mediante oficio I-2018-027860 suscrito por la secretaria general Neifis Isabel Araujo Luquez, el **FONDO** aceptó que el proyecto era absolutamente inejecutable, es más, se recomendó no presentar demanda en contra del CONTRATISTA:

*“Respecto al posible incumplimiento del contratista de obra, contrato 259 de 2014- García Ríos Constructores S,.A., en la reunión llevada a cabo, se analizó la viabilidad y prosperidad de una eventual demanda en contra de aquel por no haber soportado de manera adecuad la razón de la no aceptación de los diseños o poner de manifiesto ante el Fondo las deficiencias o fallas encotradas por Bateman Ingeniería S.A., **llegando a la conclusión que presentar una demanda en contra del constructor sería riesgos y por demás inadecuado, en tanto, de un lado, está demostrado que no es viable la construcción del Puente en el sitio escogido por el diseñador y de otro, era responsabilidad***

de la Entidad entregar unos diseños completos, adecuados y construibles”.

3. Respecto al posible incumplimiento del contratista de obra, contrato 259 de 2014 – García Ríos Constructores S.A., en la reunión llevada a cabo, se analizó la viabilidad y prosperidad de una eventual demanda en contra de aquel por no haber soportado de manera adecuada la razón de la no aceptación de los diseños, o poner de manifiesto ante el Fondo las deficiencias o fallas encontradas por Bateman Ingeniería S.A., llegando a la conclusión que presentar una demanda en contra del constructor sería riesgoso y por demás inadecuado, en tanto, de un lado, está demostrado que no es viable la construcción del Puente en el sitio escogido por el diseñador y de otro, era responsabilidad de la Entidad entregar unos diseños completos, adecuados y construibles.

Y, que no afirme el **FONDO** que el **CONTRATISTA** no cumplió con sus obligaciones por “*apropiarse de los diseños*”, pues, como se comprobó y se acreditará a lo largo de este proceso, no los apropió, como lo indica el informe No. 170-050.EGR-2018de interventoría del 6 de junio de 2018 – aportado con la demanda, y además demuestra las falsas afirmaciones realizadas por la demandante:

No aceptación de los diseños: no se apropió de los estudios y diseños ni suscribió el acta de aceptación de los productos de la revisión de los diseños del puente estudio enviado por TYP SA en julio de 2017	No ha iniciado obras en puente Balastreira.	Fabián García constructores S.A	CLÁUSULA PRIMERA INCISO SEGUNDO PUNTO 1 del otro sí N° 6 y con la y la CLÁUSULA DECIMA TERCERA del contrato principal 259 de 2014.
--	---	---------------------------------	--

Así las cosas, los espurios diseños y estudios previos iniciales entregados por el **FONDO** al **CONTRATISTA** fueron realizados por **TYP SA** y, posteriormente, fueron modificados por ese mismo diseñador, pero, como está demostrado, aquellos diseños no fueron adecuados ni viables para construir el objeto del contrato, situación que desde un primer momento fue informada al **FONDO**.

En efecto, el contrato fue objeto de prórrogas y suspensiones como consecuencia de los deficientes diseños que le fueron entregados el contratista; estas suspensiones y prórrogas de nada sirvieron en la medida en que era necesario que se ajustaran los diseños para que el contrato fuera ejecutable en su totalidad. Como nunca se ajustaron esos diseños por quien tenía que hacerlo -que no era el contratista garantizado-, entonces a este contratista le resultaba técnicamente imposible ejecutar el contrato, como desde un primer momento se le informó al **FONDO**. Sin embargo, el **FONDO** prefirió que no se ajustaran los diseños y permitir que feneciera el plazo del contrato.

Vale resaltar, además, que todas esas modificaciones contractuales -suspensiones y prórrogas al contrato garantizado- nunca fueron informadas al asegurador, con las graves consecuencias que ello conlleva, como se explicará posteriormente y como lo ha reconocido el Consejo de Estado.

Como lo podrá evidenciar el despacho, el único puente que pudo construirse fue el “puente sobre el Río Cauca”, que tal y como lo certificó la Interventoría fue ejecutado en un 100% y, contrario a lo afirmado por la Entidad, el contratista sí ha estado dispuesto a entregar formalmente el puente. Lo que se evidencia, respecto de este puente, es una mora del acreedor.

Respecto al “reforzamiento del Río Guargüero”, debido a la indebida planeación del contrato -atribuible al contratante-, le era imposible al contratista garantizado ejecutar las obligaciones relacionadas con ese puente, por una razón muy simple: la obra se debía realizar en una zona de protección ambiental en el parque del Puracé y, por tanto, se requería una licencia especial que tardaba 5 años aproximadamente, ante lo cual, la **ANLA** afirmó que no existía un trámite diferente o más breve. A lo anterior se suma que la entidad no previó que debía realizarse la consulta previa ante las comunidades presentes en la zona -la cual, como bien lo sabe el Despacho, jamás se hubiera podido adelantar en el plazo contractual-, por lo que el **CONTRATISTA** en múltiples oportunidades solicitó que se excluyera el puente del objeto contractual, disminuyendo igualmente la remuneración. Sus legítimas solicitudes nunca fueron atendidas por el **FONDO**.

Por otra parte, respecto al ítem denominado “puente sector la Balastera” el **CONTRATISTA** evidenció que los diseños entregados por el **FONDO** no eran adecuados técnicamente, ni era reales, pues, los apiques necesarios para el estudio de suelos ni siquiera fueron realizados en el lugar donde se fijaría la cimentación del puente. Así las cosas, después de dos años de suspensiones, **TYPSA** entregó nuevos diseños para la construcción del puente que tampoco eran adecuados-modificaciones que tampoco fueron informadas a la aseguradora, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva-

Honorables Magistrados, de todo lo anterior se desprende que la Entidad demandante y la Interventoría concuerdan con lo explicado en esta contestación, esto es, que los ítems ii y iii eran absolutamente inejecutables. Esto es tan evidente que fue la misma secretaria general de la Entidad quien recomendó no demandar al **CONTRATISTA**, esto quiere decir entonces que el único que pretende tergiversar la realidad y afectar de manera injustificada el patrimonio de **SEGUROS**

DEL ESTADO es el señor apoderado de la demandante, que ha echado mano de absolutas mentiras y engaños para conseguir su espuria finalidad.

Ahora bien.

II. FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

FRENTE A LOS HECHOS VINCULADOS CON LA CAUSA CONTRACTUAL QUE DAN ORIGEN AL CONTRATO 259 DE 2014 SUSCRITO CON GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A. NIT 800.093.266-2

1. No es un hecho, pues, no contiene circunstancias de tiempo modo y lugar y, por ser interpretaciones subjetivas del apoderado me atengo a la literalidad de los documentos.
2. No es un hecho. Son apreciaciones subjetivas del apoderado de la demandante, por lo que me abstengo de hacer un pronunciamiento.
3. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
4. No me consta por tratarse de circunstancias completamente ajenas a **SEGURO DEL ESTADO**, por lo que me atengo a lo que resulte probado en el proceso.

FRENTE A LOS HECHOS VINCULADOS A “ANTECEDENTES PRECONTRACTUALES DEL CONTRATO NO. 259 DE 2014”

5. No me consta por versar sobre asuntos ajenos a mi mandante, por lo que me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
6. No me consta por tratarse de circunstancias completamente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
7. No me consta por tratarse de circunstancias ajenas a mi mandante, por lo que me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

FRENTE A LOS HECHOS VINCULADOS A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO 259 DE 2014.

8. No me consta, por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

9. Es cierto. **SEGUROS DE ESTADO** expidió la póliza de cumplimiento a favor de entidades públicas con régimen privado de contratación No. 45-101041812, en la cual se pactaron única y exclusivamente los amparos indicados por el señor apoderado. La expedición de una póliza nunca significa su responsabilidad automática, pues primero se tiene acreditar la ocurrencia del siniestro -que no es la inejecución, sino la responsabilidad contractual enmarcada en el contenido del contrato de seguro).

10. No me consta, por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

11. No me consta, por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

12. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

No obstante, es preciso advertir que el Otrosí No.2 **no** fue informado a mi mandante, así como tampoco fueron informadas las suspensiones y ampliaciones del contrato garantizado, agravando de manera relevante el estado del riesgo asumido por mi mandante, con las consecuencias legales que ello implica y que han sido reconocidas por el Consejo de Estado en distintas sentencias -que impiden que se afecte la póliza de cumplimiento-.

13. No me consta por tratarse de asuntos ajenos a mi mandante, por lo que me atengo a lo que resulte probado en el proceso.

14. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

15. No me consta por versar sobre circunstancias desconocidas para mi mandante, por lo que me atengo a lo que resulte probado en el proceso.

16. No me consta, por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

- 17.** No me consta por ser ajeno al conocimiento de mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 18.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 19.** No me consta por ser un asunto desconocido y no informado a mi mandante, por lo que me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 20.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 21.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 22.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 23.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 24.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 25.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 26.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 27.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 28.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 29.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

30. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

31. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

32. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

33. No es cierto. Desde este preciso momento debe señalarse que el apoderado pretende engañar al Tribunal, indicando que el contratista aceptó los diseños con el ajuste al puente la Balstrera entregados por **TYPSA**, cuando esto es una absoluta mentira. Como podrán constatar los Honorables Magistrados, el contratista **NUNCA** apropió los diseños, es más, los rechazó, aspecto que se le confirmó a la entidad mediante el informe de interventoría del 6 de junio de 2018¹:

Descripción del incumplimiento	Motivos del mismo	imputable a	Cláusula del contrato Incumplida
Actualización del permiso ambiental para el inicio de las obras al finalizar la suspensión, así como los trámites ante el INCANH de autorización de intervención arqueológica y consecución del ZODME.	No presento los estudios requeridos por la corporación CRC requeridos en radicado SGA-08812 ₈ de noviembre 23 de 2017, prórroga de la resolución N°08020 de octubre de 2015, enviada al Ing. Ignacio Zambrano director de obra del Contrato.	Fabián García constructores S.A	CLÁUSULA PRIMERA INCISO SEGUNDO PUNTO 3 del otrosí N° 6 y con la y la CLAUSULA DECIMA TERCERA del contrato principal 259 de 2014.
No aceptación de los diseños: no se apropió de los estudios y diseños ni suscribió el acta de aceptación de los productos de la revisión de los diseños del puente estudio enviado por TYPSA en julio de 2017	No ha iniciado obras en puente Balstrera.	Fabián García constructores S.A	CLÁUSULA PRIMERA INCISO SEGUNDO PUNTO 1 del otrosí N° 6 y con la y la CLAUSULA DECIMA TERCERA del contrato principal 259 de 2014.

Nótese que, con total claridad la interventoría afirma que los diseños no fueron aceptados, de manera que ahora no podrá la demandante trasladar la deficiencia de éstos al contratista, quien siempre estuvo dispuesto a cumplir, pero que, como se expondrá más adelante, no pudo culminar con sus prestaciones debido al

¹ Página número 17 del informe de interventoría del 6 de junio de 2018.

incumplimiento de la entidad contratante, los errados diseños de **TYPSA** y la no expedición de los permisos y licencias ambientales por parte de la **ANLA**, como lo reconocieron todos ellos expresamente, lo que parece olvidar el apoderado de la accionante, quien aporta documentos que lo contradicen a él mismo y demuestran que falta a la verdad y que su demanda es temeraria, porque sabía la entidad que el contratista no era responsable por la inejecución de las obras faltantes -las inviábiles técnicamente-.

34. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

35. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

36. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

37. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

38. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

39. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

40. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

41. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

42. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

43. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

44. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

45. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

46. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

47. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

48. Es cierto que el plazo contrato finalizó el 23 de junio de 2018, y también es cierto que no se ejecutaron dos ítems por circunstancias ajenas al contratista, tal como lo reconoce el apoderado, quien se contradice entre lo que pide y lo que afirma. Así pues, se logra concluir que: **(i)** por tarde, desde el 23 de junio de 2018, la entidad conocía del supuesto incumplimiento del contratista y de la “no amortización” del anticipo, tal como lo confiesa el apoderado -aunque en realidad sabían desde mucho tiempo atrás- y **(ii)** que la no ejecución del Frente Guargüero y el Frente Balastrera, no fue atribuible al contratista, sino a los errados diseños que entregó la entidad y que había elaborado TYP SA. Tan incuestionable es que los diseños estaban mal, que la misma entidad le pidió a TYP SA que los ajustara. Esto fue confirmado por escrito y en reuniones por parte de la Interventoría, de la Entidad y ahora por el apoderado de la accionante.

Así pues, es evidente que la misma entidad reconoce que las demoras y retrasos NO le son imputables al contratista, puesto que estas son producto de sus propios incumplimientos, los irregulares y deficientes diseños de TYP SA y de los permisos y licencias ambientales que se requerían por parte de la ANLA, debido a que la obra inejecutable debía realizarse en área ambiental protegida.

FRENTE A LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 259 DE 2014

49. No me consta por tratarse de circunstancias completamente ajenas a mi mandante y que nunca le fueron informadas, por lo que me atengo a lo que resulte probado en el proceso.

50. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

No obstante, debe advertirse que en este numeral se hace referencia a una obligación no cumplida por la interventoría del contrato No. 259 de 2014, de lo que debo resaltar que el contrato de interventoría no fue garantizado por **SEGUROS DEL ESTADO**.

51. El hecho está redactado de manera antitécnica, pues incluye varios hechos en un mismo numeral, contrariando el numeral 5 del artículo 82 del Código General del Proceso. Pese a lo anterior, contesto de la siguiente manera: No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

52. No me consta, por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

FRENTE A LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL ANTICIPO DEL CONTRATO NO. 259 DE 2014

53. No es un hecho, carece de circunstancias de modo, tiempo y lugar. Se trata de una transcripción amañada y descontextualizada de la cláusula tercera del contrato No. 259 de 2014, motivo por el cual me abstengo de hacer pronunciamiento alguno y me remito a los documentos aludidos.

54. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

55. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

56. No es cierto, es completamente falso y se desconocen los informes de interventoría. Contrario a lo señala el señor apoderado que, mediante el informe de interventoría del 6 de junio de 2018, notificado a la entidad el 15 de junio de 2018, esta determinó y liquidó el valor pendiente por amortizar del anticipo, que es sustancialmente diferente al indicado por el apoderado²:

² Página número 12 del informe de interventoría del 6 de junio de 2018

SALDO PENDIENTE POR AMORTIZAR:

$2.718.090.053,00 - 882.837.111,00 - 627.158.170,00 + 356.884.549,00 = 1.564.979.321,00$

Lo cual indica que a la fecha el contratista García Ríos Constructores S.A. debe la suma de \$1.564.979.321,00

Ahora bien, es claro que la “no amortización” natural fue producto de la inejecutabilidad de las obras ya identificadas por causa ajena el contratista, como lo ha reconocido cada uno de los sujetos relacionados en este contrato. Incluso, lo reconoce el apoderado de la accionante, así pida que se declare lo contrario a lo que él mismo afirma.

57. No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

Lo que sí resulta incontrovertible es que este hecho es irrelevante para SEGUROS DEL ESTADO, así como todos los hechos relacionados con la “amortización del anticipo” en la medida en que esta aseguradora nunca amparó la “no amortización” del anticipo.

Sin embargo, debe advertirse que lo plasmado en este hecho son interpretaciones y conjeturas de la demandante que deben ser probadas al interior del proceso.

FRENTE A LOS HECHOS RELACIONADOS CON LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO NO. 259 DE 2014.

58. No me consta, por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

59. No me consta, por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

60. No me consta, por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

No obstante, es menester aclarar que lo plasmado en este hecho son interpretaciones y conjeturas de la demandante que deben ser probadas al interior del proceso.

- 61.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 62.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 63.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 64.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 65.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 66.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.
- 67.** No me consta por tratarse de circunstancias totalmente ajenas a mi mandante. Por lo anterior, me atengo a lo que se pruebe en el proceso.

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES

Solicito al Tribunal **DENEGAR** la totalidad de las pretensiones elevadas en la demanda, por cuanto carecen de fundamento fáctico y jurídico. Por ende, dichas pretensiones deberán ser rechazadas en la sentencia con que se ponga fin al proceso, por no configurarse responsabilidad alguna en cabeza de los demandados.

IV. EXCEPCIONES PREVIAS

1. PRESCRIPCIÓN -ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO-

Señores Magistrados, el apoderado del **FONDO** se preocupó por demostrar que había presentado la demanda con anterioridad a que operara la caducidad del medio de controversias contractuales, pero se le olvidó revisar la prescripción del contrato de seguro que se contabiliza de manera distinta.

Y aquí, evidentemente, operó la prescripción propia del contrato de seguro prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio, respecto del amparo de cumplimiento y del amparo de anticipo, como paso a explicar:

El artículo 1625 del Código Civil consagra la prescripción extintiva como uno de los modos de extinguir las obligaciones. En relación con el contrato de seguro, esa prescripción se rige adicionalmente por el artículo 1081 del Código de Comercio, que a la letra señala:

“Artículo 1081. 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.

(...)”

–Resaltado y subrayado fuera del texto–

En este sentido, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

*Es necesario destacar que el artículo 1081 del Código de Comercio contempla dos modalidades extintivas de las acciones derivadas del contrato de seguro denominadas prescripción ordinaria y extraordinaria. **La prescripción ordinaria posee un término extintivo de dos años contados a partir del momento en que el interesado tuvo conocimiento, real o presunto, del hecho que da lugar a la demanda;** mientras que el legislador estableció un término de cinco años para que opere la prescripción extraordinaria, contados a partir del momento en que nace el derecho y en relación con toda clase de personas. Sobre esta norma, la Corte Suprema de Justicia aclaró que la prescripción ordinaria y extraordinaria operan frente a todos los titulares del respectivo derecho -tomador, beneficiario y asegurado-. Sin embargo, distingue que la prescripción ordinaria tiene un carácter subjetivo, el cual tiene que ver con el conocimiento de la ocurrencia del siniestro por parte de quien pretende reclamar; de otro lado, respecto de la prescripción extraordinaria, señala la Corte que esta es de carácter objetivo en tanto tiene lugar su aplicación cuando se desconoce el hecho desfavorable que sustentaría la reclamación. [...] Así las cosas, esta última previsión de prescripción se encuentra contemplada con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes*

evitando que se extiendan indefinidamente las situaciones objeto de reclamación. [...] [E]s viable concluir que para la Corte Constitucional: i) la prescripción ordinaria posee un carácter subjetivo, esto es, se requiere que el interesado haya conocido o debido conocer del siniestro para contabilizar el plazo de 2 años con el que cuenta para hacer la reclamación del derecho y ii) la prescripción extraordinaria parte de un elemento objetivo, pues el término de 5 años para realizar las respectivas reclamaciones se contabiliza desde el momento de ocurrencia del siniestro, con independencia del conocimiento del hecho dañoso por parte del interesado (elemento subjetivo de la prescripción ordinaria)³.

Respecto del término de prescripción ordinaria –de dos (2) años-, se tiene que éste corre contra el interesado, quien será el sujeto de derecho habilitado para exigir indemnización por parte del asegurador con ocasión de la ocurrencia de un siniestro.

En ese sentido, resulta claro que la prescripción ordinaria, es decir, la que es aplicable al asegurado y beneficiario, en el marco del seguro de cumplimiento, es de dos (2) años y corre desde que haya tenido conocimiento o debido tener conocimiento del incumplimiento del contratista garantizado.

En efecto, la jurisprudencia ha sido clara al determinar cómo opera el fenómeno extintivo de prescripción en el marco del contrato de seguro, en particular de la póliza de cumplimiento, sentando una clara línea jurisprudencial⁴ señalando que son dos años desde que la Entidad/Asegurado/Beneficiario conoció del incumplimiento.

La doctrina se ha pronunciado en el mismo sentido:

“Por otra parte, bajo la Tesis Jurisprudencial el siniestro corresponde SIEMPRE al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Que se profiera o deje de proferir un acto administrativo es, desde este punto de vista, irrelevante para la configuración del siniestro. Por esto, desde que se presenta materialmente el incumplimiento, y no desde la expedición del acto administrativo que declare esa situación, inicia el cómputo de los dos años del periodo prescriptivo; dicho de otra forma,

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2020. Rad. 25000-23-36-000-2015-01236-01-59328. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁴ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 22 de 2009, exp. 14.667, Sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 21.432 y Sentencia de 5 de mayo de 2020, exp. 47.166.

la prescripción comienza cuando hay incumplimiento de las obligaciones, haya o no acto administrativo.

Partiendo de lo dicho, es claro que una vez ocurrido el siniestro empezará a correr el término de prescripción propio del contrato de seguro, regulado por el artículo 1081 del Código de Comercio. Teóricamente, la prescripción que iniciará desde ese momento será, a lo menos, la extraordinaria de cinco (5) años, por tener ésta una naturaleza objetiva que condiciona su punto de partida al nacimiento del respectivo derecho, nacimiento que para efectos de este escrito se confunde con el acaecimiento del siniestro; por su parte, la prescripción ordinaria de dos (2) años, por su naturaleza subjetiva, se contabilizará sólo desde que la entidad estatal tuvo o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción (esto es, el siniestro, nuevamente para los efectos de este escrito).

Si la entidad contratante deja pasar el término aplicable sin hacer efectiva la póliza, esto es, sin proferir el acto administrativo afectando la cobertura, perderá su derecho a la indemnización por virtud de la consolidación de la prescripción; en otras palabras, la Administración tiene dos o cinco años (dependiendo del caso) para hacer efectivo el seguro de cumplimiento so pena de que su derecho prescriba⁵.

De lo anterior se logra concluir entonces que, cuando en un proceso se demuestre que han transcurrido más de dos (2) años entre el momento en que el demandante (asegurado/beneficiario) tuvo conocimiento de los hechos y el momento en que se presenta la demanda, se tendrá que declarar probada la excepción de prescripción extintiva prevista en el artículo 1081 del código de comercio, como uno de los modos por los cuales se extinguen las obligaciones, de conformidad con el artículo 1625 del Código Civil, entre otros.

En el caso que nos ocupa, es claro que operó el fenómeno de la prescripción ordinaria prevista en el artículo 1081 mencionado, teniendo en cuenta que el **FONDO** tuvo conocimiento de los alegados incumplimientos del **CONTRATISTA** desde el año 2015, habiendo transcurrido más de los 2 años hasta la presentación de la demanda.

En efecto, el **FONDO** efectivamente conoció de los supuestos incumplimientos que hoy pretende cobrar desde el 2015 como se desprende de las diversos informes de

⁵ Vallejo, Laura, "La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia", Revista Ibero-latinoamericana, Pontificia Universidad Javeriana, Vol. 24, No. 42, 2015, 102-103.

interventoría, por medio de los cuales la firma interventora, **DICONSULTORIAS INGENIROS S.A.**, informó la existencia de supuestos atrasos generalizados que se estaban presentado en las obras y que ahora reprocha la demandante. Véase, entre otros:

1. Informe del 24 de septiembre de 2015:

“Se presenta un atraso considerable en obra, el contratista está adelantando tramite de prórroga al contrato debido a los inconvenientes de consecución de acero coten 588A y a dificultad en consecución de insumos para voladura de rocas.

Del inicio del contrato 239-2014 han transcurrido 28 semanas, se evidencia un atraso significativo en el programa de avance de obra, por el cual el contratista esta adelantado la solicitud de prórroga al contrato, argumenta la dificultad en la excavación en roca debido a la dificultad de conseguir los insumos para la demolición de las rocas y cantos rodados que aparecen en la excavación.

Debido a ajustes en la plataforma lo programado y lo ejecutado presentan diferencias con lo real de la obra, lo cual se ajustara con reprogramación de la prórroga solicitada por el contratista”.

RESUMEN GENERAL DEL ESTADO DEL CONTRATO	
Se presenta un atraso considerable en obra, el contratista esta adelantando tramite de prórroga al contrato debido a los inconvenientes de consecución de acero coten 588A y a dificultad en consecución de insumos para voladura de rocas .	
OBSERVACIONES	DIRECTOR DE INTERVENTORÍA
Del inicio del contrato 239-2014 han transcurrido 28 semanas, se evidencia un atraso significativo en el programa de avance de obra, por el cual el contratista esta adelantado la solicitud de prórroga al contrato , argumenta la dificultad en la excavación en roca debido a la dificultad de conseguir los insumos para la demolición de las rocas y cantos rodados que aparecen en la excavación.	 Jesús Armando Rengifo C. Firma Nombre: Eng. Jesús Armando Rengifo C. DIRECTOR DE INTERVENTORÍA Matrícula No. : 1920209103 CAUCA
Debido a ajustes en la plataforma lo programado y lo ejecutado presentan diferencias con lo real de la obra ,lo cual se ajustara con reprogramación de la prórroga solicitada por el contratista.	

2. Informe del 19 de noviembre de 2015:

“Continúa el atraso en obra, el contratista adelantó doble jornada como plan de contingencia dio los resultados esperados, presenta dificultades y bajos rendimientos en voladura de rocas para los caissons”.

Acompañar al contratista en las actividades a ejecutar y visitar S.A.U. Chisvar, con el objetivo de verificar el manejo dado a los P.Q.R.S. por el Contratista.	
RESUMEN GENERAL DEL ESTADO DEL CONTRATO	
Continúa el atraso en obra, el contratista adelantó doble jornada como plan de contingenciano dio los resultados esperados, presenta dificultades y bajos rendimientos en voladura de rocas para los caissons.	

3. Informe No. 07:

3.3. INFORME AVANCE

3.3.1. AVANCE DE OBRAS PROGRAMADAS, EJECUTADAS Y ACUMULADAS DEL CONTRATO

Durante el periodo del 11 de septiembre al 10 de octubre de 2015, se programaron y/o ejecutaron actividades que se reflejan y anotan en el acta de costos N°6 del periodo.

<i>Programado mes</i>	<i>Programado acumulado</i>
15.00%	74.27%
<i>Ejecutado mes</i>	<i>Ejecutado acumulado</i>
6.50%	56.33%

<p>3.3 INFORME AVANCE</p> <p>3.3.1 AVANCE DE OBRAS PROGRAMADAS, EJECUTADAS Y ACUMULADAS DEL CONTRATO</p> <p>Durante el periodo del 11 de septiembre al 10 de octubre del 2015, se programaron y/o ejecutaron actividades que se reflejan y anotan en el acta de costos N° 6 del periodo.</p> <table border="1"> <tr> <td>Programado mes</td> <td>Programado acumulado</td> </tr> <tr> <td>15.00%</td> <td>74.27%</td> </tr> <tr> <td>Ejecutado mes</td> <td>Ejecutado acumulado</td> </tr> <tr> <td>6.50%</td> <td>56.53%</td> </tr> </table>		Programado mes	Programado acumulado	15.00%	74.27%	Ejecutado mes	Ejecutado acumulado	6.50%	56.53%
Programado mes	Programado acumulado								
15.00%	74.27%								
Ejecutado mes	Ejecutado acumulado								
6.50%	56.53%								
<p>INFORME MENSUAL No. 07 0000037</p>									

4. Informe del 21 de septiembre de 2015:

“Vemos con gran preocupación que las labores de obra en el puente La Balstrera aún no se han iniciado y que en el puente Río Cauca el rendimiento se encuentra muy por debajo de lo esperado, todo esto debido a la falta de suministro de los materiales e insumos indispensables para el buen desarrollo de las obras, ignorando las solicitudes que reiterativamente se le han hecho mediante correo electrónico, cartas y en comités de obras, los cuales los relacionamos al final.

Revisando el programa subido a la plataforma PSA, nos damos cuenta de que el desarrollo de las labores de obra está muy por debajo de lo programado”.



5. Informe del 1 de diciembre de 2015:

"Continúa el atraso en obra, presentó dificultades y bajos rendimientos en voladura de rocas para los caissons. Se aprobó prórroga a 30 de enero de 2016".

RESUMEN GENERAL DEL ESTADO DEL CONTRATO
Continúa el atraso en obra, presentó dificultades y bajos rendimientos en voladura de rocas para los caissons. Se aprobó prórroga a 30 de enero de 2016

6. Informe del 31 de mayo de 2016:

"A la fecha hay un porcentaje ejecutado acumulado del contrato de: 36,60%. Lo que marca un atraso de: 36.67%"

RESUMEN GENERAL DEL ESTADO DEL CONTRATO	
A la fecha hay un porcentaje ejecutado acumulado del contrato de : 36,60% . Lo que marca un atraso de: 36,67%	
Esta relación se basa en la reprogramación subida el 11 de abril a la línea base	
Se ajustó en la PLATAFORMA PSA el cronograma del proyecto:	
462-0022-POPAYÁN-PATICO-PALETARÁ-CAUCA-EJECUCIÓN PUENTE SOBRE RIO CAUCA Y GUARGUERO.	
Se se caracterizaron todas las Auditorias visibles y se especificaron las auditorias visibles bimestrales y la Auditoria visible final con sus respectivos sondeos de satisfacción al ciudadano.	
OBSERVACIONES:	DIRECTOR DE INTERVENTORIA

Honorables Magistrados, todo lo anterior es incontrovertible y da cuenta de que desde el 24 de septiembre de 2015, el FONDO conoció plenamente los supuestos incumplimientos del contratista. No puede haber duda alguna, ni si quiera discusión, cuando en virtud de más 6 informes de interventoría la entidad **CONOCIÓ** acerca de los retrasos que ahora cataloga como incumplimientos.

Así las cosas, el término de prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro, empezó a correr en el año 2015.

Por lo tanto, el fenómeno de la prescripción extintiva operó desde **septiembre del año 2017;** no obstante, la demanda se presentó **el 5 DE NOVIEMBRE DE 2020** es decir, cuando las acciones derivadas del contrato de seguro se encontraban irremediamente prescritas. Esto **no** podrá ser reprochado ni cuestionado, puesto que la entidad formó su conocimiento respecto del supuesto incumplimiento, a través de los más de 6 informes en los que la Interventoría le advirtió tal situación.

Lo anterior genera una fatal conclusión para el demandante, y deberá declararse la presente excepción previa, por ser evidente que operó el fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, conforme lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Sin embargo, si es que hay duda respecto del conocimiento de la demandante desde el año 2015, es preciso indicar que, necesaria y definitivamente, el **FONDO conoció** los supuestos incumplimientos desde el **15 de junio de 2018,** fecha en la que recibió otro claro informe de interventoría con fecha del 6 de junio de 2018, el cual a la letra señala:

“Presentamos a consideración de la entidad pública contratante, el informe contentivo de las situaciones de hecho y de derecho que constituyen la génesis para el inicio del proceso que permita la demanda por incumplimiento del contrato 259 de 2019 por parte de la firma constructora García Ríos Constructores S.A.

Se presenta la cronología de los hechos que revelan la historia y realidad del contrato, permitiendo a su vez soportar las correspondientes pretensiones (...)

VIGÉSIMO QUINTO: *Con fecha 18 de enero de 2018, se suscribe acta de suspensión No. 7 por plazo de 1 mes y 13 días hasta el día 1 de marzo de 2018 para obtención de los permisos ambientales. Es importante que el señor juez tenga en cuenta que a partir de esta data -28 de febrero de 2018, el contratista viene incumpliendo con la obligación contractual de obtener permisos ambientales, a pesar de las sucesivas suspensiones al plazo de ejecución del contrato para que este pueda cumplir con sus obligaciones. En este estado claramente el Fondo se ve perjudicado por la actuación negligente ante los Organismos competentes para la obtención de los permisos ambientales, como quiera que la obra en el frente puente la Balastrea no se ha iniciado por falta precisamente de esos permisos⁶.*

VIGÉSIMO QUINTO: Con fecha 18 de enero de 2018, se suscribe acta de suspensión No. 7 por el plazo de 1 mes y 13 días hasta el día 1 de marzo de 2018 para obtención de los permisos ambientales. Es importante que el señor Juez tenga en cuenta que a partir de esta data- 28 de febrero de 2018, el contratista viene incumpliendo con la obligación contractual de obtener permisos ambientales, a pesar de las sucesivas suspensiones al plazo de ejecución del contrato para que este pueda cumplir con sus obligaciones. En este estado claramente el Fondo se ve perjudicado por la actuación negligente ante los Organismos competentes para la obtención de los permisos ambientales, como quiera que la obra en el frente puente la Balastrea no se ha iniciado por falta precisamente de esos permisos.

En el mismo informe, la interventoría incluso señaló las pretensiones que la entidad debía elevar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, véase:

1.- Que se declare responsable a la firma GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A., por el INCUMPLIMIENTO del contrato de Obra 259 de 2014, por no haber cumplido con las obligaciones pactadas en el contrato específicamente con el frente de Obra del Puente la Balastrea, por falta de obtención de los permisos ambientales para el inicio de las obras⁷.

PRETENSIONES

1.- Que se declare responsable a la firma GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A., por el INCUMPLIMIENTO del contrato de Obra 259 de 2014, por no haber cumplido con las obligaciones pactadas en el contrato específicamente en el frente de Obra del Puente la Balastrea, por la falta de obtención de permisos ambientales para el inicio de obras.

⁶ Página número 10 del informe de interventoría del 6 de junio de 2018.

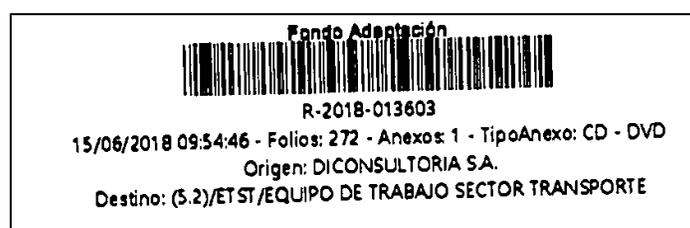
⁷ Página número 13 del informe de interventoría del 6 de junio de 2018.

Es más, la Interventoría realizó un resumen del supuesto incumplimiento en el siguiente recuadro⁸:

Descripción del incumplimiento	Motivos del mismo	imputable a	Cláusula del contrato Incumplida
Actualización del permiso ambiental para el inicio de las obras al finalizar la suspensión, así como los trámites ante el INCANH de autorización de intervención arqueológica y consecución del ZODME.	No presento los estudios requeridos por la corporación CRC requeridos en radicado SGA-08812, de noviembre 23 de 2017, prórroga de la resolución N°08020 de octubre de 2015, enviada al Ing. Ignacio Zambrano director de obra del Contrato.	Fabián García constructores S.A	CLÁUSULA PRIMERA INCISO SEGUNDO PUNTO 3 del otrosí N° 6 y con la y la CLAUSULA DECIMA TERCERA del contrato principal 259 de 2014.
No aceptación de los diseños: no se apropió de los estudios y diseños ni suscribió el acta de aceptación de los productos de la revisión de los diseños del puente estudio enviado por TYPESA en julio de 2017	No ha iniciado obras en puente Balastrea.	Fabián García constructores S.A	CLÁUSULA PRIMERA INCISO SEGUNDO PUNTO 1 del otrosí N° 6 y con la y la CLAUSULA DECIMA TERCERA del contrato principal 259 de 2014.
No actualización pólizas contractuales para el reinicio de obras a partir del 1 de marzo de 2018	A la fecha no ha entregado actualización de pólizas.	Fabián García constructores S.A	CLAUSULA DECIMA TERCERA del contrato de obra 259 de 2014.

Honorables Magistrados, lo anterior es incontrovertible.

Todo lo expuesto permite concluir más allá de toda duda razonable que, si la demandante no conoció de los supuestos incumplimientos desde 2015, ésta definitivamente tuvo pleno conocimiento desde el **15 de junio de 2018**, fecha en la cual recibió el informe de interventoría con fecha del 6 de junio de 2018:



⁸ Página número 17 del informe de interventoría del 6 de junio de 2018.

Así las cosas, teniendo claro todo lo anterior, es evidente que desde **el 15 de junio de 2018** empezó a correr el término de prescripción ordinaria propia del contrato de seguro, conforme lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio.

En ese sentido, la prescripción del contrato de seguro operó efectivamente el **15 de octubre de 2018,** esto teniendo en cuenta la suspensión de términos ocasionada por la pandemia por Covid – 19, como paso a explicar:

Mediante Decreto No. 564 del 2020 y los diversos acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se suspendieron los términos de prescripción y caducidad desde del 16 de marzo hasta el 1 de julio de 2020, lo que quiere decir que, los términos judiciales se suspendieron por 3 meses y 16 días.

Por lo anterior, la demandante tenía hasta el **15 de octubre de 2020** para presentar la demanda que tuviera como pretensión la afectación de las acciones derivadas del contrato de seguro.

No obstante, la demanda se presentó **el 5 DE NOVIEMBRE DE 2020** es decir, con posterioridad **a la expiración del término en el que operó la prescripción del contrato de seguro.**

Ahora bien, si en gracia de discusión no se aceptare que la demandante conoció del supuesto incumplimiento de manera definitiva desde el 15 de junio de 2018, es preciso explicar que, en cualquier caso, esta **debió conocer** de tal evento desde la fecha en la que terminó el contrato.

La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 10 de febrero de 2021, exp. 57454, fallando un litigio iniciado en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, motivado por unos hechos similares a los que nos convocan, **indicó que la administración debe conocer acerca del supuesto incumplimiento con la terminación del contrato,** aun cuando es posible que la misma tenga conocimiento del incumplimiento mediante los informes que le remita la interventoría:

“En el caso objeto de análisis, tal y como se señaló en la demanda y en el recurso de apelación (lo que se confirma con los propios informes de interventoría de los que dan cuenta los actos administrativos demandados), la administración tuvo conocimiento de las razones del incumplimiento el 5 de abril de 2011, o, en su defecto, el 30 de mayo de 2011. A partir de estas fechas se puede afirmar, sin lugar

a dudas, que la administración sabía de los incumplimientos contractuales, comoquiera que fue en este momento “cuando el IDU manifestó no haber recibido por parte del CONSORCIO PRO3 los productos finales de estudios y diseños”.

36. También se puede efectuar el conteo a partir del día en el que el contrato se dio por terminado (11 de diciembre de 2011), momento en el cual la administración ya “tenía pleno conocimiento de los supuestos fácticos con base en los cuales se estructuró el incumplimiento imputado al contratista”; o, incluso, cuando se presentó la primera audiencia para prestar los respectivos descargos (31 de enero de 2012). En todos los casos (incluido el conteo que resultaría más benéfico para la entidad demandada) es claro que, para la fecha en que se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de la póliza expedida por Royal, había ocurrido la prescripción ordinaria de la que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, comoquiera que la primera Resolución que declaró el siniestro de incumplimiento fue adoptada el 27 de marzo de 2014.

37. Por las anteriores consideraciones, la Sala concluye que ocurrió la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, porque había expirado el plazo en el cual la administración podía proferir el acto administrativo mediante el cual declaraba la ocurrencia de un siniestro y cuantificaba el perjuicio, lo cual será declarado en la parte resolutive de la presente providencia⁹.

Así pues, Honorables Magistrados, es evidente que la jurisprudencia ya se ha pronunciado respecto del asunto que nos convoca y ha indicado con toda certeza que, cuanto menos, la entidad **DEBIÓ** conocer del supuesto incumplimiento al momento de la terminación del contrato, de manera que desde esta fecha deberá empezar a correr el término de prescripción.

Pues bien, si en gracia de discusión se rechazare que desde el 15 de junio de 2018 empezó a correr el término de prescripción y los Honorables Magistrados decidieren adoptar la posición más favorable a la administración, debe advertirse que, en la fecha en la que finalizó el contrato, el **FONDO debía conocer del supuesto incumplimiento en la ejecución del contrato, pues, para esta fecha,**

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de febrero de 2021. Exp. 57454.

necesariamente debió conocer de la supuesta “no amortización” del anticipo y de la inejecución contractual.

Así las cosas, en este caso, desde el **23 de JUNIO DE 2018** – por tarde- empezó a correr el término de la prescripción ordinario propio del contrato de seguro, previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, pues en esa fecha finalizó el plazo contractual.

Por lo anterior, el **FONDO** contaba con dos años contados a partir del **23 de junio de 2018** para pretender afectar la Garantía Única de Cumplimiento expedida por mi mandante.

Y el término de prescripción de dos (2) años que tiene el asegurado –beneficiario, **VENCÍÓ EL 16 DE OCTUBRE DE 2020**, pues, debe tenerse en cuenta la suspensión de los procesos judiciales en el marco de la pandemia por el COVID 19 -la cual ya fue explicada-.

Así las cosas, la demandante tenía hasta el **16 de octubre de 2020** para presentar la demanda que tuviera como pretensión la afectación de las acciones derivadas del contrato de seguro.

No obstante, la demanda se presentó **el 5 DE NOVIEMBRE DE 2020**, es decir, con posterioridad **a la expiración del término en el que operó la prescripción del de los amparos contractuales consignados en el contrato de seguro.**

2020-11-05	Radicación de Proceso	Actuación de Radicación de Proceso realizada el 05/11/2020 a las 10:27:24	2020-11-05	2020-11-05	2020-11-05
------------	-----------------------	---	------------	------------	------------

Idéntica es la situación respecto de la prescripción del amparo del anticipo (aunque no se haya amparo la “no amortización”), de un lado, la Entidad conoció que existían saldos pendientes por amortizar desde el 15 de junio de 2018, fecha en la cual recibió el informe de interventoría **del 6 de junio de 2018**. En efecto, se le indicó a la entidad con total claridad lo siguiente¹⁰:

¹⁰ Página número 12 del informe de interventoría del 6 de junio de 2018

SALDO PENDIENTE POR AMORTIZAR:

$$2.718.090.053,00 - 882.837.111,00 - 627.158.170,00 + 356.884.549,00 = 1.564.979.321,00$$

Lo cual indica que a la fecha el contratista García Ríos Constructores S.A. debe la suma de \$1.564.979.321,00

Además, en cualquier caso, la entidad debió conocer de la supuesta no amortización del anticipo al momento de la terminación del contrato, esto es, desde el **23 junio de 2018**, puesto que esta conoce que al momento de la finalización del plazo contractual es absolutamente imposible hacer amortización alguna.

En conclusión, en este asunto, aun si se decidiera acudir a la tesis del conocimiento presunto, es evidente que operó, innegablemente, la prescripción prevista en el artículo 1081 del C.Co, tal como ya lo ha decidido repetidamente el Consejo de Estado.

Todo lo anterior se sintetiza en el siguiente esquema:

Causa	Fecha en la que conoció o debió conocer	Fecha en la que operó la prescripción
Informe de interventoría del 24 de septiembre de 2015	24 de septiembre de 2015	24 de septiembre de 2017
Informe de interventoría del 19 de noviembre de 2015	19 de noviembre de 2015	19 de noviembre de 2017
Informe de interventoría del 21 de septiembre de 2015	21 de septiembre de 2015	21 de septiembre de 2017
Informe de interventoría del 1 de diciembre de 2015	11 de diciembre de 2015	11 de diciembre de 2017
Informe de interventoría 31 de mayo de 2016	31 de mayo de 2016	31 de mayo de 2018
Informe de interventoría fechado del 6 de junio de 2018	15 de junio de 2018	18 de octubre de 2020

Terminación del contrato	23 de junio de 2018	16 de octubre de 2020
--------------------------	---------------------	-----------------------

Así pues, lo hasta ahora expuesto se resume en que operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros, bien por conocimiento expreso, caso en el cual esta se configuró por tarde desde el año 2020 o, bien por conocimiento presunto, caso en el cual esta se configuró desde **16 de octubre de 2020**, sin que en ningún caso se haya interrumpido el término en favor de la demandante.

Honorables Magistrados, todo lo anterior es sumamente contundente, la prescripción extintiva de la que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, operó de manera evidente y está todo demostrado para que la reconozcan, motivo por el cual le solicito de manera gentil que se declare como excepción previa, excluyendo entonces del proceso a mi mandante para que este continúe exclusivamente respecto del contratista, pues la prescripción del contrato de seguro no lo beneficia a él.

V. EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE A LA DEMANDA

Propongo expresamente las siguientes excepciones de mérito, sin perjuicio de que este Despacho, en cumplimiento de su obligación legal, declare las excepciones de mérito cuya prueba encuentre en el expediente:

1. AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA DE OBRA POR LA INDEBIDA PLANEACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.

Como bien lo conoce el Despacho, el contrato estatal requiere, para su validez, el agotamiento debido de la etapa de planeación, no habiendo contrato estatal válido, que no haya contado con la misma o, incluso, cuando aquella no es adecuada:

Sobre este particular, ha expuesto el Consejo de Estado, lo siguiente:

“De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad (...) “La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (...) Pero además ese parámetro de

oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no solo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración (...) De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva (...) Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos”.

La importancia del principio de planeación ha sido ampliamente desarrollada por el Consejo de Estado, , construyendo una línea jurisprudencial en la materia.

Sobre su alcance, ha manifestado la Corporación, lo siguiente:

“(...) es una manifestación del principio de economía que rige los contratos de la administración, en la medida en que su cabal cumplimiento garantiza que la ejecución del futuro contrato, en las condiciones razonablemente previsible, se adelantará sin tropiezos, dentro de los plazos y especificaciones acordados, puesto que la correcta planeación allana el camino para evitar las múltiples dificultades que se pueden presentar alrededor de las relaciones contractuales de las entidades estatales.

Contrario sensu, el incumplimiento de este deber se traducirá en una errática ejecución contractual, que se enfrentará a diversos obstáculos e inconvenientes, los cuales a su vez se pueden traducir en demoras y sobre costos (SIC) en la obtención del objeto contractual en cuestión, todo lo cual, obviamente, atenta contra el mencionado principio de economía que debe regir en la contratación estatal.¹¹. (Subrayas y negrilla fuera de texto)

¹¹ Sentencia de noviembre 2 de 2011. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. No. 20739.

Con facilidad se comprende, que el respeto al principio de planeación, expresión primordial del principio de economía en la contratación pública, es requisito *sine qua non*, para que las exigencias derivadas del texto contractual, puedan imponerse en la manera estipulada, pues la patología en dicha planificación técnica, implicará una "errática ejecución", como bien lo señala el Consejo de Estado.

No cabe rezago alguno de duda, sobre el sujeto contractual que se encuentra obligado sin excepción, al cumplimiento estricto del mencionado principio, pues correspondiendo éste a una fase precontractual, no puede estar más que en cabeza de la propia Administración contratante.

La importancia del principio, y de su vulneración, no sólo radica en los efectos prácticos que en la ejecución del contrato pueden encontrarse, sino también en las consecuencias jurídicas que devienen de su inobservancia.

Ha puntualizado sobre el particular el Consejo de Estado, lo siguiente:

"El principio de economía pretende que la actividad contractual "no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad"¹². Al efecto, la administración está en la obligación de verificar la disponibilidad presupuestal requerida para amparar los compromisos que surgen de la relación contractual, además de contar con los estudios de viabilidad y pliegos de condiciones.

De acuerdo con lo que se ha dicho, este principio exige al administrador público el cumplimiento de "procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)"¹³. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. Los requisitos son, entre otros, la existencia de las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales; los estudios de conveniencia del objeto a contratar; las autorizaciones y aprobaciones necesarias para la contratación; estudios, diseños y proyectos que

¹² Sentencia de agosto 29 de 2007. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. No, 15324

¹³ Artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

sustenten el pliego de condiciones; reservas y compromisos presupuestales; etc.

(...) En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración¹⁴.

Al respecto, esta Sala en sentencia del primero de diciembre de 2008¹⁵, explicó que:

“Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso públicos, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa.

*Y no podía ser de otra manera puesto que **LA CONTRATACIÓN ADELANTADA POR EL ESTADO NO PUEDE SER EL PRODUCTO DE LA IMPROVISACIÓN O DE LA DISCRECIONALIDAD DE LAS ENTIDADES O SUS FUNCIONARIOS, SINO QUE DEBE OBEDECER A***

¹⁴ “Este principio, entonces, tiene importantes implicaciones desde mucho antes de la convocatoria a proponer, pues en esta etapa preliminar resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato ,que se pretenda celebrar”. *Ibidem*. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

¹⁵ Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia del primero de diciembre de 2008; Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603)

UN PROCEDIMIENTO PREVIO, PRODUCTO DE LA PLANEACIÓN, ORIENTADO A SATISFACER EL INTERÉS PÚBLICO Y LAS NECESIDADES DE LA COMUNIDAD, FIN ÚLTIMO QUE SE BUSCA CON LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no prioritarios ni necesarios.

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN REVISTE LA MAYOR IMPORTANCIA PARA GARANTIZAR LA LEGALIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL, SOBRE TODO EN LO RELACIONADO CON LA ETAPA PREVIA A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO Y AUNQUE DICHO PRINCIPIO NO FUE DEFINIDO POR LA LEY 80 DE 1993, SE ENCUENTRA INMERSO EN VARIOS DE SUS ARTÍCULOS, DISPOSICIONES TODAS ORIENTADAS A QUE LA ADMINISTRACIÓN CUENTE, CON ANTERIORIDAD AL PROCESO DE SELECCIÓN, CON LAS PARTIDAS PRESUPUESTALES REQUERIDAS, LOS DISEÑOS Y DOCUMENTOS TÉCNICOS, LOS PLIEGOS DE CONDICIONES, ESTUDIOS DE OPORTUNIDAD, CONVENIENCIA Y DE MERCADO¹⁶. (Subrayas y negrilla fuera de texto)

Basta con verificar la ejecución contractual para identificar que el **FONDO** transgredió el principio de planeación, pues, de conformidad con todos los problemas que se suscitaron a lo largo de la ejecución contractual, que no se realizó una efectiva planeación del contrato, lo que está confesado por la demandante, pues, en la demanda admite que el **FONDO** tuvo que requerir al diseñador la Sociedad Técnica y Proyectos S.A. – **TYPSA**- para que reajustara los diseños y, a pesar de esto, nunca fueron adecuados. Sumado a que por problemas en los diseños el contrato fue objeto de diversas prorrogas y suspensiones ya que no podía ejecutarse como estaba previsto, tal y como se procede a explicar:

El contrato No. 259 de 2014 fue suscrito entre el **FONDO y GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A.** – en adelante **CONTRATISTA**- cuyo objeto era el siguiente:

"Realizar la construcción de los puentes vehiculares "puente sobre el río cauca", "La Balastera", y reforzamiento estructural del "puente sobre el río Guargüero", ubicados en el Departamento del Cauca, de conformidad con el estudio previo origen de este contrato, y con los documentos que lo conforman, los cuales, junto con la propuesta del

¹⁶ Sentencia de enero 31 de 2011. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. No. 17767.

contratista forman parte integral de este contrato y prevalece, para todos los efectos, sobre esta última”

En virtud del contrato en mención, el contratista se obligó a ejecutar la construcción de dos puentes- Río Cauca y Río Balastera- y el reforzamiento de otro puente- Río Guarguero-, de acuerdo con los diseños y estudios previos entregados por el **FONDO**.

Los estudios y diseños previos del contrato No. 259 de 2014 fueron realizados por la Sociedad Técnica y Proyectos S.A. – **TYPSA**- a través del contrato 093 de 2014, los cuales fueron aprobados por el **FONDO** de adaptación y entregados al **CONTRATISTA**.

Como podrá notarlo el Honorable Magistrado, Durante la ejecución del proyecto se evidenció por el **CONTRATISTA** que los diseños y estudios entregados por el **FONDO** no cumplían los requisitos técnicos, ni eran adecuados para la construcción del puente.

En relación con el ítem denominado "*reforzamiento estructural del puente sobre el río Guarguero*" el **FONDO** no previó que la zona a intervenir era de protección ambiental especial del Parque Nacional del Puracé y, que los permisos debían ser tramitados ante la Autoridad Nacional de Licencias Nacionales – **ANLA**- **y ante Parques Nacionales** previo la ejecución del contrato, pues, la licencia en este tipo de zonas de protección ambiental tardaba en ser aprobada al menos cinco años, por lo que, este ítem de suyo era inviable, teniendo en cuenta que el contrato tenía duración de 7 meses.

Así las cosas, el **FONDO** contrató un ítem que era imposible de ejecutar, pues, no se previó que se requería una licencia ambiental para una zona especial de protección en el Parque Nacional Puracé, lo que fue corroborado por la Interventoría.

Mediante oficio 170-059.EGR-2017 la Interventoría del Contrato **DICONSULTORÍA S.A.** elevó consulta a la **ANLA** para establecer si existía alternativa para la intervención en el puente Guarguero, no obstante, la ANLA respondió que no existía ninguna alternativa diferente o más breve.

Pero no siendo suficiente lo anterior, "la Entidad no previó que la zona en la que se iba a realizar el "*reforzamiento estructural del puente sobre el Río Guarguero*" existían comunidades étnicas con las que debía adelantarse la Consulta Previa para

que aquellas decidieran sobre la obra que se ejecutaría en su territorio, lo que conllevaba realizar todos los trámites que se establecen en la normatividad – pre consulta, pre acuerdos, protocolización, consulta propiamente dicha- garantizando con ello la integridad social, cultural y económica de las comunidades presentes en la zona.

Honorables Magistrados, como es a todas luces evidente, El **FONDO**, en definitiva, no lo previó y mucho menos el diseñador del contrato, pues, si quiera debía haberse realizado la consulta previa, antes de suscribir el contrato, toda vez que si la Consulta Previa no resultaba favorable a los intereses del **FONDO** era imposible si quiera considerar en la posibilidad de ejecutarlo.

Ahora, incluso si se entendiera que debía hacerse en el marco de la ejecución del contrato, debía haberse determinado específicamente así en los estudios previos y, además, conocer que en los 7 meses de duración del plazo no se habría podido adelantar la consulta previa – con todas sus implicaciones- y paralelamente realizar la obra.

Es más, de haberse previsto – que no se hizo- las prorrogas y suspensiones del contrato de obra tampoco hubieran sido suficientes para adelantar la Consulta Previa, toda vez que la ejecución de proyectos en los territorios étnicos son absolutamente sensibles.

Por ello, Honorables Magistrados, el **FONDO** contrató un ítem – comprometiendo recursos del Estado- deliberada y despreocupadamente, pues, quería conminar al contratista a realizar un proyecto en una zona que estaba inhabilitada.

EI CONTRATISTA en múltiples oportunidades solicitó al **FONDO** la exclusión del ítem contractual con el aval de la Interventoría, sin embargo, la Entidad fue renuente a permitirlo, causando aquella los perjuicios que ahora reclama.

Por otro lado, en relación con el ítem "*punte la Balastera*" durante la ejecución del contrato, el **CONTRATISTA** evidenció que los diseños entregados por el **FONDO** – realizados por **TYPSA**- no cumplían con los requisitos técnicos ni eran adecuados.

Durante el proceso de construcción de los caissons en el puente de la Balastera, el **CONTRATISTA** evidenció desplazamientos de los anillos por los movimientos del terreno, que impedía la construcción del puente, toda vez que las condiciones del terreno que no fueron tenidas en cuenta por el **FONDO** en los diseños y estudios previos del contrato realizadas por **TYPSA**.

Lo anterior ocurrió debido a que **TYPSA** realizó los diseños y estudios previos en una zona específica sin tener en cuenta de manera detallada toda la zona de influencia del puente ni la magnitud de las zonas inestables, por lo que, ni el **FONDO** ni **TYPSA** previeron la imposibilidad de construir el puente.

EL CONTRATISTA puso en conocimiento oportunamente al **FONDO** de la situación, para que aquella le indicara los pasos a seguir, ocasionando que la **ENTIDAD** al darse cuenta de la imposibilidad de ejecutar el contrato como estaba previsto, llamara a **TYPSA** con el fin de que ajustara los diseños del contrato.

En efecto, luego de diversas suspensiones y prorrogas al contrato, **EL FONDO** entregó los diseños ajustados por **TYPSA**, sin embargo, nuevamente los diseños no eran adecuados ni viables para la construcción del puente.

A pesar de que el **FONDO** entregó nuevos diseños al **CONTRATISTA**, este último informó a la Entidad las dificultades a la metodología constructiva propuesta, ya que las alternativas eran inviables toda vez que no tenían en cuenta las condiciones del terreno.

La Alternativa propuesta fue utilizar una maquina piloteadora Bauer BG-360 o similar, sin embargo, debido a su tamaño no podía ser transportada al frente de obra y, mucho menos, podía instalarse en el área de la obra, por lo que no era viable.

Pero, no siendo suficiente lo anterior, el **FONDO** en el afán de la construcción del puente y, sin contar con unos diseños y estudios previos adecuados, propuso al **CONTRATISTA** ejecutar el puente sin haber realizado estudios de estabilización de los taludes, pues, los taludes en los que se pretendía ejecutar el proyecto eran inestables.

Además, fueron tan improvisados los ajustes realizados, que se propuso utilizar una Zona de Disposición de Materiales de Excavación Sobrandes- **ZODME**- que estaba inhabilitada, por lo que, los permisos fueron negados por la autoridad ambiental, como lo informó el **CONTRATISTA** mediante oficio GR-259-60 del 22 de diciembre de 2017.

No siendo suficiente lo anterior, los nuevos diseños del puente realizados por **TYPSA** y entregados por el **FONDO** al **CONTRATISTA** determinaban que el puente ya no tendría 45 metros luz sino, 34 metros luz modificando totalmente el objeto contractual- y agravando el riesgo del contrato de seguro sin que fuera informado.

Todo lo anterior fue corroborado, en definitiva, no era viable la construcción del puente en el sitio escogido por el diseñador, pues la zona contaba con características que hacían inviable la construcción del puente, tales como, (i) zona de brecha de fallas, (ii) sector con procesos de remoción en masa; (iii) las condiciones del macizo rocos no eran las más favorables presentando un alto fracturamiento de la roca; (iv) inestabilidad de los taludes; (v) movimientos activos del terreno.

Fue tan evidente la improvisación en la que incurrió el **FONDO** en la planeación del contrato que de los tres ítems solo uno pudo ser ejecutado, pues, fue imposible para el **CONTRATISTA** construirlos de acuerdo con los diseños y estudios previos entregados por el **FONDO**, lo que fue evidenciado por la **INTERVENTORÍA DEL CONTRATO DE OBRA** en el informe del 7 de enero de 2020:

“Frente Río Cauca: Ejecutado en un 100% pendiente legalización de 4 ítems no previstos.

Frente Guarguero: No se ejecutó por negación de permiso de intervención por parte del ANLA

Frente Balastrea: No se ejecuto por negación de permisos ambientales por parte de la entidad competente y por imposibilidad constructiva de los pilotes planteados en el diseño ajustado entregado por TYPSA, sin solución por parte del diseñador”

Y valga la pena resaltar desde ya que, Honorables Magistrados, el único ítem que pudo ser construido, ni siquiera ha sido recibido por la Entidad, no porque el contratista no lo haya querido entregar, sino, por la desidia del **FONDO** en recibirlo.

Ahora bien.

Honorables Magistrados, como ustedes lo conocen, el incumplimiento se refiere a la inejecución imputable a las acciones u omisiones del deudor de la obligación, por el contrario, la no ejecución hace referencia a la inejecución pero que no es atribuible al deudor.

“De ahí surgen los conceptos y las realidades de cumplimiento y de incumplimiento: el primero, ya se dijo, consistente en la conducta conforme a derecho; el segundo, en la inversa: la conducta contraria a derecho, la insatisfacción del acreedor por hecho o culpa del deudor o por acontecimiento extraño o propio aunque no culposo, mas sí asumido por el deudor dentro de sus riesgos, ya por mandamiento legal, ya por estipulación negocial (art. 1616 c.c. [inc. final]).

Al margen de las dos instituciones contrapuestas está la insatisfacción del acreedor por el no cumplimiento del deudor: este no cumplió, pero no incumplió. Su conducta diferente de la exigida en el título acarrió ese resultado nocivo para el acreedor, sin embargo de lo cual no se le deduce responsabilidad o esta se atempera, e inclusive en oportunidades resulta liberado de la propia obligación, como también de la aneja indemnizatoria, ora por haberse debido aquellas conductas y situaciones a un elemento extraño, ora, simplemente, por no haber sido culposa (arts. 1616 [inc. 2.º] y arts. 1729 ss. c.c.)¹⁷

Señores Magistrados, de lo relatado podemos concluir que, contrario a lo afirmado por el **FONDO** en su demanda, **EL CONTRATISTA NO INCUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.**

De haber existido un **NO CUMPLIMIENTO** – diferente a incumplimiento- se dio única y exclusivamente por las conductas del **FONDO** que generaron retrasos en la obra y, finalmente en la no ejecución de dos ítems contractuales.

Esto, incluso fue corroborado por la Interventoría del contrato mediante oficio no. 170-003.EGR-2020 del 25 de septiembre de 2020- que fue aportado en la demanda:

*“Es de anotar que esta labor no fue fácil de adelantar dadas las difertes y difíciles circunstancias contractualers, técnicas, financieras y jurídicas que rodenaron la ejecución del contrato, el quale estuvo suspendido durante su ejecución, en un tiempo total de 18,5 meses y no obstante los esfuerzos de las partes, no fue posible sacar avante el objeto total del contrato por cuanto dos de sus ítems (CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE LA BALASTERA y REFORZAMIENTO DEL PUENTE GUARGUERO), no se pudieron ejecutar pos situaciones **no imputables al CONTRATISTA** y mucho menos imputables a la **INTERVENTORÍA**, lo cual está suficientemente documentado ante el Fondo de Adaptación.”*

Pero, si ello no fuera suficiente, mediante oficio I-2018-027860suscrito por la secretaria general Neifis Isabel Araujo Luquez, el **FONDO** tenía pleno conocimiento que las causas de la no ejecución del contrato **NO ERAN ATRIBUIBLES AL CONTRATISTA:**

“Respecto al posible incumplimiento del contratista de obra, contrato 259 de 2014- García Ríos Constructores S,.A., en la reunión llevada a cabo, se analizó la viabilidad y prosperidad de una eventual demanda

¹⁷ Hineirosa, F. 2018. Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. Revista de Derecho Privado. 36 (dic. 2018), 5–25.

en contra de aquel por no haber soportado de manera adecuada la razón de la no aceptación de los diseños o poner de manifiesto ante el Fondo las deficiencias o fallas encontradas por Bateman Ingeniería S.A., llegando a la conclusión que presentar una demanda en contra del constructor sería riesgoso y por demás inadecuado, en tanto, de un lado, está demostrado que no es viable la construcción del Puente en el sitio escogido por el diseñador y de otro, era responsabilidad de la Entidad entregar unos diseños completos, adecuados y construibles”

3. Respecto al posible incumplimiento del contratista de obra, contrato 259 de 2014 – García Ríos Constructores S.A., en la reunión llevada a cabo, se analizó la viabilidad y prosperidad de una eventual demanda en contra de aquel por no haber soportado de manera adecuada la razón de la no aceptación de los diseños, o poner de manifiesto ante el Fondo las deficiencias o fallas encontradas por Bateman Ingeniería S.A., llegando a la conclusión que presentar una demanda en contra del constructor sería riesgoso y por demás inadecuado, en tanto, de un lado, está demostrado que no es viable la construcción del Puente en el sitio escogido por el diseñador y de otro, era responsabilidad de la Entidad entregar unos diseños completos, adecuados y construibles.

Y, que no afirme el **FONDO** que el **CONTRATISTA** no cumplió con sus obligaciones por “*apropiarse de los diseños*”, pues, como se comprobó y se acreditará a lo largo de este proceso, no los apropió, como lo indica el informe No. 170-050.EGR-2018de interventoría del 6 de junio de 2018 – aportado con la demanda, y además demuestra las falsas afirmaciones realizadas por la demandante:

No aceptación de los diseños: no se apropió de los estudios y diseños ni suscribió el acta de aceptación de los productos de la revisión de los diseños del puente estudio enviado por TYPESA en julio de 2017	No ha iniciado obras en puente Balastreira.	Fabián García constructores S.A	CLÁUSULA PRIMERA INCISO SEGUNDO PUNTO 1 del otrosí N° 6 y con la y la CLAUSULA DECIMA TERCERA del contrato principal 259 de 2014.
--	---	---------------------------------	---

Ahora, si en gracia de discusión que el contratista si se apropió de los diseños – que no lo hizo- se entiende que no puede pretender la Entidad trasladar el deber de planeación al contratista, solo por el hecho de haber pactado una obligación de revisión de diseños, pues, si esto fuera así, la etapa de planeación sería absolutamente inocua, además de imponerle una carga excesiva al contratista que no está en la posición de soportar, pues, los diseños tenían graves y determinantes falencias que implicaban, cuando menos, rehacer absolutamente todos para que fueran viables.

Naturalmente, la Entidad es la que está obligada a la planeación, lo que significa entregar diseños completos y viables que garanticen la construcción, lo que no ocurrió en el contrato no. 259 de 2014.

Es que, Honorable Magistrado, si el contratista debe ajustar los diseños, debe ser en situaciones concretas, no como ocurrió acá, que debía rehacer los espurios diseños que fueron entregados para construir, como fue determinado en el informe de Bateman Ingenieros.

Con esta demanda se demuestra que la Entidad solo quiere desprenderse de su responsabilidad en la accidentada ejecución del contrato.

En definitiva, Honorables Magistrados, la Entidad conocía que no podía que el **CONTRATISTA** no era culpable de la no ejecución del proyecto.

Y señor Magistrado, lo que es más reprochable es que, conociendo que efectivamente el **CONTRATISTA** no era el culpable de la no ejecución, eleven una demanda absolutamente temeraria ante la jurisdicción.

Así las cosas, Honorables Magistrados, si el contrato tuvo una accidentada ejecución, esto se debe única y exclusivamente al incumplimiento del deber de la planeación del contrato por parte del **FONDO**, por lo tanto, lo que pretende la demandante es, contrario a todos los postulados de la buena fe y la ética, favorecerse con sus propios incumplimientos y culpa, por lo que ruego se desechen las pretensiones de la demandada.

2. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE LA ENTIDAD CONTRATANTE DE ENTREGAR DISEÑOS Y ESTUDIOS PREVIOS VIABLES, COMPLETOS, ADECUADOS Y CONSTRUIBLES.

La excepción de contrato no cumplido se encuentra prevista en el artículo 1609 del Código Civil, según la cual "*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*".

Esta regla, incluida en el artículo 1609 del Código Civil, ha sido desarrollada en el escenario de la contratación estatal, con suma claridad por parte del Consejo de Estado, quien sobre el particular se ha servido precisar lo siguiente:

“La exceptio non adimpleti contractus, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 del C.C.), es una regla de equidad que orienta los contratos fuente de obligaciones correlativas, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del art. 13 de la ley 80 de 1993. Está consagrada en el artículo 1609 del Código Civil así: “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.” Esa figura permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su co contratante no ejecute la suya. Luego de una importante división jurisprudencial y doctrinal en torno a la aplicación de esa excepción, de origen ius privatista, respecto de los contratos estatales, la jurisprudencia de esta Corporación la acogió en desarrollo de los principios de equidad y buena fe que la sustentan, mediante un tratamiento más riguroso frente a su aplicación, en consideración a la prevalencia del interés público que orienta la contratación estatal, en sentencia del 31 de enero de 1991, Exp. 4739. Esta Corporación ha aceptado entonces la aplicación de la excepción de contrato no cumplido siempre condicionada a los siguientes supuestos: -La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas. -El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes. -Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista. La Sala, en la sentencia proferida el 16 de febrero de 1984, Exp. 2509 precisó además que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo (art. 83 Constitución Política).”

Ahora bien, Honorables Magistrados, el demandante vino a temerariamente a demandar al **CONTRATISTA** y a **SEGUROS DEL ESTADO**, desconociendo que el contrato no se pudo ejecutar debido al incumplimiento del mismo contratante - **FONDO-**.

Como se deriva de la cláusula 2.3. “**OBLIGACIONES DEL FONDO**” y del objeto mismo del contrato, el **FONDO** debía entregar al **CONTRATISTA** los diseños y estudios previos del contrato:

2.3. “**OBLIGACIONES DEL FONDO** “Entregar al **CONTRATISTA** los documentos información que obren y estén disponibles en los archivos

de la Entidad y los estudios y diseños, necesarios para el cumplimiento del objeto del contrato” así como también del objeto contractual

OBJETO CONTRACTUAL “Realizar la construcción de los puentes vehiculares “puente sobre el río cauca”, “La Balastera”, y reforzamiento estructural del “puente sobre el río Guargüero”, ubicados en el Departamento del Cauca, de conformidad con el estudio previo origen de este contrato, y con los documentos que lo conforman,”

Dicha obligación no se satisfacía, simple y sencillamente, con la entrega de cualquier tipo de documentos, sino, por el contrario, con aquellos diseños y estudios previos idóneos, adecuados, completos y viables que permitieran al **CONTRATISTA** cumplir con el objeto contractual, lo que no ocurrió en el caso en comento.

Notarán Ustedes Honorables Magistrados que el **FONDO** no entregó al **CONTRATISTA** unos diseños y estudios previos adecuados y ajustados a la realidad, lo que derivó en diversas suspensiones y prorrogas al contrato -reconociéndose así la falta del contratante- y que provocó, finalmente, la imposibilidad de ejecutar la obra tal y como estaba prevista por la Entidad. Sin embargo, obstinadamente, caprichosamente, la Entidad, pese a que reconoce que hizo todo mal frente a los diseños y estudios previos, provocando así la imposibilidad de cumplir, luego pretendió que la cumplieran -lo imposible- por cuanto no ajustó adecuadamente los diseños, y ahora demanda para que la reparen por lo que la misma entidad causó no entregando unos diseños adecuados.

Ahora, está absolutamente probado – incluso confesado en la demanda en el hecho No.29- y, se confirmará a lo largo de este proceso que, **EL FONDO** incumplió con las obligaciones que le eran atribuibles de conformidad al contrato que hoy se discute, pues, los diseños y estudios previos eran tan precarios que la Entidad se vio en la necesidad de requerir a **TYPSA** para que ajustara los ajustara, pero, ni con ello logró que pudiera ejecutarse el contrato.

Y, además, se comprobaron los vicios de los diseños por el informe de Bateman Ingeniería S.A., en el que se demostró que el lugar escogido por el diseñador **TYPSA** no era, ni podía ser adecuado para construir el puente.

“(…) de acuerdo con la revisión de la información suministrada por el Fondo, esta asesoría manifiesta que no es viable la construcción del puente en el sitio escogido por el diseñador, toda vez que el terreno se localiza en una zona con las siguientes características..(…)”

1. Mediante concepto BIL-1942-516 de 16 de agosto de 2018, radicado en el Fondo Adaptación con el n.º R-2018-019139 de 21 de agosto de 2018, Bateman Ingeniería S.A., informó respecto a los estudios y diseños elaborados por TYPESA S.A., para el Puente Balastrera, entre otras cosas, lo siguiente:

"(...) de acuerdo con la revisión de la información suministrada por el Fondo, esta asesoría manifiesta que no es viable la construcción del puente en el sitio escogido por el diseñador, toda vez que el terreno se localiza en una zona con las siguientes características:"

EL CONTRATISTA trató de ejecutar las obligaciones que eran posible técnicamente y, estuvo presto a cumplirlas, pese a los incumplimientos del **FONDO**, **pero, le fue imposible cumplir a cabalidad con el contrato debido a que tanto los diseños y estudios previos iniciales como los que se ajustaron -que le eran atribuibles al FONDO- no eran adecuados ni viables.**

Pero, no siendo suficiente lo anterior, el **FONDO** pretende trasladar los efectos de su incumplimiento al **CONTRATISTA** al afirmar que "se apropió de los diseños" **LO QUE ES ABSOLUTAMENTE FALSO-** está probado mediante el informe de interventoría del 6 de junio de 2018 en que se afirma que no se apropió de los diseños-, y aún si fuera verdad, no le era dable a la Entidad desconocer su obligaciones contractuales de entregar los diseños y estudios adecuados, para que el **CONTRATISTA** los rehiciera de cero, pues, en realidad, esto hubiera implicado, incluso, cambiar el sitio de construcción de la obra.

Debido a lo anterior, si el **FONDO** incumplió con la obligación de entregar diseños y estudios, que era una obligación de la que dependía el cumplimiento de las obligaciones del contratista, no puede ahora afirmar que el **CONTRATISTA** incumplió con sus obligaciones, pues, las obligaciones del **CONTRATISTA** dependían exclusivamente de que los diseños y estudios previos del contrato fueran viables, lo que no sucedió.

En esa medida, solicito a los Honorables Magistrados, declare probada esta excepción, liberando a **SEGUROS DEL ESTADO** de cualquier responsabilidad al no encontrarse configurado el siniestro cubierto por el contrato de seguro, pues es evidente que **GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A.** no es responsable contractualmente.

3. INEXISTENCIA DE RELACIÓN CAUSAL DEBIDAMENTE ACREDITADA

Es preciso resaltar que toda responsabilidad, no escapa de la exigencia de concurrencia de todos y cada uno de los elementos axiológicos que el ordenamiento contempla para que ella se entienda configurada.

La relación de causalidad, como uno de los elementos de toda responsabilidad contractual o extracontractual, civil o del Estado, no escapa a la exigencia de estar acreditado plenamente en el proceso, y, esa relación causal no se presume; por el contrario, la relación causal -con todos sus caracteres- tiene que ser plenamente probada por el demandante.

De acuerdo con el profesor Héctor Eduardo Patiño, *“El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad”¹⁸”.*

En ese sentido la jurisprudencia de las altas cortes se ha encargado de definir el concepto de nexo causal en los siguientes términos:

“El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. En determinar si la conducta imputada a la Administración fue esa medida, en aras de establecer la existencia del nexo causal es necesario causa eficiente y determinante del daño que dicen haber sufrido quienes deciden acudir ante el juez con miras a que les sean restablecidos los derechos conculcados”¹⁹”.

Así las cosas, el actor debe demostrar que el perjuicio cuya reparación persigue realmente provino de manera directa de la conducta del demandado. Entre la acción o la omisión de éste y el daño, debe mediar, necesariamente, un nexo de causalidad directo y adecuado.

Lo anterior significa que el demandante debe probar que el daño que está reclamando tiene, efectivamente, una relación causa-efecto con los hechos en los que está fundamentando su petición.

¹⁸ Patiño, Héctor. Las Causales Exonerativas De La Responsabilidad Extracontractual. ¿Por Qué Y Cómo Impiden La Declaratoria De Responsabilidad? Aproximación A La Jurisprudencia Del Consejo De Estado. Revista De Derecho Privado No. 20, Junio, 2011, P. 371-39.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de abril de 2011.

Al respecto se ha pronunciado la doctrina manifestado que: "***el elemento nexo de causalidad es estructural dentro del juicio de responsabilidad y no admite ningún tipo de presunciones.***"²⁰

Ahora bien, la principal teoría de que se ha valido nuestra jurisprudencia para determinar la existencia del nexo causal es la de la "*causalidad adecuada*". Según ésta, para que exista relación causal, la acción o la omisión tiene que ser la efectiva y directamente adecuada para la producción del efecto. Lo que se requiere es, no que determinada conducta aparezca como condición del resultado, sino que aquélla, en un juicio de adecuación, efectivamente conduzca a ese resultado.

Para el Consejo de Estado, la carga de probar el nexo causal corresponde exclusivamente al demandante.

Así las cosas, es claro que el nexo de causalidad debe ser probado por quien reclama una indemnización, pues, de lo contrario, sus pretensiones deben ser rechazadas, como debe ocurrir en este proceso por la clara ausencia de relación de causalidad.

En el caso que nos concentran, no se presenta el nexo causal entre el presunto daño y la actuación del **CONTRATISTA AFIANZADO**, pues, como está probado, sus acciones u omisiones no fueron la causa eficiente del supuesto perjuicio sufrido, pues, esta tal como está demostrado, la accidentada ejecución que sufrió el contrato No. 259 de 2014 se debió a las actuaciones del **FONDO** que faltó al deber de planeación y a las obligaciones netamente contractuales lo que derivó en la imposibilidad del contratista de cumplir cabalmente sus obligaciones.

Como se expuso, el contratista ejecutó las obras en la medida de lo posible técnicamente, ya que los diseños y estudios previos inicialmente entregados por la Entidad al **CONTRATISTA** eran absolutamente errados, y aunque la Entidad trato de corregir su error solicitándole al diseñador ajustes a los diseños del contrato, estos tampoco eran adecuados, por lo que no se pudo ejecutar dos de los ítems improvisadamente contratados.

No obra prueba en el expediente que acredite sin duda alguna que alguna acción u omisión del **CONTRATISTA** fue la que generó la imposibilidad de

²⁰ Patiño, Héctor Domínguez. El trípole o el bípode: La estructura de la responsabilidad, XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2016

ejecutar lo contratado, cuando es claro que no existieron diseños adecuados para construir los puentes objeto del contrato, sumado a que esta absolutamente probado que el **CONTRATISTA** nunca se apropió de los indebidos diseños presentado

Por el contrario, existen innumerables pruebas- informes de interventoría, documentos suscritos por la Entidad, informes de expertos técnicos, que no dejan duda alguna que fueron las actuaciones del **FONDO** las que impidieron que el **CONTRATISTA** pudiera ejecutar el contrato.

Señores Magistrados, en el proceso ya está acreditado y se confirmará que la causa del daño no es otra que el comportamiento desidioso y reprochable del **FONDO**, incluso desde la etapa precontractual, sostenido durante la etapa contractual.

Así las cosas, no existe y no podrá probarse por el demandante un nexo causal entre el presunto daño sufrido por el demandante – inexistente- y una acción u omisión atribuible al **CONTRATISTA**.

Por lo anteriormente expuesto, solicito a su Despacho que declare probada la presente excepción y absuelva de toda responsabilidad al **CONTRATISTA** y, por ende, a mi representada.

4. RUPTURA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD - HECHO DE LA ENTIDAD CONTRATANTE

Cuando el nexo de causalidad, imprescindible para el nacimiento de la responsabilidad, se ve excluido o atenuado en virtud de una culpa exclusiva del acreedor, la indemnización, o será rechazada o reducida.

Ahora bien, en el presente caso, ha ocurrido, precisamente, una culpa exclusiva del acreedor, es decir, del **FONDO**, destructora de cualquier nexo de causalidad entre el supuesto resultado lesivo y la conducta del Contratista, que impone la imposibilidad de cualquier eventual condena.

No puede un acreedor ser el causante de su propio daño, y luego solicitar la indemnización por parte del deudor, pues ello negaría la existencia de un nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad, contractual o extracontractual. Es decir, en el momento en que se evidencia que el acreedor fue el verdadero causante del daño, se rompe el nexo de causalidad y se debe exonerar al deudor, pues en

caso de existir un no cumplimiento, éste será imputable al acreedor y no al deudor garantizado. Así, si el deudor no es responsable por causa extraña, tampoco podría condenarse a la aseguradora que amparo el incumplimiento **imputable** al deudor.

En el presente caso es evidente que en caso de que el asegurado hubiera sufrido un daño, ese daño es única y exclusivamente imputable al **FONDO**.

Honorables Magistrados, es claro que por la negligencia de la Entidad demandante, no se realizaron adecuados estudios previos ni diseños que arrojaran como resultado las condiciones específicas del terreno que permitieran la adecuada construcción del objeto contratado y, además, garantizaran la estabilidad, pues, en definitiva ni los diseños iniciales ni los complementarios cumplían con los requisitos técnicos necesarios para construir una obra de tal magnitud, estudios y diseños que le correspondía al **FONDO** garantizar que fueran correctos, y que pro su desidia no corroboro, pues, solo hasta la ejecución contractual se evidenciaron los vicios de las zonas a intervenir.

Además, dentro del estudio y diseños previos realizado por el **FONDO** y entregados al contratista, la Entidad no previó la necesidad de la licencia ambiental ante el **ANLA** sobre la zona especial de protección en la que se ubicaba el puente sobre la río Guagüero, sumada a la consulta previa que debía realizarse a las comunidades presentes en la región.

Pero no siendo suficiente lo anterior, el **FONDO** no se preocupó por modificar los diseños para que fueran adecuados, ya que se limitó a solicitar a **TYPSA** el reajuste de los diseños sin verificar que aquellos fueran adecuados, ya que se comprobó que las nuevas alternativas propuestas no eran viables, por entre otras razones, la imposibilidad de transportar e instalar la maquina Piloteadora y no entregar el estudio de estabilización de taludes en el que se pretendía ejecutar el puente.

Así las cosas, no puede ahora el **FONDO**, cuando no cumplió con su primigenio deber de planeación, pretender que no actuó de una forma negligente y declarar que el contratista debe responder, así como también afectar la póliza expedida por mi mandante.

Pero, además, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara al indicar que quien quiera endilgar un incumplimiento de la parte contraria tiene que haber cumplido sus propias obligaciones. Sin embargo, aquí ha quedado claro que el **FONDO** no cumplió sus obligaciones, y por eso tampoco podría pretender que se declare el incumplimiento -que además es inexistente del contratista-.

5. RUPTURA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD – HECHO DE UN TERCERO- HECHOS DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES EN CONCURRENCIA CON HECHOS DE LA ENTIDAD ESTATAL.

Tradicionalmente se ha establecido que la causa extraña exonera de responsabilidad a quien aparece como presunto responsable, dado que el daño producido debe considerarse como causa de un fenómeno exterior a la actividad del agente.

Como clases de causa extraña la jurisprudencia ha entendido la fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero y el hecho exclusivo de la víctima.

Acerca del **hecho de un tercero** como clase de causa extraña el Consejo de Estado se ha pronunciado manifestando que:

“La doctrina es unánime al considerar que para que el hecho de un tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenerse como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño”

Como puede apreciarse, resulta claro que el hecho de un tercero para que tenga alcances exoneratorios de responsabilidad, debe ser un comportamiento activo, decisivo y determinante en la producción del daño, y además dicho comportamiento debe ser irresistible, imprevisible y exterior respecto al demandado.

En el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado que durante la ejecución del contrato No. 259 de 2014, el **CONTRATISTA** debió afrontar hechos que afectaron la normal ejecución de las intervenciones de la obra para cada uno de los puentes contratados, por la imposibilidad y negativa de la obtención de los permisos ambientales.

Es menester resaltar desde ya que, el contratista cumplió con sus compromisos ambientales al adelantar los permisos y licencias ambientales a las que había lugar -confesado en la demanda en el hecho No. 36.-, no obstante, debido a la indebida planeación a la que fue objeto el contrato desde su etapa precontractual- atribuible

únicamente a la Entidad Contratante- y al incumplimiento de las obligaciones contractuales del **FONDO**, estos caducaron y, posteriormente, fueron negados.

Los permisos ambientales respecto del puente "Río Balastera" a pesar de haber sido obtenidos inicialmente, fueron negados por la **ANLA** debido a que la Entidad consideró que las nuevas condiciones en las que se realizaría el proyecto – ajustes en los diseños de **TYPSA**- no eran adecuados en el componente ambiental, lo que derivó en la imposibilidad de ejecución.

Respecto al "*reforzamiento del puente guargüero*" el **FONDO** ni el diseñador – **TYPSA**- evidenciaron que en la zona que se escogió para la construcción del puente, existían comunidades étnicas con las cuales debía adelantarse la consulta previa con todas sus implicaciones y procedimientos, que hubiera tardado más en tramitarse que mismo objeto contractual e incluso no habría podido realizarse durante el tiempo en el que se prorrogó y suspendido el contrato, pues, como es conocido, estos trámites son especialmente sensibles y conllevan largas y arduas negociaciones con los pueblos étnicos, lo que ha sido corroborado a lo largo de los años en materia de contratación.

Así mismo, como no consideró dentro de los diseños y estudios que la zona escogida se encontraba dentro del Parque Nacional Natural del Puracé -zona de especial protección ambiental- mucho menos se consideró que debía tramitarse licencia ambiental que requería un tiempo de al menos 5 años, situación corroborada por la **INTERVENTORÍA** ante la **ANLA**, pues, aquella respondió que no existía una alternativa diferente o más breve.

Las situaciones relatadas en precedencia eran absolutamente imprevisibles e irresistibles para el **CONTRATISTA**, por cuanto, respecto del "*puente la balastera*" si bien los permisos fueron expedidos, no podía prever que iban a caducar por la desidia de la Entidad Contratante respecto de sus obligaciones y, mucho menos, prever que iban a ser negados respecto a los ajustes de TYPSA, sin poderse sobreponer a las situaciones; y, respecto al "Puente Guargüello" no podía ser previsible la existencia de comunidades indígenas – esto no estaba en los estudios previos- y mucho menos la existencia de zonas de especial protección natural que requerían de licencias y permisos ambientales específicas- que tampoco estaban previstos en los estudios previos-.

Es así como, estas situaciones generaron diversos atrasos en la ejecución del contrato y la imposibilidad absoluta de construir los puentes, pues, es a todas luces

claro que sin los permisos ambientales expedidos por la autoridad competente, resultaba inviable la construcción de los puentes.

Así las cosas, debido a la imposibilidad de obtener los permisos ambientales que fueron hechos imprevisibles, irresistibles y por completo externos al **CONTRATISTA**, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados declarar probada la excepción de rompimiento del nexo causal por hecho de un tercero.

6. ROMPIMIENTO DEL NEXO DE CAUSALIDAD POR HECHO DE UN TERCERO EN CONCURRENCIA CON HECHOS DEL ACREEDOR- INVIABILIDAD DE LOS DISEÑOS Y ESTUDIOS PREVIOS INICIALES Y SUS AJUSTES REALIZADOS POR TYP SA.

Como ya se explicó en párrafos anteriores, el hecho de un tercero es una causal eximente de responsabilidad.

En el presente asunto, como se ha venido explicando y probando, los diseños realizados por **TYP SA** no eran adecuados ni viables en su integridad:

"(...) de acuerdo con la revisión de la información suministrada por el Fondo, esta asesoría manifiesta que no es viable la construcción del puente en el sitio escogido por el diseñador, toda vez que el terreno se localiza en una zona con las siguientes características:

- 1. Zona de brecha de fallas*
- 2. Sector con procesos de remoción de masa*
- 3. Las condiciones del macizo rocoso no son las más favorables, presentando un alto fracturamiento de la roca.*

Son varios los factores que llevan a esta asesoría a recomendar la reubicación de los estribos del puente:

- El sector es tectónicamente activo*
- Constituye a una zona de brecha de falla*
- Las deficientes condiciones mecánicas de la roca como estrato de fundación de la estructura proyectada.*
- Evidencia de inestabilidad en los taludes próximos a los sitios de implantación del puente*
- Problemas presentados en la etapa inicial de construcción, específicamente un descapote en la estructura del caisson, evidenciado un movimiento activo del terreno*

(...)

Tal y como se manifestó en el comunicado BIL-1942-416, radicado en el fondo con el No. R-2018-015036 de 3 de julio de 2018, esta asesoría reitera que los estudios de Typsa S.A., no analizan de manera detallada toda la zona de influencia del puente, ya que solo abarca el análisis de los taludes inferiores de la vía, y no se los taludes superiores, que de acuerdo con los estudios realizados, y a la visita de campo, presentan los mayores rasgos de movimientos y de inestabilidad; tampoco consideran la magnitud total de las diferentes zonas inestables que se presentan en el área”

... para el puente proyectado, entre otras cosas, lo siguiente:

“(...) de acuerdo con la revisión de la información suministrada por el Fondo, esta asesoría manifiesta que no es viable la construcción del puente en el sitio escogido por el diseñador, toda vez que el terreno se localiza en una zona con las siguientes características:

1. zona de brecha de fallas
2. Sector con procesos de remoción de masa
3. Las condiciones del macizo rocoso no son las más favorables, presentando un alto fracturamiento de la roca.

Son varios los factores que llevan a esta asesoría a recomendar la reubicación de los estribos del puente:

- *El sector es tectónicamente activo*
- *Constituye a una zona de brecha de falla*
- *Las deficientes condiciones mecánicas de la roca como estrato de fundación de la estructura proyectada.*
- *Evidencia de inestabilidad en los taludes próximos a los sitios de implantación del Puente*
- *Problemas presentados en la etapa inicial de construcción, específicamente un descapote en la estructura del caisson, evidenciando un movimiento activo del terreno.*

(...)

Tal y como se manifestó en el comunicado BIL-1942-416, radicado en el Fondo con el n.º R-2018-015036 de 3 de julio de 2018, esta asesoría reitera que los estudios de Typsa S.A., no analizan de manera detallada toda la zona de influencia del puente, ya que solo abarca el análisis de los taludes inferiores de la vía, y no se los taludes superiores, que de acuerdo con los estudios realizados, y a la visita de campo, presentan los mayores rasgos de movimientos y de inestabilidad; tampoco consideran la magnitud total de las diferentes zonas inestables que se presentan en el área”.

(..)

Tal y como lo pude observar el despacho, **TYPSA NUNCA** entregó diseños y estudios previos, viables, pues, aquella no analizó toda la zona de afluencia del puente, pues, de haberlo hecho claramente habría saltado a la vista una conclusión: la zona no era la adecuada para la construcción del puente.

La situación relatada en precedencia era imprevisible e irresistible para el contrato, por cuanto, no podía prever que **TYPSA** ni siquiera haya tenido la más mínima diligencia de escoger una zona adecuada para la construcción del puente, que no haya realizado los estudios que eran necesarios y mucho menos, que cuando “ajustó” los diseños los volviera a realizar mal.

Estas circunstancias fueron determinantes y decisivas en la accidentada ejecución del contrato estatal, que generó la imposibilidad absoluta de construir los puentes objeto del

contrato, ya que, los diseños y estudios previos son los que dan paso a la ejecución del contrato y, sin ellos, es inviable cualquier construcción.

Debido a lo anterior, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados declarar probada al excepción de rompimiento del nexo causal por hecho de un tercero.

7. INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD CONTRATANTE

En virtud del efectivo vinculante del negocio jurídico la administración se ve compelida a cumplir las obligaciones que de este emanan, principio que se encuentra consignado en diversas disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano y además desde vieja data ha sido reconocido por la jurisprudencia. Sobre el particular ha explicado el Consejo de Estado:

“En esta línea, todo comportamiento humano que reporte utilidad, y en particular la actividad que gira en torno al contrato, como especie del negocio jurídico que sirve de instrumento para el intercambio, provisión y satisfacción de bienes y servicios en el tráfico jurídico (función práctico social), así como los derechos y obligaciones que de él emanan, en procura de su tutela y defensa debida, conlleva la expedición de normas jurídicas que recogen las diferentes conductas para crear tipos negociales, asignar efectos de tolerancia o reproche y consagrar legalmente restricciones para encauzar la conducta dispositiva de intereses de las partes que a través de él se vinculan por precisas razones éticas (buenas costumbres), o políticas (orden público), o las que surjan como derivado de la función y dinámica particular del acto (limitación lógica funcional). De tal suerte que, en el negocio jurídico, y en particular su categoría mayúscula el contrato, la conducta es valorada, interpretada y calificada por el ordenamiento jurídico para asignarle los efectos jurídicos deseados por los sujetos que en el mismo intervienen, siempre que se observen los límites fijados a la actividad dispositiva, el contenido legal dispuesto para el tipo negocial, la normatividad imperativa o de orden público (ius cogens) y las buenas costumbres”²¹

De esta manera, la entidad estatal no podrá excusarse del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por cuanto el desconocimiento al débito prestacional generaría severas consecuencias en la relación negocial, afectando por completo la misma ejecución del objeto contractual.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de abril de 2012. Rad: 21699. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Como se desprende de la lectura incluso desprevénida del contrato No. 259 de 2014, le correspondía a la Entidad Contratante entregar los diseños y estudios previos del contrato que fueran construibles, adecuados y viables, pero, como se demostrará a lo largo de este proceso, ello no ocurrió.

Si bien **EL FONDO** entregó diseños y estudios previos realizados por **TYPSA** al **CONTRATISTA**, aquellos eran absolutamente inviables ya que las condiciones del terreno no eran adecuadas para construir puente, lo que fue reconocido por la Entidad al verse compelida a requerir al diseñador **TYPSA** para que ajustara el diseño y, ni siquiera así fue viable la construcción.

El incumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante generó la accidentada ejecución del contrato, pues, no le impidió al contratista cumplir el objeto contractual, a pesar de que estuvo siempre dispuesto a cumplir con el objeto contractual, como respetuosamente le solicito a los Honorables Magistrados lo declaren.

8. AUSENCIA DE MORA DEL CONTRATISTA GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A.

Uno de los elementos necesarios determinados por la jurisprudencia para que prospere la pretensión de responsabilidad contractual, es la ***mora del demandado***²².

Para que un deudor de una obligación contractual se encuentre en mora de conformidad con el artículo 1608 del Código Civil, se requiere previamente que exista una obligación, que sea exigible, que se haya incumplido. Nada de esto ha ocurrido, y, por tanto, tampoco es posible afirmar que mi mandante se encuentra en mora. Así las cosas, ante la ausencia de la mora como elemento estructural de responsabilidad contractual, como se ha afirmado por vía jurisprudencial, no se puede concretar la responsabilidad, y, en consecuencia, se tendrán que rechazar las pretensiones relacionadas con incumplimiento y responsabilidad contractual.

En este evento, las obligaciones contractuales del **CONTRATISTA** fueron cumplidas en la medida de la posible, ya que como se ha venido explicando a lo largo de este escrito, si el contrato no pudo ejecutarse, no es atribuible a su conducta, sino, por el contrario, a las acciones y omisiones de la Entidad contratante que no permitieron el correcto desarrollo de la obra.

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de noviembre de 1977.

No se lo permitió, porque simple y sencillamente, la Entidad no cumplió con las obligaciones emanadas del principio de planeación y, mucho menos, cumplió con las obligaciones emanadas del contrato estatal.

Lo anterior se desprende de que el **FONDO** si bien entregó diseños y estudios previos realizados por **TYPSA** al **CONTRATISTA**, aquellos eran absolutamente inviables ya que las condiciones del terreno no eran viables para construir puente, lo que fue reconocido por la Entidad al verse compelida a requerir al diseñador **TYPSA** para que ajustara el diseño y, ni siquiera así fue viable la construcción.

Lo anterior se comprobó que la zona tenía condiciones especiales – *zona de remoción en masa, inestabilidad, zona tectónicamente activa, entre otras*²³- pues, el diseñador nunca tuvo en cuenta las condiciones generales y específicas del terreno.

Frente al Rio Güarguello, la Entidad no permitió la ejecución del contrato, toda vez que, no tuvo en cuenta que debía realizarse la consulta previa, sumado, a que debía solicitarse licencias de construcción especial para intervenir parques nacionales naturales de reserva natural, lo que no fue considerado por la Entidad.

Y, es menester resaltar que, el contratista **NO** aceptó los diseños ni los apropió, tal como se desprende del informe de interventoría:

No aceptación de los diseños: no se apropió de los estudios y diseños ni suscribió el acta de aceptación de los productos de la revisión de los diseños del puente estudio enviado por TYPSA en julio de 2017	No ha iniciado obras en puente Balastreira.	Fabián García constructores S.A	CLÁUSULA PRIMERA INCISO SEGUNDO PUNTO 1 del otrosí N° 6 y con la y la CLAUSULA DECIMA TERCERA del contrato principal 259 de 2014.
---	---	---------------------------------	---

Y no se aceptaron los diseños por una razón esencial: los diseños eran absolutamente errados.

Pero, si esto no fuera cierto, de haberlos aceptado- que no lo hizo-, se hubiera llegado a la misma conclusión, pues, en quien radicaba la obligación de planeación del contrato, y la obligación de entregar los diseños adecuados, idóneos y

²³ Informe Batema Ingenieros S.A.S.- Concepto BIL-1942-516 del 16 de agosto de 2018.

construibles era en la Entidad Estatal Contratante, toda vez que no puede – como lo pretende- trasladar dicha obligación al contratista.

Ahora, la Entidad afirma que el **CONTRATISTA** incumplió con sus obligaciones al no liquidar bilateralmente el contrato, sin embargo, la Interventoría remitió a la Entidad Acta de liquidación del contrato, sin embargo, el **FONDO** no la aceptó, porque simple y sencillamente no le gustó y, lo único que pretendía era que se reconociera que el **CONTRATISTA** debía devolver sumas exageradas y que no estaban soportadas.

Mediante Oficio No. 170-003.EGR-2020 la **INTERVENTORÍA** respondió a la devolución de Acta de liquidación Bilateral, expresando que aquella fue realizada en conjunto por funcionarios del **FONDO, INTERVENTORÍA Y CONTRATISTA**, y aquella correspondía a la realidad de la ejecución del contrato, pero, fue desconocido por la Entidad.

Entonces, de haber existido un no cumplimiento- diferente a incumplimiento- se dio única exclusivamente por las conductas del **FONDO** que generaron un retraso en la ejecución.

Así las cosas, el **CONTRATISTA** nunca incumplió el contrato No. 259 de 2014, por lo que no puede entenderse que se encuentre en mora como elemento esencial de la responsabilidad contractual, que es lo pretendido por la parte demandada, por ello, solicito se exonere a los demandados de todas las pretensiones indemnizatorias, absoluta improcedentes, elevadas en la demanda.

9. PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

El Código Civil en el artículo 1592 define la cláusula penal como *“aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*. En otras palabras, la cláusula penal es un pacto accesorio al contrato en virtud del cual las partes se obligan a dar, generalmente una suma de dinero, hacer o no hacer algo, en caso de un incumplimiento del contrato principal.

Dependiendo de la forma cómo se pacte la cláusula, ella puede cumplir diversas funciones tales como (i) la de servir de apremio al deudor, (ii) de garantía o caución, o (iii) de estimación anticipada de perjuicios.

Por su parte, el principio de proporcionalidad hace referencia al equilibrio que deber existir en la relación contractual, la correlatividad de las prestaciones, esto es, que la utilidad reflejada para cada uno de los contratantes pueda ser vista de manera equivalente. De acuerdo con la Corte Constitucional:

“La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional... busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones...”²⁴”.

Por su parte, el principio de equidad en palabras de la Corte Constitucional

“constituye la proyección del concepto de justicia del juzgador al caso concreto²⁵”, la cual “busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal²⁶”.

En relación con la cláusula penal, el principio de proporcionalidad y de equidad se ve reflejado en el artículo 1596 del Código Civil, el cual establece que **“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”**.

La Ley 80 de 1993, no tiene un desarrollo de la cláusula penal, por lo que se le aplican las normas propias del Derecho privado, tal y como lo habilita el artículo 13 del mismo Estatuto.

Según reiterada Jurisprudencia de la Corte Constitucional *“el principio de proporcionalidad rige todas las actuaciones de la administración pública y de los actos de los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio*

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia 1046 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T – 436 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

público, cuando se trate de la imposición de una sanción que conlleve la pérdida o disminución de un derecho²⁷”.

Al momento de pretenderse obtener una retribución económica, debe presentarse una proporcionalidad y razonabilidad entre la conducta o hecho que se reprocha y la indemnización que pretenda imponerse, de manera que pueda tenerse un marco de referencia cierto para la determinación de la indemnización en un caso concreto²⁸.

La proporcionalidad implica que la indemnización que se pretenda no resulte excesiva frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad. Por lo anterior, la Corte Constitucional exige a los jueces realizar un análisis teniendo en cuenta: (i) el grado de la afectación de la falta sobre el cumplimiento de los fines del Estado y los principios constitucionales de la función pública, (ii) la gravedad de la conducta y (iii) la proporcionalidad entre ambas²⁹.

Así pues, el monto de la cláusula penal debe ser proporcional al grado de incumplimiento del contrato, en aplicación del principio de proporcionalidad, para lo cual debe tenerse en cuenta qué tanto se ha dado cumplimiento al contrato.

Así mismo lo ha establecido el Consejo de Estado:

*“La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato. En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. **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***

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ Corte Constitucional Sentencia C-564 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-721 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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.** 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 equidad³⁰**. (subrayado y negrilla fuera de texto).

De todo lo anterior se concluye que a la hora de hacer efectiva la cláusula penal, ajustar el monto estipulado considerando la ejecución parcial del contrato en atención al orden público y al principio de proporcionalidad, el cual supone que sus decisiones siempre deberán atender unos fines y a los hechos que tienen como causa.

En el específico caso que nos ocupa, ha quedado consignada dentro del contrato celebrado entre **EL FONDO y el CONTRATISTA** una cláusula penal pecuniaria que establece:

"CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.

En ejercicio de la autonomía de su voluntad, las partes acuerdan libre, expresa e irrevocablemente la causación y efectividad de la cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA después de terminado el plazo de ejecución y por lo tanto EL FONDO, podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de penal, por un monto equivalente hasta por el veinte por ciento (20%) valor total del contrato. El pago del valor acá señalado a título de cláusula penal pecuniaria se considera como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, razón por la cual, EL FONDO, tendrá derecho a obtener del CONTRATISTA el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de noviembre de 2008, Rad. No. M.P. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), M.P. Enrique Gil Botero.

*EL CONTRATISTA autoriza al FONDO, a descontar y compensar de los saldos presente so futuros a su favor, los valores correspondientes a la pena pecuniaria aquí estipulada. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, EL FONDO, podrá obtener el pago de la pena pecuniaria haciendo efectiva la garantía de cumplimiento para lo cual seguirá el procedimiento indicado en la cláusula décima primer año mediante el ejercicio de las acciones legales a que haya lugar. **El valor de la pena pecuniaria pactada se calculará sobre el valor total del contrato, incluidas las modificaciones al valor del mismo, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1596 del Código Civil***

De la lectura incluso desprevenida del clausulado del contrato se desprende que se pactó la proporcionalidad de la cláusula penal, por lo que, si **EL FONDO** pretendía que se hiciera efectiva debía atender a las obligaciones contractuales y legales.

No obstante, mi respetada contraparte, nuevamente, desconoce las obligaciones que se derivan del contrato estatal, como se procede a explicar:

Del clausulado antes transcrito, y de toda la jurisprudencia traída con ocasión del proceso, se deduce que si la Entidad Estatal pretende que se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria debe, en primer lugar, probar el incumplimiento del contrato y, posterior a ello, calcular el porcentaje de incumplimiento del contratista.

Como ha sido probado, el **CONTRATISTA** no incumplió con sus obligaciones- sino que fue la Entidad Contratante-, y solo por este supuesto ya no podría hacerse efectiva la cláusula penal.

Pero, si ello no fuera así, es decir, se hubiera probado el incumplimiento- que no se probó ni podría probarse- debía al menos demostrar el porcentaje de incumplimiento en que incurrió el contratista, y con base en ello, calcular el porcentaje de la cláusula penal que podía afectarse, ya que de lo contrario estaría desconociendo el cumplimiento efectivo de las obligaciones

No obstante, el apoderado de la demandante cobra sumas imaginarias y carentes de prueba, desconociendo que a pesar de la accidentada ejecución del contrato- atribuible al **FONDO- EL CONTRATISTA** cumplió en la medida de lo posible, logrando construir en un 100% el puente del Rio Cauca, como lo informó la Interventoría **DICONSULTORES S.A.:**

“Frente Río Cauca: Ejecutado en un 100% pendiente legalización de 4 ítems no previstos.

Frente Guarguero: No se ejecutó por negación de permiso de intervención por parte del ANLA

Frente Balastrea: No se ejecutó por negación de permisos ambientales por parte de la entidad competente y por imposibilidad constructiva de los pilotes planteados en el diseño ajustado entregado por TYPESA, sin solución por parte del diseñador”

Así las cosas, en el hipotético e irreal evento en el que se consideré que el **CONTRATISTA** incumplió con sus obligaciones – que no podrá probarse- debe aplicarse la proporcionalidad de la cláusula penal.

10. COBRO DE LO NO DEBIDO- PRETENSIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

Es bien sabido por el Despacho que la ley y la jurisprudencia colombiana, con fundamento en un principio general del derecho, impiden que una persona – natural o jurídica- se enriquezca sin justa causa. Este incuestionable principio general del derecho, que parece desconocer el convocante, no es menos que el de **no enriquecimiento sin justa causa** por el cobro de lo no debido.

En ese sentido, en virtud del artículo 1524 del Código Civil, nuestro ordenamiento jurídico prohíbe que existan obligaciones sin causa real y lícita. Esto sirve de sustento para impedir se realicen desplazamientos patrimoniales en favor de quien no tiene una justa causa, en la medida en que se carecería de la llamada *causa retentionis*. En otras palabras, al no existir justa causa, el cobrador carece de motivos para cobrar, adquirir y retener lo que le eventual e injustamente le fuera transferido por otra persona. Así, nuestra legislación prohíbe el enriquecimiento patrimonial sin justa causa.

Los requisitos necesarios para que se configure un enriquecimiento sin justa causa son los siguientes:

- a.** El enriquecimiento de un patrimonio.
- b.** El correlativo empobrecimiento de otro patrimonio.
- c.** Relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.

d. Ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento³¹.

En el caso que nos ocupa, la parte demandante pretende que se declare que **GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES SAS Y SEGUROS DEL ESTADO** están obligados a indemnizar al **FONDO** los supuestos perjuicios que se le irrogaron por el presunto incumplimiento del contrato No. 259 de 2014.

No obstante, como se ha venido desarrollando a lo largo de este escrito, no es cierto lo que ha afirmado el **FONDO** en su demanda.

EL FONDO no puede, de ninguna manera, exigir que los demandados paguen alguna suma de dinero en su favor, por una razón: el **CONTRATISTA** – como ha quedado acreditado- no incumplió sus obligaciones, su actuar no fue el causante de la accidentada ejecución.

Esto está más que probado en el proceso, Honorable Magistrado, desde los informes del experto técnico del contrato que fue **DICONSULTORIAS S.A.** - interventoría-, experticias técnicas realizadas por consultores externos – Bateman Ingeniería S.A- e incluso por la confesión de la Entidad demandante en el oficio del 13 de septiembre de 2018-I-2018-27860 suscrito por la Secretaria General del **FONDO**.

Con lo anterior, se cumple cabalmente con los requisitos para que se configure la excepción de enriquecimiento sin justa causa:

- ⇒ La Entidad Contratante pretende una indemnización de perjuicios que no le corresponde y que acrecentaría su patrimonio.
- ⇒ La Entidad Contratante pretende cobrar sumas de dinero exageradas e imaginarias que no le corresponde a **SEGUROS DEL ESTADO**, lo que de suyo, implica el empobrecimiento de la aseguradora.
- ⇒ La causa del empobrecimiento de la aseguradora es el enriquecimiento injustificado que pretende Entidad Contratante,
- ⇒ El enriquecimiento pretendido es absolutamente injustificado, pues, no logró y no podría demostrar el incumplimiento de las obligaciones atribuible al **CONTRATISTA**, pues, el actuar de la Entidad fue el que provocó la accidentada ejecución del contrato.

³¹ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Sentencia No. T-219/95

Entonces, lo que pretende el **FONDO** es que se declare el incumplimiento del contratista desconociendo que el contrato no pudo ser ejecutado en su totalidad debido a la indebida de planeación del contrato por parte de la Entidad e incumplimiento de sus obligaciones, única y exclusivamente con el fin de obtener para sí una retribución económica que no le corresponde.

Por consiguiente, le solicito respetuosamente al Despacho que declare probada la excepción de cobro de lo no debido -enriquecimiento sin justa causa y que, consecuentemente, exonere de responsabilidad a la parte demandada.

Ahora, y ya habiendo advertido todas las excepciones que desacreditan sustancialmente la responsabilidad del contratista, advertiremos sobre el seguro lo siguiente:

11. AUSENCIA DE SINIESTRO POR AMPARO DE CUMPLIMIENTO DE LA PÓLIZA NO. 45-45-101041812

Siniestro, según el artículo 1072 del código de comercio, es la realización del riesgo asegurado. Entonces, lo primero que se debe aclarar es que el riesgo asegurado, en cualquier amparo de cumplimiento, es la responsabilidad civil contractual del contratista garantizado, conjugada con el contenido del contrato de seguro -no es sólo la responsabilidad contractual-.

Esta consideración está prevista en el Decreto 1082 de 2015, el cual en su artículo 2.2.1.2.3.1.7, señala:

“3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria”.

Así las cosas, es preciso señalar que para cumplir con las cargas de que trata el artículo 1077 del Código de Comercio, al interior de un seguro de cumplimiento, el asegurado deberá demostrar:

- (i) Que existe una inejecución o una ejecución defectuosa de las obligaciones objeto de cobertura;
- (ii) Que dicha inejecución o ejecución defectuosa le es imputable al contratista;
- (iii) Que ese incumplimiento atribuible al contratista, se encuentra asegurado en alguno de los amparos de la póliza, demostrando, en cada caso, los presupuestos para afectar dicho amparo;
- (iv) Que existe una cobertura temporal del evento; y,
- (v) El perjuicio que deriva del incumplimiento, al igual que la cuantía del mismo.

A falta de uno cualquiera de los anteriores presupuestos de afectación de la póliza, sencillamente la aseguradora no se encuentra obligada a reconocer indemnización alguna, como quiera que son requisitos para entender cumplida la carga de que trata el artículo 1077 del Código de Comercio, atendiendo a la naturaleza particular del seguro de cumplimiento, en los términos diáfananamente expuestos por la Corte Suprema de Justicia, al igual que por el Consejo de Estado que ha precisado que *“el mero incumplimiento no configura el siniestro, sino que ese hecho debe estar acompañado de la causación de un daño o perjuicio patrimonial para el asegurado, pues, si así no fuere, el seguro constituiría una fuente de enriquecimiento, en contra de lo que manda el ya citado artículo 1088 que establece el principio indemnizatorio”*³².

Así pues, el siniestro no es, como equivocadamente lo cree el apoderado de la demandante, un “no cumplimiento”, tampoco un simple “incumplimiento”, sino la suma de todos los elementos de la responsabilidad contractual del contratista. Si falta uno sólo de ellos o varios, no podrá declararse una responsabilidad contractual, y mucho menos un siniestro con cargo al amparo de cumplimiento.

Ahora bien, como ya lo indiqué, incluso si se evidencia una responsabilidad contractual del contratista, tampoco es automática la afectación de la póliza de cumplimiento, pues pueden presentarse -como en efecto las hay en este caso-, excepciones propias del contrato de seguro, como la prescripción del artículo 1081 del código de comercio, una agravación del estado del riesgo -reconocida por el Consejo de Estado-, entre muchas otras, las cuales impiden que se afecte la póliza, incluso de haber responsabilidad del contratista.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Febrero 18 de 2022.

Ahora bien, en este caso, si bien el contratista no hizo lo que indicaba el contrato –“no cumplimiento”-, ello no significa que haya un incumplimiento atribuible al contratista. Sobra mencionar que la figura de “no cumplimiento” es distinta a la de “incumplimiento”, como lo han reconocido todas las Altas Cortes.

Aquí el contratista no hizo porque objetivamente no podía hacer, ni ese contratista ni ninguno otro, debido a que la causa de la inejecución no estaba en cabeza del contratista, sino en cabeza del incumplido contratante y de terceros que tampoco cumplieron sus obligaciones o que exigían trámites extensos que nunca pudieron haberse completado en el plazo de ejecución contractual, ni siquiera con las suspensiones y prórrogas.

Así, cuando no hay “incumplimiento” del contratista -sino del contratante-, ni siquiera se debe trasladar el examinador al estudio de la responsabilidad contractual.

Aquí no hay incumplimiento del contratista, pero, especialmente, no están ni podrán estar demostrados los elementos de la responsabilidad contractual, en caso de considerar que la inejecución se reprocha al contratista.

Y, si falta al menos uno de los anteriores elementos, nunca se podrá afectar un amparo de cumplimiento de una póliza de cumplimiento.

Además, incluso en caso de haberse presentado una responsabilidad contractual, aquí no se evidencia que haya siniestro, porque ello implicaría desconocer el contenido del contrato de seguro.

Así las cosas, el siniestro, esto es la responsabilidad contractual del contratista, conjugada con el contenido del contrato de seguro, sería la condición positiva suspensiva que haría exigible la obligación del asegurador, que es una obligación sujeta a condición como lo indica el mismo código de comercio en su artículo 1045, como elemento esencial de los contratos de seguro.

La Póliza de Cumplimiento para Entidades Estatales con régimen de contratación privado No. 45-45-101041812 amparó los perjuicios que se le causaran a la entidad estatal como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones imputables al contratista garantizado, es decir, el siniestro bajo un amparo de cumplimiento lo constituye la responsabilidad contractual del contratista garantizado.

Es así como es claro que los hechos por los que se demanda a mi mandante no constituyen ni constituirán nunca amparo con cargo a la póliza, toda vez que, de los hechos que motivan el proceso, se avizora con total claridad que no existe incumplimiento (concepto distinto al de “inejecución” o al de “no cumplimiento”) de las obligaciones del **CONTRATISTA**.

Al analizar el caso concreto, podemos constatar cómo el **CONTRATISTA** actuó de manera diligente en la ejecución del contrato, pese a los reiterados incumplimientos en las obligaciones primigenias por parte del **FONDO**. El **CONTRATISTA** informó al **FONDO** la imposibilidad de ejecutar el contrato en la forma en la que estaba previsto por errores en los diseños y estudios previos entregados, situación que generó diversas suspensiones y prórrogas al contrato, con el fin de que **TYPSA** entregara los ajustes correspondientes, no obstante, a pesar de los ajustes a los diseños, no fueron viables para la construcción de los puentes.

El **CONTRATISTA** estuvo siempre presto a ejecutar el contrato; no obstante, el **FONDO** no permitió al contratista dicho propósito, el **FONDO** incumplió el contrato y, además, dejó fenecer el plazo contractual sin la posibilidad de si quiera hacer viable el cumplimiento.

Así las cosas, no obra en el expediente prueba alguna de una responsabilidad contractual del contratista -con todos sus elementos-, pues, la inejecución es única y exclusivamente atribuible a la Entidad Contratante, lo que, por demás, está confesada en el escrito de la demanda.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el incumplimiento no se encuentra demostrado dentro del presente proceso, y mucho menos la responsabilidad contractual (por el contrario, en la etapa probatoria quedará demostrado que fue el FONDO el que incumplió desde un primer momento sus obligaciones), la consecuencia solo puede ser una: no se demuestra la ocurrencia del siniestro, por lo que es claro que de ninguna manera puede hacerse exigible la obligación en cabeza de **SEGUROS DEL ESTADO**, como quedará demostrado en este proceso.

12. AUSENCIA DE SINIESTRO POR EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO DE LA PÓLIZA NO. 45-45-101041812

Señores Magistrados, pedir en la demanda que se reembolse el anticipo “no amortizado” resulta insensato y temerario por tres (3) razones:

1. Respecto del anticipo también operó la prescripción propia del contrato de seguro, como ya se indicó.
2. La totalidad del anticipo desembolsado fue debidamente invertido por el contratista.
3. El amparo de amortización no fue contratado, ni podría serlo, y cobrar el anticipo no amortizado es una no es nada distinto a una pretensión de enriquecimiento sin justa causa de la Entidad.

En esta excepción me referiré a los numerales 2 y 3 (pues el 1 se trata en el acápite de Prescripción):

La totalidad del anticipo fue debidamente invertido por el contratista.

Como bien lo saben los señores Magistrados, el pacto de anticipo es un acuerdo excepcional para dar liquidez inicial al contratista, luego de un análisis de viabilidad de carácter técnico, jurídico y económico que debe realizar la Entidad.

Ese anticipo debe ser invertido por el contratista, de conformidad con un plan de inversión, al cual le hace seguimiento de ejecución no sólo la interventoría sino también la misma entidad, quienes autorizan desembolsos sucesivos en la medida en que el contratista les acredita que ha invertido adecuadamente los dineros previamente desembolsados a título de anticipo.

El buen manejo y correcta inversión del anticipo, como ya lo ha reconocido el Consejo de Estado en repetidas decisiones, es una figura completamente distinta a la amortización del anticipo, de tal manera que no resulta acertado afirmar que no hubo correcta inversión del anticipo, por el simple hecho de no haberse amortizado la totalidad del anticipo.

La obligación de invertir adecuadamente el anticipo se cumple cuando se invierte de conformidad con el plan de inversión del anticipo y se incumple cuando no se invierte o no se invierte de conformidad con el plan de inversión, y sólo en estos últimos eventos se puede exigir una reparación al contratista o la afectación del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Aunque en este caso se lo tendría que cobrar exclusivamente al contratista en la medida en que operó la prescripción también respecto del amparo de anticipo.

El primer párrafo de las Condiciones Generales del contrato de seguro en cuestión es claro al indicar que:

*"SEGUROS DEL ESTADO S.A. EN ADELANTE DENOMINADA LA ASEGURADORA, EXPIDE EL PRESENTE CONTRATO DE SEGURO, SUJETO A ESTAS CONDICIONES GENERALES, LAS CUALES ESTÁN DEBIDAMENTE DEPOSITADAS EN LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y A LAS CONDICIONES PARTICULARES QUE SE DELIMITAN EN SU ALCANCE Y VIGENCIA **SEGÚN LOS AMPAROS OTORGADOS EN FORMA EXPRESA EN LA CARÁTULA DEL SEGURO**, CONFORME A LO NORMADO EN EL ARTÍCULO 1047 DEL CÓDIGO DE COMERCIO".*

En el recuadro "AMPAROS" de la carátula de la póliza en mención se consignan de manera expresa los amparos otorgados por **SEGUROS DEL ESTADO**, como son:

AMPAROS				
RIESGO: CONSTRUCCION DE OBRAS CIVILES				
AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEG/ACTUAL	SUMA ASEG/ANTERIOR
CUMPLIMIENTO	29/04/2015	23/02/2019	\$2,718,090,052.80	\$2,718,090,052.80
BUEN MANEJO DEL ANTICIPO	29/04/2015	23/12/2018	\$2,718,090,052.80	\$2,718,090,052.80
SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	29/04/2015	23/06/2021	\$906,030,017.60	\$906,030,017.60
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	SI AMPARA 5 AÑOS, 0 MESES Y 1 DÍAS *		\$2,718,090,052.80	\$2,718,090,052.80

Que esos sean los únicos amparos también está reconocido por el apoderado de la accionante en su escrito de demanda, en el hecho 9. Es más, ni siquiera hay una vigencia de un amparo relacionado con la "no amortización", como sí lo hay para el amparo de cumplimiento, para el amparo de obligaciones laborales, para el amparo de estabilidad, entre otros, ni tampoco hay un valor asegurado para la "no amortización", y ya se dijo -y se insistirá- que no cabe dentro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, como también la he reiterado el Consejo de Estado.

El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo está definido en el decreto 1082 de 2015 de la siguiente manera:

"Artículo 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo".

Por su parte, la póliza de cumplimiento expedida por mi mandante define el amparo de anticipos, así:

1.2. ANTICIPOS

CUBRE CONTRA LOS PERJUICIOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA DERIVADOS DE LA NO INVERSIÓN, USO INDEBIDO, APROPIACIÓN INDEBIDA DE LAS SUMAS EN DINERO O ESPECIE QUE SEAN ENTREGADAS EN CALIDAD DE ANTICIPO. SE ENTIENDE QUE ELLO HA OCURRIDO CUANDO LOS BIENES O DINERO NO SE HAN APLICADO O UTILIZADO EN EL DESARROLLO DEL CONTRATO O EN LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA. CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS EN CALIDAD DE ANTICIPO, ÉSTOS DEBERÁN TASARSE EN DINERO PREVIAMENTE EN EL CONTRATO.

Nótese que tanto la ley como el contrato se refieren al buen manejo y correcta inversión del anticipo, como aquellos perjuicios sufridos por la Entidad cuando, únicamente, no se invierta el anticipo o se invierta mal el anticipo.

Y resulta que en el marco de este contrato todos los valores entregados a título de anticipo al contratista se invirtieron y se invirtieron adecuadamente, cumpliendo así su obligación derivada del pacto de anticipo.

Eso no sólo lo reconoce la interventoría, sino que no hay un solo reclamo al contratista por haber invertido mal el anticipo.

En conclusión, si todo el anticipo se invirtió correctamente por parte del contratista, no hay perjuicio de la entidad por falta de inversión del anticipo o por indebida inversión del anticipo, y así el contratista no adeuda por anticipo valor alguno, como tampoco la Aseguradora que es sólo la garante.

Es más, ni siquiera se afirma en los hechos de la demanda que el anticipo se haya invertido inadecuadamente, ni se pide en las pretensiones de la demanda que se declare que el anticipo fue indebidamente invertido. En ese sentido, el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo es intocable dentro de este proceso.

Y, reitero, con cargo al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo no se puede, jamás, cobrar el anticipo no amortizado, como ya lo ha indicado repetidamente el Consejo de Estado.

Y vale la pena resaltar la diferenciación que hace el Consejo de Estado en repetidas y recientes decisiones, entre el buen manejo y correcta inversión del anticipo y la amortización del anticipo:

“El anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia- de ninguna manera- que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo; razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha asumido posiciones distintas sobre este particular: en unos casos ha señalado que la no amortización del anticipo permite hacer efectiva la póliza, asimilando incorrecta inversión como no amortización, con lo que se desconoce la estipulación contractual que es de donde debe deducirse el alcance de una obligación; y en otros casos ha indicado que el amparo de amortización solo puede hacerse efectivo cuando efectivamente se haya pactado que la compañía garantiza tal riesgo”³³

Así mismo, en otra oportunidad, el Consejo de Estado expresó lo siguiente:

En el acto administrativo demandado, el mismo Invías indicó que había prueba de que el anticipo fue invertido en la obra, pero que declaraba el siniestro porque no había sido amortizado. En ese sentido, este hecho está probado dentro del proceso porque el propio acto administrativo demandado reconoce que la Interventoría había señalado que el anticipo fue invertido en la obra. En este caso, entonces, no le corresponde al demandante acreditar la ocurrencia de este hecho que, en virtud de la presunción de legalidad del acto administrativo, se reputa cierto, salvo que la entidad hubiera acreditado lo contrario.

Teniendo en cuenta el alcance de la garantía, es claro que no procedía la declaratoria de siniestro, porque la entidad fundamentó la decisión únicamente en la ausencia de amortización. Este riesgo, como se pudo constatar, no está cubierto por la garantía otorgada. En reciente providencia, con ponencia de este despacho, la Sala aclaró este asunto, así:

<<39.- El contratista, frente al anticipo, que ha sido calificado correctamente como un avance o préstamo que se le hace para que

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

pueda cubrir los gastos iniciales del contrato, tiene dos obligaciones totalmente distintas:

- a. De una parte, manejarlo adecuadamente e invertirlo correctamente. Para tal fin en el contrato se debe pactar la manera como debe manejar estos recursos y rendir las cuentas correspondientes. Es posible que la cuenta a través de la cual se maneje el anticipo solo pueda ser utilizada con la firma del interventor, y también que deba <<legalizar>> los gastos, en un plazo determinado, con el objeto de demostrar que lo ha manejado adecuadamente y lo ha invertido correctamente. Esta obligación es la que está cubierta con la póliza expedida por la Compañía de Seguros y, para que la Compañía esté obligada a pagarla, debe declararse que el contratista la incumplió, lo que no ocurrió en este caso.*
- b. De otra parte, tiene la obligación de amortizarlo, devolverlo o pagar la suma que le fue entregada a título de anticipo. Esta obligación no está garantizada por la póliza. En este caso, el amparo de anticipo no cubre el riesgo de no amortización, devolución o pago del anticipo, como quiera que no se pactó así expresamente dentro del alcance de la póliza. Por tal razón no puede condenarse a la compañía por este concepto.*

(...)

40.- Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente —como lo hace el tribunal— que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo. Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia —de ninguna manera— que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo; razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado.

(...)

42.- Para la Sala es claro que lo que cubre el amparo de **buen manejo y correcta inversión del anticipo son los perjuicios derivados del incumplimiento de estas obligaciones y no de la obligación de amortizar el anticipo**, si dicha obligación no fue amparada expresamente por la Compañía de Seguros.

Igualmente es claro que existe una diferencia entre este amparo (buen manejo y correcta inversión del anticipo) y el amparo de cumplimiento, el cual garantiza el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, y que en el caso concreto cubrió el pago de la cláusula penal que asumió la Compañía de Seguros.³⁴

En definitiva, como ya se dijo, el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, que es el único relacionado con el anticipo que se encuentra en la lista de amparos, no puede ser afectado por el Honorable Tribunal.

El amparo de “no amortización” no fue contratado, ni podría serlo, y se pretende un enriquecimiento sin causa del FONDO.

Que la “no amortización” se mencione en la póliza no significa que haya un amparo de no amortización contratado, tanto así que la ley no prevé siquiera su contratación -pues no lo considera un riesgo asegurable- y las Condiciones Generales no lo definen, como sí define los amparos que son susceptibles de ser contratados. Es más, en recuadro de amparos de la póliza no hay ninguno relacionado con “no amortización”, ni podría estarlo.

Cuando se hace mención en la póliza a la “no amortización” es porque la amortización es la primera prueba natural del buen manejo y correcta inversión del anticipo que fue previamente desembolsado.

La amortización del anticipo es el producto del avance de obra que se le cobra a la entidad por medio de actas de obras, de las cuales la entidad descuenta un porcentaje con el fin de amortizar el anticipo que fuere previamente entregado al contratista e invertido por éste.

La amortización se realiza, gradualmente, a lo largo de la etapa contractual, con el fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa del contratista, en la medida en que, si la entidad no efectúa los descuentos a las actas presentadas por el

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de noviembre de 2020, exp. 47760.

contratista y, por el contrario, pagara el acta completa, este último se vería enriquecido al finalizar en el contrato, porque nunca le descontaron el anticipo.

En otras palabras, el contratista tiene la obligación (prestación de hacer) de realizar la obra, y, consecuentemente, tiene el derecho a cobrar a la entidad la contraprestación parcial -pago- por ese avance de obra. Una vez el contratista ejerce ese derecho, cobrando a la entidad el pago parcial por avance de obra, es la entidad la que descuenta un porcentaje de la factura. Y es ahí que se produce una amortización parcial del anticipo. Y esos descuentos que hace la Entidad, con los que se va amortizando el anticipo, son los que evitan el enriquecimiento sin justa causa del contratista al momento de finalización normal del contrato.

El "anticipo", entonces, son dineros del contratante, entregados al contratista, usualmente en contratos de tracto sucesivo, para que éstos sean invertidos en la ejecución del contrato. Este tipo de anticipo es regulado en el artículo 91 de la Ley 1474, disposición que señala:

ARTÍCULO 91. Anticipos. *En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía. El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.*

PARÁGRAFO. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal.

Ahora bien, esos dineros, propiedad del contratante en materia de contratación estatal -pese a ser una obligación dineraria- deben ser posterior y periódicamente devueltos a este último a través del proceso contable de amortización, el cual se realiza a lo largo de la ejecución del contrato, descontando porcentajes de cada factura presentada por el contratista. La amortización, entonces, es una devolución contable (**no es una devolución material**) de los recursos, pues si ya fueron invertidos en la obra del contratante, sería absurdo, económica y jurídicamente, que el contratista, pese a haberlos invertido, los tuviera que devolver materialmente, pues ello produciría, sin lugar a duda, un enriquecimiento sin justa causa de la entidad contratante.

Es más, cuando el contrato termina anticipadamente, la amortización se vuelve irrelevante en la medida en que ahora será la liquidación del contrato la que defina realmente los créditos recíprocos entre las partes negociales, y esa liquidación tendrá que valorar lo relacionado con el cumplimiento del contrato y lo relacionado con la inversión del anticipo. La devolución contable, el proceso contable, que representa la amortización se torna inútil financieramente, y la amortización ya no será la prueba natural de la inversión, sino que se tendrá que acudir a otros medios probatorios en escenario de liquidación (bilateral, unilateral o judicial).

Así, que no se haya iniciado o terminado la amortización del anticipo de ninguna manera significa que el anticipo no haya sido invertido, como resulta obvio. En sentido contrario, el anticipo pudo haber sido invertido en la obra del contratante, pero no amortizado debido a una terminación anticipada del contrato.

Me permito ilustrarlo mediante evidente ejemplo de la siguiente manera. Si a un contratista cualquiera le entregan unos dineros a título de anticipo y éste lo invierte adecuadamente en la obra, de conformidad con el plan de inversión, pero una vez invertido ese anticipo, el contrato se termina por cuanto las partes concluyen que su ejecución es inviable o ilegal, pues evidentemente no se habría podido amortizar valor alguno.

Ahora bien, en ese mismo ejemplo, resultaría inaceptable jurídicamente que el contratista que invirtió correctamente el anticipo, y a quien le terminaron anticipadamente el contrato, ahora tenga que devolver -de sus propios recursos- el anticipo -que está invertido en la obra del contratante-.

Es decir, la entidad contratante, entonces, se habría beneficiado de lo adquirido o realizado con el anticipo -que fuere correctamente invertido por el contratista-, y aún así quiere que le paguen el anticipo.

El contratista tendría que sacar de sus propios recursos el equivalente al anticipo entregado e invertido, y a la Entidad le salió gratis lo logrado con el anticipo porque tiene lo realizado con el anticipo y la plata que devolvió el contratista por no haber amortizado el anticipo.

Eso, señores Magistrados, es un evidente enriquecimiento sin justa causa de la Entidad contratante, lo cual está prohibido por nuestro ordenamiento jurídico y debe ser confirmado por Ustedes porque es precisamente lo que pretende el apoderado del **FONDO**.

Aquí ocurre precisamente eso. El contratista invierte bien el anticipo, pero el contrato es inejecutable como lo reconoció la misma Entidad y la Interventoría - aunque pareciera que el apoderado de la accionante no leyó los mismos documentos que aportó y siguió la orden de demandar, incluso temerariamente-.

Y ahora, pese a que el anticipo se invirtió bien, le quieren cobrar a la aseguradora -ni siquiera al contratista, lo cual resulta extraño-, el valor no amortizado.

Si el anticipo se invirtió bien, la entidad no tiene daño por la falta de amortización, mucho menos cuando la razón por la que no se pudo amortizar es la inejecutabilidad del contrato por errores en los diseños, como lo reconoció la misma Entidad y la Interventoría.

Si la entidad, pese a que el anticipo se invirtió adecuadamente en la obra, recibe el valor pretendido por no amortización, se habría enriquecido sin justa causa porque no tuvo daño.

Si, por el contrario, el problema es que no se invirtió parte del anticipo, entonces estamos en un escenario distinto, que es el de apropiación del anticipo o incorrecta inversión si es que se invirtió mal. Pero ahí sí habría daño de la entidad y sí se podría debatir válidamente si se debe afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión -aunque no se haya pedido en esta demanda-.

Pero aquí se pide algo distinto; en este caso, el **FONDO** se benefició contractualmente de la inversión del anticipo y de las obras que era ejecutables, y ahora pretende que ese beneficio que recibió producto de la inversión del anticipo le sea un doble beneficio, pidiendo que la paguen lo que no se amortizó, pero que fue invertido en el mismo contratante. Es decir, el FONDO recibiría el beneficio de lo invertido en la obra con recursos del anticipo Y el valor del anticipo. Es decir, le salió gratis a la Entidad lo realizado por el contratista con el anticipo.

En un ejemplo: Si la entidad entregó 10 pesos a título de anticipo y estos fueron correctamente invertidos en la obra de la entidad, resulta absurdo que el contratista tenga que devolver los 10 pesos que ya invirtió en la obra. Si se aceptara que los tiene que entregar, pese a que se invirtieron bien, la Entidad quedaría al final con los 10 pesos invertidos en su obra y otros 10 pesos adicionales. Esos otros 10 pesos son el enriquecimiento sin causa del contratante, y reflejan un empobrecimiento injustificado del contratista que, pese a invertir los 10 pesos, ahora tiene que sacar de su patrimonio, sin razón alguna, otros 10 pesos. Por eso la amortización es una devolución contable, no una devolución material de recursos.

Visto desde otro ángulo, si la Aseguradora tuviera que pagar el anticipo “no amortizado”, pese a que fue correctamente invertido, se estaría transgrediendo el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, previsto en el artículo 1088 del código de comercio, porque estaría pagando donde no hubo daño.

Ahora bien, si hipotéticamente se admitiera que la “no amortización” puede ser garantizada y que fue efectivamente garantizada -que no lo fue y no lo podría ser-, la indemnización de la aseguradora (porque las aseguradoras indemnizan daños ciertos) tendría que ordenarse respetando el carácter indemnizatorio del contrato de seguro.

Lo anterior implica que al anticipo entregado y “no amortizado” que se pueda ordenar pagar al contratista o a la aseguradora, necesariamente se le debe descontar primero el valor invertido correctamente en la obra, pues de lo contrario no se estaría indemnizando sino enriqueciendo sin causa al contratista.

En un ejemplo: Si de los 10 pesos entregados a título de anticipo, no se amortizaron 10 pesos, para efectos de una verdadera indemnización (que respete el carácter indemnizatorio), se tendría que examinar el valor que fue invertido. Si no se invirtió nada, se podrán indemnizar los 10 pesos. Si se invirtieron bien los 10 pesos, no habrá lugar a una indemnización. Si hubo inversión parcial, se tendrá que descontar ese valor para efectos de evitar enriquecimiento injustificado.

Y lo anterior no es sólo con ocasión del artículo 1088 del código de comercio que se refiere al carácter indemnizatorio del contrato de seguro, pues también lo es con ocasión del derecho general de daños.

Si la Entidad no demuestra cuál fue su verdadero daño, no puede recibir dineros sin causa, no le puede cobrar un daño inexistente al contratista y menos a la aseguradora garante, y tampoco tratarlo como si fuera a título de sancionatorio o conminatorio, pues el contratista y la entidad indemnizan si verdaderamente hubo un daño y éste se acredita.

Con tan sólo afirmar que no se amortizó determinado monto del anticipo, no se está acreditando que hubo daño o la magnitud del perjuicio, como tampoco lo estaría acreditando con la sola afirmación de no inversión. La Entidad tiene que probar su daño, su afectación patrimonial, relacionado con el anticipo, si quiere ser indemnizada, pues la verdadera indemnización sólo puede seguir a un daño indemnizable cierto. Y esto **no** lo ha hecho -no ha probado un daño relacionado

con el anticipo- y **no** lo podrá hacer porque la realidad es que el anticipo se invirtió y la ausencia de devolución contable (que no material), que es la amortización, **no** afecta el patrimonio de la Entidad, como lo bien lo saben los señores Magistrados.

Debido a lo anterior, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados que declaren probada esta excepción e impidan el enriquecimiento sin justa causa que pretende el FONDO al solicitar que se le devuelvan materialmente los dineros entregados a título de anticipo, especialmente cuando sabe que fueron debidamente invertidos en la obra. Esto, ante todo, impide que se declare responsabilidad del contratista frente al anticipo -la cual, además, no se pide en la demanda-, e impide que se afecte un amparo de anticipo que tiene por finalidad proteger el patrimonio de la Entidad, no enriquecerla sin causa, y ante todo, que se respete la noción de daño reparable y el carácter indemnizatorio del contrato de seguro.

13. AUSENCIA DE AMPARO POR AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO NO NOTIFICADO A LA ASEGURADORA – CESIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS

Una de las principales obligaciones que la ley mercantil le impone al asegurado durante el transcurso de la vigencia del contrato de seguro, es la de mantener el estado del riesgo, como claramente lo exige el artículo 1060 del Código de Comercio. Lo que se pretende con tal obligación, es preservar el equilibrio entre la prima o precio del seguro y el riesgo asumido por la aseguradora. Al respecto, el Consejo de Estado indicó:

“Según el artículo 1060 transcrito, 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 signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad.

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas (artículo 1074 C. Cio.). El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes (artículo 1075 ibídem).

En el presente asunto la parte actora sostiene que la demandada omitió notificarle la ocurrencia del siniestro, una vez conocido el incumplimiento de Avianca, al tiempo que desconoció su propia reglamentación, en cuanto a la toma de medidas de suspensión de los vuelos y del permiso de operación, entre otras.

Sobre el particular cabe precisar que, en los términos del artículo 1060 del C. Cio., correspondía a la demandada considerar los intereses de la aseguradora, en todo tiempo, procurando mantener el equilibrio de cargas en el contrato de seguro; comparecencia que, de por sí, guarda consonancia con el mantenimiento del riesgo³⁵.

Para lograr esta finalidad de preservación del equilibrio entre riesgo asumido y prima pagada, el artículo 1060 del Código de Comercio le impone al asegurado la obligación de notificar al asegurador cualquier hecho que modifique el estado del riesgo con posterioridad a la celebración del contrato, que implique una agravación del riesgo, con el fin de que la aseguradora pueda tomar una de dos decisiones: revocar el contrato o continuar con el mismo, previo reajuste del valor de la prima, con el objeto de que guarde equilibrio con el riesgo agravado, como simplemente lo explica el inciso tercero del mismo artículo 1060.

Naturalmente, el mismo artículo 1060, en el inciso siguiente, se encarga de sancionar el incumplimiento de esa obligación de notificación de la agravación del riesgo, ordenando consecuencias jurídicas como son: la terminación del contrato desde el mismo momento en que se incumplió la carga, y, cuando se demuestra mala fe, el asegurador podrá retener la prima no devengada como sanción adicional.

Como toda la obligación de notificación al asegurador sobre circunstancias agravantes del riesgo, también se halla sujeta a plazos precisos para su cumplimiento.

En tal sentido, contempla el inciso segundo del artículo 1060 del Código de Comercio, dos posibles situaciones, e indica para cada una de ellas el plazo con que cuentan tomador y asegurado para proceder a la notificación de la agravación.

i) La primera de esas hipótesis se refiere a los eventos en que la agravación del riesgo depende, o proviene, del arbitrio del asegurado, caso en el cual se deberá

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercero, Sentencia del 22 de febrero de 2016, Exp. 34226, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

informar a la aseguradora con antelación no menor de 10 días a la fecha de la modificación del riesgo.

ii) La segunda, en cambio, se refiere a circunstancias extrañas a las partes del contrato de seguro, caso en el cual el asegurado tendrá que informar a la aseguradora dentro de los 10 días siguientes a la modificación del estado del riesgo.

Ahora bien, respecto de la agravación en el estado del riesgo en el seguro de cumplimiento, la jurisprudencia y la doctrina han repetido insistentemente que **cuando las partes, apartándose de lo inicialmente pactado y que fuera conocido y asumido por la aseguradora, desconocen el contenido del contrato principal, se agrava el estado del riesgo, pues el riesgo ya no** es el mismo por el que se cobró determinada prima.

Ahora bien.

Es incontrovertible que, durante la ejecución del contrato se presentaron diversas modificaciones al contrato No. 259 de 2014 avaladas por la Entidad Contratante, que no fueron notificadas a la aseguradora, lo que indefectiblemente generó la terminación anticipada del contrato de seguro por agravación del estado del riesgo, particularmente se hace referencia a la suscripción del otrosí no. 2 de fecha 3 de diciembre de 2014 mediante el cual la Entidad autorizó al **CONTRATISTA** la cesión de derechos económicos derivados del contrato No. 259 de 2014 a favor de ROCALES Y CONCRETOS 2014 que **no fue notificado a la aseguradora.**

Lo anterior es indiscutible, se configuró una agravación del estado del riesgo por la modificación de las condiciones inicialmente pactadas que fue aceptada por la entidad contratante, pero que **NUNCA** fue notificada de ninguna manera a mi mandante, aspecto que tiene como efecto la ausencia absoluta de amparo de la póliza No. 45-45-101041812 para el caso concreto, como le solicito a los Honorables Magistrados declaren.

14. AUSENCIA DE AMPARO POR AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO NO NOTIFICADO A LA ASEGURADORA – SUSPENSIONES Y AMPLIACIONES DEL CONTRATO

Como se explicó previamente, la agravación del estado del riesgo no informada tiene como efecto la ausencia absoluta de cobertura de la póliza para el caso

concreto, puesto que denota un desequilibrio entre los riesgos asumidos por el asegurado y la prima inicialmente pactada.

Así las cosas, debe indicarse que la entidad estatal avaló y aceptó las diversas suspensiones y ampliaciones- a excepción de la suspensión No.1- a que hace referencia el demandante en su demanda, y que **NO** fueron notificadas a la aseguradora.

Dicha falta de notificación a la Aseguradora dentro del término establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio, produce, como es claro, la ausencia absoluta de cobertura de la póliza No. 45-45-101041812, de manera que no hay lugar a condenar a **SEGUROS DEL ESTADO**, con fundamento en un contrato de seguro que no ampara los hechos que nos convocan.

En conclusión, en la medida en que se configuró la agravación del estado del riesgo no notificada al asegurador, en razón del incumplimiento de la obligación descrita en el artículo 1060 del Código de Comercio, le solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados, exoneren de toda responsabilidad a mi mandante y declaren probada la presente excepción.

15. AUSENCIA DE AMPARO POR AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO NO NOTIFICADO A LA ASEGURADORA – AJUSTES A LOS DISEÑOS INICIALES DE TYP SA

En línea con lo expuesto es preciso señalar que los ajustes a los diseños iniciales adelantados por **TYP SA NUNCA FUERON NOTIFICADOS A SEGUROS DEL ESTADO.**

Como se sabe, en relación con el ítem "*puente la Balastera*" durante la ejecución del contrato por parte del **CONTRATISTA** se evidenció que los diseños iniciales – realizados por **TYP SA**- no cumplían con los requisitos técnicos previstos para tal efecto, lo que fue puesto en conocimiento por el **CONTRATISTA** al **FONDO**, ocasionando que, por solicitud de la Entidad Contratante, **TYP SA** – diseñador- realizara ajustes a los diseños iniciales; no obstante, los mismos, nuevamente, fueron absolutamente inviables.

Debe reiterarse que, durante el proceso de construcción de los caissons en el puente de la Balastera, el **CONTRATISTA** evidenció desplazamientos de los anillos por los movimientos del terreno, que impedía la construcción del puente, toda vez que las condiciones del terreno que no fueron tenidas en cuenta por el **FONDO** en los diseños y estudios previos del contrato realizadas por **TYP SA**.

Los diseños y estudios previos realizados por **TYPSA** y aceptados por el **FONDO** no cumplían los requisitos técnicos y, lo que es peor, no correspondían exactamente al lugar en el que se construiría el puente, lo que produjo, incuestionablemente, que el puente no pudiera ser construido con esos diseños.

Lo anterior fue tan relevante que ocasionó las diversas suspensiones y prorrogas al contrato con el fin de realizar nuevos estudios de geotécnica y refracción sísmica en el lugar en el que se ejecutaría el proyecto con el fin de permitirle al **CONTRATISTA** la construcción del puente.

Así pues, los nuevos diseños del puente realizados por **TYPSA** y entregados por el **FONDO** al **CONTRATISTA** determinaban que el puente ya no tendría 45 metros luz sino, 34 metros luz modificando totalmente el objeto contractual, no satisfaciendo así los requerimientos técnicos y siendo, por demás, insuficientes. Esto quiere decir además que la modificación fue sustancial, toda vez que se disminuyó el metraje del puente en un amplio margen, alejándose de lo pactado en el contrato y generado una evidente desproporción entre los riesgos asumidos y la prima devengada.

Nótese que se las modificaciones resultaron agravando el estado del riesgo, a tal punto que continuaron las suspensiones y las interrupciones en la ejecución del contrato.

Fueron tan relevantes las modificaciones advertidas que se advirtió con posterioridad acerca de las deficiencias de los diseños, lo que derivó en la imposibilidad de entregar los 3 ítems contratados.

Así las cosas, se encuentra plenamente demostrado que estas alteraciones en los diseños iniciales de la obra agravaron notoriamente el estado del riesgo que fuera conocido y asumido por SEGUROS DEL ESTADO, sin que dicha agravación se hubiera notificado en los términos legales, motivo por el cual solicito se declare la presente excepción y se exonere de toda responsabilidad a mi mandante.

16. AUSENCIA DE AMPARO POR AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO NO NOTIFICADO A LA ASEGURADORA – VENCIMIENTO DE LOS PERMISOS Y LICENCIAS AMBIENTALES

Debe reiterarse que la agravación del estado del riesgo no notificada en el término legal al asegurador acarrea serias consecuencias en lo que respecta al contrato de

seguro, puesto que este carecerá de todo amparo respecto de los hechos que dan lugar al litigio, esto en virtud del incumplimiento de las cargas de las partes del negocio jurídico y la alteración del equilibrio entre los riesgos asumidos y el valor de la prima inicialmente pactado.

En el caso que nos ocupa, se logra evidenciar que se vencieron los permisos y las licencias ambientales durante la suspensión del contrato y, posterior a ello, fueron negados para la construcción del puente de acuerdo a los diseños entregados por **TYPSA**, hecho que **NUNCA** fue notificado a mi mandante.

Lo anterior agravó el estado del riesgo amparo a tal punto que el *“reforzamiento sobre el puente del rio guargüero”* no pudo ejecutarse debido a que la ANLA negó los permisos ambientales y el *“puente Balastreira”* no se ejecutó, todo derivado del vencimiento de las licencias y la consecuente negativa de una posterior expedición de los mismos por parte de la ANLA.

Es evidente que las circunstancias aquí descritas agravaron el estado del riesgo, imposibilitando el cumplimiento del contrato, todo sin que haya mediado notificación en el término legalmente previsto a **SEGUROS DEL ESTADO**, de manera que la consecuencia es clara: hay inexistencia absoluta de amparo de la póliza No. 45-45-101041812 en el caso concreto, como respetuosamente le solicito a los Honorables Magistrados lo declaren.

17. AUSENCIA DE COBERTURA POR EXCLUSIÓN EXPRESA DE LA PÓLIZA – HECHO DEL ACREEDOR

La autonomía privada, consagrada en el artículo 1602 del Código Civil, así como la libertad contractual, consustancial a la primera, permiten a las partes, entre otros aspectos, establecer voluntariamente si se quiere contratar, qué contratar, con quién contratar y cómo contratar.

Respecto del contrato de seguro, el artículo 1056 del Código de Comercio establece que:

“Con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos que estén expuestos el interés asegurable o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

Asimismo, la doctrina ha establecido que: *“con el negocio el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que **expresa directamente el objeto de su querer, y éste es una regulación vinculante de sus intereses** en las relaciones con otros”*³⁶. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Por su parte, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a la autonomía de la voluntad de la siguiente manera:

*“El principio de autonomía de la voluntad privada ha sido definido como el poder de las personas, reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”*³⁷.

Descendiendo al caso concreto, como podrá observar el Despacho, la póliza expedida por mi mandante es bastante clara. Nótese, de conformidad con la exclusión 2.1 consagrada en el numeral 2 del Clausulado General de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares No. 45-45-101041812 se estableció:

“EXCLUSIONES

2.1. CAUSA EXTRAÑA

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

Ahora bien, **en el presente caso, ha ocurrido, precisamente, una culpa exclusiva del acreedor,** es decir, del **FONDO**, la cual configura la exclusión reseñada.

En el presente caso es evidente que en caso de que el asegurado hubiera sufrido un daño, ese daño sería única y exclusivamente imputable al **FONDO**, quien no realizó adecuados estudios previos ni diseños que arrojaran como resultado las condiciones específicas del terreno que permitieran la adecuada construcción del objeto contratado y, además, garantizaran la estabilidad, pues, en definitiva ni los diseños iniciales ni los complementarios cumplían con los requisitos técnicos necesarios para construir una obra de tal magnitud, estudios y diseños que le correspondía al **FONDO** garantizar que fueran correctos, y que pro su desidia no

³⁶ Emilio Betti, Teoría General Del Negocio Jurídico, Editorial Comares, Granada, 2010, P.59

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 1194/08.

corroboro, pues, solo hasta la ejecución contractual se evidenciaron los vicios de las zonas a intervenir.

Pero no siendo suficiente lo anterior, el **FONDO** no se preocupó por modificar los diseños para que fueran adecuados, ya que se limitó a solicitar a **TYPSA** el reajuste de los diseños sin verificar que aquellos fueran adecuados, ya que se comprobó que las nuevas alternativas propuestas no eran viables, por entre otras razones, la imposibilidad de transportar e instalar la maquina Piloteadora y no entregar el estudio de estabilización de taludes en el que se pretendía ejecutar el puente.

Así, en el remoto e hipotético caso en que su Despacho encuentre probado el incumplimiento del **CONTRATISTA**, el Despacho **TENDRÁ QUE CONCLUIR INDEFECTIBLEMENTE QUE NO PUEDE DERIVARSE OBLIGACIÓN ALGUNA EN CABEZA DE SEGUROS DEL ESTADO POR HABERSE CONFIGURADO UNA CLARA EXCLUSIÓN DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA**, ya que de existir – que no existe – incumplimiento por parte del **CONTRATISTA** este se dio única y exclusivamente como consecuencia de los hechos de la demandante.

En consecuencia, le solicito al Despacho de manera respetuosa que declare la ausencia de cobertura de los daños reclamados en la demanda, y en consecuencia, exonere de responsabilidad a **SEGUROS DEL ESTADO**.

18. AUSENCIA DE COBERTURA POR EXCLUSIÓN EXPRESA DE LA PÓLIZA – HECHO DE TYPSA

Como se indicó, la autonomía privada, como un poder autonormativo en virtud del cual se permite a un sujeto disponer de sus intereses a través de una *figura iuris*, prevé, entre otras proyecciones, la posibilidad de determinar el contenido del negocio jurídico -acto de autonomía privada-, siendo posible entonces que el asegurador prefije, en razón de que el mismo se obliga a una particular prestación de seguridad, el alcance de sus obligaciones.

Lo anterior fue consagrado expresamente por nuestro legislador mercantil en el artículo 1056 del Código de Comercio, el cual, como se explicó implica de suyo que el asegurador puede excluir expresamente ciertos riesgos particulares.

Así pues, en virtud de la autonomía privada, de conformidad con la exclusión 2.1 consagrada en el numeral 2 del Clausulado General de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares No. 45-45-101041812 se estableció:

"EXCLUSIONES

2.1. CAUSA EXTRAÑA

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

Pues bien, fue el obrar exclusivo y determinante de TYP SA el que ocasionó el supuesto daño que ahora reclama la entidad, puesto que, en primer lugar y en relación con el ítem "*puente la Balastera*" durante la ejecución del contrato por parte del **CONTRATISTA** se evidenció que los diseños entregados por el **FONDO** – realizados por TYP SA- no cumplían con los requisitos técnicos, lo que fue puesto en conocimiento por el **CONTRATISTA** al **FONDO**, ocasionando que por solicitud de la Entidad Contratante, **TYP SA** – diseñador- realizara ajustes a los diseños iniciales.

Sin embargo, los nuevos diseños fueron absolutamente deficientes e inviables.

En suma, **TYP SA** incumplió gravemente sus obligaciones, a tal punto que no tuvo en cuenta en el desarrollo del diseño que podían existir desplazamientos de los anillos por los movimientos del terreno, aspecto que impedía todo proceso constructivo. Estas fallas de estabilidad generaron suspensiones y ocasionaron los retrasos que luego catalogó la demandante como incumplimientos.

Los diseños y estudios previos realizados por **TYP SA** y aceptados por el **FONDO** no cumplían los requisitos técnicos y, lo que es peor, no correspondían exactamente al lugar en el que se construiría el puente, lo que produjo, incuestionablemente, que el puente no pudiera ser construido con esos diseños.

Debido a lo anterior, se produjeron diversas suspensiones y prorrogas al contrato con el fin de realizar nuevos estudios de geotécnica y refracción sísmica en el lugar en el que se ejecutaría el proyecto con el fin de permitirle al **CONTRATISTA** la construcción del puente.

Así las cosas, estando plenamente acredita la intervención directa y exclusiva de TYP SA en la causación del daño, es evidente que no podrá haber duda, se ha configurado el hecho de tercero como causa extraña y, asimismo, la exclusión pactada en el contrato de seguro.

Por lo anterior, le solicito a los Honorables Magistrados que declare la ausencia de cobertura de las pretensiones de la demanda y, por lo tanto, exonere de responsabilidad a **SEGUROS DEL ESTADO**.

19. AUSENCIA DE COBERTURA POR EXCLUSIÓN EXPRESA DE LA PÓLIZA – HECHO DE LA ANLA

Las partes del contrato de seguro pactaron la siguiente exclusión:

“EXCLUSIONES

2.1. CAUSA EXTRAÑA

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

Pues bien, en el presente caso es evidente que se configuró la presente exclusión por cuanto está plenamente demostrada que el *“reforzamiento sobre el puente del rio guargüero”* no pudo ejecutarse debido a que la **ANLA** negó los permisos ambientales y el *“puente Balastreira”* no se ejecutó por negación de los permisos ambientales de la entidad competente.

Fue el obrar de la **ANLA**, el que ocasionó los retardos que ahora cataloga la demandante como incumplimiento, es decir, la causa eficiente y directa del daño que ahora se alega **FUE EL OBRAR DE LA ANLA**. En ese sentido, debido a la imposibilidad de obtención de los permisos ambientales en el frente de obra *“puente guargüero”* el contratista no pudo ejecutar el ítem.

En este orden de ideas, está plenamente acreditado el **HECHO DEL TERCERO** como causa extraña que da lugar a la configuración de la excepción expuesta, motivo por el cual le solicito a los Honorables Magistrados, se declare probada la exclusión explicada y se exonere de toda responsabilidad a mi mandante.

20. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA INDEMNIZACIÓN PACTADO EN LA PÓLIZA

En el hipotético caso en que se considere que la indemnización si es procedente, su Despacho deberá atender el principio de proporcionalidad consagrado en nuestro ordenamiento. A saber, el principio de proporcionalidad hace referencia al equilibrio que deber existir en la relación contractual, la correlatividad de las

prestaciones, esto es, que la utilidad reflejada para cada uno de los contratantes pueda ser vista de manera equivalente. De acuerdo con la Corte Constitucional:

“La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional... busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones...³⁸”.

Por su parte, el principio de equidad en palabras de la Corte Constitucional *“constituye la proyección del concepto de justicia del juzgador al caso concreto³⁹”*, la cual *“busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal⁴⁰”*. Así las cosas, la autonomía privada y la libertad negocial, se ven limitadas en aras de salvaguardar el orden público y no permitir el abuso de las partes negociales.

Pues bien, en el presente caso la demandante espera una condena por **DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO PESO S CON SEIS CENTAVOS (\$2.534.320.268,06)** con cargo al amparo de cumplimiento y el reconocimiento de **MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETENTA Y CUATRO PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$1.835.253.074,20)**, con cargo al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Olvida la parte demandante la aplicación del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico y que en el numeral 5.6. de la Clausula 5 de las condiciones generales de la Póliza de Cumplimiento para Particulares No. 45-45-101041812, se pactó expresamente que, si el cumplimiento del contrato se satisface incluso parcialmente, la cuantía de la indemnización se verá reducida en el porcentaje de cumplimiento

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia 1046 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T – 436 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

“En virtud de lo previsto en el art. 1596 del Código Civil si el contratista cumple solamente una parte de la obligación principal, y la entidad acepta esta parte, el primero tendrá derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada en la cláusula penal.”

Así pues, no es de de recibo aceptar que se exija el pago de la indemnización por un incumplimiento inexistente y además por ser un valor absolutamente desproporcionado, en desatención al porcentaje de ejecución de la obra.

Por lo anterior, en el hipotético y altamente improbable caso en que decida imponer condena alguna a la aseguradora, debe tenerse en cuenta que el valor asegurado del amparo de cumplimiento y anticipo que se pretenda afectar se deberá disminuir en proporción al porcentaje de ejecución de las obligaciones cumplidas por el **CONTRATISTA** pues es claro que de haber incumplimiento – que no lo hay – por parte del contratista, dicho incumplimiento no fue del 100% de lo pactado en el contrato.

21. DESCONOCIMIENTO DEL CARÁCTER EXCLUSIVAMENTE INDEMNIZATORIO DEL CONTRATO DE SEGURO FRENTE AL AMPARO DE CUMPLIMIENTO

Como lo conoce el **FONDO**, la Póliza de cumplimiento otorgada en su favor, corresponde al género de los seguros de daños, siéndole aplicable, en todo, la regulación contenida en el Código de Comercio.

Al tratarse de un contrato de seguro de daño deberá observarse sin limitaciones, lo establecido de manera imperativa en el artículo 1088 del Código de Comercio.

***“Artículo 1088. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”.** (Negrilla y delineado fuera de texto).*

Con lo anterior, se entiende que dicho principio indemnizatorio es aquel *“(…) principio según el cual el asegurado no puede obtener del contrato de seguro sino*

*la reparación del daño que en efecto ha sufrido y en la medida real de ese daño, sin que pueda pretender enriquecimiento de ninguna clase.*⁴¹

Lo anterior, lo enseña con absoluta claridad, la Superintendencia Financiera de Colombia⁴², así:

"3. Ahora bien, conforme lo establece el artículo 1088 del Código de Comercio, "respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso".

En este orden, el carácter indemnizatorio del seguro de daños impone que el pago de la prestación asegurada se concrete en el resarcimiento, dentro de los límites pactados en el contrato, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro, pero no para conseguir un lucro, pues como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, "los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños-, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita.

Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de C.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio de stirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de

⁴¹ Andrés E. Ordóñez Ordóñez. (Mayo De 2008). Elementos Esenciales, Partes Y Carácter Indemnizatorio Del Contrato. Bogotá, Colombia: Universidad Externado De Colombia.

⁴² Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto No. 2002032198-2. del 25 de febrero de 2003. Seguro de Daños.

voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa”⁴³

El carácter indemnizatorio del contrato de seguros es un principio que rige esta tipología de contratos. El contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo, de modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho hecho corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el siguiente sentido:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato.” (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, el carácter de los seguros es meramente indemnizatorio, esto es, no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización, es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento.

Para el caso que nos convoca, nótese, Señores Magistrados, que el demandante pretenda una “indemnización” por la suma de \$2.534.320.268,06 con cargo al amparo de cumplimiento y \$1.835.253.074,20 con cargo al amparo de anticipo, evidentemente denota una desproporción injustificada que no se acompasa de

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil y Agraria. Sentencia N. 026 de 22 de julio de 1999. M.P. Dr. Nicolás Bechara Simancas.

forma alguna con el daño que afirman haber sufrido, y mucho menos, con las pruebas allegadas al expediente.

Adicionalmente, no es viable el reconocimiento y pago de suma alguna, por cuanto no está demostrada la ocurrencia del riesgo amparado, por tres elementales razones y es que:

i) No se encuentra acreditado el incumplimiento del **CONTRATISTA** y mucho menos su responsabilidad contractual.

ii) El demandante pretende la indemnización de unos daños que ellos mismos provocaron, pues se encuentra probado que el **FONDO** incumplió con el deber de planeación del contrato, pues, entregó diseños y estudios previos inadecuados y, posteriormente, no garantizó que los ajustes a los diseños entregados por **TYPSA** fueran viables, lo que era indispensable para la ejecución del contrato por parte de **CONTRATISTA** que fueron la causa efectiva de los retardos en la ejecución de la obra.

iii) Así mismo, existe una ruptura del nexo de causalidad con ocasión de los hechos de un tercero- **ANLA**- en concurrencia con hechos de la Entidad demandante, pues, no expidió los permisos ambientales debido a que no eran viables los diseños ajustados por **TYPSA**.

Honorables Magistrados, es claro que se indemniza el daño y nada más que el daño; no obstante, en el caso en concreto, lo único que pretenden las partes y, que han pretendido desde siempre, es lucrarse sin fundamento alguno. La sola afirmación de la existencia de un daño no lo hace acreedor de una indemnización, los demandantes deberán probar, entre otras cosas, la certeza del daño, lo cual se echa absolutamente de menos en el presente litigio.

Por lo anterior, de pagar suma alguna cuando no esté debidamente acreditada la responsabilidad del asegurado, se estaría contraviniendo el citado principio de mera indemnización del contrato de seguro y, eventualmente, enriqueciendo sin justa causa a los accionantes.

No puede perderse de vista que el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento, pues el mismo tiene un carácter meramente indemnizatorio. En ese sentido, el contrato de seguro celebrado por mi mandante no presta cobertura alguna para los perjuicios materiales no probados y solicitados por la parte actora.

Por lo anterior, deberá declararse probada la presente excepción, para así evitar la contravención del carácter indemnizatorio del contrato de seguro y evitar un enriquecimiento sin justa causa de los actores.

22. COMPENSACIÓN

El artículo 1625 del Código Civil consagra, de manera no taxativa, los diferentes modos de extinguir las obligaciones. Entre estos, se encuentra la compensación, desarrollado posteriormente en los artículos 1714 y siguientes del mismo código, que permite que deudores recíprocos de obligaciones exigibles, extingan simultáneamente ambas obligaciones, hasta por concurrencia de sus deudas.

De conformidad con el artículo 1715 del Código Civil, la compensación opera por ministerio de la Ley o ipso iure:

Artículo 1715. *La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:*

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual genero y calidad.*
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y*
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.*

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor”.

Sobre este modo de extinguir las obligaciones se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado, manifestando de antaño que:

“La compensación es un modo de extinguir las obligaciones que tiene por fin o por efecto evitar un doble pago, una doble entrega de capitales, extinguiéndose tales obligaciones hasta el monto de sus respectivos valores, (artículo 1715 del Código Civil) cuando quiera que las partes intervinientes sean recíprocamente acreedoras y deudoras, produciéndose una especie de confusión de las obligaciones en relación con su objeto”.

En relación con el contrato de seguro, es claro que la póliza únicamente se afecta cuando el cobro se hace definitivamente imposible para la Entidad, pues su función

es la de respaldar las obligaciones del contratista cuando éste no las pueda cumplir y no la de obligado principal, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado:

“En el plenario está probado que las partes de la controversia eran mutuamente deudoras entre sí. Por un lado, el INVIAS declaró ocurrido el siniestro de calidad de las obras del contrato No. 776 de 1998 al Consorcio INGETEC S.A.-C.C.C. S.A. y ordenó hacer efectivo el amparo de la póliza. Por el otro, existían obligaciones pendientes a favor de la sociedad actora, individualmente consideradas y como integrante del Consorcio INGETEC S.A.-C.C.C. S.A., por valor correspondiente a las facturas presentadas por los servicios prestados en ejecución de los contratos Nos. 3490 de 2005, 3062 de 2006 y 2969 de 2006, celebrados con la entidad demandada, por lo que se tenía certeza que el INVIAS era deudor del contratista.

*Así las cosas, la Sala no encuentra de recibo el argumento que sostuvo la parte actora y que acogió el a quo, según el cual, con la declaración del siniestro de calidad del contrato de interventoría No. 776 de 1996, se trasladó a la demandante la obligación, que nació del riesgo, en cabeza de la compañía Mundial de Seguros S.A. **La aseguradora, advierte la Sala, es una obligada secundaria en tanto se sujetó a “garantizar el cumplimiento, el buen manejo y correcta inversión del anticipo, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones al personal empleado, así como la calidad del servicio del contrato** No. 776 de 1996, relacionado con la interventoría de la construcción del viaducto Pipiral y sus accesos y de la vía a cielo abierto y puentes en el sector K87+512 Villavicencio, de la carretera Santafé de Bogotá – Villavicencio”, pues –según lo establecido en el artículo 26.8 de la Ley 80 de 1993– el titular de la obligación de garantizar el cumplimiento del contrato y la calidad de los bienes y servicios es el contratista.*

(...)

Por lo anterior, que en este caso el garante sea una compañía de seguros, en manera alguna exonera de responsabilidad al contratista frente a la administración o lo subroga en sus responsabilidades, pues tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corporación, “[e]l propósito de dicha garantía no es otro que asegurar la ejecución total y oportuna del objeto contratado y proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, llamado

por la Administración a colaborar con los cometidos estatales, los cuales necesariamente involucran el interés público”.

Así las cosas, la única exigencia de la ley, para estos efectos, es que se deban recíprocamente obligaciones dinerarias que sean líquidas y exigibles.

En esa medida, debido a que el Contratista es el titular y responsable de la obligación de cumplimiento, siempre que existan saldos a su favor se debe proceder a la compensación de las obligaciones recíprocas. De manera que, la Compañía Aseguradora solo responde en su calidad de garante cuando se hace imposible el cumplimiento para el Contratista, no antes, y cuando la Entidad le debe al Contratista, puede compensar, sin que pueda acudir a la Garantía de Cumplimiento.

De todo lo anterior se concluye que, para afectar la Póliza bajo el amparo de cumplimiento, previamente se debe acudir a la figura de la compensación siempre que la Entidad Estatal sea deudora del Contratista por existir saldos a su favor en virtud de la ejecución del contrato.

En el caso bajo examen, y en el improbable caso que se considere por el Honorable Tribunal que existen deudas a cargo del contratista que deben ser asumidas por la aseguradora, éstas deben ser compensadas con los daños causados al contratista por parte del **FONDO**.

Aunque la compensación que operó es aquella que opera por ministerio de la ley -compensación legal-, la póliza fue clara y precisa al recoger la necesaria aplicación de la figura de la compensación:

*“Si la Entidad al momento de tener conocimiento del incumplimiento o en cualquier momento posterior a este y anterior al pago de la indemnización, fuere deudor del contratista garantizado por cualquier concepto, **la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias** siempre y cuando estas sean objeto de compensación de acuerdo con la ley, de conformidad con lo reglado en los artículos 1714 y siguiente del código civil. Los montos compensados se disminuirán del valor de la indemnización” (negrilla y subraya fuera de texto).*

En esa medida, en el improbable e hipotético caso en que los Honorables Magistrados consideren que el **CONTRATISTA** adeuda valores al **FONDO** y, además, entienda que las excepciones propias del contrato seguro no deben prosperar – lo cual resulta improbable por estar todas ajustadas a la ley y a la

jurisprudencia nacional-, le solicito respetuosamente declarar la compensación, con fundamento en los valores que pudiesen ser demostrados por ambas partes, incluidos aquellos adeudados por la contratante al contratista -lo cuales se acreditarán en su oportunidad.

23. INEXIGIBILIDAD DE LAS ACCIONES DEL CONTRATO DE SEGURO POR PASIVIDAD DE LA ENTIDAD CONTRATANTE

Ante un posible incumplimiento del deudor, el ordenamiento jurídico le otorga al acreedor una serie de remedios tendientes a tutelar el derecho de crédito y procurar la satisfacción del débito, en efecto, la posibilidad de solicitar el cumplimiento de la prestación, solicitar la indemnización de perjuicios o, en los casos de los contratos bilaterales, la resolución del contrato por incumplimiento, son apenas manifestaciones de la amplia gama de remedios tendientes a superar el estado patológico de la obligación.

A propósito ha enseñado la doctrina:

“Es natural que el derecho se preocupe por tutelar adecuadamente el derecho de crédito y que esté atento a proporcionar al acreedor los mejores instrumentos para su satisfacción cabal o, en últimas, su frustración menor. En ese sentido no tiene por qué extrañar la tendencia a considerar delantadamente la posibilidad de ejecución coactiva específica de la prestación, que, sin duda, es la manera natural de satisfacer el interés del acreedor con el resultado prevenido en el título, podría decirse que sin otros límites que los de la subsistencia de dicho interés, de la naturaleza o el estado de la cosa, en su caso, de la capacidad física y mental del deudor y, eventualmente, de la necesidad de asegurar la pars condicio creditoris.

4. El deudor, por el solo hecho de serlo, al no cumplir, queda expuesto a la ejecución forzada por parte de su acreedor, específica o por el equivalente pecuniario, y además por los perjuicios causados a este con su renuencia. Responde con sus bienes actuales y con los que llegue a adquirir en el futuro, ilimitadamente; íntegros esos bienes quedan expuestos a la acción del acreedor o de los acreedores, que pueden perseguirlos singularmente, en coligación inicial o posterior, o universalmente, demandando su embargo, secuestro, avalúo y remate, para alcanzar a la postre el pago de sus créditos con el producto de la subasta o con la adjudicación a ellos, a prorrata del monto del crédito o atendiendo a motivos de preferencia, de modo que los acreedores

ven el patrimonio del deudor y su porvenir como el último respaldo con que cuentan; es la así llamada "prendageneral" de los acreedores sobre los bienes del deudor⁴⁴.

Así las cosas, si se presenta una inejecución imputable al deudor, deberá actuar con prontitud y diligencia el acreedor insatisfecho, pues su pasividad podría conllevar la eventual inexigibilidad de la obligación, tal como lo prevé el artículo 1527 del Código Civil.

En ese sentido y en lo que respecta al caso concreto, se ha demostrado con creces que la demandante conocía del supuesto incumplimiento y de la no amortización del anticipo desde el 15 de junio de 2018 y que, cuanto menos, esta debió conocer tales hechos al momento de la finalización del contrato, esto es, el 23 de junio de 2018.

No obstante, la demandante no adelantó comportamiento alguno tendiente a perseguir la satisfacción del crédito por más de 2 años, toda vez que hasta el 5 de noviembre de 2020 presentó la demanda que nos convoca:

2020-11-05	Radicación de Proceso	Actuación de Radicación de Proceso realizada el 05/11/2020 a las 10:27:24	2020-11-05	2020-11-05	2020-11-05
------------	-----------------------	---	------------	------------	------------

Nótese entonces que el obrar de la demandante le vincula, su pasividad debe ser sancionada por el ordenamiento jurídico, puesto que, fue por su absoluto desinterés y desdén que las acciones derivadas del contrato de seguro son inexigibles.

Así las cosas, en virtud de que el acreedor -la demandante- obró con desdén y desinterés respecto de su crédito solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados se declare la inexigibilidad de las acciones derivadas del contrato de seguro y se exonere de todas las pretensiones de la demanda a mi mandante.

24. COBRO DE LO NO DEBIDO- PRETENSIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

Es bien sabido por el Despacho que la ley y la jurisprudencia colombiana, con fundamento en un principio general del derecho, impiden que una persona –

⁴⁴ F. Hinestrosa, "Tutela del acreedor frente al deudor incumplido", Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, julio-diciembre de 2016, 5-21.

natural o jurídica- se enriquezca sin justa causa. Este incuestionable principio general del derecho, que parece desconocer el convocante, no es menos que el de **no enriquecimiento sin justa causa** por el cobro de lo no debido.

En ese sentido, en virtud del artículo 1524 del Código Civil, nuestro ordenamiento jurídico prohíbe que existan obligaciones sin causa real y lícita. Esto sirve de sustento para impedir se realicen desplazamientos patrimoniales en favor de quien no tiene una justa causa, en la medida en que se carecería de la llamada *causa retentionis*. En otras palabras, al no existir justa causa, el cobrador carece de motivos para cobrar, adquirir y retener lo que le eventual e injustamente le fuera transferido por otra persona. Así, nuestra legislación prohíbe el enriquecimiento patrimonial sin justa causa.

Los requisitos necesarios para que se configure un enriquecimiento sin justa causa son los siguientes:

- e. El enriquecimiento de un patrimonio.
- f. El correlativo empobrecimiento de otro patrimonio.
- g. Relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.
- h. Ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento⁴⁵.

En el caso que nos ocupa, la parte demandante pretende que se declare que **GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES SAS Y SEGUROS DEL ESTADO** están obligados a indemnizar al **FONDO** los supuestos perjuicios que se le irrogaron por el presunto incumplimiento del contrato No. 259 de 2014.

No obstante, como se ha venido desarrollando a lo largo de este escrito, no es cierto lo que ha afirmado el **FONDO** en su demanda. En esa medida, lo que pretende el **FONDO** es que se declare el incumplimiento del contratista desconociendo que el contrato no pudo ser ejecutado en su totalidad debido a la falta de planeación del contrato por parte de la Entidad con el fin de obtener para sí una retribución económica que no le corresponde.

Por consiguiente, le solicito respetuosamente al Despacho que declare probada la excepción de cobro de lo no debido -enriquecimiento sin justa causa y que, consecuentemente, exonere de responsabilidad a la parte demandada.

⁴⁵ Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Sentencia No. T-219/95

VI. PETICIÓN

Por las razones expuestas en el presente escrito, las excepciones de mérito propuestas oportunamente por el suscrito y el acervo probatorio que consta en el expediente, solicito se proceda a denegar la totalidad de las pretensiones incorporadas en la demanda.

VII. PRUEBAS

Solicito se tengan, decreten y practiquen como tales, las siguientes:

1. Documentales

- 1.1. Póliza de cumplimiento ante entidades públicas con régimen privado de contratación No. 45-45-101041812.
- 1.2. Condicionado general de la póliza cumplimiento ante entidades públicas con régimen privado de contratación No. 45-45-101041812.
- 1.3. Oficio de Interventoría No. 170-003. EGR-2020.
- 1.4. Memorando No. I-2018-027860.
- 1.5. Informe de Interventoría No. 170-050-EGR-2018 del 6 de junio de 2018.
- 1.6. Oficio de Interventoría NO. 170-010-EGR-2019.

2. Declaración de parte

- 2.1. Solicito Honorables Magistrados se sirva señalar fecha y hora para efectos de que el representante legal de **GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A.** concurra a rendir declaración de parte en la audiencia.
- 2.2. Solicito al Despacho, en los términos que para estos efectos establece el Código General del Proceso que se fije fecha y hora para que el Representante Legal de **SEGUROS DEL ESTADO** rinda declaración de parte.

3. Testimoniales

- 3.1. Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio del señor **HENRY SANCHEZ RODRÍGUEZ**, representante legal del **DICONSULTORIA S.A.**, para que declare respecto del contenido del informe del 6 de junio de 2018, la ejecución del contrato, los eventos que imposibilitaron el cumplimiento, la inversión del anticipo y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

El testigo podrá ser citado en la Carrera 49 note No. 8AN-100 de Cali o en el correo electrónico contacto@diconsultoriaingenieros.com

- 3.2.** Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio del señor **JORGE IVÁN MARULANDA HINCAPIE**, director de interventoría, para que declare respecto de los informes de interventoría, la ejecución del contrato, los eventos que imposibilitaron el cumplimiento, la amortización del anticipo del anticipo y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

El testigo podrá ser citado en la Carrera 49 note No. 8AN-100 de Cali o en el correo electrónico contacto@diconsultoriaingenieros.com

- 3.3.** Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio del señor **IGNACIO ZAMBRANO CAICEDO**, director de obra del contrato, para que declare respecto de la construcción de los ítems contratados, los deficientes diseños de TYPESA y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

El testigo podrá ser citado en la calle 6 norte #2n-36 Cali, Valle del Cauca o en el correo electrónico zambrano@grconstructores.com.co.

- 3.4.** Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio del señor **FABIÁN GARCÍA RIOS**, representante legal de **GARCÍA RIOS CONSTRUCTORES S.A.**, para que declare respecto de la evaluación de la construcción del puente la Balastrera, el cumplimiento del contratista, la deficiencia de los diseños, el incumplimiento de la entidad contratante y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

El testigo podrá ser citado en la calle 6 norte #2n-36 Cali, Valle del Cauca o en el correo electrónico zambrano@grconstructores.com.co.

- 3.5.** Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio del señor **CARLOS HERNÁN NOREÑA QUINTANA**, subdirector de gestión ambiental de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, para que declare respecto de la tramitación de los permisos y las licencias ambientales, la imposibilidad de ejecución del contrato, el cumplimiento del

contratista y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

El testigo podrá ser citado en la Carrera 7 # 1N-28 Popayán, Cauca Cauca o en el correo electrónico notificaciones@crc.gov.co.

- 3.6.** Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio del señor **JAIME BATEMAN**, ingeniero experto en geotécnica, para que declare acerca del concepto que desarrolló, la ejecución del contrato, los diseños elaborados por TYPESA, la inviabilidad del contrato y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

El testigo podrá ser citado en la Carrera 20 No. 39- 65 de Bogotá D.C. o en el correo electrónico licibateman@hotmail.com.

- 3.7.** Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio del señor **RAFAEL MORÁN SOTO**, directivo de infraestructuras de transporte de **TYPESA**, para que declare acerca de los diseños y sus modificaciones, los requerimientos efectuados por la entidad contratante, el rechazo de los diseños por parte del contratista, los parámetros técnicos empleados para los diseños y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

El testigo podrá ser citado en la Carrera 20 No. 39- 65 de Bogotá D.C. o en el correo electrónico licibateman@hotmail.com.

- 3.8.** Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio de la señora **SORAYA NATHALY IBARRA VALLEJO**, supervisora del contrato, para que declare acerca de los diseños entregados por **TYPESA**, la planeación del contrato, el incumplimiento de las obligaciones de la entidad demandante, la ejecución del contrato y sus modificaciones, la inversión del anticipo, el manejo del anticipo y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

La testigo podrá ser citado en la Calle 75 No. 5-88 de Bogotá D.C. o en el correo electrónico soraya.ibarra@hotmail.com.

- 3.9.** Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio del señor **JORGE MAURICIO REYES VELANDIA**, asesor II sector

transporte del FONDO, para que declare acerca de la ejecución del contrato, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, el rechazo de los diseños, la correcta inversión del anticipo y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

El testigo podrá ser citado en la Calle 16 #6-66 de Bogotá D.C. o en el correo electrónico reyesJM@hotmail.com.

- 3.10.** Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio de la señora **CLAUDIA VIVIANA LOZANO**, apoderada general de Fiduciaria Bancolombia S.A., para que declare acerca de la inversión del anticipo, su manejo y amortización, la ejecución del contrato y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

El testigo podrá ser citado en la Calle 31 No. 6 - 87 Piso 12 de Bogotá D.C. o en el correo electrónico c.lozano@bancolombia.com.

- 3.11.** Solicito a los Honorables Magistrados, fije fecha y hora para la recepción del testimonio de la señora **CLAUDIA VICTORIA GONZALEZ HERNANDEZ**, representante legal en 2017 de la ANLA, para que declare acerca del trámite de las licencias ambientales, su negativa, la inviabilidad del proyecto, las condiciones necesarias para su expedición, el trámite requerido para el efecto, y, en general, sobre lo que le conste sobre los hechos que dan lugar al presente proceso.

El testigo podrá ser citado en la Calle 95 No. 7- 60 de Bogotá D.C. o en el correo electrónico victoriag@hotmail.com.

4. Dictamen pericial técnico

De conformidad con lo establecido en el artículo 218 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo solicito que se decrete un dictamen pericial técnico, rendido por un experto acerca de todos los aspectos relacionados con los hechos de esta contestación, con el fin de acreditar la imposibilidad de ejecución del contrato No. 259 de 2014 tal y como fue diseñado por la Entidad Contratante, la ausencia de incumplimiento de las obligaciones del contratista, el incumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante, la imposibilidad de afectar la póliza expedida por mi mandante, la ausencia de siniestro, la agravación del estado del riesgo y, en general, sobre todas las afirmaciones realizadas en esta contestación.

5. Dictamen pericial financiero y contable

De conformidad con lo establecido en el artículo 218 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo solicito que se decrete un dictamen pericial financiero y contable a mi costa para que, previa la exhibición documental de la parte demandante, realice un experticia acerca de todos los aspectos financieros y contables relacionados con el contrato en general, y especialmente para que realice la liquidación del contrario y se pronuncie respecto a la inversión del anticipo efectivamente realizado por el contratista y la forma en que se amortizó el anticipo invertido, con el fin de acreditar la ausencia de incumplimiento de las obligaciones del contratista. la imposibilidad de afectar la póliza en sus distintos amparos, la agravación del estado del riesgo, y, en general, sobre las distintas excepciones consignadas en este escrito.

6. Exhibición de documentos con intervención de perito informático.

De conformidad con el artículo 265 del Código General del Proceso, solicito que se declare la exhibición de documentos que reposen o hayan reposado en poder del **FONDO DE ADAPTACIÓN** y, que estén relacionados, directa o indirectamente, con el contrato No. 259 de 2014, entre ellos, todas las comunicaciones entre el **FONDO y el CONTRATISTA, el FONDO y la INTERVENTORÍA DEL CONTRATO**, con el fin de acreditar la ausencia de daño cierto, la ausencia de incumplimiento de las obligaciones del contrato, la culpa de la entidad contratante, los hechos de un tercero, la imposibilidad de afectar la póliza, la ausencia de siniestro y, en general, sobre todas las afirmaciones realizadas en esta contestación.

7. Exhibición de documentos

De conformidad con lo establecido en el artículo 265 del Código General del Proceso, solicito al señor Juez ordene la exhibición de los libros contables del **CONTRATISTA**, el fin de acreditar la ausencia de daño cierto, el manejo del anticipo, la correcta inversión, todas las operaciones relacionadas con el anticipo y, en general, sobre todas las afirmaciones realizadas en esta contestación.

VIII. ANEXOS

1. Los relacionados en el acápite de pruebas.
2. Poder para actuar.
3. Certificado de existencia y representación de **SEGUROS DEL ESTADO**.

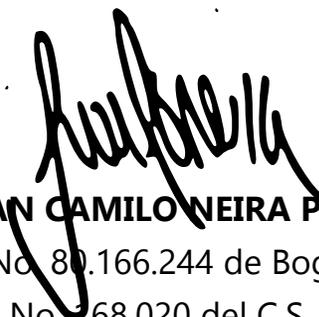
4. Tarjeta Profesional del suscrito apoderado.
5. Cédula de Ciudadanía del suscrito apoderado.

IX. NOTIFICACIONES

SEGUROS DEL ESTADO podrá ser notificada en la Carrera 11 No.90-20 en la ciudad de Bogotá D.C., y al correo electrónico juridico@segurosdelestado.com

Las recibiré en la Carrera 18 No. 78 – 40, Oficina 702, de Bogotá D.C. Igualmente, solicito y autorizo expresamente la notificación por medios electrónicos a los correos notificaciones@nga.com.co, jcneira@nga.com.co y Imoreno@nga.com.co

Atentamente,



JUAN CAMILO NEIRA PINEDA
C.C. No. 80.166.244 de Bogotá D.C.
T.P. No. 168.020 del C.S. de la J.