

27

5/8

Doctor
JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado Ponente
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIA CONTRACTUALES
RADICADO: 73001233300520180061000
73001233300620180033900 (procesos acumulados)
DEMANDANTE: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL
DEPORTE, LA RECREACIÓN, LA ACTIVIDAD FÍSICA
Y EL APROVECHAMIENTO DEL TIEMPO LIBRE -
COLDEPORTES
DEMANDADO: INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA
RECREACIÓN DE IBAGUÉ – IMDRI Y OTROS
LLAMADA EN GARANTÍA: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DEL
LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 79.151.832 de Usaquén, abogado titulado y en ejercicio, con Tarjeta Profesional No.36.002 del C. S. de actuando en calidad de apoderado de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (en adelante LA PREVISORA), según el poder que anexo y que fue remitido al Despacho, encontrándome dentro del término legal, por medio del presente escrito procedo a:

- i. Contestar la demanda presentada por COLDEPORTES contra:
 - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
 - MUNICIPIO DE IBAGUÉ
 - Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación (en adelante IMDRI)
- ii. Contestar el llamamiento en garantía que realizó el IMDRI a LA PREVISORA.

CAPÍTULO I CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante contra los demandados, por no existir razones de hecho y de derecho que justifiquen su procedencia.

II. SOLICITUD DE CONDENA

Solicito al Despacho que al momento de proferir la sentencia que dirima la controversia entre las partes se condene a la parte demandante al pago de las costas del proceso.

III. EN CUANTO A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

AL 1. Es cierto de acuerdo a las pruebas documentales aportadas por COLDEPORTES con la demanda, sin embargo, desde ya manifiesto que LA PREVISORA no es parte en dicho convenio, ni amparó su cumplimiento.

En cuanto al contenido y alcance del convenio interadministrativo No. 619 de 2014 me acojo a su texto.

AL 2. Es cierto de acuerdo a las pruebas documentales aportadas por COLDEPORTES con la demanda. Respecto al contenido y alcance del convenio interadministrativo No 619de 2014 me atengo su texto.

AL 3. Es cierto según las pruebas documentales aportadas por COLDEPORTES con la demanda.

AL 4. No me consta por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

AL 5. No me consta por ser un hecho ajeno a mi representada, por lo tanto, me acojo a lo que resulte probado.

AL 6. Es cierto según las pruebas documentales aportadas por COLDEPORTES con la demanda.

AL 7. Es cierto según las pruebas documentales aportadas por COLDEPORTES con la demanda.

AL 8. Es cierto según las pruebas documentales aportadas por COLDEPORTES con la demanda.

AL 9. Es cierto según las pruebas documentales aportadas por COLDEPORTES con la demanda.

AL 10. El presente numeral contiene una manifestación, que además de incompleta no parece ser un hecho, por lo tanto, no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 11. Es cierto según las pruebas documentales aportadas por COLDEPORTES con la demanda.

AL 12. Es cierto según las pruebas documentales aportadas por COLDEPORTES con la demanda.

AL 13. Es cierto.

AL 14. Es cierto.

AL 15. Es cierto.

AL 16. Es cierto.

AL 17. No es un hecho sino una apreciación subjetiva de la parte demandante acerca de la oportunidad para la radicación de la demanda que dio origen al presente proceso, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 18. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante a las pretensiones de la demanda, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 19. No es un hecho sino una referencia de la parte demandante a documentos que pretende hacer valer como prueba, por lo tanto, no me asiste el deber legal de pronunciarme.

Respecto al contenido y alcance del convenio interadministrativo No. 619 de 2014 y los documentos que lo integran, me atengo a su texto íntegro.

Se resalta que el documento al que hace referencia este numeral corresponde únicamente a un modelo de liquidación y no a un documento que haga parte integral del convenio interadministrativo No. 619 de 2014 ni que sea prueba del estado de cuentas entre los contratantes.

AL 20. No es un hecho sino una pretensión de la parte demandante, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 21. No es un hecho sino una pretensión de la parte demandante, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 22. No es un hecho sino una pretensión de la parte demandante, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

AL 23. No es un hecho sino una pretensión de la parte demandante, por lo cual no me asiste el deber legal de pronunciarme.

IV. EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE A LA DEMANDA

1. COADYUVANCIA DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL MUNICIPIO DE IBAGUÉ, EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y EL IMDRI

Coadyuvo las excepciones de fondo propuestas por las demandadas, siempre que no sean contrarias a los intereses de mí representada.

2. CULPA DE LA VÍCTIMA

COLDEPORTES se obligó en el convenio 619 de 2014 no solo a entregar los recursos económicos pactados para su ejecución, sino que también adquirió otras obligaciones que se establecieron en la cláusula novena del convenio.

En la demanda, se afirma que COLDEPORTES cumplió con su obligación de entregar los recursos económicos al MUNICIPIO DE IBAGUÉ. Sin embargo, no se hace referencia al cumplimiento de sus demás obligaciones.

La cláusula novena del convenio es del siguiente tenor:

"CLÁUSULA NOVENA - OBLIGACIONES DE COLDEPORTES: Son obligaciones de COLDEPORTES: 1. Concurrir en las actividades de conceptualización, estructuración, planificación e intercambio de argumentos a que haya lugar para la buena ejecución del convenio. 2. Entregar al MUNICIPIO, los recursos económicos estipulados en el convenio en la forma pactada. 3. Facilitar el intercambio de información necesaria para lograr los cometidos del convenio. 4. Designar el supervisor del convenio, quien se encargará de la supervisión y el seguimiento técnico, administrativo, jurídico y financiero al desarrollo de las actividades del convenio, de acompañar el proceso, y de las gestiones necesarias para alcanzar el éxito del objeto del convenio. 5. Cumplir con todos y cada uno de los requisitos de ley, encaminados al cumplimiento del objeto convenido, dando aplicación a las disposiciones legales vigentes. 6. Las demás inherentes y necesarias para el cabal cumplimiento del presente Convenio." (Se destaca).

La cláusula décima quinta también establece que el supervisor del convenio debe observar en ejercicio de sus funciones lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 4, y el numeral 1 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, así como lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011. Adicionalmente, el parágrafo de la cláusula en comento dispone que:

"PARÁGRAFO. Para el adecuado seguimiento a la ejecución del Convenio COLDEPORTES designará un Supervisor Técnico y un Supervisor Financiero, quienes deberán cumplir con las actividades establecidas en el Manual de Contratación, supervisión e interventoría de COLDEPORTES." (Se destaca).

Por consiguiente, COLDEPORTES como parte del convenio tenía la obligación de concurrir a las actividades de conceptualización, estructuración, y planificación que fueran necesarias para la buena ejecución del convenio.

Además, tuvo a su cargo la designación del supervisor del convenio, con el fin de lograr un adecuado seguimiento a su ejecución y de realizar las gestiones necesarias para que se concretara su objeto, es decir, la construcción del escenario deportivo.

En la misma línea, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 define lo que se entiende por supervisión y cuáles son sus propósitos, así:

"ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. (...)" (Se destaca)

En armonía con esa disposición el Manual de Supervisión e Interventoría de COLDEPORTES¹, el cual se pactó como referente para la labor de supervisión en el convenio 619 de 2014, define al supervisor como:

"Supervisor. Persona natural que en calidad de funcionario de Coldeportes lleva a cabo las actividades de seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico para el adecuado inicio, ejecución y liquidación de un contrato o convenio suscrito por Coldeportes." (Se destaca).

Además, entre las actividades generales del supervisor previstas en el Manual de Supervisión e Interventoría de COLDEPORTES que deben ser tenidas en cuenta para garantizar la correcta ejecución del contrato, están:

- *"Exigir al contratista el cumplimiento del cronograma de actividades de ejecución y de inversión del anticipo, en los casos que sea procedente."*
- *"Verificar que el contratista cumpla con el objeto del contrato o convenio dentro del término estipulado."*
- *"Verificar que en el desarrollo del contrato se cumplan las disposiciones legales y en particular las reglamentaciones relacionadas con la actividad contratada."*

Así mismo, el Manual de Supervisión e Interventoría de COLDEPORTES contempla como actividades financieras del supervisor las siguientes:

- *"Realizar informes periódicos sobre el estado de avance contable de la ejecución de los convenios y/o contratos."*
- *"Revisar y aprobar los documentos presentados por el contratista tendientes a la obtención del pago, como lo son:*
 1. *Las actas de recibos a satisfacción parcial y/o definitiva, que evidencien el cumplimiento del plan de inversión del anticipo, cuando aplique.*
 2. *Igualmente la constancia de verificación del manejo de las cuentas del encargo fiduciario constituido para el manejo del anticipo.*
 3. *Aprobación del plan de inversión del anticipo, cuando haya lugar, solo para el primer pago.*
 4. *La factura o cuenta de cobro presentada por el contratista, cuando a ello haya lugar con el visto bueno del supervisor sobre lo allí cobrado por el contratista. Debe verificar que incluya el valor de la amortización del anticipo si hay lugar, así como, los valores a deducir por Acuerdos de Nivel de Servicio establecidos en los contratos (...)"*
- *"Velar por la correcta ejecución presupuestal del contrato."*
- *"Supervisar la ejecución presupuestal de acuerdo con los parámetros previamente definidos en el contrato y proponer los correctivos necesarios a las posibles desviaciones que se puedan presentar."*

Por tanto, en virtud de lo pactado en el convenio 619 de 2014, COLDEPORTES tenía la obligación, a través de la supervisión del contrato, llevada a cabo por sus

¹El manual es de acceso público y puede ser consultado en el siguiente enlace: https://www.mindeporte.gov.co/contratacion/manual_contratacion_supervision_55621

funcionarios, de garantizar la correcta ejecución del contrato por medio de su verificación y control, tanto en el desarrollo de la obra como en su ejecución presupuestal, con el fin de prevenir obstáculos e incumplimientos del convenio y realizar las gestiones necesarias para corregir los que se presentaran, de tal forma que se alcanzara el éxito del objeto convenido.

Pues bien, si el convenio 619 de 2014 no logró su cometido y si se presentaron irregularidades en la ejecución presupuestal, COLDEPORTES es responsable como supervisor del contrato de las mismas, pues tenía el deber de controlarlas, prevenirlas y gestionar su corrección.

De tal manera que COLDEPORTES no puede imputar incumplimientos contractuales al IMDRI y al MUNICIPIO DE IBAGUÉ cuando a él mismo como parte del convenio le asistía el deber de garantizar su correcta ejecución, y su supervisión fue deficiente.

3. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Dado que COLDEPORTES no cumplió a cabalidad con las obligaciones a su cargo que son previas y recíprocas a la obligación en cabeza del MUNICIPIO DE IBAGUÉ y del IMDRI, se configura la excepción de contrato no cumplido contenida en el artículo 1609 del Código Civil.

Resulta ilustrativa la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 1 de abril de 2016, rad. 76001-23-33-000-2012-00130-01(47331), la cual acepta la procedencia de la excepción de contrato no cumplido en materia administrativa:

“En efecto, puede acontecer que en éste tipo de contratos ambas partes incurran en incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista, eventos en los cuales como ya se ha dicho se han creado algunos mecanismos de defensa con el objeto de proteger sus intereses, dentro de estos, la que se ha denominado la excepción de contrato no cumplido o “exceptio non adimpleti contractus”.

Teniendo en cuenta que COLDEPORTES incumplió sus obligaciones derivadas del convenio, invocamos la excepción de contrato no cumplido, lo cual impide que COLDEPORTES reclame perjuicios, según lo señala la sentencia antes citada:

“En esa especialísima situación en que ambos contratantes han de tenerse como incumplidos, se siguen las consecuencias que señala el artículo 1609 del Código Civil, esto es que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir los perjuicios ni la cláusula penal que hayan pactado pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del C. C”.

4. AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES A CARGO DEL MUNICIPIO DE IBAGUÉ- POR PROHIBICIÓN DE DEUDAS O SALDOS PENDIENTES POR CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS

COLDEPORTES apoya su demanda en el medio de control de controversias contractuales, el cual exige que se pruebe que el demandado ha incumplido una obligación nacida del contrato.

Las obligaciones del MUNICIPIO DE IBAGUÉ se señalan en la cláusula sexta del convenio 619 de 2014. Sin embargo, la parte demandante no tuvo en cuenta la

prohibición de cobrar los saldos de convenios interadministrativos o de cofinanciación cuando se prueba que se originaron por conductas contrarias a la ley por los funcionarios públicos responsables.

En efecto, en la demanda se reclama el incumplimiento de la cláusula sexta del convenio, específicamente los literales 1º, 7º, 10º y 12º relativos a las obligaciones del MUNICIPIO de IBAGUÉ.

Y de acuerdo al artículo 47 de la Ley 1551 de 2012 "Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y funcionamiento de los municipios", que dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 47. LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL. (...)

(...)

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los procesos ejecutivos actualmente en curso que se sigan contra los municipios, en cualquier jurisdicción, cualquiera sea la etapa procesal en la que se encuentren, deberán suspenderse y convocarse a una audiencia de conciliación a la que se citarán todos los accionantes, con el fin de promover un acuerdo de pago que dé fin al proceso. Se seguirá el procedimiento establecido en este artículo para la conciliación prejudicial. Realizada la audiencia, en lo referente a las obligaciones que no sean objeto de conciliación, se continuará con el respectivo proceso ejecutivo.

Se autoriza a las entidades públicas de todos los órdenes que sean acreedoras de los municipios a rebajar los intereses pendientes o las sanciones a que haya lugar, y a condonar el capital o convenir que sea reinvertido en programas sociales del municipio que correspondan a las funciones de la entidad acreedora.

Si se trata de obligaciones tributarias o parafiscales, la entidad pública acreedora podrá reducir hasta el noventa por ciento (90%) de los intereses y/o las sanciones a que haya lugar, siempre y cuando el municipio se comprometa a pagar el valor del capital correspondiente en un máximo de dos vigencias fiscales. Este plazo podrá ampliarse a tres vigencias fiscales si se trata de municipios de 4º, 5ª y 6ª categoría. En el acuerdo de pago el municipio deberá pignorar recursos del Sistema General de Participaciones, propósito general, u ofrecer una garantía equivalente.

No procederá el cobro contra un municipio de deudas o saldos pendientes de convenios interadministrativos o de cofinanciación, cuando se compruebe que estas se originaron por conductas de los funcionarios responsables, en contradicción a la Ley, que generaron detrimento al patrimonio público. Si el detrimento ocurrió por una incorrecta gestión municipal, como por deficiencias en el control debido por parte de las entidades del orden nacional o departamental, las entidades públicas convendrán una estrategia para lograr, a través de los procesos judiciales, fiscales y disciplinarios correspondientes, determinar las responsabilidades a que haya lugar en contra de los funcionarios que hayan causado el daño y recuperar el dinero público que no se haya aplicado adecuadamente al cumplimiento del fin al que estaba destinado, lo cual deberá consignarse en el acta de liquidación correspondiente." (Se destaca)

Debe tenerse en cuenta que mediante auto No. 308 del 30 de marzo de 2017 la Contraloría General de la República abrió el proceso de responsabilidad fiscal No. 2017-0295 en el cual se investiga el supuesto detrimento patrimonial ocasionado por la ejecución del contrato No. 119 del 17 de abril de 2015 (construcción y/o remodelación de escenarios del parque deportivo de la ciudad de Ibagué) en el cual se invirtieron los recursos del convenio No. 619 de 2014.

Al proceso de responsabilidad fiscal fueron vinculados funcionarios del MUNICIPIO DE IBAGUÉ y el IMDRI. Por auto No. 082 del 20 de febrero de 2019 la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República vinculó como presunto responsable fiscal al señor ANDRÉS CARLOS BOTERO PHILLIPSBORNE en calidad de Director de COLDEPORTES.

Mediante Auto No. 924 del 28 de mayo de 2021 la Contraloría imputó responsabilidad fiscal en el proceso de responsabilidad fiscal No. 2017-0295 y a la fecha no se ha proferido el correspondiente fallo.

Por lo tanto, no es posible realizar el cobro contra el MUNICIPIO DE IBAGUÉ ni contra el IMDRI de los recursos del convenio administrativo No. 619 de 2014 pues existe un proceso de responsabilidad en curso al cual están vinculados funcionarios del mencionado municipio, del IMDRI y de COLDEPORTES en calidad de presuntos responsables.

Es decir que para la fecha en la cual se radicó el medio de control que nos ocupa, esto es el 28 de octubre de 2018, no era procedente el cobro al MUNICIPIO DE IBAGUÉ ni al IMDRI de los saldos del convenio No. 619 de 2014.

5. AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES A CARGO DEL IMDRI

COLDEPORTES apoya su demanda en el medio de control de controversias contractuales, el cual exige que se pruebe que el demandado ha incumplido una obligación nacida del contrato.

Las obligaciones del IMDRI se señalan en la cláusula octava del convenio 619 de 2014. Sin embargo, en la demanda no se identifica ninguna de ellas como incumplida por el IMDRI.

En efecto, en la demanda no se reclama ni se discute que se haya incumplido la cláusula octava del convenio, solamente se hace referencia a incumplimientos de la cláusula sexta relativa a las obligaciones del MUNICIPIO DE IBAGUÉ.

Además, ni en la cláusula octava, ni en las demás cláusulas del convenio, se establece que el IMDRI tenga una obligación de reintegro de dineros, entregados en virtud del convenio, a COLDEPORTES o al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, lo cual si es la materia debatida en el proceso.

Aún más, en la demanda tampoco se identifican las conductas del IMDRI que llevaron a un incumplimiento de sus obligaciones en el convenio, ni se señalan los medios probatorios que acrediten un incumplimiento.

Así pues, la demanda no identifica ni prueba un incumplimiento contractual en cabeza del IMDRI, ni mucho menos el nexo causal entre la conducta del IMDRI y el supuesto

3

incumplimiento de sus obligaciones en el convenio 619 de 2014, por lo cual no surge responsabilidad contractual en cabeza del IMDRI.

6. EXCEPCIÓN GENÉRICA

De conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso, y el artículo 306 del CPACA, solicito se declaren las excepciones que conforme a derecho resulten probadas en la presente Litis, sin perjuicio que no hayan sido mencionadas de manera expresa en la contestación de la demanda.

CAPÍTULO II CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO POR EL IMDRI A LA PREVISORA

I. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones incoadas por el IMDRI, por no existir razones de hecho y de derecho que justifiquen su procedencia.

II. SOLICITUD DE CONDENA

Solicito al Despacho que al momento de proferir la sentencia que dirima la controversia entre las partes, se condene al IMDRI al pago de las costas del proceso.

III. EN CUANTO A LOS HECHOS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

En primer lugar, se destaca que en el llamamiento en garantía no se identifican de forma específica y tampoco se enumeran los hechos en que se basa, por lo cual para responder a los hechos en los cuales se sustenta el llamamiento, se contestarán los afirmados por el apoderado del IMDRI en la sección IV denominada "*FUNDAMENTOS DE DERECHO INVOCADOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD*:", en los siguientes términos:

1. Es cierto, que el IMDRI adelantó la licitación pública No. 026 de 2015 que tuvo como propósito "*Contratar la construcción, adecuación y/o remodelación de los escenarios del parque deportivo en la ciudad de Ibagué para los XX Juegos Deportivos Nacionales y IV Paranales 2015 y obras complementarias*".
2. Es cierto, que la anterior licitación culminó con la celebración del contrato de obra pública No. 119 de 2015 suscrito con la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015.
3. Es cierto, que LA PREVISORA expidió el seguro de cumplimiento póliza única a favor de entidades estatales No. 3000787 y que su tomador fue la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015, el cual tiene como objeto amparar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista en contrato de obra No.119 del 17 de abril de 2015.

Sin embargo, respecto de sus amparos y coberturas la póliza No3000787 se encuentra limitada a los estrictos y precisos términos contenidos en sus condiciones generales y particulares.

4. Es cierto, que LA PREVISORA expidió el seguro de cumplimiento póliza única a favor de entidades estatales No. 3000874 y que su tomador fue la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015, el cual tiene como objeto

amparar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista en contrato adicional de obra No.01-194 del 08 de julio de 2015 derivado del contrato principal de obra No. 119 del 17 de abril de 2015.

Sin embargo, respecto de sus amparos y coberturas la póliza No. 3000874 se encuentra limitada a los estrictos y precisos términos contenidos en sus condiciones generales y particulares.

IV. EXCEPCIONES DE MÉRITO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL IMDRI –EXCEPCIONES COMUNES EN RELACIÓN CON LAS PÓLIZAS Nos. 3000787 y 3000874

1. PRECISIONES PREVIAS

1.1. El alcance del llamamiento en garantía formulado contra LA PREVISORA

El llamamiento en garantía supone el ejercicio de una acción en el terreno judicial (usualmente ejercida por el demandado) en contra del llamado, basada en una relación legal o contractual. Dicha relación es diferente y autónoma frente a la relación entre demandante y demandado que originó el proceso.

Así lo explica la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 29 de marzo de 2012, Rad. No. 41001-23-31-000-1992-07003-01(20460):

“En los procesos contencioso administrativos en los que se ha formulado un llamamiento en garantía, surgen dos relaciones procesales perfectamente diferenciadas que deben ser resueltas por el juez: i) el litigio que se traba entre demandante y entidad demandada, derivado de las pretensiones que el primero aduce frente a la segunda y que apuntan a obtener una condena en su contra y ii) la relación que surge entre demandado y llamado en garantía, en la cual aquel asume la posición de demandante frente a éste, de quien reclama un reconocimiento económico con fundamento en una relación de garantía de origen legal o contractual”.

Lo anterior es corroborado por la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 21 de febrero de 2019, Rad. No. 25000-23-36-000-2017-01428-01(63121):

“3.2. Llamamiento en garantía.

Esta figura procesal dista abismalmente de la litisconsorcial, toda vez que, aun cuando también se funda en un vínculo legal o convencional entre dos o más sujetos de los cuales al menos uno funge como parte judicial, no implica la integración de quien se pretende vincular al proceso a uno de los extremos de la relación procesal y, en este sentido, las actuaciones de éste son autónomas y no tienen la virtualidad de afectar más que los propios intereses. Consiste en la posibilidad de convocar a juicio a un tercero con quien una de las partes tiene un derecho legal o contractual que la facultan a exigir “la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva”, para que, bajo una misma cuerda procesal, el juez decida sobre tal relación (artículos 225 del C.P.A.C.A. y 64 del C.G.P.)”.

Con base en lo dicho, en el presente caso se evidencian dos relaciones diferentes, según se explica a continuación.

32

La primera entre COLDEPORTES, de un lado, y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, el MUNICIPIO DE IBAGUÉ y el IMDRI, de otro lado, originada en el Convenio Interadministrativo 619 de 2014, del cual LA PREVISORA no es parte y mucho menos garantizó su cumplimiento.

El objeto del convenio No. 619 de 2014 era *"Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros entre COLDEPORTES, el Departamento del Tolima, el Municipio de Ibagué y el Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Ibagué IMDRI para ejecutar el proyecto denominado "CONSTRUCCIÓN COMPLEJO ACUATICO PARQUE DEPORTIVO, MUNICIPIO DE IBAGUÉ, TOLIMA, CENTRO ORIENTE"*.

La segunda relación contractual es la que existe entre el IMDRI y la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015 en virtud del contrato de obra No. 119 de 2015 cuyo objeto era contratar la construcción, adecuación y/o remodelación de escenarios del parque deportivo en la ciudad de Ibagué para los XX juegos deportivos nacionales y IV paranacionales 2015 y obras complementarias.

La última relación contractual es la que existe entre el IMDRI en su condición de asegurado y LA PREVISORA en su calidad de aseguradora del contrato de seguro de cumplimiento instrumentado a través de las pólizas No. 3000874 y 3000787 tomadas por la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015 y cuyo objeto era garantizar el cumplimiento del contrato de obra No. 119 de 2015 y el contrato adicional No 01-194 de 2015 celebrado entre el IMDRI y dicha unión temporal.

Las mencionadas pólizas tienen como objeto:

- Las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 3000787 y No. 3000784, con el objeto de garantizar el contrato de obra pública No. 119 de 2015 celebrado entre el IMDRI y dicha unión temporal. El contrato No. 119 de 2015, a su turno, tenía por objeto la construcción, adecuación y/o remodelación de los escenarios del parque deportivo en la ciudad de Ibagué para los XX Juegos Deportivos Nacionales y IV Paranacionales 2015 y obras complementarias.
- Póliza No. 3000874, con el objeto de garantizar el contrato adicional de obra pública No. 01-194 de 2015 celebrado entre el IMDRI y dicha unión temporal. Este contrato tenía por finalidad la construcción, adecuación y/o remodelación de los escenarios del parque deportivo (construcción pista BMX, construcción y remodelación tejodromo, construcción estadio de softbol). Los citados escenarios deportivos no formaban parte del convenio interadministrativo No. 619 de 2014 celebrado entre COLDEPORTES y e IMDRI.

Así las cosas, el conflicto entre el IMDRI y la PREVISORA suscitado por el llamamiento en garantía habrá de resolverse a la luz de las normas y condiciones de los contratos de seguro en cuestión.

Nótese que en el presente caso la UNION TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUE 2015, no es demandado, ni tampoco ha sido llamado en garantía.

1.2. Aspectos medulares del seguro de cumplimiento relevantes para efectos de definir el llamamiento en garantía en contra de LA PREVISORA

El seguro de cumplimiento fue establecido por la Ley 225 de 1938, cuyo artículo 2 está hoy incorporado al artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

(Decreto 663 de 1993). Su objeto es cubrir al acreedor (asegurado) por los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al deudor de obligaciones nacidas del contrato o de la ley.

En este tipo de seguros el siniestro es el incumplimiento de la obligación garantizada, tal y como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 7 de mayo de 2002, exp. 6181:

*"Bajo tal perspectiva, acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, **con el incumplimiento de la obligación amparada**, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado". (Se destaca).*

No hay duda entonces que el siniestro es el incumplimiento de la obligación a cargo del deudor y cuando este ocurre surge la obligación condicional del asegurador.

Con igual perspectiva, frente a los seguros de cumplimiento para garantizar contratos estatales, se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de la Sección Tercera, de 22 de abril de 2009, exp.14667:

"La Ley 80 de 1993, en su artículo 25, numeral 1939, también estableció esta obligación para los contratos celebrados por el Estado, mediante la figura de la garantía única y actualmente la Ley 1150 de 2007, en su artículo 7º, modificadorio de la Ley 80, igualmente consagra este deber legal.

En cumplimiento de las disposiciones legales, los contratos celebrados por las entidades estatales, salvo las excepciones previstas en la norma, deberán contener obligatoriamente una cláusula de garantía con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, es decir, que su inclusión en el contrato es imperativa y no está determinada por la voluntad de las partes, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares cuya estipulación tiene carácter dispositivo.

*El propósito de dicha garantía no es otra 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, cláusula que es de forzosa estipulación, a tal punto que si no es pactada en aquellos contratos en los cuales la ley establece su obligatoriedad, se presume incorporada en el respectivo contrato y no podrá ser renunciada por la Administración". (Se destaca)*

Es necesario tener en cuenta que la interpretación de los contratos de seguro se basa esencialmente en los textos de las condiciones y la misma es restrictiva, por lo que no es dable extender su ámbito y vigencia, ni emplear la analogía.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de 2 de julio de 2014, radicación No. 76001-31-03-013-2002-00098-01, afirmó:

*"En ese orden de ideas, es claro que a efectos de identificar el alcance de la protección otorgada por la compañía de seguros, el juez necesariamente debe acudir a las **cláusulas de la póliza y a los documentos que se consideran***

integrantes de la misma, que definan lo atinente a los riesgos amparados u objeto del aseguramiento además de las exclusiones y límites pecuniarios y temporales pactados, sin que -tal como lo ha sostenido esta Corporación- le esté permitido «interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no se han convenido, ni para excluir los realmente convenidos; ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no sólo se encuentren expresamente excluidos sino que por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida.....» (CSJ SC, 23 May. 1988)». (Se resalta).

En relación con la vigencia como elemento determinante de la cobertura, el Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2003, exp. 8031, se pronunció en el siguiente sentido:

"[...] Conforme se precisó por la Sala en la sentencia de 11 de julio de 2002, Exp. 7255, C.P. Manuel S. Urueta Ayola, que ahora se reitera, "[...] La vigencia de la póliza es ni más ni menos que la del contrato de seguro, consagrada como uno de los contenidos del mismo en el artículo 1047, numeral 6, del Código de Comercio, y se entiende que es el tiempo dentro del cual surte sus efectos y, por ende, en el que los riesgos corren por cuenta del asegurador, por consiguiente, una vez vencido el período de vigencia antes de que acontezca el siniestro, desaparece el correspondiente amparo respecto del mismo, luego no cabe pretenderlo en relación con un evento ocurrido cuando no hay contrato de seguro vigente[...]". Lo anterior pone en evidencia que la vigencia de la garantía está íntimamente relacionada con la ocurrencia del siniestro, lo que es independiente de la época o plazo dentro del cual la Administración ordena su efectividad, pues esta decisión se limita simplemente a declarar una situación fáctica anterior, como es el hecho del incumplimiento [...]" (Se destaca).

Ahora bien, tratándose de obligaciones sujetas a plazo, el incumplimiento que permite solicitar perjuicios se configura cuando el plazo expira y el deudor queda en mora (artículos. 1608 y 1615 del Código Civil).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de seguro de cumplimiento entiende que fecha del siniestro es aquella en que se produce el incumplimiento, conforme lo expresó la Sala de Casación Civil, en sentencia de 24 de julio de 2006, exp. 00191:

"Así las cosas, como en los contratos de la naturaleza indicada, de acuerdo con lo expuesto precedentemente, el riesgo asegurado se traduce en la eventualidad de un incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor-contratista, esta Sala ya ha precisado en diversas ocasiones que es al momento de ocurrir tal inejecución prestacional imputable a éste, cuando jurídicamente se configura el siniestro, entendido como percutor del débito que, por fuerza de su materialización, se radica en cabeza del asegurador." (Se destaca)

La jurisprudencia administrativa ha ilustrado sobre las modalidades de incumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos estatales en sus diferentes manifestaciones: inejecución, ejecución tardía y ejecución defectuosa de la obligación. En efecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante sentencia del 1 de marzo de 2006, exp. 15898, expresó:

"...el INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL puede ser de tres clases: la mora o falta de cumplimiento de la obligación en el plazo estipulado; el cumplimiento defectuoso de la obligación, que acaece² () cuando la conducta se dirige a ejecutar la prestación que constituye el objeto de la obligación, pero no se logra la extinción de ésta, porque la ejecución de la obligación no se ajusta a los parámetros y condiciones exigidas por el contrato, la ley, o la buena fe para la satisfacción del interés público' y el incumplimiento definitivo de la obligación que la misma doctrina encuadra dentro de tres situaciones: la primera, por 'la imposibilidad sobrevenida de la prestación objetiva y absoluta', la segunda, 'la imposibilidad relativa por expiración del plazo contractual con frustración del fin de interés público del contrato' y la tercera situación por, 'la decisión inequívoca de la Administración de no ejecutar el objeto contractual' ".

Conforme a lo expuesto, el incumplimiento de una obligación sujeta a plazo sólo se configura cuando expira el plazo y la ejecución de la prestación no ha tenido lugar.

En el presente caso el supuesto incumplimiento (que se le imputa a la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015 por parte del IMDRI al ejercer el llamamiento en garantía) de los contratos garantizados, se configuró a más tardar al vencimiento de los respectivos plazos contractuales, fecha límite para que el contratista ejecutara efectivamente las obras contratadas.

Pues bien, con base en el Acta Adicional No. 1, el plazo contractual general venció el 30 de mayo de 2016. No obstante, debe anotarse que en dicha acta se estipularon plazos anteriores para la entrega de las distintas obras.

En consecuencia, el incumplimiento se configuró a más tardar el 30 de mayo de 2016, fecha esta determinante para calcular tanto la caducidad de la acción contenciosa, como el plazo de la prescripción extintiva de los derechos que se derivan de los respectivos contratos de seguro.

2. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTENCIOSA (MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES), QUE SE EJERCIÓ EN CONTRA DE LA PREVISORA MEDIANTE EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El CPACA regulan el artículo 164 la caducidad de los distintos medios de control.

Tratándose del medio de control de controversias contractuales, que corresponde al que el IMDRI pretende ejercer en virtud del llamamiento en garantía basado en los respectivos contratos de seguro, el citado artículo dispone, en su parte pertinente, lo siguiente:

"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

(...)

² RODRIGO ESCOBAR GIL. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Capítulo XIX la responsabilidad contractual, págs. 503 y ssgs.

34

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

(...)

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa; (...)"

Si se toma la fecha del supuesto incumplimiento contractual, el IMDRI apoya el llamamiento en garantía en contra de LA PREVISORA en el supuesto incumplimiento que le imputa a la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO 2015 por las obligaciones nacidas del contrato No. 119 de 2015.

Como se explicó de manera precedente, el citado incumplimiento se presentó a más tardar el 30 de mayo de 2016.

El llamamiento en garantía efectuado por el IMDRI fue presentado ante ese Tribunal el 21 de octubre de 2019, es decir después de 2 años de haber ocurrido el incumplimiento del contratista que es el hecho sobre el cual el IMDRI puede apoyar el respectivo llamamiento en garantía, razón por la cual la acción contenciosa que ejerce el IMDRI en contra de LA PREVISORA se encuentra afectada por el fenómeno de la caducidad.

Ahora bien, si se toma la fecha de terminación de los contratos de seguro instrumentados a través de las pólizas Nos. 3000787 y 3000874, teniendo en cuenta que el contrato de seguro no requiere liquidación, la caducidad para los amparos de cumplimiento y buen manejo del anticipo también se habría configurado como se expone a continuación.

Las siguientes son las vigencias de los amparos de cumplimiento y buen manejo del anticipo de las pólizas Nos. 3000787 y 3000874 y la respectiva fecha en que se configuró la caducidad:

Póliza No.	Amparo	Vigencia	Caducidad
3000787	Cumplimiento	29/10/2015-21/04/2017	21/04/2019
	Buen manejo de anticipo	29/10/2015 21/10/2016	21/10/2018
3000874	Cumplimiento	21/09/2016-21/04/2017	21/04/2019
	Buen manejo de anticipo	21/03/2016-21/10/2016	21/10/2018

Se reitera que el llamamiento en garantía del IMDRI contra LA PREVISORA se presentó el 21 de octubre de 2019 cuando la caducidad de la acción se encontraba prescrita para los amparos de cumplimiento y buen manejo de anticipo de las pólizas Nos. 3000787 y 3000874.

Los amparos de pago de salarios y prestaciones y estabilidad de la obra no pueden ser afectados en el presente caso pues no se cumplen las condiciones de cobertura para activar dichos amparos como se expondrá con detalle en un acápite posterior.

3. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LOS DERECHOS QUE EVENTUALMENTE PUDIERON SURGIR DE LOS CONTRATOS DE SEGURO INSTRUMENTADOS EN LAS PÓLIZAS Nos. 3000787 y 3000874

En el presente caso ha operado el fenómeno de la prescripción respecto de las acciones que se derivan de los contratos de seguro de cumplimiento que ampararon el contrato de obra pública No. 119 de 2015 y el adicional 01-194 de 2015, por cuanto

el IMDRI ejerció la acción contenciosa (medio de control de controversias contractuales), en virtud del llamamiento en garantía, después de 2 años de haber conocido plenamente los hechos que supuestamente configuran el incumplimiento de las obligaciones del contratista.

La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentra contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio, así:

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

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

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

Estos términos no pueden ser modificados por las partes."

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que el artículo 1081 del Código de Comercio, en lo que respecta a los términos de prescripción, es aplicable a las acciones derivadas de los contratos de seguro expedidos en favor de entidades estatales y que los mismos se cuentan desde el conocimiento del incumplimiento.

3.1. Aplicación del artículo 1081 del código de comercio en materia de seguros de cumplimiento en favor de entidades públicas

Desde la sentencia de la Sala Plena de 7 de mayo de 1991, exp. R-087, el Consejo de Estado ha indicado que la entidad estatal, al ser parte interesada en el contrato de seguro, debe sujetarse a lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio:

"De otra parte, el artículo 1081, en forma por demás expresa y precisa, determina que la prescripción en él señalada corre en contra del interesado y es claro que siendo la Administración contratante asegurada y beneficiaria, es parte interesada."³ (Se destaca).

El mencionado artículo regula la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y las clasifica en dos clases. En primer lugar, la ordinaria o subjetiva, la cual se configura a los dos años y empieza a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. En segundo lugar, se hace referencia a la prescripción extraordinaria u objetiva, la cual es de cinco años, la misma correrá en contra de toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

La Sala Plena del Consejo de Estado, profirió el 11 de mayo de 1998 una segunda sentencia, exp. S-592, en la cual ratificó la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio a los seguros de cumplimiento en favor de entidades públicas. En la mencionada providencia se señaló:

³³ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia del 7 de mayo de 1991, exp. R-087, CP. Dr. Miguel González Rodríguez.

47

*"En tratándose del contrato de seguro, era aplicable entonces al art. 1081 del C. de Co., norma especial que establece una prescripción extinta ordinaria de dos años y extraordinaria de cinco, tanto para el derecho y obligación correlativos como para las acciones que se deriven del contrato de seguro."*⁴
(Se destaca)

Con posterioridad, la Sección Primera del Consejo de Estado mediante sentencia de 15 de agosto de 2013, exp. 50001-23-31-000-2003-00085-02, con el propósito de precisar el alcance de los dos tipos de prescripción previstos en el aludido artículo 1081, citó la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de 18 de diciembre de 2012, exp. 2007-00071, en el siguiente aparte:

"Recientemente la Corte precisó como características y aspectos determinantes de la dualidad extintiva del artículo 1080 del estatuto mercantil que "[l]as dos clases de prescripción son de diferente naturaleza, pues, mientras la ordinaria depende del conocimiento real o presunto por parte del titular de la respectiva acción de la ocurrencia del hecho que la genera, lo que la estructura como subjetiva; la extraordinaria es objetiva, ya que empieza a correr a partir del surgimiento del derecho, independientemente de que se sepa o no cuándo aconteció (...) Todas las acciones que surgen del contrato de seguro, o de las normas legales que lo regulan, pueden prescribir tanto ordinaria, como extraordinariamente (...). La prescripción extraordinaria corre contra toda clase de personas, mientras que la ordinaria no opera contra los incapaces (...). El término de la ordinaria es de sólo dos años y el de la extraordinaria se extiende a cinco, justificándose su ampliación por aquello de que luego de expirado, se entiende que todas las situación jurídicas han quedado consolidadas y, por contera, definidas' (...). Las dos formas de prescripción son independientes y autónomas, aun cuando pueden transcurrir simultáneamente, adquiriendo materialización jurídica la primera de ellas que se configure"⁵ (Se destaca).

3.2. El término de la prescripción ordinaria corre desde que la entidad tiene conocimiento del incumplimiento

Sobre el particular, la sentencia de la Sala Plena de 7 de mayo de 1991, exp. R-087, citada con anterioridad, estableció que el término de prescripción ordinaria debe computarse desde la fecha en que la entidad interesada tuvo conocimiento del siniestro, es decir del incumplimiento:

"De lo anterior se concluye que desde el momento en que ocurría el siniestro o riesgo asegurado empezaba a correr el término de la prescripción extraordinaria de cinco años y desde la fecha en que la Administración Contratante había tenido y debido tener conocimiento de tal ocurrencia empezaba a correr el término de la prescripción ordinaria de dos años, lo anterior tanto para el derecho y obligación correlativos, como para la acción"⁶. (Se destaca)

Así las cosas, el acto administrativo debe expedirse dentro de los 2 años desde el conocimiento del incumplimiento (o la iniciación de la acción), lo cual explica la Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia del 14 de diciembre de 1992, exp. 2128:

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena. Sentencia del 11 de mayo de 1998, exp. S-592, CP. Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia del 15 de agosto de 2013, exp. 50001-23-31-000-2003-00085-02, CP. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

⁶ *Ibid.* óp. cit.

*"...debe dictar la resolución administrativa que declare su ocurrencia dentro de su vigencia, que sería lo más lógico e indicado, o si no dentro de los dos años subsiguientes a la fecha en que tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado, para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio."*⁷ (Se destaca).

La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 11 de diciembre de 2002, exp. 22511, precisó que la administración cuenta con el término de 2 años a partir de la ocurrencia del siniestro para expedir el acto administrativo que lo declare o iniciar la acción contenciosa si no existe facultad exorbitante:

*"Y cuando la Administración es la beneficiaria del contrato de seguro, está previsto en la ley que como ella está privilegiada con la decisión previa, es decir que para el reconocimiento de la existencia del siniestro no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador, puede reconocer la existencia del siniestro por acto administrativo y mediante la notificación del mismo requerir al asegurador al cumplimiento de la obligación indemnizatoria. Es por esto que cuando el Estado declara la obligación de indemnización del asegurador, ello equivale a la reclamación extrajudicial por vía administrativa; la reclamación así entendida - noticiando al asegurador - tendrá que hacerse dentro del término de prescripción ordinaria es decir dentro de los dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro."*⁸ (Se destaca)

Luego, por sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 19001-23-31-000-1994-09004-01, el Consejo de Estado precisó de nuevo que el cómputo del término de prescripción se inicia desde cuando la entidad estatal tenga conocimiento del siniestro o haya debido tenerlo:

"Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor.

De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como término máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la Administración, sino basta con que haya sido declarado por ella dentro de este término; lo contrario significaría limitar la competencia de la Administración para expedir el acto.

Agrega en esta oportunidad la Sala que a la misma conclusión se llega, si se tiene en cuenta que la caducidad de la acción contractual es de dos años,

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera. Sentencia del 14 de diciembre de 1992, exp. 2128, CP. Dr. Yesid Rojas Serrano.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002, exp. 25000-23-26-000-1999-2326-01, CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

término máximo del que dispondría la entidad contratante para pretender judicialmente el incumplimiento del contrato de seguro en el evento de acaecimiento del siniestro y, dado que la ley le otorga el privilegio o potestad de hacer efectivo dicho incumplimiento de manera unilateral mediante la declaratoria de ocurrencia del siniestro, tal facultad no podrá exceder del término antes señalado.⁹. (Se destaca)

La Sección Tercera reiteró, una vez más, en sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 21432, la tesis sobre la aplicación de la prescripción de los derechos derivados del seguro de cumplimiento y señaló que la entidad debe declarar el siniestro por acto administrativo dentro de los 2 años siguientes al conocimiento del incumplimiento:

"En esta oportunidad la Sala reitera la postura de que el acto administrativo por medio del cual se declara el siniestro debe ser expedido por la Administración Pública a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en la cual ésta tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente deberá acaecer durante la vigencia del seguro, aunque la declaratoria se produzca después de su vencimiento."¹⁰ (Se destaca)

En relación con la época dentro de la cual la Entidad Estatal se encuentra facultada para expedir el acto administrativo por medio del cual se declara la ocurrencia del siniestro, la sentencia del 16 de julio de 2015, exp. 25000-23-26-000-1999-00405-01(32301), CP. Dr. Hernán Andrade Rincón, luego de citar la sentencia del Consejo de Estado del 22 de abril de 2009, señaló:

"La doctrina especializada se ha referido al tema de la prescripción en los siguientes términos:

'2. Así las cosas, en el seguro de cumplimiento opera, de una parte, la prescripción ordinaria, con todos los aspectos que la caracterizan, particularmente en lo que se refiere a su base subjetiva, lo que supone que el decurso prescriptivo empezará a correr desde el momento en que los interesados tengan –o deban haber tenido- conocimiento del siniestro, que en el caso concreto del seguro de cumplimiento, se ha manifestado, estará dado por la floración del incumplimiento, en términos muy simples y sin eufemismos¹¹, obviamente en tratándose del deber de prestación a cargo de la entidad aseguradora.

3. Como es natural, también operará la prescripción extraordinaria, en la forma prevista por el artículo 1081 del Código de Comercio, lo que, a su turno, implica que en el seguro en cuestión, ella se consumará respecto de cualquier persona, siempre que no haya habido conocimiento del siniestro –porque, en tal caso, la prescripción llamada a regir sería la ordinaria- y su término de cinco años empezaría a correr desde el momento mismo de ese siniestro, esto es, del daño

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 19001-23-31-000-1994-09004-01, CP. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 20001-23-31-000-1999-00639-01, CP. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ Ibid. En los "[...] seguros de cumplimiento de contratos", ha expresado el Dr. JORGE EDUARDO NARVÁEZ B. "[como lo que se ampara son hecho imputables al deudor contratista que implican el incumplimiento de obligaciones contenidas en un contrato, debe configurarse la responsabilidad civil contractual y por lo tanto, para que tenga cabida la indemnización de perjuicios como consecuencia de ella, es necesario que se acredite que el incumplimiento es imputable al deudor". El seguro de cumplimiento, op cit., pág. 411.

o la pérdida derivados del incumplimiento, en lo que a la prestación a cargo del asegurador atañe, se reitera¹².

Sobre este tema y retomando el artículo citado anteriormente, se insiste en la importancia de distinguir si el acto administrativo a través del cual se declara la ocurrencia del riesgo, es, o no, constitutivo del siniestro, toda vez que en el evento de que sí lo sea, el plazo para la prescripción correrá a partir de ese momento y, en el evento de que no lo sea, dado que el acto tiene carácter de reclamación ante el asegurador respecto de un incumplimiento que ya ha ocurrido, este término correrá desde que se tenga conocimiento del incumplimiento y no desde su declaratoria. Al respecto se expresó¹³:

*'En los casos en que el acto administrativo es constitutivo del siniestro, el plazo de prescripción empezará a correr desde ese momento. En cambio, si el acto administrativo que declara el incumplimiento se entiende como la reclamación de la entidad estatal de su derecho ante el asegurador, lo cual implica que ya se ha presentado el incumplimiento, vale decir el siniestro, los términos de prescripción habrán empezado a correr desde que se conozca de su realización y no desde que se declare para efectos del reclamo.'*¹⁴ (Se destaca)

Finalmente, la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la materia, de 26 de noviembre de 2015, señaló que la administración cuenta con el término de 2 años desde que tiene conocimiento del hecho para proferir el acto administrativo que declare el siniestro:

"De lo expuesto, la Sala puede establecer varias conclusiones a saber: (i) Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente, se produce su declaratoria. (ii) La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; (ii) El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; (iii) El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por último, (iv) No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza.

Así las cosas, se infiere que el término establecido de dos años para que opere la prescripción ordinaria aludido por el artículo 1081 del C.Co., no significa que el acto administrativo que declara el siniestro debe quedar en firme dentro de ese período, solo se requiere, entendiéndose bien, que durante ese término de vigencia de la póliza haya ocurrido el siniestro y que la Administración lo haya declarado mediante acto administrativo a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la realización del riesgo amparado¹⁵. (Se destaca)

Así mismo, en las condiciones generales de las pólizas emitidas por LA PREVISORA se señaló:

"CONDICIÓN VIGÉSIMA - PRESCRIPCIÓN

¹² JARAMILLO Carlos Ignacio, Derecho de los Seguros, Tomo IV, Colección Estudios de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2013, p. 132.

¹³ MEJÍA MARTÍNEZ Carmenza, Op. Cit. Esta tesis es apoyada por el tratadista Carlos Ignacio Jaramillo, según se lee en página 135 del texto acabado de citar.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera- Subsección A. Sentencia del 16 de julio de 2015, exp. 25000-23-26-000-1999-00405-01(32301), CP. Dr. Hernán Andrade Rincón.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2015, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 76001-23-31-000-2011-01873-00 (53.914).

Las acciones derivadas del presente contrato de seguro, se sujetan a los términos de prescripción dispuestos en el Artículo 1081 del Código de Comercio y demás normas que lo adicionen y/o modifiquen."

Por tanto, es necesario que los hechos hayan ocurrido en alguna de las vigencias de la póliza según los certificados expedidos y que se ejerza la acción contra la aseguradora antes de pasados dos años desde que se haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

3.3. La prescripción en el presente caso

En el presente caso, el IMDRI adelantó un proceso administrativo sancionatorio en el marco del contrato de obra No. 119 de 2015 el cual culminó con la Resolución No. 144 del 28 de julio de 2017. En dicha Resolución el IMDRI afirma que el contratista UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015 abandonó la obra el 6 de abril de 2016 y también se reseña que la decisión de adelantar el procedimiento sancionatorio se tomó desde el 25 de mayo de 2016.

En el caso que nos ocupa el plazo del contrato No. 119 de 2015 venció el 31 de mayo de 2016.

Así las cosas, el IMDRI tuvo conocimiento de supuestas conductas de incumplimiento del contrato de obra No. 119 de 2015 por parte de la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ a más tardar el 31 mayo de 2016.

El incumplimiento se configuró en las fechas señaladas o a más tardar al vencimiento del plazo contractual. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, cuando manifestó que la prescripción en el seguro de cumplimiento se cuenta desde el vencimiento de la obligación de construcción:

"En esa medida, el Tribunal no pudo incurrir en ningún error de hecho probatorio, con las características de evidente, al computar el término de la prescripción ordinaria, respecto de las acciones que se derivaban de la póliza 973353476, a partir del vencimiento del contrato de construcción al que se refería, hecho que efectivamente ocurrió el 30 de abril de 1998, porque si hasta ese día la sociedad afianzada tenía la posibilidad de cumplir lo estipulado, resultaba diáfano que si el acreedor de la respectiva prestación no la recibió en esta fecha, necesariamente se entiende que ahí mismo tuvo que conocer el incumplimiento".¹⁶

La prescripción aplicable no puede ser otra que la ordinaria, la cual comienza a contar en el momento mismo en que el IMDRI tuvo conocimiento del incumplimiento por parte del contratista, esto es a más tardar en la fecha en que expiró el plazo contractual.

Para el momento en que el IMDRI presentó el llamamiento en garantía a LA PREVISORA, es decir el 21 de octubre de 2019, ya habían pasado más de 2 años desde que tuvo conocimiento de presuntas conductas de incumplimiento por parte del contratista garantizado en las pólizas expedidas por mi representada.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia - Sala Civil. Sentencia N° C-1100131030112000-00428-01 de 20 de septiembre de 2010. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

En consecuencia, los derechos derivados de las pólizas de cumplimiento No. 3000787 y No. 3000784 se extinguieron en virtud del fenómeno de la prescripción.

4. INEXISTENCIA DE COBERTURA BAJO LAS PÓLIZAS Nos. 3000787 y 3000784 – AUSENCIA DE COBERTURA DEL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO ADMINISTRATIVO No. 619 de 2014

En el presente proceso las pretensiones de COLDEPORTES se encaminan a que se declare que el MUNICIPIO DE IBAGUÉ, el IMDRI y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA incumplieron el convenio administrativo No. 619 de 2014 celebrado por dichas entidades con COLDEPORTES y se condene a las demandadas a la restitución de los dineros recibidos en virtud del mencionado convenio.

De otro lado, si se revisa con detenimiento el llamamiento en garantía formulado por el IMDRI contra LA PREVISORA este no contiene una pretensión clara y expresa, pues en el acápite que denominó solicitud únicamente se dijo:

"V. SOLICITUD

En razón a lo esbozado en precedencia y atendiendo a que para la ejecución de los convenios interadministrativos entre COLDEPORTES, LA GOBERNACIÓN DEL TOLIMA, EL MUNICIPIO DE IBAGUÉ Y EL IMDRI, relativos a las obras de los escenarios del Parque Deportivo de Ibagué, se ejecutó a través del contrato estatal de obra No. 119 de 2015 y, que el contratista se obra UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015 constituyó garantía única de cumplimiento No. 3000787, y por su parte, para el cumplimiento del contrato adicional de obra pública No. 1 del 8 de julio de 2015 a través de la Póliza única No. 30000874, ambas contratadas con la PREVISORA es procedente solicitar el llamamiento en garantía de la PREVISORA al interior del presente proceso."

No obstante, no hay pretensión del IMDRI en contra de LA PREVISORA y eso impide una condena en contra de mi representada, debe tenerse en cuenta que, aunque se entendiera que lo que quiere el MUNICIPIO DE IBAGUÉ es que en caso que se le condene a devolver a COLDEPORTES los dineros recibidos en virtud del convenio administrativo No. 622 de 2014 se afecte Las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 3000787 y No. 3000784 dicha situación no es posible por las razones que se expondrán a continuación.

Las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 3000787 y No. 3000784 otorgaron cobertura única y exclusivamente al riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contrato No. 119 de 2015 por parte de la UNION TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015.

En las condiciones generales de la póliza se incluyó la siguiente cláusula:

"AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

ESTE AMPARO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL, LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE:

- I. EL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DEL CONTRATO, CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA.**

38

- II. EL CUMPLIMIENTO TARDÍO O DEFECTUOSO DEL CONTRATO, CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA.
- III. LOS DAÑOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR ENTREGAS PARCIALES DE LA OBRA, CUANDO EL CONTRATO NO PREVÉ ENTREGAS PARCIALES.
- IV. EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA."

En efecto, en las condiciones particulares de las mencionadas pólizas se indica que el único afianzado es la UNION TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUE 2015 y que el objeto de las mismas es:

- Las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 3000787 y No. 3000784:

"OBJETO DE LA GARANTIA:

SE AMPARAN LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL CONTRATISTA / AFIANZADO EN VIRTUD DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA No.119 DE FECHA 17 DE ABRIL DE 2015, CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, RELACIONADO CON EL OBJETO CONSISTENTE EN: CONTRATAR LA CONSTRUCCION, ADECUACION Y/O REMODELACION DE ESCENARIOS DEL PARQUE DEPORTIVO EN LA CIUDAD DE IBAGUE PARA LOS XX JUEGOS DEPORTIVOS NACIONALES Y IV PARANACIONALES 2015 Y OBRAS COMPLEMENTARIAS."

- Póliza No. 3000784

"4. OBJETO DE LA POLIZA: GARANTIZAR LAS OBLIGACIONES DERIVADAS ÚNICAMENTE DEL CONTRATO ADICIONAL DE OBRA PÚBLICA 01-194 DE FECHA 08/JULIO/2015, DERIVADO DEL CONTRATO PRINCIPAL DE OBRA PUBLICA 119 DE FECHA 17/ABRIL/2015, RELACIONADO CON LA CONSTRUCCIÓN, ADECUACIÓN Y/O REMODELACIÓN DE LOS ESCENARIOS DEL PARQUE DEPORTIVO (CONSTRUCCIÓN PISTA BMX, CONSTRUCCIÓN Y REMODELACIÓN TEJODROMO, CONSTRUCCIÓN ESTADIO DE SOFTBOL) EN LA CIUDAD DE IBAGUÉ PARA LOS XX JUEGOS DEPORTIVOS NACIONALES Y IV PARA NACIONALES 2015 Y OBRAS COMPLEMENTARIAS."

De lo anterior se desprende que:

- Las pólizas únicamente cubren el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato No. 119 de 2015 y su contrato adicional No. 01-194.
- Las pólizas únicamente cubren el incumplimiento del contrato No. 119 de 2015 y su contrato adicional No. 01-194 que sea imputable a la UNION TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUE 2015.
- La póliza no otorgó cobertura a las obligaciones derivadas del convenio administrativo No. 619 de 2014.

- La póliza no otorgó cobertura a las conductas del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, COLDEPORTES o el IMDRI.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que lo que se discute en el presente proceso es el incumplimiento de obligaciones surgidas del convenio No. 619 de 2014 por parte del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, del MUNICIPIO DE IBAGUÉ y del IMDRI ha de concluirse que los hechos que dieron origen al proceso no cuentan con cobertura bajo las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 3000787 y No. 3000784 y por lo tanto no es posible la afectación de las mismas.

En la demanda COLDEPORTES afirma que el IMDRI y el MUNICIPIO DE IBAGUÉ han incumplido algunas de sus obligaciones a la cuales se comprometieron en el convenio interadministrativo 619 de 2014, y que en virtud de ello deben reintegrar al Tesoro Nacional ciertos recursos, rendimientos financieros e intereses que solicita en sus pretensiones.

Específicamente en la demanda se afirma que se incumplió la cláusula sexta del convenio interadministrativo 619 de 2014, relativa a las obligaciones del MUNICIPIO DE IBAGUÉ.

De tal manera que los incumplimientos que COLDEPORTES demanda no se imputan al contratista garantizado las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 3000787 y No. 3000784, sino que se imputan al IMDRI y al MUNICIPIO DE IBAGUÉ.

Como se explicó, de acuerdo con la finalidad de las pólizas de seguro de cumplimiento y, particularmente, según lo disponen las condiciones generales de la las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 3000787 y No. 3000784 expedidas por LA PREVISORA, para que opere el amparo de cumplimiento otorgado en ellas debe presentarse un incumplimiento del contrato garantizado, es decir el contrato de obra pública No. 119 de 2015 y su adicional, y que sea imputable única y exclusivamente al contratista garantizado, esto es a la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015.

En consecuencia, la póliza no cubre los reintegros solicitados en la demanda porque la misma no garantiza el cumplimiento de las obligaciones del convenio interadministrativo 619 de 2014, ni incumplimientos que no son imputables a la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015.

5. INEXISTENCIA DE COBERTURA BAJO LAS PÓLIZAS Nos. 3000787 y 3000784 - LA PÓLIZA NO OTORGÓ COBERTURA A CONDUCTAS DE LA ENTIDAD CONTRATANTE NI DE TERCEROS

Como se mencionó, las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 3000787 y No. 3000784 solo cubre aquellos perjuicios que hayan sido causados única y exclusivamente por la conducta del contratista y no derivados de conductas de terceros o de la entidad asegurada.

Si en el presente caso, se llega a demostrar que hubo incumplimientos por parte del IMDRI, del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA y/o COLDEPORTES, que incidieron en el resultado de la ejecución del contrato de obra pública No. 119 de 2015, dichas conductas no se encuentran cubiertas por las pólizas de seguro de cumplimiento emitidas por LA PREVISORA.

Por lo tanto, las pólizas emitidas por mi representada en virtud de la cual se realiza el llamamiento en garantía por parte del IMDRI, solo pueden ser afectadas si se

prueba que se causaron perjuicios al demandante única y exclusivamente derivados de la conducta de la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015.

6. INEXISTENCIA DE COBERTURA BAJO LAS PÓLIZAS Nos. 3000787 y 3000784 POR NO REUNIRSE LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Sea lo primero advertir que la presentación de un llamamiento en garantía no exime al asegurado (el IMDRI) de las cargas impuestas en el artículo 1077 del Código de Comercio, disposición a la luz de la cual "(...) *corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso*".

Entendiéndose siniestro como la materialización del riesgo asegurado (artículo 1072 del Código de Comercio), y este último, según se dispone en el artículo 1054 del Código de Comercio, como "(...) *el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador (...)*", es fundamental que el asegurado demuestre la ocurrencia del siniestro, para lo cual resulta indispensable que señale cuál es el amparo que pretende afectar con ocasión los hechos que sirven de sustento de su reclamación.

En el presente caso, el asegurado no ha cumplido con la carga establecida en el artículo 1077 del Código de Comercio.

En el llamamiento en garantía, el MUNICIPIO DE IBAGUÉ se apoya en LAS PÓLIZAS Nos. 3000787 y 3000784 sin invocar un amparo específico, ni dar razones particulares para la afectación de cada uno de ellos.

Así las cosas, invocamos como excepción la inexistencia de la obligación derivada del contrato de seguro, ya que el riesgo asegurado no se materializó en ninguno de los amparos cubiertos en las pólizas.

7. INEXISTENCIA DE COBERTURA BAJO LAS PÓLIZAS Nos. 3000787 y 3000784 POR VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA, BUENA FE Y MORALIDAD ADMINISTRATIVA

En el presente caso LA PREVISORA no tiene obligación alguna, por cuanto se han vulnerado de manera flagrante por parte del asegurado (IMDRI) los principios de transparencia y de buena fe que rigen las actuaciones contractuales en materia estatal y que son aplicables al contrato de seguro, así como se evidencia la exclusión de actos dolosos y de culpa grave que exoneran a LA PREVISORA de cualquier responsabilidad en el presente proceso.

7.1. Descripción de los hechos que implican el surgimiento de obligaciones a cargo de LA PREVISORA

Los procesos de selección, celebración y ejecución de los contratos relativos a la adecuación de escenarios deportivos para la realización de los XX Juegos Nacionales y IV Juegos Paranales tienen graves irregularidades que se han detectado por parte de la Fiscalía General de la Nación y otras entidades y que también han dado lugar a condenas penales en firme contra el alcalde del municipio de Ibagué y del Director del IMDRI, antes que son asegurados bajo las pólizas.

Sobre este particular se destaca:

- 7.1.1. La Fiscalía General de la Nación, en comunicado publicado en su página web cuyo link aparece más abajo, señala que por irregularidades en la contratación para la construcción de las obras de los escenarios deportivos de los juegos nacionales fue detenido Carlos Heberto Ángel, exgerente del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte de Ibagué (IMDRI).

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/a-la-carcel-exgerente-del-imdri-de-ibague-por-caso-de-corrupcion-en-contratacion-para-juegos-nacionales-2015/>

"A la cárcel exgerente del Imdri de Ibagué por caso de corrupción en contratación para juegos nacionales 2015

Ibagué (Tolima).

Jueves, 03 de noviembre de 2016 3:22 pm

Boletín 16841

A la cárcel de Picafeña, en Ibagué, fue enviado Carlos Heberto Ángel, exgerente del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte de Ibagué (Imdri) por el caso de las irregularidades en la contratación para la construcción de las obras de los escenarios deportivos que iban a ser usadas en los frustrados juegos nacionales de Ibagué.

La determinación fue tomada por el juzgado 2º Penal Municipal de Ibagué, con función de garantías.

El exfuncionario, que ocupó el cargo de gerente del Imdri durante la Alcaldía de Luis H. Rodríguez (2012-2015), fue capturado por servidores del CTI luego de que se presentara en el bunker de la Fiscalía Seccional Tolima en virtud de una orden de captura emitida en su contra.

Ángel está siendo investigado por las posibles irregularidades en la contratación para la adjudicación del contrato de los diseños y construcción de los escenarios deportivos para los XX Juegos Nacionales y IV Paranales en la capital tolimense en 2015.

De acuerdo con la investigación, los hechos se registraron desde antes de la apertura de la licitación para la construcción de los escenarios que recibirían las justas deportivas. Fue entonces cuando funcionarios de la Alcaldía se concertaron ilícitamente con un particular para favorecer la adjudicación y apropiación de los dineros"

- 7.1.2. La Fiscalía General de la Nación, en comunicado publicado en su página web cuyo link aparece más abajo, señala que en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué se cumplió la audiencia de verificación de preacuerdo en contra de Oswaldo Enrique Mestre Campos, quien fungió como secretario de Hacienda durante la administración de Luis H. Rodríguez en la Alcaldía de Ibagué 2012-2015.

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/avalado-preacuerdo-por-corrupcion-en-caso-de-los-juegos-nacionales-del-tolima/>

"Avalado preacuerdo por corrupción en caso de los Juegos Nacionales del Tolima

Ibagué (Tolima).

Martes, 31 de Octubre de 2017 4:21 pm

Boletín 22220

La Fiscalía vinculó al exsecretario de Hacienda como determinante del desfaldo de los juegos nacionales.

En la lucha contra la corrupción que emprendió la Fiscalía General de la Nación, a través del Plan Bolsillos de Cristal, se lograron revelar las irregularidades presentadas en el contrato de diseños de los escenarios deportivos para los XX Juegos Nacionales y IV Paranales en Ibagué (Tolima).

Ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad se cumplió la audiencia de verificación de preacuerdo en contra de Oswaldo Enrique Mestre Campos, quien fungió como secretario de Hacienda durante la administración de Luis H. Rodríguez en la Alcaldía de Ibagué 2012-2015.

Mestre Campos pactó un preacuerdo con una fiscal de la Unidad de Administración Pública, aceptando así los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación”.

- 7.1.3. De acuerdo con la información publicada por Caracol el 11 de noviembre de 2017 hay 16 personas capturadas por el asunto de los Juegos Nacionales y ya se han proferido 4 condenas, entre las cuales está, Carlos Heberto Ángel, ex gerente del IMDRI y el abogado Orlando Arciniegas Lagos, asesor del IMDRI.

http://caracol.com.co/emisora/2017/11/11/ibague/1510417858_486911.html

“La corrupción arrasó con los escenarios deportivos de Ibagué
Cuatro condenas se han emitido por este hecho.

El escándalo de los Juegos Nacionales de Ibagué deja hasta el momento 16 personas capturadas y cuatro condenas que ha emitido la justicia contra los implicados, mientras que otros están en busca de preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación.

La Contraloría General de la Nación estableció hallazgos fiscales por 66.000 millones de pesos por estas graves irregularidades.

Este episodio de corrupción se originó cuando el Gobierno Nacional, a través de Coldeportes, Gobernación del Tolima y Alcaldía de Ibagué, realizaron una bolsa común para la construcción y remodelación de los escenarios deportivos de Ibagué para las justas deportivas del año 2015. La meta era que la capital del Tolima albergara 31 disciplinas deportivas.

Los escenarios a intervenir eran tres: Unidad Deportiva calle 42, Parque Deportivo y estadio Manuel Murillo Toro. Las obras de los dos primeros escenarios se iniciaron y no se terminaron.

La primera fase de la investigación se concentró en la adjudicación del contrato para el estudio y diseños que permitieron la construcción y remodelación de escenarios deportivos de Ibagué. El cual fue adjudicado a la firma española Tysa. La Fiscalía determinó que hubo una licitación por 11 mil 500 millones de pesos amañada donde se habrían cancelado sobornos por una cifra cercana a los mil 800 millones de pesos.

Por estos hechos, ya se emitió una condena de 36 años de prisión contra el abogado Orlando Arciniegas Lagos, considerado el “cerebro” de este caso de corrupción. Él se desempeñó como asesor del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte, IMDRI.

Asimismo, se condenó al ex gerente de ese instituto, Carlos Heberto Ángel, a una pena privativa de la libertad de 12 años, además de la destitución e inhabilitación que profirió la Procuraduría General de la Nación”.

7.1.4. De acuerdo con la información publicada por Caracol el 19 de diciembre de 2017, la Fiscalía General de la Nación le imputó cargos al exalcalde de Ibagué por corrupción en los Juegos nacionales

http://caracol.com.co/emisora/2017/12/19/ibague/1513685340_016135.html

"Fiscalía Imputo cargos contra ex alcalde de Ibagué por corrupción en Juegos Nacionales

17 personas han sido capturadas por caso de corrupción de juegos nacionales.

Ante el juzgado Segundo penal con función de control de garantías del Espinal, la Fiscalía General de la Nación le imputó al ex alcalde de Ibagué Luis Hernando Rodríguez Ramírez, los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, por el caso de corrupción con los recursos que eran destinados para la construcción de los escenarios deportivos en el año 2015, en el marco de los XX juegos nacionales y IV paranacionales."

7.1.5. El IMDRI, en la Resolución No. 199 del 30 de octubre de 2017 (página 10), que resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. 188 de 4 de octubre de 2017 (página 5), mediante la cual liquidó unilateralmente el Contrato de interventoría No. 120 de 2017 celebrado con el CONSORCIO JUEGOS NACIONALES, indica que en este contrato de interventoría existió un posible direccionamiento y/o amaño.

7.1.6. En la citada Resolución 188 de 4 de octubre de 2017 (página 68) se señala que el CONSORCIO JUEGOS NACIONALES, interventor del contrato No. 119 de 2015, autorizó de manera improcedente el pago por obras no funcionales por la suma de \$13.690.727.932 a la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUE 2015.

7.1.7. Adicionalmente, el IMDRI en la contestación de la demanda reconoce que las obras de los juegos nacionales se cometieron ilícitos y alude a sentencias penales en contra de los representantes legales de las entidades aseguradas.

7.2. LA PREVISORA no tiene obligación derivada del contrato de seguro por cuanto la culpa grave y el dolo del asegurado (IMDRI y Municipio de Ibagué) es un riesgo inasegurable por mandato legal

En consonancia con lo expuesto anteriormente, el IMDRI y la Alcaldía de Ibagué (asegurados en la póliza de LA PREVISORA) a través de sus más altos funcionarios actuaron de mala fe o con dolo o culpa grave, no fueron diligentes y ello afectó considerablemente la ejecución del contrato No. 119 de 2015, a lo cual se agrega la conducta de la interventoría (delegada de la administración) autorizando pagos de obras que no debieron ser pagadas.

Preceptúa el artículo 1055 del Código de Comercio en su tenor literal lo siguiente:

"Art. 1055. Actos Inasegurables. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado a beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo"(se destaca).

En materia de contratación estatal, la entidad pública contratante ostenta la calidad de asegurado y beneficiario del contrato de seguro de cumplimiento. Desde luego, la entidad por mandato constitucional, legal y contractual tiene el deber de actuar con la mayor buena fe. Si la entidad como asegurada incurre en conductas constitutivas de dolo o culpa grave las mismas son riesgos excluidos del contrato de seguro por orden legal y sus consecuencias mal podrían ser exigidas a la aseguradora que actuó de buena fe.

Los efectos jurídicos de esta situación son una exclusión de naturaleza legal al contrato de seguro que podrán ser invocadas por el asegurador como acción o como excepción, sin necesidad de demandar la inexistencia, la nulidad o la ineficacia del contrato de seguro. Al respecto J. Efrén Ossa puntualiza que *"Los riesgos no asegurables, a que hemos hecho referencia, suponen, por definición, riesgos excluidos del seguro"*. Bajo este entendido tales conductas no son un riesgo asegurado y no pueden dar lugar al nacimiento de la obligación condicional en cabeza del asegurador.

En sentido similar el tratadista argentino Isaac Halperin¹⁷ señala respecto del riesgo asegurable que *"Es menester que el hecho sea extraño a la voluntad del asegurado o del beneficiario, de ahí que caduque cualquier derecho de éstos cuando provocan el siniestro (art. 70) o agravan el riesgo (art. 39)"*.

En relación con el dolo del asegurado Donati¹⁸ estima que *"se está, pues, frente a una delimitación causal establecida inderogablemente por la ley, o más brevemente, frente a una exclusión de riesgo"*. En sentido similar se pronuncian autores representativos a nivel doctrinal¹⁹.

El Consejo de Estado ha acogido los anteriores planteamientos y en reciente sentencia de la Sección Tercera de 16 de mayo de 2019, Rad. 85001-23-31-000-2007-00159- No.1(40102), precisó que, si la entidad estatal en su condición de asegurado propicia el incumplimiento, la aseguradora se encuentra eximida de su obligación, en la medida en que se trata de un riesgo excluido del contrato de seguro de cumplimiento:

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

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

¹⁷ Halperin, Isaac, *Seguros*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983, Tomo II, pág. 522,

¹⁸ Donati, Antigono, *Los seguros privados*, Librería Bosch, Barcelona, 1960, pág. 206

¹⁹ Garriges, Joaquín, *Contrato de seguro terrestre*, Ed. Aguirre, Madrid, 1982, pág. 15. Lambert-Faivre, Yvonne, *Droit des Assurances*, Dalloz, Paris, 2005, pág. 292

se desprende de la naturaleza y los fines legales previstos para esa clase de garantía²⁰.

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

En el caso que nos ocupa es evidente que las entidades aseguradas (el MUNICIPIO DE IBAGUÉ y el IMDRI), a través de sus máximas autoridades, desarrollaron conductas orientadas a que se produjeran fraudes en la celebración y ejecución de los contratos para los escenarios destinados a los juegos nacionales, las cuales fueron determinantes en los respectivos incumplimientos por lo cual los mismos carecen de protección bajo las pólizas emitidas por LA PREVISORA.

7.3. LA PREVISORA no tiene obligación derivada del contrato de seguro por violación del principio de moralidad administrativa

El ordenamiento legal que rige el contrato de seguro impide que los hechos descritos en el punto anterior puedan generar responsabilidad alguna en cabeza de la compañía de seguros, pues se vulnera el principio de buena fe y el riesgo asegurable, entre otros elementos que son medulares en este tipo de contratos, como se expondrá a continuación

Los hechos narrados evidencian un funcionamiento anómalo de los procesos de selección, adjudicación y control de la ejecución de los contratos a que hace referencia el presente proceso, con la participación de los más altos funcionarios del asegurado (IMDRI) y de la Alcaldía de Ibagué, lo cual supone la violación del principio de moralidad administrativa.

Sobre este principio el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante sentencia de 3 diciembre 2007, expresó lo siguiente:

²⁰ Como lo ha puntualizado la jurisprudencia: “[E]n materia de la garantía única de cumplimiento del contrato estatal se otorga cobertura al riesgo de incumplimiento, no solamente al evento originado en la conducta culposa del tomador. En ese sentido es improcedente la invocación por parte de la compañía aseguradora en torno a la ausencia de culpa de la contratista para conseguir anular el acto de declaratoria de caducidad.

“La posibilidad de asegurar los riesgos derivados del hecho culposo del tomador se encuentra permitida en varias modalidades del contrato de seguro, entre ellas en el seguro de cumplimiento para el contrato estatal, debido a la naturaleza de la póliza: Por ejemplo, en relación con el seguro de responsabilidad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (...) consideró que la culpa grave es asegurable para el caso del citado seguro, por expresa disposición del artículo 1127 del Código de Comercio (...), de acuerdo con el cual el daño ocasionado por la culpa grave del propio asegurado es susceptible de ser amparado a favor de la víctima afectada o del asegurado, con motivo de determinada responsabilidad en la que incurra de acuerdo con la ley, bien sea en materia de responsabilidad civil contractual o extracontractual (...).

“En relación con el seguro de cumplimiento la ley exige el amparo de todo riesgo que afecte el cumplimiento del contrato, sobre lo cual observó la doctrina que **el contratista es el principal generador del riesgo, toda vez que en su conducta estriba el cumplimiento del contrato.** Empero, por virtud del contrato, el contratista tiene unos riesgos a su cargo cuya ocurrencia también pueden ocasionar el incumplimiento, con independencia de su culpa en la materialización de dicho riesgos” (Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 19 de noviembre de 2015, exp. N° 05001233100020060257901 (43324). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico).

42

"(...) la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada,²¹ que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (artículo 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley.

Ha dicho la jurisprudencia que este principio se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, excepto en los casos en que la ilegalidad sea protuberante y grosera, implica per se violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa."

Luego, en la citada sentencia el Consejo de Estado resalta que este tipo de conductas pueden comprender todas las etapas contractuales y son constitutivas de violación del ordenamiento legal:

"Por lo demás, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta; en este sentido, existe una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder, pero entendida en su componente ético como la necesidad de exigencia de desenvolvimiento del servidor público dentro los auténticos propósitos del servicio público, con toda honestidad, concepto del cual no escapa la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos, como que configura una típica acción de la Administración (función administrativa) que puede violar ese principio y, por lo mismo, amenazar o causar agravio a ese derecho o interés colectivo (inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, en consonancia con los artículos 9, 15 y 18 de la misma ley"

7.4. LA PREVISORA no tiene obligación derivada del contrato de seguro por violación del principio de la buena fe, requisito de la esencia del contrato de seguro

La Constitución Nacional se pronuncia en forma diáfana sobre la presunción de la buena fe, en los siguientes términos:

"ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

En adición a su categoría constitucional, el principio de buena fe tiene desarrollo legal, destacándose los artículos 863 y 871 del Código de Comercio y el 1603 del Código

²¹ Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001.

Civil, conforme a los cuales las partes deben proceder de buena fe tanto en el período pre contractual como en el contractual.

Tratándose del contrato de seguro el principio de buena fe adquiere una relevancia especial, en su formación y desarrollo, la cual ha sido destacada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia 2 de agosto de 2001, exp. 6146:

"(...)importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo comercial, incluido el seguro, es plurifásico, como quiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual – en un sentido amplio–: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva; de consumación o post-contractual). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico 'proceso', integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección (22).

De consiguiente, a las claras, se advierte que la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, por cuanto está presente, in extenso, amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento, tanto más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de 'duración', v. gr: la asegurativa, puesto que sus extremos -in potentia o in concreto-, deben acatar fidedignamente, sin solución de continuidad, los dictados que de él emergen (prédica conductiva). Es en este sentido que los artículos 863 y 871 del C. de Co y 1.603 del C. C., en lo pertinente, imperan que "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual..."; "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe...", y "Los contratos deben ejecutarse de buena fe..." (El subrayado es ajeno a los textos originales).

En el caso bajo examen el IMDRI y el MUNICIPIO DE IBAGUÉ ostentan la calidad de asegurados en el contrato de seguro de cumplimiento celebrado por LA PREVISORA. Conforme a los hechos señalados al comienzo de este acápite se evidencia que los representantes del IMDRI y de la Alcaldía, cuya conducta compromete a la entidad que representan, adelantaron conductas contrarias a la buena fe, que tienen como consecuencia la no cobertura de los riesgos por parte de la citada póliza.

A lo anterior se suma que el interventor del contrato, que también ha sido puesto en entredicho, facilitó que se le pagaran al contratista del contrato 119 de 2015 (UNION TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUE 2015) obras no funcionales, que no debieron ser pagadas.

El contrato de seguro es un contrato sustentado en el principio de buena fe en un mayor grado respecto a los demás tipos contractuales. Al respecto J. Efrén Ossa puntualiza "En los preliminares del contrato, en su desenvolvimiento sucesivo y en su ejecución, el asegurador debe encomendarse a la lealtad del asegurado, de cuya honestidad y de cuya prudencia depende, por modo casi exclusivo, el equilibrio de la relación económico – jurídica que los vincula. De ahí "la drástica de algunas

²²Cfme: Ricardo L. Lorenzetti. Esquema de una teoría sistémica del contrato, en Contratación Contemporánea, Palestra Editores y Temis, Bogotá, 2.000, p.p. 33 y s.s y Guido Alpa. Il Contrato, en la Disciplina generale dei contratti. Giappichelli. Turin. 1998. Pág. 547.

*sanciones especialmente de las caducidades o de las que conciernen a la declaración del riesgo en que incurren los asegurados que no observan escrupulosamente sus obligaciones*²³.

Si la parte asegurada o beneficiaria no actúa de acuerdo con los mandatos de buena fe respecto de los hechos que ocasionan el daño, el contrato de seguro pierde su validez y en todo caso no cubrirá tales conductas.

7.5. LA PREVISORA no tiene obligación derivada del contrato de seguro dado que la conducta del IMDRI y sus delegados modificó y agravó el estado del riesgo, produciendo la terminación del contrato de seguro

Los hechos a que hemos hecho referencia constituyen, además, una clara modificación y agravación del estado del riesgo. LA PREVISORA emitió la póliza bajo la legítima convicción de que el IMDRI había adelantado los procesos contractuales con plena aplicación del principio de transparencia y que el desarrollo de los distintos contratos igualmente se había llevado a cabo con estricta aplicación de la ley y las reglas que rigen la contratación pública.

El artículo 1060 del Código de Comercio dispone que el asegurado (en este caso el IMDRI) está obligado a mantener el estado del riesgo. Tal norma agrega que el asegurado deberá notificar por escrito los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato que signifiquen agravación del riesgo.

Una vez notificada la modificación la compañía de seguros podrá revocar el contrato o exigir un reajuste el valor de la prima. La falta de notificación produce la terminación del contrato.

Las citadas normas son plenamente aplicables al contrato de seguro de cumplimiento. Así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil mediante sentencia del 28 de febrero de 2007, exp. 0013301, de la cual citamos los siguientes apartes:

“La ley establece, de manera global, que el tomador o el asegurado, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo, exprese o no en la póliza (art. 1060 C. de Co.)”

“La modificación del riesgo por agravación, obviamente cuando resulte aplicable a determinado tipo asegurativo, da lugar a que el asegurador, oportunamente enterado de ello, tenga el derecho a revocar el contrato o a exigir el reajuste de la prima (inciso 3°, art. 1060 C. de Co.)”

“La falta de notificación tempestiva de las circunstancias que agravan el riesgo, ministerio legis, provoca la terminación del contrato de seguro y, si hubo mala fe, da derecho al asegurador a retener la prima no devengada (inc. 4, art. 1060, ib.)”

Las conductas de los más altos funcionarios del IMDRI y del municipio de Ibagué, así como del interventor, descritas anteriormente, constituyen indudablemente una modificación al estado del riesgo, por cuanto las mismas incidieron en el desarrollo del contrato No. 119 de 2015 y son relevantes en materia del contrato de seguro de cumplimiento.

²³ Ossa G, J. Efrén. Teoría General del Seguro. Segunda edición. Editorial Temis. Págs. 44 y 45.

El IMDRI no notificó a la compañía de seguros dicha modificación, por lo cual las pólizas emitidas por LA PREVISORA terminaron por la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio.

8. EXCEPCIÓN - LAS PÓLIZAS EMITIDAS POR LA PREVISORA SOLO CUBREN EL DAÑO EMERGENTE Y NO EL LUCRO CESANTE

Las pólizas emitidas por La PREVISORA solo cubren el daño emergente y no el lucro cesante.

Así lo estableció el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia 12 de febrero de 20915, rad. 250002326000200300874-01:

"A lo anterior se debe agregar que, tal como se dijo en líneas anteriores, el seguro de cumplimiento, por regla general, no da lugar a la indemnización plena o integral del daño ocasionado con la ocurrencia del siniestro, sino que se restringe al postulado imperativo del artículo 1088 del Código de Comercio, es decir, el monto a indemnizar se limita al monto que resulte del daño o perjuicio patrimonial efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor, sin que sobrepase el monto asegurado, tal como lo dispone el artículo 1079 del Código de Comercio y el lucro cesante sólo es susceptible de ser indemnizado cuando sea objeto de pacto expreso. Lo anterior supone que, en principio, no son susceptibles de ser indemnizados los perjuicios inmateriales (perjuicios morales, alteración de las condiciones de existencia, etc.) y el lucro cesante o el perjuicio consecuencial".

"Como se puede observar, el clausulado de condiciones generales hacía referencia, de manera general, a los perjuicios que se causarían por el incumplimiento imputable al contratista, en relación con las especificaciones técnicas de los equipos suministrados, lo cual comprende el correcto funcionamiento de los mismos, de manera que, analizado el contenido de la cláusula contractual a luz de lo dispuesto por las disposiciones legales antes citadas, especialmente las contenidas en los artículos 1083, 1088 y 1089 del Código de Comercio y atendiendo a la naturaleza del riesgo amparado, la Sala considera que el perjuicio indemnizable sólo comprendía el daño emergente, pues el lucro cesante no estaba expresamente contemplado en la póliza y, por consiguiente, se hallaba excluido (art. 1088 del C. de Co)".

Con base en lo expuesto, en el remoto caso de que se condene LA PREVISORA, la condena no podrá comprender inveteres o conceptos que correspondan al lucro cesante.

9. EXCEPCIÓN - LOS HECHOS DEL PROCESO NO ESTÁN AMPARADOS POR EL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LAS OBRAS

La finalidad del amparo de estabilidad es proteger a la entidad estatal contra los deterioros de la obra imputables al contratista, por causa de hechos que afecten la estabilidad de la construcción una vez sea recibida por la entidad contratante.

El numeral 5 del artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015 (Decreto 1510 de 2013) señala al respecto:

"5. Estabilidad y cantidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o detención. Imputable

al contratista, **sufrido por la obra entregada a satisfacción.**" (Se destaca).

Las condiciones generales de las pólizas de seguro de cumplimiento emitidas por LA PREVISORA delimitan el amparo de la misma forma, en su condición primera relativa a amparos y exclusiones, a saber:

"AMPARO DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA

ESTE AMPARO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL, DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR CUALQUIER TIPO DE DAÑO O DETERIORO IMPUTABLE AL CONTRATISTA SUFRIDO POR LA OBRA ENTREGADA A SATISFACCIÓN". (Se destaca)

Pues bien, en el presente caso la obra no fue entregada a satisfacción, razón por la cual el amparo de estabilidad nunca inició su vigencia, circunstancia que impide afectar el citado amparo.

10. EXCEPCIÓN - LOS HECHOS DEL PROCESO NO ESTÁN AMPARADOS POR EL AMPARO DE PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES

El amparo de pago de salarios y prestaciones sociales se otorgó según las condiciones generales de la siguiente manera:

"AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES.

ESTE AMPARO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL, LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DEL CONTRATISTA, DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN DEL PERSONAL UTILIZADO EN EL TERRITORIO NACIONAL PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO.

ESTE AMPARO, NO CUBRE LOS CONTRATOS QUE SE EJECUTEN FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL CON PERSONAL CONTRATADO BAJO UN RÉGIMEN JURÍDICO DISTINTO AL COLOMBIANO."

El asunto debatido en el proceso tanto en la demanda como en el llamamiento en garantía no tiene relación alguna con el pago de obligaciones laborales por parte de la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015 a sus trabajadores, como contratista garantizado en las pólizas expedidas por mi representada.

Por lo tanto, no procede afectar las pólizas de seguro de cumplimiento No. 3000787 y No. 3000784 bajo el amparo de pago de salarios y prestaciones sociales.

11. EXCEPCIÓN - LOS AMPAROS OTORGADOS POR VIRTUD DEL CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO SON EXCLUYENTES

El artículo 5.2.1.1 del Decreto 734 de 2012 (concordante con el artículo 129 del Decreto 1510 de 2013 y el artículo 2.2.1.2.3.2.1 del Decreto 1082 de 2015) establece que los amparos otorgados por virtud del contrato de seguro de cumplimiento son excluyentes y no se pueden acumular.

La norma es clara en establecer que los amparos consignados en los artículos a que ella se refiere, son excluyentes.

Por una parte, son excluyentes los amparos de seriedad de la oferta, la garantía de cumplimiento y el cubrimiento de la responsabilidad civil extracontractual.

También son excluyentes los amparos que constituyen en conjunto la garantía de cumplimiento.

Tal previsión se pactó en las condiciones generales que rigen la póliza expedida por LA PREVISORA:

"PARÁGRAFO SEGUNDO: LOS AMPAROS DE LA PÓLIZA SERÁN INDEPENDIENTES UNOS DE OTROS RESPECTO DE SUS RIESGOS Y DE SUS VALORES ASEGURADOS. LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA NO PODRÁ RECLAMAR O TOMAR EL VALOR DE UN AMPARO PARA CUBRIR O INDEMNIZAR EL VALOR DE OTROS. ESTOS NO SON ACUMULABLES Y SON EXCLUYENTES ENTRE SÍ." (Se destaca)

Por tanto, no es posible que se puedan afectar simultáneamente dos o más amparos de una póliza de seguro de cumplimiento.

12. EXCEPCIÓN - LA PREVISORA PAGÓ LA SUMA DE \$14.210.735.628 AL IMDRI Y DISMINUYÓ LOS VALORES ASEGURADOS EN LAS PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO EMITIDAS POR LA PREVISORA

Mediante Resolución No. 144 del 28 de julio de 2017, confirmada por la Resolución No. 172 del 15 de septiembre de 2017, el IMDRI declaró el siniestro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo otorgado en la póliza de cumplimiento No. 3000787 expedida por LA PREVISORA para garantizar el contrato de obra pública No. 119 de 2015 y ordenó a la aseguradora el pago de \$14.210.735.635.

En virtud de ello, LA PREVISORA expidió la orden de pago No. 181011258 a nombre del IMDRI el 5 de octubre de 2017, y el 9 de octubre de 2017 pagó al IMDRI la suma de \$14.210.735.628 por la afectación del amparo de buen manejo de anticipo de la póliza referida mediante cheque No. 040220105/0026973 del Banco de Bogotá depositado en la cuenta de ahorros No. 0013-0236-15-0200426060 del IMDRI en el Banco BBVA.

En el presente proceso, el llamamiento en garantía se basa en que la póliza de cumplimiento No. 3000787 expedida por LA PREVISORA ampara el contrato de obra pública No. 119 de 2015 mediante el cual se ejecutó, entre otros, el convenio interadministrativo 619 de 2014.

En ese sentido, bajo las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 3000787 y 3000784 se extinguió la obligación de indemnización que se reclama de mí representada en este proceso respecto de la garantía del contrato de obra pública No. 119 de 2015, dado que el pago incluyó la garantía de las obligaciones del contratista UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015 respecto de la ejecución de las obras dispuestas en el contrato 619 de 2014.

13. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA SE ENCUENTRA LIMITADA AL VALOR DE LA SUMA ASEGURADA

El artículo 1079 del Código de Comercio consagra que, el asegurador no está obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, motivo por el cual la presente actuación se encuentra limitada frente a la afectación de las pólizas de seguro por el valor fijado para cada uno de los amparos.

Al respecto es ilustrativa la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 14 de diciembre de 2001, exp. No. 5952:

"Relativamente al primero de aquellos límites, es decir, el valor asegurado, débese destacar, en primer lugar, que constituye, por mandato del numeral 7° del artículo 1047 ejusdem, una de las menciones que debe contener la póliza o, por lo menos, la forma de precisarlo; al paso que, por virtud de la prescripción contenida en el artículo 1079 ibidem, "el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1074". Se trata, en fin, de una condición específica de la póliza que, además de poner de relieve la cantidad de la protección requerida por el asegurado, en este caso, mediante una declaración unilateral, demarca el monto máximo de la indemnización o suma asegurada que la aseguradora debe pagar en caso de siniestro; sin dejar de lado que, también, sirve de base para calcular, junto con otros factores técnicos, la prima que el tomador debe pagar"²⁴.

La Corte Suprema de Justicia da plena aplicación a la noción de suma asegurada en el contrato de seguro de cumplimiento, ejemplo de lo cual es la sentencia de 7 de mayo de 2002, exp 618, que contiene el siguiente pronunciamiento:

"Tratándose como se anticipó, de una variante de los seguros de daños, que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada." (Se destaca)

Dicho razonamiento se reiteró por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante sentencia de 7 de noviembre de 2007, exp. No. 01083-01:

"(...) la obligación de resarcir los perjuicios no puede ir más allá del detrimento patrimonial efectiva y realmente causado, el cual bien puede ser menor de la suma tope asegurada."²⁵

En consecuencia, habrá de tenerse presente que la responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada por la suma asegurada establecida en la póliza al tenor de lo dispuesto por el artículo 1079 del Código de Comercio.

Reitero que los amparos no son acumulables, en el remoto evento en que se decida afectar la póliza deberá discriminarse que suma corresponde a cada amparo según las condiciones de los mismos y sin sobrepasar el límite de la suma asegurada.

14. EXCEPCIÓN AUSENCIA DE PERJUICIO - VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO DEL CONTRATO DE SEGURO

El principio indemnizatorio está previsto en el artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual el contrato es de mera indemnización y no puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Exp. No. 5952 del 14 de diciembre de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Exp. No. 7600131030141999-01083-01 [SC-130-2007] del 7 de noviembre de 2007. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Por ser un seguro de daños en el cual se aplica el principio indemnizatorio, el siniestro debe producir un detrimento en el patrimonio del acreedor, el cual ha de ser acreditado ante el asegurador.

El principio indemnizatorio está previsto en el artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual el contrato es de mera indemnización y no puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado.

La jurisprudencia en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 14 de diciembre de 2001, Exp. 5952, indicó lo siguiente:

"Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, "dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario", regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización"²⁶.

De conformidad con lo expuesto en las excepciones anteriores, el IMDRI ya recibió pago por parte de La PREVISORA con cargo a las pólizas de cumplimiento No. 3000787 y 3000784 como reintegro de las sumas de dinero entregadas al contratista garantizado y que no se ejecutaron en el contrato de obra pública No. 119 de 2015.

De aceptarse la solicitud de afectación de las mismas pólizas, se violaría el principio indemnizatorio, ya que habría lugar a un enriquecimiento en favor del IMDRI, dado que ya recibió pago por el concepto que reclama en el llamamiento en garantía.

15. EXCEPCIÓN FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO POR EL IMDRI – EXCEPCIÓN ESPECIAL EN RELACIÓN CON LA PÓLIZA No. 3000874

La Póliza No. 3000874 tiene por objeto de garantizar el contrato adicional de obra pública No. 01-194 de 2015 celebrado entre el IMDRI y la unión temporal.

La finalidad de ese contrato es la construcción, adecuación y/o remodelación de los escenarios del parque deportivo (construcción pista BMX, construcción y remodelación tejodromo, construcción estadio de softbol).

Los citados escenarios deportivos no formaban parte del convenio interadministrativo No. 619 de 2014 celebrado entre COLDEPORTES y e IMDRI, razón por la cual se presenta sustracción de materia en este asunto.

16. EXCEPCIÓN GENÉRICA

De conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso, solicito se declaren las excepciones que conforme a derecho resulten probadas en la presente

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Expediente No. 5952 del 14 de diciembre de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Litis, sin perjuicio que no hayan sido mencionadas de manera expresa en la contestación de la demanda.

CAPÍTULO III PRUEBAS

I. DOCUMENTALES

Solicito se tenga como prueba los siguientes documentos:

1. Condiciones particulares de las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 3000787 y No. 3000784.
2. Condiciones generales de las pólizas de seguro No. 3000787 y No. 3000874, texto CUP003 versión 008 de LA PREVISORA SEGUROS S.A. para la Póliza única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales, que se anexa.
3. Resolución No. 144 del 28 de julio de 2017 expedida por el IMDRI.
4. Orden de pago No 1810111258 de 5 de octubre de 2017, mediante la cual LA PREVISORA generó el pago en favor del IMDRI de la suma de \$14.210.735.628, junto con el comprobante de consignación en la cuenta del IMDRI.
5. Contrato de Obra No.119 de 2015 suscrito el 17 de abril de 2015.
6. Contrato adicional de obra No. 01-194 suscrito el 7 de julio de 2015.
7. Auto No. 308 del 30 de marzo de 2017 mediante el cual la Contraloría General de la República abrió el proceso de responsabilidad fiscal No. 2017-0295.
8. Auto No. ORD-801119- 123 -2021 del 20 de mayo de 2021 la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría resolvió el grado de consulta respecto al auto No. 0761 del 27 de abril de 2021 y decidió revocar la desvinculación de la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015, CONSORCIO JUEGOS NACIONALES.
9. Auto No. 082 del 20 de febrero de 2019 la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República vinculó como presunto responsable fiscal al señor ANDRÉS CARLOS BOTERO PHILLIPSBORNE en calidad de Director de COLDEPORTES.
10. Auto No. 924 del 28 de mayo de 2021 la Contraloría imputó responsabilidad fiscal contra funcionarios del IMDRI, el MUNICIPIO DE IBAGUÉ y COLDEPORTES.

II. PRUEBA POR INFORME

1. De conformidad con el artículo 217 del CPACA y de los artículos 195 y 275 del Código General del Proceso, solicito se decrete prueba por informe para que el representante legal de COLDEPORTES rinda un informe escrito bajo juramento sobre los siguientes hechos:

- Las acciones adoptadas por COLDEPORTES para la vigilancia del convenio interadministrativo 619 de 2014.
- Los informes realizados por COLDEPORTES acerca de la ejecución y cumplimiento del convenio interadministrativo 619 de 2014.
- Los requerimientos realizados por COLDEPORTES al MUNICIPIO DE IBAGUÉ cuando evidenció el supuesto incumplimiento del convenio interadministrativo 619 de 2014.

III. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

1. Solicito se oficie al IMDRI para que certifique el pago realizado por LA PREVISORA por la suma de \$14.210.735.628 por concepto de indemnización por el amparo de buen manejo del anticipo de las pólizas de seguro de cumplimiento que ampararon el contrato No. 119 de 2015.
2. Solicito se oficie al IMDRI para que remita los antecedentes del contrato No. 119 de 2015 y del contrato adicional de obra pública No. 01-194 de 2015 y de las actuaciones adelantadas con ocasión de su ejecución y liquidación.
3. Comedidamente solicito que se oficie a la Fiscalía General de la Nación para que remita copia de las investigaciones relacionadas con los procesos de selección, celebración y ejecución de los contratos relativos a la adecuación de escenarios deportivos para la realización de los XX Juegos Nacionales y IV Juegos Paranales.
4. Solicito que se oficie al Tribunal Superior del Tolima, para que remita copia de las sentencias penales dictadas en relación con los procesos de selección, celebración y ejecución de los contratos relativos a la adecuación de escenarios deportivos para la realización de los XX Juegos Nacionales y IV Juegos Paranales.
5. Solicito que se oficie a los juzgados penales de Ibagué para que remitan copia de las sentencias penales dictadas en relación con los procesos de selección, celebración y ejecución de los contratos relativos a la adecuación de escenarios deportivos para la realización de los XX Juegos Nacionales y IV Juegos Paranales.

IV. CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL APORTADA POR COLDEPORTES

Me opongo a que el informe de la Sociedad Colombiana de Ingenieros se considere como dictamen pericial, por cuanto dicha sociedad ya dio concepto sobre este tema fuera del proceso (art 150 CGP).

En todo caso, solicito se ordene al equipo de la Sociedad Colombia de Ingenieros comparecer en la fecha y hora que disponga el Despacho, con el fin de contradecir el dictamen pericial que elaboraron, el cual fue aportado por COLDEPORTES con la demanda, de conformidad los artículos 219 y 220 del CPACA y con el artículo 228 del Código General del Proceso.

El equipo encargado del dictamen por parte de la Sociedad Colombia de Ingenieros puede ser citado en la dirección indicada en el mencionado dictamen pericial.

V. COADYUVANCIA DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR EL IMDRI, EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y EL MUNICIPIO DE IBAGUÉ

Coadyuvo los medios probatorios solicitados por el IMDRI y el Municipio de Ibagué (Salvo los dictámenes o experticios que hayan sido solicitados).

**CAPÍTULO IV
ANEXOS**

1. Documentos relacionados en el acápite de pruebas documentales.
2. Poder otorgado por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.
3. Certificado de existencia y representación legal de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

**CAPITULO V
NOTIFICACIONES**

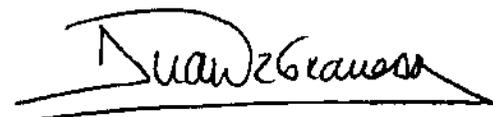
1. LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
Calle 57 N° 9 – 07, Piso 4 Bogotá
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@previsora.gov.co

2. PARA EL SUSCRITO APODERADO

Dirección: Carrera 14 No. 112 – 20, Oficina 102, Bogotá
Teléfono: 2144186, 3213732904
Correo electrónico:
juanmanuel@diazgranados.co
abogado5@diazgranados.co

Cordialmente,



JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ
C.C. No. 79.151.832 de Usaquén
T.P. No. 36.002 del C.S.J.

48

Doctor
JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado Ponente
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
RADICADO: 73001233300520180061000
73001233300620180033900 (procesos acumulados)
DEMANDANTE: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL
DEPORTE, LA RECREACIÓN, LA ACTIVIDAD FÍSICA
Y EL APROVECHAMIENTO DEL TIEMPO LIBRE -
COLDEPORTES
DEMANDADO: INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA
RECREACIÓN DE IBAGUÉ – IMDRI Y OTROS
LLAMADA EN GARANTÍA: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
ASUNTO: ESCRITO DE EXCEPCIONES PREVIAS

JUAN MANUEL DÍAZ – GRANADOS ORTIZ, identificado como aparece al pie de mi firma, domiciliado en la ciudad de Bogotá y actuando en calidad de apoderado de LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (en adelante LA PREVISORA), según el poder que obra en el expediente, encontrándome dentro del término legal, por medio del presente escrito invoco la excepción previa de caducidad del medio de control de controversias contractuales en lo que a LA PREVISORA se refiere.

I. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTENCIOSA (MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES), QUE SE EJERCIÓ EN CONTRA DE LA PREVISORA MEDIANTE EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El CPACA regula el artículo 164 la caducidad de los distintos medios de control.

Tratándose del medio de control de controversias contractuales, que corresponde al que el IMDRI pretende ejercer en virtud del llamamiento en garantía basado en los respectivos contratos de seguro, el citado artículo dispone, en su parte pertinente, lo siguiente:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

(...)

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

(...)

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa; (...)"

Si se toma la fecha del supuesto incumplimiento contractual, el IMDRI apoya el llamamiento en garantía en contra de LA PREVISORA en el supuesto incumplimiento que le imputa a la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO 2015 por las obligaciones nacidas del contrato No. 119 de 2015.

La jurisprudencia administrativa ha ilustrado sobre las modalidades de incumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos estatales en sus diferentes manifestaciones: inejecución, ejecución tardía y ejecución defectuosa de la obligación. En efecto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante sentencia del 1 de marzo de 2006, exp. 15898, expresó:

"...el INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL puede ser de tres clases: la mora o falta de cumplimiento de la obligación en el plazo estipulado; el cumplimiento defectuoso de la obligación, que acaece¹ () cuando la conducta se dirige a ejecutar la prestación que constituye el objeto de la obligación, pero no se logra la extinción de ésta, porque la ejecución de la obligación no se ajusta a los parámetros y condiciones exigidas por el contrato, la ley, o la buena fe para la satisfacción del interés público' y el incumplimiento definitivo de la obligación que la misma doctrina encuadra dentro de tres situaciones: la primera, por 'la imposibilidad sobrevenida de la prestación objetiva y absoluta', la segunda, 'la imposibilidad relativa por expiración del plazo contractual con frustración del fin de interés público del contrato' y la tercera situación por, 'la decisión inequívoca de la Administración de no ejecutar el objeto contractual' "

Conforme a lo expuesto, el incumplimiento de una obligación sujeta a plazo sólo se configura cuando expira el plazo y la ejecución de la prestación no ha tenido lugar.

En el presente caso el supuesto incumplimiento (que se le imputa a la UNIÓN TEMPORAL PARQUE DEPORTIVO IBAGUÉ 2015 por parte del IMDRI al ejercer el llamamiento en garantía) de los contratos garantizados, se configuró a más tardar al vencimiento de los respectivos plazos contractuales, fecha límite para que el contratista ejecutara efectivamente las obras contratadas.

Pues bien, con base en el Acta Adicional No. 1, el plazo contractual general venció el 30 de mayo de 2016. No obstante, debe anotarse que en dicha acta se estipularon plazos anteriores para la entrega de las distintas obras.

En consecuencia, el incumplimiento se configuró a más tardar el 30 de mayo de 2016, fecha esta determinante para calcular tanto la caducidad de la acción contenciosa

El llamamiento en garantía efectuado por el IMDRI fue presentado ante ese Tribunal el 8 de agosto de 2019, es decir después de 2 años de haber ocurrido el incumplimiento del contratista que es el hecho sobre el cual el IMDRI puede apoyar el respectivo llamamiento en garantía, razón por la cual la acción contenciosa que ejerce el IMDRI en contra de LA PREVISORA se encuentra afectada por el fenómeno de la caducidad.

¹ RODRIGO ESCOBAR GIL, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis. Capítulo XIX la responsabilidad contractual, págs. 503 y ssgs.

25

Ahora bien, si se toma la fecha de terminación de los contratos de seguro instrumentados a través de las pólizas Nos. 3000787 y 3000874, teniendo en cuenta que el contrato de seguro no requiere liquidación, la caducidad para los amparos de cumplimiento y buen manejo del anticipo también se habría configurado como se expone a continuación.

Las siguientes son las vigencias de los amparos de cumplimiento y buen manejo del anticipo de las pólizas Nos. 3000787 y 3000874 y la respectiva fecha en que se configuró la caducidad:

Póliza No.	Amparo	Vigencia	Caducidad
3000787	Cumplimiento	29/10/2015-21/04/2017	21/04/2019
	Buen manejo de anticipo	29/10/2015 21/10/2016	21/10/2018
3000874	Cumplimiento	21/09/2016-21/04/2017	21/04/2019
	Buen manejo de anticipo	21/03/2016-21/10/2016	21/10/2018

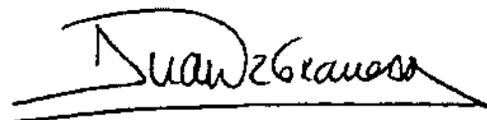
Se reitera que el llamamiento en garantía del IMDRI contra LA PREVISORA se presentó el 8 de agosto de 2019 cuando la caducidad de la acción se encontraba configurada para los amparos de cumplimiento y buen manejo de anticipo de las pólizas Nos. 3000787 y 3000874.

Los amparos de pago de salarios y prestaciones y estabilidad de la obra no pueden ser afectados en el presente caso pues no se cumplen las condiciones de cobertura para activar dichos amparos como se expondrá con detalle en un acápite posterior.

II. SOLICITUD

Muy respetuosamente solicito al Tribunal declarar próspera la excepción previa de caducidad en lo que a LA PREVISORA se refiere.

Cordialmente,



JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ
C.C. No. 79.151.832 de Usaquén
T.P. No. 36.002 del C.S. de la J.