



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

Cartagena de Indias D. T y C, 31 de Julio de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	CONTRACTUAL
Radicado	13-001-33-33-008-2014-00028-00
Demandante	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS
Demandado	CONSORCIO MAHATES
Tema	INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
Sentencia No	0115

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia en medio de control CONTRACTUAL, presentado por INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS, a través de apoderado judicial, contra el CONSORCIO MAHATES.

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

- 1- Que se declare que entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS y el CONSORCIO MAHATES, integrado por: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENERIA LIMITADA, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADAS, se celebró el contrato No. 1425 de 2010 y su adicional No. 1425-1-2010 de 2010 del 31 de diciembre de 2010.
- 2- Que se declare que el CONSORCIO MAHATES, integrado por: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENERIA LIMITADA, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADAS, constituyeron la garantía única, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de la ejecución del contrato No. 1425 de 2010 y su adicional, con demandada CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, contenida en la póliza No. 3000559761.
- 3- Que se declare que el CONSORCIO MAHATES, integrado por: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENERIA LIMITADA, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADAS, y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES – como garante-, incumplieron el contrato No. 1425 de 2010 y su adicional No. 1425-1-2010 de 2010 del 31 de diciembre de 2010.
- 4- Que se declare que el CONSORCIO MAHATES, integrado por: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENERIA LIMITADA, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADAS, y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES – como garante-, en la ejecución del contrato No. 1425 de 2010 y su adicional, incumplieron lo pactado en cuanto a "INTERVENTORIA PARA LA ATENCIÓN DE OBRAS DE EMERGENCIA EN EL MUNICIPIO DE MAHATES AFECTADO POR LA SEGUNDA OLA INVERNAL DE 2008 EN EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR VIA TRONCAL SANBASILIO DE PALENQUE LA BUNGA 72745 PERTENECIENTE A LA RED TERCIARIA", y que dicho incumplimiento conlleva a la obligación de devolver al demandante, el anticipo recibido y no amortizado con sus frutos y a declarar que se causó daños y perjuicios al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS.
- 5- Que se declare que el CONSORCIO MAHATES, integrado por: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENERIA LIMITADA, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADAS, y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES – como garante-, deben devolver el



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

anticipo recibido y no amortizado y además son responsables de los perjuicios en los conceptos de daños emergentes y lucro cesante, causados al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS, en la ejecución del contrato No. 1425 de 2010 y su adicional, en el *"INTERVENTORIA PARA LA ATENCIÓN DE OBRAS DE EMERGENCIA EN EL MUNICIPIO DE MAHATES AFECTADO POR LA SEGUNDA OLA INVERNAL DE 2008 EN EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR VIA TRONCAL SANBASILIO DE PALENQUE LA BUNGA 72745 PERTENECIENTE A LA RED TERCARIA"*, valores que ascienden a la suma de SESENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 60.336.500.00) moneda corriente, el cual no fue amortizado en su totalidad, menos la suma de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS DOS PESOS (\$ 13.431.602.00) moneda corriente correspondiente a dos actas de costos presentadas el 3 de agosto de 2011, quedando un remanente por devolver a la entidad de CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$ 46.904.898.00) moneda corriente, suma esta última que asciende a OCHENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CON SESENTA Y UN SENTAVO (\$ 82.212.832.61) moneda corriente, incluyendo actualización e intereses moratorios, a precios de 30 de Noviembre de 2013, conforme a cuadro de liquidación que se anexa como prueba en el respectivo acápite.

6- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al CONSORCIO MAHATES, integrado por: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERIA LIMITADA, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADAS, y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, a la devolución del anticipo no amortizado y el pago de los perjuicios inferidos a la entidad pública INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS, en la ejecución del contrato No. 1425 de 2010 y su adicional, los cuales los taso en la suma de OCHENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CON SESENTA Y UN CENTAVO (\$ 82.212.832.61) moneda corriente, a precios de 30 de noviembre de 2013, discriminados de la siguiente manera:

-La suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (46.904.898.00) moneda corriente, por concepto de anticipo entregado y recibido por el contratista y no amortizado.

-La actualización e intereses de la suma antes deprecada de CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (46.904.898.00) moneda corriente actualización desde la fecha de recibo del anticipo, es decir, desde el 15 de septiembre de 2011, hasta la fecha efectiva de devolución y pago, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de compra del peso, índice de precios al consumidor IPC, vigente al momento de la expedición de la sentencia que ponga fin al proceso, más los intereses moratorios, todo conforme al artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993 y decreto reglamentario 679 de 1994 y normas complementarias.

-A la fecha de 30 de noviembre de 2014, la actualización e intereses ascienden a la suma de OCHENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CON SESENTA Y UN CENTAVO (\$ 82.212.832.61), a precios de 30 de noviembre de 2013, discriminados de la siguiente manera:

-La suma de SESENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 60.336.500.00) moneda corriente, por concepto del anticipo entregado y recibido por el contratista y la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$ 46.904.898.00) moneda corriente, a lo dejado de amortizar, con actualización e intereses desde el 15 de septiembre de 2011, hasta la fecha efectiva y pago, que liquidados a 31 de noviembre de 2013, ascienden a la suma de TRECE MILLONES CIENTO CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA Y NUEVE CENTAVO (\$ 13.105.497,89) moneda corriente corresponden a los intereses contados a partir del 15 de



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

septiembre de 2011 hasta 30 de noviembre de 2013 con una tasa representativa del 12%; TRES MILLONES TRESCIENTOS SEIS MIL CUATRO SESENTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVO (\$ 3.306.463,41) moneda corriente, corresponde a la actualización para un total de DIECISEIS MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$ 16.411.961,30).

-La suma de TRECE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SESENTA Y OCHO PESOS (\$ 13.998.068,00) moneda corriente, corresponden al concepto de la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA de conformidad con lo dispuesto en la cláusula décima tercera del contrato No. 1425 de 2010 por intereses y actualización e intereses desde el 15 de septiembre de 2011, hasta la fecha efectiva de devolución y pago, que liquidados a 31 de Noviembre de 2013, ascienden a la suma de donde NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON SENTENTA Y TRES CENTAVO moneda corriente, corresponde a la actualización y TRES MILLONES NOVECIENTOS ONCE MIL CIENTO CUARENTA PESOS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$911.140,58) moneda corriente a los intereses moratorios, para un total de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVO (\$ 18.895.973,31) moneda corriente.

7- Luego, la suma total que pretende el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS, le sea reconocida y pagado por los convocados, COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERIA LIMITADA, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADAS, y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, asciende a OCHENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CON SESENTA Y UN CENTAVO (\$ 82.212.832,61) moneda corriente a 30 de noviembre de 2014.

8- Para el pago de la condena contenida en la sentencia proferida por autoridad judicial competente, se dará aplicación al índice de precios al consumidor IPC, vigente al momento de la expedición de la sentencia que ponga fin al proceso, más los intereses moratorios, todo conforme al artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993 y decreto reglamentario 679 de 1994 y normas complementarias, desde la fecha de recibo del anticipo, hasta la fecha efectiva de devolución y pago.

9- Que se condene al CONSORCIO MAHATES, integrado por: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERIA LIMITADA, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADAS, y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, al pago de las costas, gastos del proceso y agencias en derecho.

9- Que se condene al CONSORCIO MAHATES, integrado por: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERIA LIMITADA, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADAS, y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, además, a todo aquello que resulte probado en el transcurso del proceso y a favor del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS.

- HECHOS

El demandante expone como fundamentos facticos de sus pretensiones los siguientes:

1. Que Las sociedades COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERIA LIMITADA Nit: 828.000.781-8 y la COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADA., Nit: 828.000.300-9, con el fin de participar en el concurso de méritos No. CM-OPA-055-2010 ofertado por el MINISTERIO DE TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS - OFICINA DE PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE EMERGENCIAS, decidieron conformar el CONSORCIO MAHATES, con el cual resultaron ganadores, razón por la cual les fue adjudicado mediante Resolución No. 05473 del 17 de noviembre de 2010, siendo aclarado su objeto mediante resolución No. 05974 del 7 de diciembre de 2010.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

2. Una vez adjudicado dicho concurso de méritos, el mencionado consorcio suscribió contrato No. 1425 del 2010 con esta entidad el día 21 de Diciembre de 2010, cuyo objeto era la “INTERVENTORIA PARA LA ATENCION DE OBRAS DE EMERGENCIA EN EL MUNICIPIO DE MAHATES AFECTADO POR LA SEGUNDA OLA INVERNAL DE 2008 EN EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR VIA TRONCAL SAN BASILIO DE PALENQUE LA BUNGA 72745 PARTENECIENTE A LA RED TERCIARIA”, por un valor de CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS (\$ 139.980.680.00) según registro presupuestal No. 6550 del 22 de diciembre de 2010, y con un plazo hasta 30 de abril de 2011.
3. Que el presente contrato se suscribió con el fin de llevar a cabo la interventoria del convenio No. 2116 de 2009, suscrito por esta entidad con el Municipio de Mahates en el Departamento de Bolívar, dándose orden de inicio al mismo, mediante oficio No.OPA53354 del 24 de Diciembre de 2010, expedido por la Oficina de Prevención y Atención de Emergencias.
4. En desarrollo del citado contrato de interventoria No.1425 de 2010, el contratista (CONSORCIO MAHATES) de acuerdo a lo pactado en la cláusula séptima, solicita previamente el giro del anticipo aportando los documentos necesarios para ello, razón por la cual el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS – OFICINA DE PREVENCION Y ATENCION DE EMERGENCIAS el día 29 de Diciembre de 2010, procede a girarle la suma de SESENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 60.336.500.00) MONEDA CORRIENTE.
5. En virtud de lo anterior, y en ejecución del contrato el CONSORCIO MAHATES Nit: 900.396.066-1 INTEGRADO POR: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERIA LIMITADA Nit: 828.000.300-9, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADA Nit: 828.000.781-8, de acuerdo a lo establecido en el Parágrafo cuarto de la Cláusula séptima, debía amortizar el anticipo recibido mediante deducciones de las actas de costos, circunstancia que a la fecha de esta solicitud no se ha hecho en su totalidad, toda vez, que solo ha presentado dos actas de costos de fecha 3 de agosto de 2011 de 2011, por valor de VEINTISEIS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS (\$ 26.863.204.00) MONEDA CORRIENTE, discriminadas así:

FECHA DE ACTA	VALOR
2 de febrero de 2011	\$ 12.429.526.00
3 de marzo de 2011	\$ 14.433.678.00
TOTAL	\$ 26.863.204.00

pero de acuerdo a la gráfica anterior y la relación de pagos, solo se ha amortizado la suma de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS DOS PESOS (\$13.431.602.00) moneda corriente quedando pendiente por amortizar y devolver a la entidad convocante, la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (46.904.898.00) M/CTE, pues no reposa en la entidad constancia alguna que los haya legalizado.

6. Como quiera que no se han legalizado los CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (46.904.898.00) M/CTE, a la fecha se debe actualizar la suma antes referida, desde la fecha de de los hechos, hasta la fecha efectiva de devolución y pago, teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de compra del peso colombiano, índice de precios al consumidor IPC, al momento de la expedición del Auto que apruebe el acuerdo conciliatorio, más los intereses moratorios, todo conforme al artículo 4º, numeral 8º de la ley 80 de 1993 y decreto reglamentario 679 de 1994, normas complementarias y cláusulas



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

contractuales o conforme a lo establecido en el artículo 309 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y artículo 884 del Código de Comercio, y los perjuicios que se hayan causado con la conducta incumplida del contratista.

7. El contratista **CONSORCIO MAHATES Nit: 900.396.066-1 INTEGRADO POR: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERIA LIMITADA Nit: 828.000.300-9,, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADA Nit: 828.000.781-8,,** constituyó garantía única de seguros de cumplimiento, a favor del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, a través de la póliza No. 300055976I, con la **CONDOR S.A. - COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES – SEGUROS CONDOR S.A.**

8. El Instituto Nacional de Vías- INVÍAS, como se ha dicho anteriormente ha requerido al contratista **CONSORCIO MAHATES Nit: 900.396.066-1 INTEGRADO POR: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERIA LIMITADA Nit: 828.000.300-9,, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADA Nit: 828.000.781-8,** para que cumplan su obligación de amortizar el anticipo, sin que se haya obtenido respuesta positiva, lo que llevó a la entidad que represento a solicitar a la respectiva Procuraduría delegada la Conciliación prejudicial, para dar cumplimiento al requisito de procedibilidad establecido en la ley.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Constitución Nacional: Preámbulo, artículos 2, 6, 83 y concordantes.

Ley 80 de 1993, artículos 5, 52.

Ley 1437 de 2011.

Ley 1150 de 2007.

Artículos 1602, 1603, 1610, 1613, 1614, 1616 y 2060 del C.C.

Contrato 1425 de 2010, en su cláusula séptima.

- CONTESTACIÓN

Soporta su contestación sobre las siguientes excepciones:

CONSORCIO MAHATES. No dio contestación a la demanda.

CONDOR SA EN LIQUIDACIÓN. La Compañía que represento celebró contrato de seguro con el Consorcio Mahates, expidiendo póliza única de cumplimiento No. 300025976, la cual tiene como objeto: "Amparar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de interventoría No. 1425 de 2010, referente a la interventoría para la atención obras de emergencia en el municipio de Mahates afectado por la segunda ola invernal de 2008 en el departamento de Bolívar vía Troncal San Basilio de Palenque La Bunga 72745 perteneciente a la red terciaria". Para hacer efectiva la póliza única de cumplimiento expedida por mi representada, es necesario remitirse a las Condiciones Generales de las pólizas únicas de cumplimiento a favor de entidades estatales, en donde se pactó en la Cláusula Cuarta: "SINIESTRO. SE ENTIENDE OCURRIDO EL SINIESTRO: PRIMERO - CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE LA REALIZACIÓN DEL RIESGO QUE AMPARA ESTA PÓLIZA, POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA. SEGUNDO - EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA CADUCIDAD DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA", situación que ha sido reconocida doctrinaria y jurisprudencialmente, como un requisito normal para



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

que las entidades estatales hagan exigíóles las garantías a favor de ellas otorgadas. Hasta la fecha, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS no ha proferido el respectivo acto administrativo donde declare la ocurrencia del presunto siniestro que afecte el amparo de buen manejo del anticipo contenido en la póliza número No. 300025976.

Solicito señor Juez que tenga en cuenta las razones expuestas anteriormente con fundamento en los artículos que se citan a continuación: Estatuto General de Contratación Estatal Ley 80 de 1993 y demás normas que regulan la materia, Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo., y demás concordantes. Artículos 1.036 y siguientes del Código de Comercio. Las anteriores normas regulan el contrato de seguro, principios, definiciones, características, partes, clasificaciones.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Es claro que el demandante no agotó los trámites pertinentes y de carácter obligatorio para la terminación y liquidación del contrato, pues lo que se pretende en el presente proceso es la liquidación y la declaratoria de un presunto incumplimiento, sin haber demostrado dichos requisitos necesarios para acudir a las instancias judiciales.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO. Según se confiesa en la demanda, la relación contractual generadora del proceso referente al contrato de interventoría No. 1425 de 2010, amparado por la póliza de cumplimiento No. 300025976 finalizó el día 31 de diciembre de 2010, fecha en la cual no se declaró la caducidad del contrato, ni se impusieron multas o sanciones al contratista, como lo ordena el Estatuto de la Contratación o se declarase el presunto siniestro de incumplimiento dentro de los dos (2) años siguientes al conocimiento de los hechos generadores de un siniestro. Es por ello que es a partir de dicha fecha en que debe computarse el término con el cual se cuenta la parte afectada con el incumplimiento para ejercitar una acción en contra de mi poderdante, circunstancia que al no presentarse generó la prescripción de la acción generada del Contrato de Seguro, al transcurrir un término superior a los DOS AÑOS, pues es claro que la radicación de la solicitud de conciliación fue hasta el día 30 de octubre de 2013, y la demanda se radicó hasta el día 29 de enero de 2014.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. CÓNDOR S. A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES EN LIQUIDACIÓN no fue parte dentro del contrato de interventoría No.1025 de 2010, y así mismo no tiene obligación alguna frente al demandante respecto de las pretensiones y condenas que reclama la parte actora

INEXISTENCIA DEL SINIESTRO PARA LA COMPAÑÍA y COBRO DE LO NO DEBIDO. Es diáfano establecer que no existe siniestro al no haberse declarado conforme a las condiciones de la póliza, no existe liquidación, a la luz de la ley 80 de 1993, así las cosas solicito a este despacho pronunciar sentencia que declare probada la excepción propuesta por esta compañía.

AUSENCIA DE COBERTURA. Tal y como se puede ver en la póliza de cumplimiento No. 300025976 expedida por mi representada, la póliza ampara al asegurado, es decir al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS, por el incumplimiento a cargo del tomador de la póliza. Sin embargo, dados los hechos de la presente *litis* aun no es claro cuál fue el incumplimiento alegado por el contratista, aun así, el siniestro será una vez se demuestre el incumplimiento del contratista y se declare por el señor Juez dentro del proceso que nos ocupa.

IMPOSIBILIDAD DE PROFERIR FALLO RESPECTO DEL CONTRATO DE SEGURO. No es viable la vinculación de mi representada en este tipo de proceso teniendo en cuenta que el contrato de seguro que es el único vínculo existente entre el demandado y mi poderdante, lo cual no es materia de estudio en este proceso, siendo la materia de estudio única y exclusivamente la relación contractual existente entre CONSORCIO MAHATES y INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS, relación ajena a mi poderdante.

955



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

LÍMITE DE RESPONSABILIDAD. En el caso remoto e hipotético en que mi poderdante resultara condenada, es necesario tener en cuenta la proporcionalidad entre la ocurrencia de los siniestros con los límites y coberturas pactados en la póliza que documenta el contrato de seguros celebrado entre CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES y el CONSORCIO MAHATES.

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 29 de enero del año 2014, siendo admitida mediante auto fechado 07 de febrero de la misma anualidad, y notificada al demandante por estado electrónico 016.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 26 de marzo de 2014 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 10 de julio de 2014 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 15 de octubre, conforme con el artículo 180 del CPACA, en la misma se declaró la caducidad de la acción, decisión que fue apelada y posteriormente revocada por el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar. Consecuentemente se fijó nuevamente fecha para materializar audiencia inicial para el día 04 mayo de 2017, se incorporan las pruebas y se corre traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días.

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE. No presenta alegatos de conclusión.

DE LA PARTE DEMANDADA:

CONDOR SA EN LIQUIDACIÓN. No alegó.

CONSORCIO MAHATES. No presentó alegatos.

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

Se contrae a determinar, si existe incumplimiento de las obligaciones convenidas en el contrato No. 1425 de 2010 y su adicional No. 1425-1-2010 de 2010 del 31 de diciembre de 2010, referente a la *"INTERVENTORIA PARA LA ATENCIÓN DE OBRAS DE EMERGENCIA EN EL MUNICIPIO DE MAHATES AFECTADO POR LA SEGUNDA OLA INVERNAL DE 2008 EN EL DEPARTAMENTO*



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

DE BOLIVAR VIA TRONCAL SANBASILIO DE PALENQUE LA BUNGA 72745 PERTENECIENTE A LA RED TERCARIA", por parte del CONSORCIO MAHATES, integrado por: COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERIA LIMITADA, COMPAÑÍA DE CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES LIMITADAS, y CONDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES – como garante de dicho contrato, y si tal incumplimiento conlleva a la obligación de devolver al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS, el anticipo recibido y no amortizado con sus frutos, así como, a pagarle los perjuicios que presuntamente se le causaron.

- TESIS

Con las pruebas que reposan en el legajo establecer los pormenores del contrato, y en consecuencia la existencia del mismo, debido a que se encuentran acreditados los requisitos de perfeccionamiento (suscripción de contrato y registro presupuestal), así como los necesarios para que contratista empezara a ejecutarlo (póliza de garantía y disponibilidades presupuestales); igualmente se determina la entrega de anticipo y el incumplimiento por parte del contratista, lo que hace procedente conceder las pretensiones, por los conceptos y valores que se determinan en esta providencia.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Requisitos de Perfeccionamiento de los Contratos Estatales.

De conformidad con el inciso 1° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", los contratos estatales se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Sobre el perfeccionamiento de los contratos estatales y el registro presupuestal, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, señaló que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su "perfeccionamiento", es un requisito necesario para su ejecución, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

"(...) El Consejo de Estado en varias providencias, al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal. Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal es un requisito de "perfeccionamiento" del contrato estatal, de conformidad con la reforma introducida a la ley 80 por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996. En esta oportunidad la Sala reitera la posición asumida antes del precitado auto y advierte que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su "perfeccionamiento", es un requisito necesario para su ejecución. A diferencia de lo afirmado en las precitadas providencias, la Sala considera que el Estatuto Orgánico de Presupuesto no modificó la ley 80 de 1993 en cuanto a los requisitos de existencia del contrato estatal, por las siguientes razones: a. Cuando el Estatuto Orgánico de Presupuesto alude a los actos administrativos no se refiere al contrato estatal. El contrato estatal no es una especie de acto administrativo, pues aunque los dos sean actos jurídicos, el primero es esencialmente bilateral en tanto que el segundo es eminentemente unilateral. b. La Ley 80 de 1993 no es contraria al Estatuto Orgánico de Presupuesto, sus disposiciones son concordantes con los principios de dicha ley."



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

ACTO DE LIQUIDACION DEL CONTRATO.¹

La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. (...) liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.

La compañía aseguradora tiene la carga de conocer y evaluar el contrato cuyo cumplimiento garantiza.

En la sentencia C - 154 de 1996 la Corte Constitucional se pronunció sobre la condición calificada de los bancos y compañías de seguros como entidades autorizadas para otorgar la garantía única de cumplimiento del contrato estatal, así:

"Cuando el legislador escogió a los bancos y a las compañías de seguro como posibles garantes de los riesgos contractuales, medió un juicio de valoración que se juzga razonable y proporcionado, donde aquél tuvo en cuenta la solidez de tales entidades, que resulta de las exigencias y condicionamientos para su constitución, funcionamiento y operación (aporte mínimo de capital y de respaldo patrimonial, condiciones o márgenes especiales de solvencia, restricciones cuidadosas para la realización de sus inversiones, etc.) y, además, la circunstancia de que el propio Estado ejerce sobre ellas un sistema de inspección, control y vigilancia por intermedio de la Superintendencia Bancaria.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el legislador escogió como garantes de las obligaciones contractuales del contratista con las entidades estatales, a los bancos y compañías de seguros, porque dentro del nuevo diseño de la contratación surge la posibilidad de que dichas entidades puedan exigir "la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado" no sólo a aquél sino al garante, lo cual demanda que éste sea igualmente una persona calificada desde el punto de vista técnico y profesional y, además, de una reconocida solvencia económica para poder asumir el cumplimiento del contrato en sustitución del contratista garantizado (arts. 4, ordinal 1o., 17 y 18 de la Ley 80 de 1993)."

Ahora bien, las compañías de seguros autorizadas para operar en Colombia tienen como regla general la facultad que les asiste de seleccionar los riesgos que deseen asumir de acuerdo con su

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. octubre 20 de 2014. Radicación número: 25000-23-31-000-1998-00038-01(27777). C.P. ENRIQUE GIL BOTERO.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

experiencia y su capacidad técnica y económica² si se tiene en cuenta que el artículo 1056 del Código de Comercio dispone que el *“asegurador podrá a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados”*³.

La contrapartida de esa autonomía para delimitar el riesgo en el contrato de seguro y decidir si se emite o no la póliza de seguro, no puede ser otra que la carga de la compañía de seguros de evaluar y definir en forma completa y clara las condiciones del riesgo para minimizar su exposición al mismo⁴ y prestar un adecuado servicio de aseguramiento.

Por lo anterior, delimitado el riesgo por la propia compañía de seguros y expedida la póliza correspondiente, la aseguradora tendrá la consecuente obligación de responder por el siniestro en los términos de la póliza de seguro otorgada, es decir que como consecuencia de su decisión voluntaria y libre de asumir un riesgo y de la expedición de la póliza respectiva, se le impone la obligación primordial de indemnizar al asegurado, mediante el pago de las sumas estipuladas -o la reposición o reconstrucción de la cosa asegurada en su caso- si en que le sea permitido en el momento de la reclamación entrar a redefinir el riesgo amparado o recortar el alcance de su cobertura, en forma unilateral y con fundamento en interpretaciones acerca de la naturaleza o alcance del amparo o invocar términos y condiciones que no fueron expresados en la póliza.

Tratándose de seguros de manejo o de cumplimiento, la compañía aseguradora por el hecho de pagar el siniestro se subroga en los derechos de la entidad asegurada contra el contratista cuyo cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios, según lo dispone artículo 203, numeral 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por lo cual se deduce también la carga de la compañía aseguradora en el conocimiento y evaluación del sujeto asegurado y del objeto del seguro, práctica que debe desplegar cuidadosamente antes de expedir la póliza, con el fin de establecer además del alcance del riesgo asegurado, los mecanismos de contragarantía o recuperación en caso de que la compañía aseguradora se vea en la obligación de pagar la indemnización.

CLAUSULA DE GARANTIA DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

La cláusula de garantía de los contratos estatales ha sido prevista por las diferentes normas y estatutos que ha regido esa actividad de la administración los cuales han determinado que las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con el estado están en la obligación de prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato y sean puestas en cabeza suya. Este requisito es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del

² *“La única excepción a este principio la constituyen los seguros obligatorios creados solamente por ley, de conformidad con lo estipulado en el artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los cuales las entidades aseguradoras que tengan autorizado el ramo correspondiente están en la obligación de otorgar la cobertura en los términos que la ley lo prevea, sin posibilidad de negar la asunción del riesgo.”* Superintendencia Bancaria. (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) Concepto No. 1999001812-2. Marzo 2 de 1999.

³ En el mismo sentido se pronunció la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2008025265-001 del 9 de junio de 2008.

⁴ Superintendencia Bancaria, (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) Concepto No. 1999001812-2. Marzo 2 de 1999. Intendente de Seguros y Reaseguros. *“En este sentido, si la aseguradora decide asumir la cobertura relativa al cambio de milenio, es necesario obtener y comprobar toda la información pertinente del riesgo, con el propósito de determinar el estado de compatibilidad de los sistemas de información de tomadores y/o asegurados con el cambio de milenio, a más de contar con el respaldo de reaseguradores inscritos en el registro de esta Superintendencia, máxime si tenemos en cuenta que la expedición de pólizas de seguro respecto de las cuales la sociedad no haya logrado obtener, mediante el empleo de contratos de reaseguro, colocación en firme del respectivo riesgo, constituye práctica insegura y no autorizada, conforme lo establece el literal d, subnumeral 3.2, numeral 3, Capítulo Segundo del Título Sexto de la Circular Básica Jurídica No. 007 de 1996.”*



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista. Su inclusión imperativa en el clausulado contractual ha sido prevista incluso desde el Decreto Ley 222 de 1983, en sus artículos 67 a 70 para luego ser incorporado a la Ley 80 de 1993 en sus artículos 25.19 y 60, así como en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, y puede consistir, aunque no de manera exclusiva, en pólizas expedidas por sociedades autorizadas para su funcionamiento en el País. Su vigencia depende de su naturaleza y lo fijado en los diferentes reglamentos, pero en cualquier caso, no puede ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato.⁵

- CASO CONCRETO

Pretende esencialmente la parte demandante que se declare la suscripción de contrato de interventoría entre ella y el CONSORCIO MAHATES, el incumplimiento por parte de la entidad contratista, el reconocimiento y pago respectivo, así como el reconocimiento de daño emergente y lucro cesante por el incumplimiento y la liquidación del contrato.

Del acervo probatorio se destacan:

1) Copia auténtica de la Resolución No. 05473 del 17 de noviembre de 2010, por la cual se adjudica al CONSORCIO MAHATES (Integrado por COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERÍA LIMITADA y COMPAÑÍA DE CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIONES LIMITADA) el concurso de méritos CM-OPA-055-2010, cuyo objeto es la "INTERVENTORÍA PARA LA ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA EN EL MUNICIPIO DE MAHATES AFECTADO POR LA SEGUNDA OLA INVERNAL DE 2008 EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR VÍA TRONCAL SAN BASILIO DE PALENQUE – LA BUNGA 72745 PERTENENCIENTE A LA RED TERCIARIA", y resolución aclaratoria No. 5974 del 07 de diciembre de 2010 (Fols. 55-58);

2) Copia auténtica de la Contrato No. 1425 de 2010 celebrado entre INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS y CONSORCIO MAHATES, siendo su objeto "realizar la INTERVENTORÍA PARA LA ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA EN EL MUNICIPIO DE MAHATES AFECTADO POR LA SEGUNDA OLA INVERNAL DE 2008 EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR VÍA TRONCAL SAN BASILIO DE PALENQUE – LA BUNGA 72745 PERTENENCIENTE A LA RED TERCIARIA" y un valor de CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS (\$139.980.680.00), prórroga de dicho contrato, registro presupuestal No. 6550 y Póliza de seguro de cumplimiento No. 300025976 y aprobación de la misma, documento de conformación de consorcio (Fols. 59-72; 75-77 y 47).

Las pruebas antes referidas facilitan establecer los pormenores del contrato, y en consecuencia la existencia del mismo, debido a que se encuentran acreditados los requisitos de perfeccionamiento (suscripción de contrato y registro presupuestal), así como los necesarios para que contratista empezara a ejecutarlo (póliza de garantía y disponibilidades presupuestales).

Paralelamente se observa que reposan en el legajo autorización y constancia de pago de anticipo, y cuenta de cobro de tal concepto, fundamentado ello en la cláusula séptima del contrato (Fols. 73-74 y 100). Con ello se prueba el reconocimiento y pago de anticipo por parte del INVIAS a favor del CONSORCIO MAHATES por la suma de SESENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y TRES SEIS MIL QUINIENTOS PESOS (\$60.336.500.00), dineros que conforme al parágrafo cuarto de la cláusula mencionada, debían ser amortizados. E igualmente se constata la existencia de una relación de pagos y amortización de anticipo, y certificado emitido por el jefe de oficina de prevención y atención de emergencias del INVIAS, en los cuales se indica que del anticipo (\$60.336.500.00), se amortizó un valor de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, marzo 27 de dos 2014, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857), C. P. DANILO ROJAS BETANCOURTH.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

SEISCIENTOS DOS PESOS (\$13.431.602.00), quedando pendiente por amortizar un monto de CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$46.904.898.00), esto a fecha 08 de octubre de 2013.

Seguidamente entramos a verificar la ejecución y/o cumplimiento por parte del contratista, recordando que la cláusula primera del contrato indicaba como objeto: “realizar la INTERVENTORÍA PARA LA ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA EN EL MUNICIPIO DE MAHATES AFECTADO POR LA SEGUNDA OLA INVERNAL DE 2008 EN EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR VÍA TRONCAL SAN BASILIO DE PALENQUE – LA BUNGA 72745 PERTENECIENTE A LA RED TERCIARIA”.

En relación con lo anterior inicialmente se debe recordar que el **plazo de ejecución se prorrogó hasta el 30 de abril de 2011 (Fol. 75-77)**, así mismo, que reposan en el legajo Resolución No. 00210 del 21 de enero de 2011, mediante la cual se designa gestor de proyectos para el contrato No. 1425 de 2010, hoja de ruta y orden de pago de actas de costos, actas de costos de interventoría por recursos (Fols. 79 – 89), las cuales determinan las actividades realizadas (ejecuciones parciales) y el valor respectivo a debitar y amortizar del anticipo; de dichas actas se relieves las número 2 y 3, donde la primera arrojó un valor de **DOCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$12.429.526)**, del cual se amortizó **SEIS MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$6.214.763)** (Fols. 84-86), y la número 3 por un valor de **CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS (\$14.433.678)**, del cual se amortizó un monto de **SIETE MILLONES DOSCIENTOS DIECISÉIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$7.216.839)**, lo cual nos arroja como valor amortizado un total de **TRECE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS DOS PESOS (\$13.431.602)**, lo que nos demuestra en lógica matemática que se quedó pendiente por amortizar la suma de **CUARENTA Y SÉIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$46.904.898)**, y encontrándose suficientemente vencido el plazo determinado en el contrato, no se arrojó por las partes otra prueba que diera fe del cumplimiento de labores faltantes sobre las cuales se soportara el valor faltante antes referido, y se observa el certificado emitido por el jefe de oficina de prevención y atención de emergencias del INVIAS, en el cual se da cuenta del faltante por amortizar y el no cumplimiento del objeto contractual por parte del **CONSORCIO MAHATES**, documento frente al que dicho consorcio guardó silencio, pues a pesar de haber concedido poder a un profesional del derecho para su representación judicial el asunto que nos ocupa no contestó la demanda, así como tampoco arrojó prueba alguna sobre tal aspecto. Constatándose el vencimiento del plazo, la existencia de solo dos actas parciales y un monto pendiente por amortizar que asciende a \$46.904.898 del anticipo entregado, se demuestra que no se ha ejecutado el objeto contractual en los términos pactados, quedando claro el incumplimiento por parte del contratista, **CONSORCIO MAHATES**.

Establecido el incumplimiento, observamos que el demandante solicita el pago de cláusula penal por un valor de **\$13.998.068**, en razón al incumplimiento por parte del contratista; al respecto hemos de recordar que la cláusula décima tercera impone que en caso de incumplimiento por una de las partes se hará efectiva una cláusula penal pecuniaria equivalente al 10% del valor total del contrato y de forma proporcional al avance de la interventoría. En el sub lite se verifica la existencia de dos actas de costos por valor de **VEINTISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS (\$26.863.204.00)**, de los cuales se amortizó la suma de **TRECE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS DOS PESOS (\$13.431.602)**, y quedando pendiente por amortizar **CUARENTA Y SÉIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$46.904.898)**, pues se entregó por concepto de anticipo la suma de **SESENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y TRES SEIS MIL QUINIENTOS PESOS (\$60.336.500.00)**, situación indicativa de que el porcentaje a aplicar por concepto de cláusula penal debe ser proporcional y no por el 10%, debido a que este último solo procedería por incumplimiento total, tal como se pactó en el contrato; por lo que el derrotero para determinar el porcentaje sobre el cual se ha de liquidar proporcionalmente la cláusula penal, será el



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

que arroje la diferencia de los costos anteriores respecto al anticipo entregado, lo cual nos arroja un 7,77%, porcentaje que se aplicará al valor total del contrato, y realizada la respectiva operación matemática nos indica que la cláusula penal proporcional asciende a la suma de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$10.876.498).

Al hilo de las pretensiones, y de lo que se ha venido decantando, recordemos que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el daño emergente (*damnum emergens*) es la disminución patrimonial inmediata a causa del hecho que se juzga, representada en la pérdida de elementos económicos bien por los gastos que ellos significaron en su adquisición, ora por los desembolsos futuros para recuperarlos o enmendarlos, incluso, por la constitución de un pasivo, es decir, un empobrecimiento debido a que un bien salió o saldrá del patrimonio. Al paso que el lucro cesante (*lucrum cessans*), es la frustración de las utilidades, ventajas o lucro o pérdida de un interés futuro a un bien o a la realización de ciertos aumentos patrimoniales, por el mismo hecho, es decir, supone todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se reportarían.⁶

En el asunto que no ocupa el daño emergente lo constituiría la actualización del capital⁷ que el contratista adeuda al contratante, mas no se debe olvidar que esta será incompatible cuando los intereses de mora lleven insito el factor de corrección monetaria o de indexación por la desvalorización o devaluación de la moneda ante el fenómeno inflacionario. Concomitantemente debemos resaltar que cuando la obligación incumplida es el pago de una suma de dinero se debe el interés de mora a título de indemnización, bajo la modalidad de lucro cesante, a favor del acreedor de ella y, a título de sanción para el deudor. En efecto, en los términos del artículo 1625 del Código Civil, uno de los modos de extinguir las obligaciones es la solución o pago efectivo que corresponde al cumplimiento de la prestación debida (artículo 1626 ibidem), pago que deberá hacerse en conformidad al tenor de la obligación (1627 eiusdem) y, por lo mismo, si ella no se cumple dentro del término oportuno estipulado por la partes o previsto en la ley, se incurre en una tardanza con relevancia jurídica, denominada por el ordenamiento “mora”, que constituye un estado de incumplimiento del contrato y produce un daño al acreedor por el cual el deudor se encuentra en el deber de reparar. En el caso que nos ocupa aplicaremos lo transcrito en numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en dichos conceptos queda arropado lo concerniente a daño emergente y lucro cesante.

EFFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.

Establecido lo anterior, seguidamente se ha de pronunciar el Despacho sobre la posibilidad de hacer efectiva la póliza de cumplimiento, recordando que el correspondiente contrato de seguro se celebra de manera obligatoria, por mandato de la ley, en los términos que establezca la respectiva entidad estatal contratante (Artículos 25-19 y 30-6, Ley 80), a su vez que la ejecución de los contratos estatales se encuentra supeditada, por expreso mandato legal, a la previa aprobación que la entidad estatal contratante debe impartir respecto del correspondiente contrato de seguro mediante el cual se garantice el cumplimiento de aquellos. (Artículo 41, Ley 80), destacando que el objetivo del contrato de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que ambos contratos participan de una misma y común finalidad, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ruth Correa Palacio. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicación No. 17214.

⁷ Ibid.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

Al respecto verificamos la existencia de Póliza de seguro de cumplimiento No. 300025976 de la aseguradora CONDOR S.A. y aprobación de la misma, documento de conformación de consorcio (Fols. 47, 69, 71 y 72), con la cual se ampara lo siguiente:

- **Cumplimiento**, con una vigencia desde el 21/12/2010 hasta el 21/07/2011.
- **Buen manejo del anticipo**, con una vigencia desde 21/12/2010 hasta el 21/12/2011.
- **Pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones**, con una vigencia desde 21/12/2010 hasta el 21/07/2014.
- **Calidad del servicio**, con una vigencia desde 21/12/2010 hasta el 21/12/2015.

De tales amparos destacamos los que hacen referencia al cumplimiento y al buen manejo del anticipo, el primero amparado hasta el 21 de julio de 2011, y el segundo hasta el 21 de diciembre de 2011, al respecto vemos que en esta providencia previamente se demostró el vencimiento del plazo (30 de abril de 2011) sin el cumplimiento del objeto contractual por parte del contratista, CONSORCIO MAHATES, e igualmente que quedó pendiente por amortizar del anticipo entregado por INVIAS la suma de CUARENTA Y SÉIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$46.904.898), siendo claro entonces la ocurrencia del siniestro dentro del término de vigencia de la póliza. En este aparte debe esta casa judicial manifestarse sobre la posible prescripción a que hace referencia la aseguradora CONDOR S.A. EN LIQUIDACIÓN, al respecto traemos a colación la posición jurisprudencial sobre los términos que se deben aplicar tal figura frente a la póliza que ampara un contrato estatal, al respecto se ha dicho:

*"PRESCRIPCION Y CADUCIDAD – Diferencia La prescripción requiere, al contrario de la caducidad, alegación de parte y, en tal virtud, no puede ser declarada de oficio por el juez. Además, puede ser objeto de suspensión frente a algunas personas dentro de ciertas circunstancias, a diferencia de la caducidad que no la admite. La prescripción es renunciable una vez ocurrida, mientras que el juez no podría jamás aceptar tal determinación de las partes con relación a la caducidad."*⁶

Ahora bien, en torno al contrato de seguro se puede indicar que la prescripción consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a la extinción del derecho, al paso que la caducidad de la acción contractual establecida en el Código Contencioso Administrativo implica la improcedencia de la acción, por manera que la prescripción constituye una defensa de carácter renunciable, al paso que la caducidad se debe tener como un presupuesto de la competencia del Juez para entrar a conocer el caso y, por lo tanto, de carácter irrenunciable.

Desde otro ángulo, la defensa con fundamento en la prescripción constituye un derecho de la parte a quien favorece, mientras que la caducidad de la acción impone una carga para la parte demandante cual es la de impetrar la acción en determinado plazo como presupuesto para poder acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Pese a las diferencias que se han comentado entre caducidad y prescripción, debe tenerse presente el caso especial que se registra en relación con el seguro de cumplimiento del contrato estatal, en el cual el siniestro ocurre por la declaratoria del incumplimiento por parte de la respectiva Entidad Estatal contratante la cual cuenta con la facultad de declararlo mediante su propio acto administrativo, aspecto que la Sección Tercera del Consejo de Estado evaluó al examinar las características especiales que informan este contrato a propósito de lo cual se precisó que el término de caducidad de la acción en este tipo de contratos de seguro se rige por las normas especiales del

⁶ Sentencia C-574 de 14 de octubre de 1998



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

Código Contencioso Administrativo, opera con respecto a los términos de caducidad de las acciones sobre contrato estatal amparado y no se amplía por aplicación de las normas del Código Civil y del Código de Comercio que establecen las reglas generales de la prescripción de las acciones y las especiales de prescripción de la acción del contrato de seguro.⁹

Sobre la base que se expone en la jurisprudencia citada, siendo que los términos de caducidad y prescripción se equiparan en lo atinente al seguro de cumplimiento del contrato estatal, debemos recordar que el en sub lite dicho asunto fue estudiado por el honorable Tribunal Administrativo de Bolívar concluyendo que INIVAS presentó la demanda dentro de los término de ley, esto es, que no se había presentado el fenómeno de la caducidad.

Por todo lo anterior, se concluye manifestando que existe certeza sobre la existencia de la póliza de cumplimiento No. 300025976 de la aseguradora CONDOR S.A. y su aceptación; que el hecho del incumplimiento del contratista se materializó dentro del lapso de amparo de riesgos, sin que se presentaran exclusiones; que se vinculó a la entidad aseguradora al proceso, respetando con ello su debido proceso, por lo que se accederá a la pretensión de hacer efectiva la póliza por los siniestros materializados, ello con el límite de las coberturas pactadas en el contrato de seguros.

LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

Recordemos que la liquidación del contrato constituye un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde se hace un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello se define el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa. Bajo este concepto, se entra a realizar la misma así:

Teniendo como soporte básico el objeto, las obligaciones y derechos de las partes, encontramos en el legajo lo siguiente:

- 1) INVIAS canceló al CONSORCIO MAHATES las sumas de dinero que se relacionan a continuación:

Por concepto de Anticipo.

El 31 de diciembre de 2010 \$60.336.500.

- 2) Por su parte, al valor de las actas por el CONSORCIO MAHATES se establece como sigue:

Valor y/o costos de las actas No. 2 y 3, así:

Acta No. 2.	Valor	IVA	AMORTIZACIÓN	PAGADO NETO
Febrero de 2011	\$12.429.526.	\$1.988.724	\$6.214.763.	\$ 6.836.239.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de Febrero de 2009, radicación número: 05001-23-31-000-2000-01720-01(24609).



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

Acta No. 3				
Marzo de 2011	\$14.433.678	\$2.309.388	\$7.216.839.	\$7.938.522.
Total	\$26.863.204.	\$4.298.112	\$13.431.602.	\$14.774.761.

3) En resumen:

Valor cancelado (Anticipo) a CONSORCIO MAHATES, por parte del INVIAS SESENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y TRES SEIS MIL QUINIENTOS PESOS (\$60.336.500.00); el contratista solo emitió dos actas parciales de cumplimiento, en las cuales amortizó un total de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS DOS PESOS (\$13.431.602); quedando pendiente por amortizar CUARENTA Y SÉIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$46.904.898), saldo pendiente sin amortizar a favor del INVIAS.

Teniendo en cuenta lo anterior, CONSORCIO MAHATES deberá reintegrar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS, como anticipo no amortizado la suma de CUARENTA Y SÉIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$46.904.898).

Consecuencia de todo lo expuesto, y teniendo como soporte las pruebas documentales arrimadas al proceso, no encontrándose probadas las excepciones propuestas por parte de SEGUROS CONDOR S.A, se accederá a las pretensiones del demandante, conforme los montos y daños aquí determinados.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

“.....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

En el presente caso el despacho estima que es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual se cumple en este caso, pues la omisión del contratista conllevó a plantear la diferencia ante los estrados judiciales, las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declárase que entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS y CONSORCIO MAHATES (Integrado por COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERÍA LIMITADA y COMPAÑÍA DE CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIONES LIMITADA), se celebró contrato de interventoría No. 1425 de 2010 y su adicional No. 1425-1-2010 del 31 de diciembre de 2010.

SEGUNDO: Declárase que el CONSORCIO MAHATES (Integrado por COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERÍA LIMITADA y COMPAÑÍA DE CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIONES LIMITADA) constituyó garantía, a través de póliza No. 3000559761 con COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES – SEGUROS CONDOR S.A., para garantizar la ejecución del contrato No. 1425 de 2010 y su adicional.

TERCERO: Declárase que el CONSORCIO MAHATES (Integrado por COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERÍA LIMITADA y COMPAÑÍA DE CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIONES LIMITADA) incumplió parcialmente el Contrato de interventoría No. 1425 de 2010 y su adicional No. 1425-1-2010 del 31 de diciembre de 2010.

CUARTO: LIQUIDARSE judicialmente el contrato de interventoría No. 1425 de 2010 y su adicional No. 1425-1-2010 del 31 de diciembre de 2010, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia. En consecuencia, el CONSORCIO MAHATES deberá reintegrar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS los montos que a continuación se relacionan.

QUINTO: Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenase al CONSORCIO MAHATES (Integrado por COMPAÑÍA DE CONSULTORES E INGENIERÍA LIMITADA y COMPAÑÍA DE CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIONES LIMITADA) al pago de las siguientes sumas:

a.) Por anticipo recibido y no amortizado: CUARENTA Y SÉIS MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$46.904.898).

b). Por cláusula penal: DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$10.876.498).

Frente a estas sumas, en lo tocante a actualización e intereses, se dará aplicación al numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993; por concepto de daño emergente y lucro cesante.

SEXTO: Hágase efectiva la póliza de cumplimiento póliza No. 3000559761 expedida por la COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES – SEGUROS CONDOR S.A. En consecuencia Declarar que SEGUROS CONDOR S.A., se encuentra obligado al pago de las sumas de dinero establecidas en el ordinal anterior.

SÉPTIMO: Esta sentencia se cumplirá, conforme a lo dispuesto en los artículos 187, 192, 193 y 195 CPACA, aplicando compatibilidad y congruencia entre tal articulado y lo aquí resuelto.

OCTAVO: Se condenará al pago de Costas, siendo derrotero el valor que resulte de aplicar el cinco (5%) a la suma que efectivamente reciba el demandante.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00028

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, devuélvanse los dineros sobrantes consignados para los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez