Tribunal Administrativo de Boyacá

Secretaria

E D I C T O

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA

CLASE DE ACCIÒN	**CONTRACTUAL**
RADICADO	**15001-33-31-702-2013-00043-01**
DEMANDANTES	**SEGUROS DEL ESTADO SA**
DEMANDADO	**MUNICIPIO DE CUCAITA**
MG. PONENTE	**LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**
FECHA DE DECISIÓN	**10 DE JULIO DE 2019**

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY **17/07/2019 A LAS 8:00 A.M.**

REPUBLICA DE COLOMBIA
Tribunal Administrativo

CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA

CERTIFICO: *Que el presente EDICTO permaneció fijado en lugar público de la Secretaria del TRIBUNAL, por el término en él indicado, y se desfija hoy* **19/07/2019 a las 5:00 p.m.**

REPUBLICA DE COLOMBIA

CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 10 JUL 2019

Acción: **Contractual**
Demandante **Seguros del Estado S.A.**
Demandado: **Municipio de Cucaita**
Expediente : **150013331702-2013-00043-01**

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2018, por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Tunja que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.-DE LA DEMANDA (fls. 2-12).

En ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A., SEGUROS DEL ESTADO S.A. a través de apoderado judicial solicitó a esta jurisdicción, como pretensiones principales, que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 053 del 22 de marzo de 2.011, por medio de la cual el Municipio de Cucaita declaró la ocurrencia del siniestro en una póliza por incumplimiento y mal manejo del anticipo e hizo efectivas unas garantías.

- Resolución No. 0090 del 21 de junio de 2.011, por medio de la cual ese ente territorial rechazó el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra el anterior acto administrativo.

Y que como consecuencia de lo anterior, se condene al Municipio de Cucaita, a reembolsarle el valor entregado por indemnización, en caso de haberse hecho efectivo el pago de la póliza; valor que debe pagarse debidamente actualizado acorde con los parámetros legales y jurisprudenciales aplicables.

De manera subsidiaria pidió que se declare la ineficacia de las aludidas resoluciones y, por ende, se acceda a la condena deprecada.

Finalmente, que se condene en costas y gastos a la entidad demandada.

2.-FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que el Municipio de Cucaita y la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita suscribieron el convenio de cooperación No. 1901003560 cuyo objeto fue la construcción del programa de mejoramiento de vivienda y saneamiento básico rural denominado Familias Campesinas de Cucaita.

Arguyó que dicha Asociación subcontrató con la sociedad Agenciar Consultores Asociados Ltda la ejecución de aquella obra constructiva con un plazo inicial de 6 meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio y un valor de $371.762.738.

Señaló que aquella sociedad constituyó a favor del ente territorial, la póliza de cumplimiento No 12-44101010719, expedida por Seguros del Estado S.A.; en ella amparó al Municipio de Cucaita en condición de asegurado-beneficiario hasta un valor de $31.345.906.09 por riesgos derivados del incumplimiento general del contrato asegurado, y hasta por un valor de $119.999.999 por riesgo derivado del manejo del anticipo.

Adujo que mediante los actos administrativos acusados el citado Municipio declaró unilateralmente la ocurrencia del siniestro por indebido manejo del anticipo y consecuencialmente hizo efectiva la citada póliza.

Consideró que aquellas decisiones son nulas pues carecen de motivación en cuanto a la efectividad automáticamente del 100% del valor del amparo de anticipo; tampoco fueron el resultado de la culminación de un procedimiento administrativo contra el contratista tendiente a declarar el incumplimiento, menos aún le notificaron una decisión en ese sentido; omisiones que desconocieron el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, máxime aun cuando no se había liquidado el contrato de obra para determinar el valor exacto adeudado por concepto de anticipo.

Agregó que los actos enjuiciados también son ilegales, pues no obedecieron el procedimiento legal para la citación de esa aseguradora como interesada, en la audiencia de descargos por el supuesto incumplimiento del contratista, atendiendo lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

Aseveró que en caso de no accederse a la nulidad deprecada, debe declararse la ineficacia de los actos, porque no se realizó en legal forma su notificación al representante legal de esa aseguradora, tal como se desprende de los antecedentes administrativos y la motivación de esos actos.

Y manifestó que si se concluye que los actos son eficaces, de cualquier forma son violatorios del debido proceso de esa aseguradora, por cuanto rechazaron por improcedente el recurso de reposición presentado oportunamente para agotar el procedimiento administrativo y le representan un perjuicio, dado que una vez ejecutoriados constituyen título ejecutivo en su contra.

II. TRAMITE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue presentada el día 7 de septiembre de 2011, ante los Juzgados Administrativos de esta ciudad (fl. 12) correspondiéndole por reparto al Juzgado Segundo Administrativo (fl. 58). Ese Estrado Judicial a través de auto del 26 de octubre de 2011, inadmitió la demanda (fl. 60). Una vez subsanada fue admitida por medio de auto del 30 de noviembre de 2011 (fl. 67).

En auto del 11 de abril de 2012, el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Tunja avocó conocimiento del proceso por reorganización de expedientes en

virtud de la entrada del sistema oral (fl. 71). Posteriormente en auto del 12 de septiembre siguiente declaró el desistimiento de la acción por el no pago oportuno de los gastos de notificación (fl. 73-75). Contra esa determinación la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en auto del 12 de diciembre de 2012 (fl. 81).

Por medio de auto del 6 de marzo de 2013, la Sala de Descongestión de este Tribunal admitió el recurso (fl. 86); en auto del 21 de noviembre de ese año revocó parcialmente el proveído impugnado dejándolo incólume en tanto resolvió la solicitud de aclaración del auto admisorio de la demanda presentada por la parte actora (fl. 88-93).

En auto del 13 de agosto de 2014, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Tunja avocó conocimiento del asunto, obedeció y cumplió lo resuelto en el anterior auto y requirió a la parte actora para que cancelara gastos de notificación (fl. 95).

Cumplida la anterior carga procesal, el día 12 de septiembre de esa calenda, el representante legal del Municipio de Cucaita se notificó de la demanda (fl. 99). El proceso se fijó en lista entre el 1 y el 15 de octubre de 2014 (fl. 100).

En auto del 11 de marzo de 2015, el Juzgado Trece Administrativo Oral de Tunja avocó conocimiento del proceso por reorganización de expedientes y dispuso la reanudación de los términos de la fijación en lista los cuales se habían suspendido con ocasión a Paro Judicial (fl. 102) los cuales corrieron entre el 22 y el 27 de abril de ese año (fl. 111); el Municipio de Cucaita contestó la demanda desde el día 13 de marzo de 2015, proponiendo excepciones de mérito (fls. 103-112).

Mediante auto del 1 de julio de 2015, se decretaron las pruebas del proceso (fl. 113); en auto del 25 de noviembre de esa calenda se requirió a la parte actora para que tramitara los oficios elaborados a fin de recaudar el acervo probatorio (fl. 135); en auto del 20 de abril de 2016, requirió a Seguros del Estado para que cumpliera su carga procesal de carácter probatorio (fl. 203) y en providencia del 221 de junio de este último año requirió al Juzgado Administrativo de Bogotá para el

diligenciamiento de despacho comisorio tendiente a recepción de testimonios decretados (fl. 208) el cual finalmente no se pudo llevar a cabo (fl. 224).

Finalmente, en auto del 9 de septiembre de 2016, se ordenó alegar de conclusión (fl. 227) y en 9 de octubre de ese año entró al despacho para fallo (fl. 229).

1. **Contestación de la demanda**

MUNICIPIO DE CUCAITA (fls. 104-106)

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto señaló que, la Sociedad Agenciar Consultores Asociados Ltda fue la encargada de realizar la obra del convenio suscrito con la Asociación Popular de Vivienda; dicha sociedad fungió como tomadora de la póliza No. 12-44101010719, y ese Municipio como asegurado. Agregó que garantizó el debido proceso del contratista previa expedición de la Resolución No. 053 de 2011 a través de la cual declaró el incumplimiento del contrato y el mal manejo del anticipo y dispuso el pago de la suma de $120.000.000 invertidos en la obra; agregó que el contratista evadió toda forma de notificación y que la aseguradora no canceló dinero alguno.

Consideró que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, es aplicable en materia sancionatoria, más no en el cobro de una póliza de seguros la cual no tiene tal naturaleza y que se garantizó el derecho de defensa de la aseguradora demandante al desatársele el recurso de reposición interpuesto contra el citado acto administrativo, en el que se puso de presente su falta de legitimación en razón a la falencia en la acreditación de su representante legal.

Propuso como excepciones: *"Incumplimiento del contrato"* atendiendo los planteamientos expuestos anteriormente y *"Fraude procesal"*, toda vez que pese a que se le garantizó el debido proceso a la aseguradora accionante, esta no ha hecho el pago ordenado mediante Resolución No. 053 de 2011.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia del 5 de febrero de 2018, negó las pretensiones de la demanda (fls. 234-246).

Planteó dos problemas jurídicos a saber: i) si era dable a la aseguradora, oponer vicios de violación del debido proceso del contratista asegurado, con el fin de exonerarse de la asunción del riesgo cuando es declarado el siniestro por la entidad beneficiaria y, ii) si debe la accionada asumir el pago del siniestro declarado por el Municipio de Cucaita en el marco del incumplimiento del contrato de obra civil celebrado para la construcción de 39 viviendas rurales en virtud del convenio No. 1901003560.

Señaló que los medios exceptivos propuestos constituyen argumentos defensivos que debían desatarse al abordar el fondo del asunto; precisado lo anterior, circunscribió el marco jurídico al análisis de la responsabilidad de los contratistas y su obligación de suscribir póliza a favor de las entidades públicas contratantes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas acorde con lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así mismo, a la regulación de los convenios de cooperación al tenor de los Decretos 1333 de 1986 y 777 de 1992, así como la Ley 136 de 1994.

Al abordar el caso concreto en punto a las pretensiones principales dirigidas a la declaratoria de nulidad de los actos acusados, sostuvo que no estaban llamadas a acogerse. Al respecto precisó en primer lugar que el contrato estatal y la póliza de seguros son negocios jurídicos autónomos e independientes, y que la facultad de la administración para declarar el siniestro en pólizas de seguros no constituye una cláusula exorbitante, sino que surge de la Ley a efectos de que mediante acto administrativo se estructure el título ejecutivo respectivo.

En segundo lugar, porque quedó establecido el incumplimiento del contrato por el contratista Agenciar Consultores Asociados LTDA, en tanto que tuvo un mal manejo del anticipo otorgado en calidad de constructor contratado por la Asociación

Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita, contrato de obra civil suscrito entre particulares realizado en virtud de la cláusula séptima del convenio de cooperación suscrito entre el Municipio de Cucaita y aquella Asociación; dado que aquella Agencia omitió el cumplimiento de lo pactado y por ende se efectivizaron los riesgos amparados los cuales se causaron dentro del término de vigencia del contrato y de la póliza.

Así mismo que el derecho de cobro de la póliza nació para el Municipio de Cucaita, no sólo con la expedición de la Resolución No. 053 del 22 de marzo de 2011, a través de la cual declaró el siniestro, sino cuando quedó en firme la Resolución No. 0090 de junio 21 de 2011, que rechazó de plano el recurso de reposición interpuesto contra aquel acto por la Aseguradora.

En tercer lugar, que de conformidad con la parte motiva de dichos actos se advirtió, por un lado, que la administración respetó el debido proceso del contratista, dado que al no poder establecer ningún contacto con este, intentó su notificación por edicto; pese a no existir prueba de tal actuación, la aseguradora no está legitimada para actuar en nombre del contratista a fin de alegar una vulneración a tal garantía, pues el debido proceso es un derecho subjetivo que tiene que ser alegado por quien lo cree vulnerado.

Aunado a lo anterior, no puede desconocerse que tampoco se logró por parte del accionante la comparecencia del contratista en sede judicial, pues aun siendo llamados a testificar, no hicieron presencia en diligencia del 9 de junio de 2016.

En cuarto lugar, se probó con la prueba documental y el interrogatorio de parte, la debida notificación de los actos acusados a la parte demandante; pese a que esta pretendió oponerse al acto que declaró la ocurrencia del siniestro, no lo hizo en la forma adecuada, pues el Gerente Administrador no tenía facultad para representar a la empresa según el certificado de existencia y representación legal aducido vía gubernativa, lo cual devino en la ejecutoria de la Resolución No. 053 de 2011.

En quinto lugar, que contrario a lo que señaló la parte actora, no hay una indebida cuantificación del siniestro, pues el demandado no pretendió hacer el cobro de la

póliza por la totalidad del amparo sino disminuida en $38.244.741.25 frente al 100% de los riesgos amparados por mal manejo del anticipo e incumplimiento y que la declaratoria del siniestro está debidamente motivada, además, con la existencia de denuncias penales e investigaciones disciplinarias tal como reposa en el plenario.

Y finalmente, frente a las pretensiones subsidiarias de la demanda, discurrió que a las voces del artículo 48 del C.C.A., los actos enjuiciados no resultan ineficaces, como quiera que, quedó probado que la aseguradora constituyó apoderado para notificarse de la Resolución No. 53 de 2011 que declaró el siniestro, así mismo, hizo uso de los recursos legales contra el mismo; diferente es el hecho que no hubiese acreditado debidamente su representación.

IV. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Por intermedio de su apoderado, la parte demandante interpuso y sustentó el recurso de alzada a fin de que el fallo de primera instancia sea revocado y se acceda a las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se sintetizan enseguida (fls. 252-255):

Arguyó que el a- quo no se pronunció en torno a la omisión de la entidad demandada de motivar su acto contractual en cuanto a la existencia del siniestro y la cuantía del mismo frente a la adecuada inversión en la obra; máxime cuando trata de hacer efectiva, por sí y ante sí, una indemnización a través de la exigencia de una garantía y lo cual es un imperativo legal consagrado en el artículo 1077 del C. de Co, y el artículo 13 y el numeral 7 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Agregó que en documento suscrito entre el contratista afianzado y el Municipio de Cucaita el 19 de febrero de 2015, del cual no tuvo conocimiento esa aseguradora, consta la liquidación del contrato de obra (sic) en el que se indica que el contratista invirtió la suma de $92.843.333 por concepto de anticipo; documento que solicitó incorporarse como prueba en esta instancia ante la imposibilidad de aportarlo por razones de temporalidad.

Así mismo que con este documento que reafirma, una vez más, la necesidad de motivar el acto que reclama la indemnización pues el valor pretendido por el ente accionado por concepto del amparo de anticipo, resulta abusivo.

De igual forma que, contrario a lo que concluyó el juez de primera instancia, esa aseguradora reclamó desde el líbelo introductorio, en nombre propio y del contratista la violación de su derecho fundamental al debido proceso; reclamo que se fundamentó en que no fue citada desde el inicio del procedimiento previo que dio origen a los actos enjuiciados.

Manifestó que ello es una exigencia para el cabal respeto a esta garantía fundamental en tratándose de este procedimiento administrativo tendiente a la declaratoria del siniestro de una póliza de seguros como lo ha sostenido pacíficamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin que colme dicha prerrogativa el solo hecho de notificársele a esa aseguradora el acto demandado que declaró el siniestro.

No se anexó el acta de liquidación referida por el impugnante.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Impugnado el fallo de primera instancia, por auto de 23 de marzo de 2018, el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 258).

Mediante auto de 25 de mayo de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto (fl. 273) y dentro del término de ejecutoria la parte actora solicitó que se tuviera como prueba documental el acta de liquidación bilateral del convenio 1901003560 de 2008, la cual no se había suscrito a la fecha de presentación de la demanda -7 de septiembre de 2011- (fls. 274-275)

En proveído del 6 de julio de 2018, se decretó como prueba documental el acta de liquidación del convenio allegada por la parte actora y se ordenó alegar de

conclusión por el término de diez (10) días, según lo dispuesto en el artículo 212 del C.C.A. (fl. 287-289), término dentro del cual se pronunciaron los extremos procesales.

SEGUROS DEL ESTADO S.A. (fls. 290-294)

Reiteró los argumentos de su impugnación y destacó que en sentencia del 27 de noviembre de 2017[1], la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad de actos administrativos en los cuales se advirtió la transgresión del derecho fundamental al debido proceso por no garantizar la comparecencia previa dentro del trámite administrativo a esa aseguradora a efectos de declarar el siniestro de la póliza y que es necesaria la debida motivación de aquel y su cuantía la cual no es por la suma de $119.000.000 sino por $92.843.333 como se plasmó en el acta de liquidación que se tuvo como prueba de segunda instancia.

MUNICIPIO DE CUCAITA (fls. 295-297)

Manifestó que el acta de liquidación aportada por la parte apelante no debe valorarse probatoriamente, en tanto que corresponde a la liquidación del convenio suscrito entre ese Municipio y la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita, no a la liquidación del contrato suscrito entre esa Asociación y la Agencia Consultores Asociados Ltda., la cual provocó con su conducta omisiva el incumplimiento contractual que dio lugar a declarar el siniestro para la efectividad de la póliza.

De igual modo que esa acta no hace alusión a la inversión del anticipo por parte dicha Agencia, tampoco de la amortización del mismo en una proporción igual al porcentaje entregado a tal título, y no resulta aceptable predicar, como lo sostiene el apelante, que la totalidad de la inversión es producto de los dineros entregados a título de anticipo y, finalmente que el acto acusado se encuentra debidamente sustentado.

[1] Radicación 2012-00087-01. Radicación interna 52058. C.P. Jaime Orlando Santofimio.

El **Ministerio Público** guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A., esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los jueces administrativos.

De igual forma, vale señalar que, en virtud del principio constitucional de la no *reformatio impejus* consagrado en el artículo 31 de la Carta Política, la competencia del superior funcional se limita exclusivamente a resolver, en principio, los problemas planteados en la apelación sin agravar la situación del apelante único. Para el caso concreto, teniendo en cuenta que la sentencia recurrida negó las pretensiones de la demanda y el apelante es solo la parte actora, el Tribunal limitará el estudio a sus argumentos de apelación sin agravarle su condición.

2. Problema Jurídico

Conforme con los argumentos del recurso de apelación, corresponde a este Tribunal, determinar si en el presente asunto los actos acusados son nulos por violación al debido proceso de la aseguradora demandante al no garantizarle su derecho de defensa en el trámite administrativo que dio origen a aquellos y por falta de motivación en la cuantificación del valor de la indemnización a pagar por la ocurrencia del siniestro amparado en la póliza, o si por el contrario efectivamente se le garantizó el debido proceso al notificarle y permitirle impugnar el acto administrativo que declaró el siniestro, acto en el cual además se tasó debidamente la cuantía de este, como lo concluyó el a-quo.

3. Marco Jurídico

3.1. De la garantía única para respaldar las obligaciones surgidas de los contratos estatales

El artículo 4 de la Ley 80 de 1993 o Estatuto Contractual, estableció como deberes de las entidades estatales contratantes, entre otras:

> *"1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacer al garante.*
> *2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar".*

De igual forma, ese Estatuto, establece dentro del principio de economía que lo rige y que se encuentra consagrado en el artículo 25, que "*19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado".*

La inclusión de las cláusulas de garantía en los contratos estatales, es un requisito obligatorio para el contratista a fin de garantizar el cumplimiento del objeto contractual el cual atiende un satisfacer un interés general; también evitan posibles detrimentos patrimoniales que se puedan generar por incumplimientos en que incurra aquel y en las voces del artículo 41 de la Ley 80 de 19932, la aprobación de la garantía, es un requisito para la ejecución contractual.

Vale agregar que el examen sustancial de dichas garantías, en lo que resulte pertinente, se encuentra consagrada en el Código de Comercio, en especial, desde el artículo 1036 y siguientes que reguló lo atinente al contrato de seguro, partes, elementos esenciales, condiciones de la póliza y demás aspectos que lo estructuran.

Entre estas regulaciones se encuentra el deber de motivar el acto administrativo indicando en él los supuestos de hecho y probatorios que soportan el acaecimiento del siniestro y por supuesto, la cuantía de la indemnización, como también, garantizar que tanto el contratista como la compañía de seguros, en ejercicio de los derechos de contradicción y legítima defensa, puedan controvertir el acto

administrativo según el artículo 1077 del Código de Comercio, para aquellos casos en los cuales el asegurado y beneficiario de la póliza es una entidad estatal y al asegurador le corresponde la carga de probar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

Debe decirse igualmente que el artículo 26 de la Ley 80, determinó que en acatamiento del principio contractual de responsabilidad "*Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado*"; bajo este supuesto normativo, el incumplimiento de aquellos en dicho deber conlleva correlativamente la obligación de la entidad contratante de hacer efectivas las pólizas que cubren los riesgos materializados en la actividad contractual.

Pues bien, para lo que al presente asunto interesa, es importante acotar que en desarrollo del aludido mandato legal estipulado en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 679 del 28 de marzo de 1994, que reguló lo pertinente a la garantía única.

En su artículo 16, aquel Decreto recordó que dicha garantía "*tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales, por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía*".

Seguidamente, el artículo 17, precisó los riesgos que debe cobijar la garantía de acuerdo con las distintas obligaciones amparadas, así:

> *"Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de* ***buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato****, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. En los contratos de obra y en los demás que considere necesario la entidad se cubrirá igualmente la responsabilidad civil frente a terceros derivados de la ejecución del contrato a través de un amparo autónomo contenido en póliza anexa.*

La garantía de salarios y prestaciones sociales del personal que el contratista emplee en el país para la ejecución del contrato se exigirá en todos los contratos de prestación de servicios y construcción de obra en los cuales de acuerdo con el contrato, el contratista emplee terceras personas para el cumplimiento de sus obligaciones, así como en los demás en que la entidad estatal lo considere necesario en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para evaluar la suficiencia de las garantías se aplicarán las siguientes reglas:

El valor del amparo de anticipo o pago anticipado deberá ser equivalente al ciento por ciento (100%) del monto que el contratista reciba a título de anticipo pago anticipado, en dinero o en especie para la ejecución del mismo;

El valor del amparo de cumplimiento no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria ni al 10% del valor del contrato;

El valor del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones será igual cuando menos al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato y deberá extenderse por el término de vigencia del contrato y tres años más;

El valor de los amparos de estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos, ha de determinarse en cada caso con sujeción a los términos del contrato con referencia en lo pertinente al valor final de las obras, buen servicio contratado u objeto del contrato.

La vigencia de los amparos de estabilidad de la obra, calidad de la obra o servicio suministrado, provisión de repuestos y accesorios deberá cubrir cuando menos por el lapso en que de acuerdo con el contrato y la legislación civil o comercial, el contratista debe responder por la garantía mínima presunta, por vicios ocultos, garantizar el buen funcionamiento de los bienes suministrados, responder por la estabilidad de la obra o asegurar el suministro de repuestos y accesorios.

El término del amparo de estabilidad de la obra lo determinará la entidad según la naturaleza del contrato y no será inferior a cinco años.

La garantía de cumplimiento garantizará también el cumplimiento de las obligaciones de transferencia de conocimientos y de tecnología, cuando en el contrato se hayan previsto tales obligaciones.

El Contratista deberá reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectada por razón de siniestros.

De igual manera en cualquier evento en que se aumente el valor del contrato o se prorrogue su vigencia deberá ampliarse o prorrogarse la correspondiente garantía.

(...)

Y en su artículo 18, el Decreto 679, dispuso que la entidad estatal contratante sólo aprobará la garantía que, con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato, ampare el cumplimiento idóneo y oportuno conforme con lo dispuesto en esa norma, correspondiéndole al contratista prorrogarla, cuando sea del caso, de lo contrario, se

le aplicarán las sanciones contractuales a que haya lugar y se hará efectivo el amparo de cumplimiento por el monto fijado en los pliegos de condiciones.

A la postre, la Ley 1150 de 2007, que reformó la Ley 80 de 1993, reafirmó en su artículo 7, la obligación de los contratistas de prestar garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato la cual consistiría en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en el país, garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento expedido para el efecto.

Con esta normatividad, el legislador amplió el espectro de garantías existentes para respaldar las obligaciones contractuales de carácter estatal, extendiéndolas a otros mecanismos de respaldo como los bancarios y demás mecanismos de cobertura de riesgos existentes.

La citada Ley de 2007, estableció igualmente en dicho canon normativo que las pólizas no expiraban por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral y que el Gobierno Nacional señalaría las condiciones generales que debían incluirse en las pólizas, los criterios para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, los casos en que la garantía pudiera dividirse por las características y complejidad del contrato a celebrar, teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

Y en cuanto al trámite para hacerla efectiva, señaló que el acaecimiento del siniestro que amparan las garantías sería comunicado por la entidad pública contratante al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare; precisó que las garantías no serían obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía[2].

Posteriormente, a través del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008, se expidió el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública cuyo campo

[2] Esta norma dispuso en su parágrafo transitorio que durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.

de aplicación fueron los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, en aras de garantizar el cumplimiento de:

- la presentación de los ofrecimientos;
- los contratos y de su liquidación y,
- los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de las disposiciones especiales propias de cada uno de los instrumentos jurídicos aquí previstos.

De acuerdo con el artículo 4 del Decreto en mención los perjuicios a amparar enunciativamente fueron, entre otros, los siguientes:

> *4.1 Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento:*
>
> *(...)*
>
> *4.2 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales:*
>
> *La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:*
>
> ***4.2.1 Buen manejo y correcta inversión del anticipo. El amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión; (ii) el uso indebido, y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato. Cuando se trate de bienes entregados como anticipo, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.***
>
> *4.2.2 Devolución del pago anticipado. El amparo de devolución de pago anticipado cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.*
>
> *4.2.3 Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado. Además de esos riesgos, este amparo comprenderá siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado.*

4.2.4 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. (...)

4.2.5 Estabilidad y calidad de la obra. (...)

4.2.7 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. (...)

4.2.8 Calidad del servicio. (...)

4.2.9 Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados.

Y en su parágrafo único dispuso que atendiendo lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000[3], la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.

En este punto vale recordar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 68 numeral 5o. del C.C.A. -ahora artículo 99 de la Ley 1437 de 2011-, los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad, el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual y las demás garantías que a favor de las entidades públicas, se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, entre otros.

En sentencia 20 de febrero de 2014[4] el Consejo de Estado recordó que según su criterio jurisprudencial[5] el acaecimiento del riesgo, o sea, el incumplimiento, debe

---

[3] Aartículo 44. Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.
La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

[4] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia del 6 de octubre de 2005. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00403-01(28552)

[5] *Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840, M.P. Camilo Arciniegas Andrade; sobre el mismo tema pueden consultarse las siguientes sentencias: de la Sección cuarta,*

ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza para que el asegurador resulte obligado a la indemnización pero dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades deben declarar el incumplimiento.

Aclaró ese Alto Tribunal que no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia; hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza[6].

Y que, por regla general, la Administración dispone del término de 2 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, norma que como se dijo, es regulatoria del contrato de seguros del cual emerge las garantías como la póliza de seguros.

3.2. Aplicación del derecho al debido proceso en la expedición del acto administrativo tendiente a la declaración y cuantificación de siniestro de las garantías.

3.2.1. Del derecho fundamental al debido proceso, su aplicación en materia contractual y en particular en el trámite tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro.

El debido proceso estatuido en el artículo 29 Constitucional busca poner límites a la potestad de Estado en sus relaciones con los asociados.

Está prevista en favor de las partes y de los terceros interesados en el ámbito administrativo o judicial y comprende: i) el derecho al juez natural o funcionario competente, ii) juzgamiento acorde con las formas propias de cada juicio o

---

sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; de la Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796.

[6] *Cita original del texto transcrito) Sentencia de 31 de octubre de 1994. (C.P: Dr. Guillermo Chaín Lizcano). Exp.5759. (Actor: Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.)*

procedimiento y, iii) derecho de audiencia y defensa: en tratándose de solicitud, decreto y práctica de pruebas, la presunción de inocencia, derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía de *non bis in ídem*.

En materia contractual, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que reformó la Ley 80 de 1993, consagró explícitamente que el derecho al debido proceso era un principio rector en materia sancionatoria y, en su ejercicio, las entidades sometidas al Estatuto Contractual tendrán la facultad de imponer las multas pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones; ello para hacer efectivizar su deber de control y vigilancia sobre los contratos.

En virtud de ese principio, la decisión que se tome en la materia debía estar precedida de audiencia del afectado con el agotamiento de un procedimiento mínimo que garantice el derecho el debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo de aquel y podrá declararse el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato con la posibilidad de acudir, entre otros, a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Y en el parágrafo transitorio de este artículo se indicó que dicha facultad sancionatoria se entiende atribuida respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esa ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

Este último mandato se explica porque en vigencia de la Ley 80 de 1993, le era vedado a la entidad estatal imponer unilateralmente sanciones; por eso, la disposición en comento solo lo permitió en caso de que fuesen pactadas entre las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En sentencia del 30 de marzo de 2011[7], la Sección Tercera del Consejo de Estado examinó el alcance de la anterior disposición, destacando que es una garantía de raigambre constitucional que goza de una existencia y eficacia normativa autónoma pero que tuvo una introducción positiva en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que en sentir de esa Corporación debe irradiarse no solo en las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales como la imposición de multas, clausula penal pecuniaria o caducidad sino cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual como la declaratoria de siniestro de una póliza de garantía: Al respecto arguyó:

> ***"3. Reiteración jurisprudencial sobre el campo de aplicación del derecho fundamental al debido proceso en materia contractual.***
>
> *Para el actor la actuación de la administración vulneró el derecho al debido proceso contemplado en los arts. 29 CP. y 3, 28 y 35 del CCA., porque no se realizó un procedimiento "regular", ni se garantizó el derecho a ser oído y a defenderse oportunamente. Además, la única prueba con que se declaró el siniestro fue la practicada por la entidad estatal –con miembros de la organización militar-, sin su presencia, de manera que el contratista no tuvo la oportunidad de presentar descargos y dar explicaciones.*
>
> *Sobre este aspecto la Sala ha considerado, cada vez con más decisión y argumentos, que las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales también están regidas por el derecho fundamental al debido proceso –art. 29 CP.-, en virtud del cual se debe garantizar a los afectados con una decisión el derecho a defenderse adecuadamente, es decir, en los términos de las garantías mínimas que contempla este derecho.*
>
> *En una sentencia reciente, esta Corporación sostuvo -con ponencia de quien en este proceso ejerce la misma labor- que el debido proceso tiene el siguiente campo de aplicación en materia contractual –providencia de junio 23 de 2010, exp. 16.367-, y que se citará in extenso por la pert.nencia para el caso concreto:*
>
> *"(...)*
>
> *"Si se hace un balance del tema, al interior de esta área del derecho administrativo, resulta satisfactorio apreciar que desde el decreto 01 de 1984, y en forma importante con la Constitución de 1991, hasta hoy, no sólo éste como género, sino la contratación estatal como especie, han recepcionado las distintas garantías del debido proceso, elevando la protección a favor del ciudadano, pero también la que requiere el Estado. Sin embargo, a nivel de conclusión informada y detallada del tema, hay que precisar de qué manera y qué derechos, en concreto, se han incorporado a los procedimientos contractuales, así como también se deben identificar aquéllos sobre los cuales persisten las dudas en integrarlos a esta área del derecho.*

[7] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Radicación número: 25000-23-26-000-1993-08569-01(20917)

"Para empezar, se destaca la introducción positiva, en el art. 17 de la ley 1.150 de 2007, del debido proceso como principio rector de la contratación estatal. Su propósito fue el de afirmar lo que constitucionalmente es indiscutible, pero que materialmente ofrece dificultades. Sin embargo, la inclusión en la ley no supone que sólo a partir de ese momento la contratación estatal debió ajustarse a este derecho, en virtud a que de ninguna manera una norma inferior a la Constitución tiene la posibilidad de hacerla regir, sobre todo porque ella misma no pidió la colaboración legislativa para tal efecto.

Dispone este precepto:

"Artículo 17. Del derecho al debido proceso. (...)

Este precepto exhorta a incrementar, en materia administrativa contractual, las garantías que integran el debido proceso, tomando el legislador partido por esa situación histórica deplorable que ha vivido este derecho fundamental, y que urge introducirlo en los distintos procedimientos, y en particular en el contractual. (...)

Y explicó los alcances de esa disposición:

"En primer lugar, señala que 'El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales', de allí que su contenido no rige solamente los temas puntuales que mencionará y desarrollará a continuación –la multa y la cláusula penal-, ***sino todas las actuaciones sancionatorias, como por ejemplo: la declaración de caducidad, la declaración de un siniestro****, la declaración de que un oferente se niega a suscribir el contrato estatal adjudicado, entre otras decisiones de similar naturaleza sancionadora.*

(...)

"En segundo lugar, el mismo aparte citado produce otra perplejidad, que solo se resuelve acudiendo al art. 29 CP. Indica que el debido proceso es un principio rector de las actuaciones sancionatorias contractuales, de allí que, por oposición, no regiría en las actuaciones no sancionatorias, es decir, aquellas donde se asignan o niegan derechos, o se imponen obligaciones. A esta clase pertenecen: los procesos de selección de contratistas -cuya naturaleza de procedimiento es innegable-, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la liquidación unilateral, entre muchos otros.

(...)

"En tercer lugar, el art. 17 asigna la competencia a la administración para imponer las multas pactadas en los contratos, pero '... Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista...'. La misma potestad se establece, a continuación, para imponer la cláusula penal, respetando las mismas garantías.

"La Sala también impondrá a esta norma una interpretación conforme a la Constitución, similar a la que se acaba de hacer, esto es, exigiendo la aplicación de estas garantías no sólo cuando se impone la multa o la cláusula penal, sino cuando se imponga cualquier otra sanción o carga derivada de la relación contractual. En este horizonte, carece de justificación

que la caducidad se pudiera declarar sin audiencia del afectado, o sin adelantar un procedimiento previo, aduciendo que el art. 17 sólo alude a las multas y a la cláusula penal. El mismo razonamiento aplica a la declaración de un siniestro, o a cualquier otra decisión que imponga cargas o gravámenes a los involucrados en la contratación estatal. *" (Negrillas fuera de texto)*

(...)"

Concluyó este pronunciamiento jurisprudencial señalando que el derecho al debido proceso rige en las actuaciones administrativas contractuales no solo por aplicación directa del artículo 29 del Texto Superior sino desde el mandato legal previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, a partir de la cual representa un impulso, exhortación y respaldo para que, sin más demora, se introduzca plenamente en este ámbito del derecho administrativo, considerando que no existe duda alguna acerca de su aplicación.

Empero como se debate ante esta instancia, subsiste controversia en torno a la aplicación o no de esta garantía fundamental en tratándose de la declaratoria de ocurrencia del siniestro de la póliza de seguro; ello al considerarse que no refiere a una actuación administrativa sancionatoria o exorbitante de la Administración propiamente dicha sino a una potestad autónoma y especial, esté o no acompañada o no del ejercicio de aquella potestad sancionatoria como lo ha aupado algunos pronunciamientos jurisprudenciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado en este sentido[8].

[8] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 23 de noviembre de 2017. Radicación número: 25000-23-36-000-2013-02063-01(53861). En esta providencia se dijo: *"Para lo que importa en este litigio, es preciso establecer que el artículo 7 presenta un contenido sustantivo diferente del que se desarrolló en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, siendo que este último se refirió en forma concreta al debido proceso en materia sancionatoria, para la imposición de multas y de la cláusula penal pecuniaria, de la siguiente forma: (...) En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se refiere al debido proceso en el ejercicio de la potestad sancionatoria que asiste al Estado contratante para declarar el incumplimiento del contrato y a la consecuente exigibilidad de la cláusula penal y de las multas pactadas, al paso que el artículo 7 de la misma ley, se refiere a la declaración del siniestro, esté acompañada o no del ejercicio de la potestad sancionatoria.*
La potestad sancionatoria en las actuaciones contractuales que se rigen por el derecho administrativo se refiere a aquella competencia en virtud de la cual el Estado contratante puede imponer, mediante acto administrativo, una afectación a la posición contractual del contratista, como consecuencia de la determinación de un incumplimiento del contrato o de una transgresión legal (...). Véase también Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 30 de noviembre de 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02776-01(39285): *"(...) la Sala ha sostenido que la Administración sí tiene competencia para declarar los siniestros, hacer efectiva la póliza y cuantificar el perjuicio –tal como lo sostuvo el a quo–; sin embargo, para ello no es necesario adelantar un procedimiento administrativo previo, en la medida en que el contenido y la motivación del acto es el que permite a la aseguradora o a la contratista ejercer su derecho defensa y la impugnación posterior ante la jurisdicción"*

Sin olvidar además que, como se vio, desde el escenario procesal de la acción contractual, es posible hacer efectiva la garantía única que respalda el cumplimiento de un contrato estatal únicamente con el acto administrativo que declare el incumplimiento y/o la ocurrencia del siniestro como reza el artículo 68 numeral 5o. del C.C.A. -ahora artículo 99 de la Ley 1437 de 2011-, lo que implicaría de su simple lectura que no habría necesidad de agotar un procedimiento previo para la declaratoria de siniestro.

No obstante, en sentencia del 30 de noviembre de 2017[9], el Consejo de Estado sostuvo la tesis que, en atención a las normas procedimentales y con anterioridad a la vigencia del artículo 86 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011[10], norma que ya contempló el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, en una actuación administrativa iniciada de oficio como la dirigida a declarar la ocurrencia del siniestro por parte de la entidad contratante, es deber de la administración comunicar la existencia de la misma a los particulares eventualmente afectados o interesados, de informarles sobre su objeto y darles la

---

[9] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Radicación número: 15001-23-31-000-2006-01404-01(37002). En ella revocó providencia de este Tribunal que había negado pretensiones de nulidad por violación del derecho al debido proceso.

[10] Artículo 86. Imposición de Multas, Sanciones y Declaratorias de Incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:
a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;
b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;
c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;
d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

oportunidad para que estos expresen sus opiniones previo a la toma de la decisión; esto con base en las pruebas e informes disponibles.

En esta providencia esa Corporación resolvió la demanda de una aseguradora en la que alegaba la nulidad de los actos acusados por vulneración a su derecho al debido proceso en tanto no se le comunicó el inicio de actuación administrativa alguna por la demandada, menos aún se le dio a conocer y controvertir los argumentos y las pruebas que fundaron la decisión de la administración en la que declaró la ocurrencia del siniestro de inestabilidad de la obra. Sobre el particular señaló:

(...)

Para estudiar si esta causal de anulación, contenida en el artículo 84 del CCA, se configura, la Sala deberá remitirse a las disposiciones que gobernaban el procedimiento administrativo que culminó con la firmeza del acto que declaró el siniestro y ordenó hacer efectiva la garantía.

A falta de procedimiento especial (que hoy día sí existe y es el contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011) que rigiera la adopción de las decisiones impugnadas, estas debían observar las reglas generales exigibles a toda actuación administrativa las cuales estaban contempladas en el decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.

Estas reglas se encuentran establecidas, específicamente en los artículos 14, 28, 34 y 35 del CCA que prescriben:

(...)

Conforme a las normas enunciadas, se tiene que, dentro de una actuación administrativa iniciada de oficio (art. 28), es deber de la administración comunicar la existencia de la misma a los particulares eventualmente afectados o interesados (arts. 14 y 28), de informarles sobre su objeto (art. 28), y de dar oportunidad para que estos expresen sus opiniones previo a la toma de la decisión (art. 35). Esto con base en las pruebas e informes disponibles (arts. 34 y 35).

Los anteriores son los elementos mínimos que debe respetar todo procedimiento administrativo con el fin de garantizar el derecho al debido proceso que, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución, debe observarse en toda actuación administrativa.

Así, el Consejo de Estado, al analizar el contenido de las garantías mínimas dentro de una actuación administrativa a la luz de lo dispuesto en el decreto 01 de 1984 ha manifestado que el CCA "introdujo varios e importantes derechos que hacen parte del debido proceso, es el caso del derecho a que se comunique la iniciación de un procedimiento administrativo –arts. 14 y 28 CCA.-; el derecho a impugnar las decisiones administrativas, a través de la denominada vía gubernativa –arts. 23 y 49 y ss. CCA.-; ***el derecho a un procedimiento previo a la toma de una decisión, en la medida en que se proscribieron las decisiones de plano –art. 35 CCA.-; el derecho a presentar***

pruebas y a controvertirlas –arts. 34 y 56 CCA.-; entre otras"[11] *(resaltado fuera de texto).*

Y efectuando un recuento jurisprudencial, en esa sentencia el Consejo de Estado indicó que, en la expedición de los actos administrativos contractuales, incluyendo aquellos diferentes a los que pretendan el ejercicio de facultades sancionatorios o de potestades excepcionales, deben respetarse ciertas garantías mínimas, entre ellas, respetar el procedimiento legalmente establecido. Así, recalcado:

> *"Ahora, aunque la Sala reitera los criterios expuestos en la anterior cita, si bien no es una potestad sancionatoria e incluso no se trata de un poder exorbitante, ello no significa que en desarrollo de esta prerrogativa la administración encuentre un espacio para la arbitrariedad, en donde pudiere pretermitir el procedimiento legalmente establecido, pasar por alto los requisitos formales y sustanciales de formación de la voluntad plasmada en un acto administrativo, o vulnerar los derechos del contratista o de su garante*[12]

También dijo en ese fallo que para que un acto administrativo donde se declare la ocurrencia del siniestro mantenga su validez debe la administración respetar ciertas exigencias entre las que se destaca la observancia de un procedimiento donde se garantice el derecho de defensa al afectado previo a la expedición del acto. Así, ha establecido la jurisprudencia que:

> *(...)desde la perspectiva de la validez del acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro revisten las exigencias (i)* ***de una actuación administrativa previa a la adopción de la decisión, en la cual se recaude el material probatorio que fundamente, desde el punto de vista fáctico, la determinación a proferir y que permita a quienes se puedan ver afectados con ella ejercer sus derechos al debido proceso, a la contradicción y a la defensa*** *y (ii) de que efectivamente se haga acopio de los elementos demostrativos necesarios y suficientes para permitir que el acto administrativo se encuentre debidamente soportado en unos motivos o hechos determinantes cuya existencia se constató de manera previa al dictado de la decisión y que fueron debidamente valorados por la entidad estatal contratante."*[13]

De igual modo destacó la plucitada providencia del 30 de noviembre de 2017, que, dado que debe existir una actuación administrativa previa a la adopción de la decisión que permita a los afectados ejercer el derecho de contradicción, la

---

[11] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera- Sentencia del 23 de junio de 2010. Exp. 16367.
[12]Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2016, exp. 29368
[13]Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, exp. 25742.

Corporación ha sostenido que la sola notificación del acto administrativo no satisface la garantía al debido al proceso. Así, señaló:

> *"Sobre este derecho, la Sección Tercera estableció, en la sentencia del 23 de junio de 2010 –exp. 16.367-, al juzgar un caso donde se alegaba el mismo derecho que del material probatorio allegado al proceso se encontraba acreditado que FERROVÍAS le había impuesto al actor una sanción de plano, de aquellas que vulneraban el derecho a la defensa en la etapa de formación de la voluntad de la administración, puesto que previo a imponer la sanción respectiva no había adelantado el procedimiento respectivo, según las formas propias de cada juicio, al respecto señaló:*
>
> *"Analizado el acervo probatorio, no se hallaron antecedentes que acrediten que la entidad pública –titular del ius puniendi- hubiera adelantado un procedimiento que satisfaga la garantía que tienen los contratistas-investigados a que se surtan las indagaciones según las formas propias de cada juicio, que incluye el derecho a un espacio o momento reposado de reflexión, previo a la decisión sancionatoria. Incluso, hasta el CCA. exige este trámite preliminar -según lo dispone el artículo 4 numeral 4-, en virtud del cual: 'Las actuaciones administrativas podrán iniciarse: (...) 4. Por las autoridades, oficiosamente', norma que a continuación la desarrolla el artículo 28 CCA., que exige –precisamente- vincular al particular que pueda resaltar afectado con ello:*
>
> *"Art. 28. DEBER DE COMUNICAR. (...)*[14].
>
> *"La Sala encuentra, en el caso concreto, que pese a que los artículos 14 y 28 CCA. exigen vincular tanto a las personas directamente afectadas con la actuación como a los terceros, FERROVÍAS no citó al contratista, salvo cuando adoptó la decisión –mediante la resolución No. 011 de 1993-, momento para el cual ya era tarde, en términos de garantizar un procedimiento previo que asegure el derecho a discutir los hechos que se imputan.*
>
> *"El asunto es tan claro, que el art. 28 CCA. citado dispone que la comunicación a los afectados con la actuación iniciada de oficio exprese dos cosas: la existencia de la actuación y el objeto de la misma –en materia contractual se debe entender incluido el señalamiento de las normas o cláusulas contractuales que contemplan la falta y la sanción-. O sea que nada se puede hacer a espaldas de los vinculados con los hechos que se investigan."*

[14] Art. 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.
"En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.
"Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.
"Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título."

En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse –de las tantas que puede contener el contrato-, y qué pruebas de ello tiene la administración –art. 28 CCA.-, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan. En el caso concreto se adolece de todo esto, y por eso se anulará la decisión.

"Además, si las comunicaciones que la interventoría afirma le envió al contratista, estuvieran demostradas, en todo caso no serían suficientes para satisfacer el debido proceso del art. 29 CP.; aún así se desconocería si le exhortó a que se defendiera en un término señalado para que expresara su posición, es decir, no se sabría si realizó gestiones y trabajos para resolver el problema, y en caso positivo si cumplieron o no el efecto deseado. De allí que una comunicación dando cuenta de un problema de esa índole no significa por sí mismo un incumplimiento de las obligaciones contractuales

"Este estadio del debido proceso lo superó hace varios años la Sección Tercera, y por eso hoy se considera –entre otros, auto de esta Sección de septiembre 24 de 1998. exp. 14.821- que 'De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar sus puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. ***De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad*** *o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.' (Negrillas fuera de texto)*

Y en sentencia del 25 de mayo de 2017, reiteró que la sola notificación del acto administrativo contractual no garantizaba el respeto a un debido procedimiento administrativo pues en ese asunto, "*No ignora la Subsección que la defensa de la Lotería de Bogotá se ha basado en el supuesto respeto que se tuvo al debido proceso del contratista porque se le dio oportunidad de interponer los recursos de ley en la vía gubernativa, pero para la Sala esto no es suficiente para garantizar el debido proceso de Ponce de León, porque esa oportunidad es posterior a la imposición de la medida coercitiva de la administración*"[15].

[15] Sentencia del 25 de mayo de 2017. Exp. 35957.

Conforme con el recuento jurisprudencial en precedencia, para la Sala es dable colegir que a efectos de garantizar el derecho constitucional al debido proceso en materia contractual, particularmente, el momento de declarar la ocurrencia del siniestro, corresponde a la entidad estatal destinataria del Estatuto Contractual garantizar al contratista y a la aseguradora, como tercera interesada en la actuación y de manera previa a la expedición del acto administrativo respectivo, la posibilidad de conocer los hechos que lo originan.

Así mismo, la sanción a imponer, las pruebas que de ello tiene la administración, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan y predicar de esta manera su expedición regular acorde con la ley. g

3.3. De la cuantía del siniestro

Con arreglo a lo preceptuado en el artículo 1077 C. de Co.,*"Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. "El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad".* Acerca de la necesidad de determinar la cuantía del siniestro, en providencia del 23 de junio de 2010[16], el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo subrayó que:

> *"En los anteriores términos, la Sala reiterará la tesis consolidada hasta ahora, en el sentido de que las entidades públicas pueden declarar el siniestro de las pólizas de seguros constituidas a su favor. Incluso pueden -mejor sería decir que deben-, cuantificar el perjuicio, para determinar qué monto asegurado es el que debe pagar la compañía de seguros y/o el contratista. De allí que, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la decisión del tribunal, porque en su criterio la cuantía del daño sólo podrá determinarse en un proceso judicial, cuando es claro –como lo ha sostenido la Sala- que para hacer efectiva la póliza debe entenderse incluida la facultad de la administración de determinar el monto del daño, previo debido proceso, y con soporte en pruebas del hecho".*

En pronunciamiento más reciente del 30 de noviembre de 2017[17] el Consejo de Estado subrayó que el ejercicio de la facultad especial de que goza la administración

[16] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 16.494, M.P. Enrique Gil Botero.
[17] Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02776-01(39285)

relativa a la declaratoria del siniestro, está condicionado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen las competencias administrativas. Al respecto señaló:

> ***"4.3.3. El incumplimiento fue parcial por lo que deben disminuirse los perjuicios tasados en el acto de declaratoria de siniestro***
>
> *1. Respecto del valor de los perjuicios tasados en el acto que declaró el siniestro, la aseguradora adujo que el incumplimiento fue parcial, por tanto, la cuantía debió calcularse sólo de cara al valor de las obligaciones desatendidas y no en consideración al valor de todo el contrato, según lo prevén los artículos 1596[18] del Código Civil y 867[19] del Código de Comercio –agrega la Sala–.*
>
> *1.1. Pues bien, como se dejó dicho líneas atrás, el municipio estaba habilitado puede declarar el siniestro, hacer efectiva la póliza y cuantificar el perjuicio. Para esto último, se valió de la cláusula penal pecuniaria que fue pactada, como se puede apreciar en el contrato[20], como una estimación anticipada de perjuicios[21], por valor del diez por ciento del contrato.*
>
> *1.2. Ahora bien, si la entidad se vale de la cláusula penal pecuniaria para tasar el perjuicio del siniestro, ello no significa que deba hacerlo indefectiblemente por la totalidad del valor pactado como estimación anticipada de perjuicios. El ejercicio de esa especial facultad que goza la administración –declaratoria del siniestro– está condicionado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen las competencias administrativas, tal como lo ha precisado la Sala:*
>
> > *[E]n cuanto a la motivación técnica para la aplicación de la proporcionalidad y la racionalidad en la cláusula penal y, en general, de la tasación de perjuicios, la Sala considera que frente al contenido de la norma que se acaba de transcribir [artículo 1596 del Código Civil], la proporcionalidad, en tanto instrumento*

---

[18] "*Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal*".

[19] "*Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. // Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. // Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte*".

[20] No cabe duda que la cláusula penal introdujo una tasación anticipada de perjuicios por incumplimiento del contrato, la cual se acordó en forma bilateral para cualquiera de las partes que incumpliera, por el monto equivalente al diez por ciento del valor del contrato, así se desprende de la cláusula décima del contrato: "*[S]in perjuicio de lo dispuesto en las cláusulas anteriores cualquiera de las partes podrá imponer en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento, como pena una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato*" (fl. 40, c. ppal.).

[21] Sobre las facetas de la cláusula penal pecuniaria, la Sala advirtió que: "*[N]o se limita a una función reparatoria, sino que dependiendo de su pacto y de la elección del acreedor frente a su exigibilidad (...) puede tener diferentes facetas, a saber: (i) de apremio o moratoria, exigible por el simple retardo; (ii) reparatoria o indemnizatoria, como estimación anticipada de perjuicios y (iii) punitiva, en tanto lo es a título de sanción coercitiva*". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de julio de 2015, exp. 29429, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, tiene necesaria presencia en el ámbito específico de la aplicación de la cláusula penal y de la tasación de perjuicios cuando ésta ha sido pactada en un contrato estatal.

(...)

Dicho con otras palabras, el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.

Todo lo anterior se traduce, entonces, en la razonable, proporcional y racional aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear, necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.

(...)

Dicha exigencia de motivación de la cuantificación del siniestro guarda estrecha relación con el mandato contenido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que en virtud del principio de transparencia exige que *"7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia"*.

Por consiguiente, a juicio de la Sala es forzoso concluir que frente a la facultad de la administración para declarar el siniestro y hacer exigible las garantías; debe cuantificar el perjuicio, lo cual obedece a las exigencias de proporcionalidad, razonabilidad y motivación en la expedición de sus decisiones y como materialización del derecho fundamental al debido proceso[22]

[22] Sentencia de 22 de abril de 2009. Proceso N.° 14667. Consejo de Estado Sección Tercera. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

4. Caso concreto

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que se garantizó el debido proceso de la aseguradora apelante al notificarle y permitirle impugnar el acto administrativo que declaró el siniestro, sin que fuera necesario convocarla a un procedimiento previo para tomar dicha determinación, acto en el cual además se tasó debidamente la cuantía de este.

La parte apelante sostiene que los actos acusados son nulos por violación al debido proceso al no garantizarle su derecho de defensa en el trámite administrativo que dio origen a aquellos y por falta de motivación en la cuantificación del valor de la indemnización a pagar por la ocurrencia del siniestro amparado en la póliza,

Conforme con lo anterior, vale precisar, que la controversia ante esta instancia se limita a examinar los motivos de nulidad, más no de eficacia, del acto que declaró el siniestro, por lo tanto, a ello se circunscribirá el examen de esta Corporación.

Ahora bien, con miras a resolver el problema jurídico planteado desde los planteamientos del fallo de primera instancia y los argumentos de apelación, la Sala precisará los hechos que se encuentran probados en el plenario.

4.1. Hechos probados acorde con el acervo probatorio

➢ El **8 de octubre de 2008**, el Municipio de Cucaita y la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita suscribieron el convenio de cooperación No. 1901003560 de 2008, con el siguiente clausulado:

Cláusula primera. Objeto del convenio	La cooperación entre las partes para adelantar la ejecución de 39 viviendas de interés social rural en el Municipio de Cucaita correspondientes al proyecto aprobado por el Banco Agrario de Colombia S.A. mediante Acta de Junta Directiva No. 364 del 23 de abril de 2008 y cuyo registro corresponde al No. 901003560 y de conformidad al presupuesto, el cual forma parte integral del convenio.
Cláusula segunda. Entidad ejecutora	Por autoconstrucción por la Asociación referida. Parágrafo. Para la ejecución de las obras en virtud del convenio la OPV adoptará la forma de contratación más idónea para agilizar los trabajos de acuerdo con las normas legales a que se deba sujetar.

Cláusula tercera. Término del convenio	6 meses contados a partir de su legalización, prorrogable mediante acta suscrita de común acuerdo entre las partes.
Cláusula cuarta. Valor y forma de pago	El valor del convenio fue la suma de $374.303.667.97, de los cuales el Municipio de Cucaita aportaría la suma de $134.971.658.84 destinados a la ejecución del proyecto denominado Familias Campesinas de Cucaita II; de ese valor aportado por la Alcaldía una parte corresponde a subsidio en especie representado en transporte y bodega correspondiente al valor de $10.699.577.07 y la otra para la ejecución de las obras del proyecto con un valor de $124.272.081.77 para un total de asignación por familia de $3.460.811.76. El Banco Agrario por medio del convenio No. 1901003560 con el Municipio de Cucaita aportará la suma de $202.971.600 destinado a la construcción de las viviendas dentro de los cuales se encuentra los honorarios del interventor por la suma de $10.148.580 que eran de manejo exclusivo del Banco Agrario para un total de asignación por familia de $5.204.400.00 y las familias asociadas a la OPV denominada Familias Campesinas de Cucaita beneficiarias del proyecto aportaran la suma de $36.360.409.09 representados en bienes y servicios para un total de aporte por familia de $932.318.18. Los recursos en dinero aportados por la Alcaldía con el aporte en efectivo del Banco Agrario de Samacá para manejo exclusivo del proyecto y cuyo único propósito será el de cubrir el pago de la ejecución de la obra La forma de pago fue, entre otras, **la suma de $120.000.000 como anticipo para dar inicio a la ejecución del proyecto una vez se suscriba la respectiva acta de iniciación.** Se indicó que los recursos serán girados al constructor del proyecto que para tal fin haya seleccionado la Asociación Popular de Vivienda bajo criterios de transparencia y objetividad. La Alcaldía aprobará y girará los recursos del proyecto previa autorización de la interventoría y el supervisor (a cargo del jefe de Planeación del municipio) así mismo podrá girar los recursos directamente al constructor del proyecto mediante el endoso de cuentas debidamente autorizadas por la OPV.
Cláusula quinta. Supervisión	ejercida por la Alcaldía Municipal de Cucaita por medio de profesionales de las entidades que para tal fin designen sus superiores, la labor de supervisión deberá coordinarse igualmente con el comité de veeduría y deberá ser avalado por este y tendrá las funciones que por la índole y naturaleza del convenio le sean propias, entre estas, velar por el cumplimiento de las obligaciones del ejecutor del proyecto, vigilar el avance de la obra para lograr que ella se desarrolle según el cronograma y presupuestos previamente aprobados, vigilar el cumplimiento de las pólizas de garantía, autorizar las entregas d dinero al ejecutor del proyecto y revisar los gastos que este haga a fin de que los dineros sean invertidos de la manera más eficiente
Cláusula sexta. Interventoría	El Banco Agrario designará y cancelará al profesional que desarrolle las funciones de interventoría de obras cuya labor debe coordinarse con el comité de veeduría y tendrá funciones de control administrativo, entre estas vigilar el avance de la obra y autorizar las entregas de dinero al ejecutor del proyecto y revisar los gastos

	que este haga a fin de que los dineros sean invertidos de forma eficiente.
Cláusula séptima. Obligaciones de las partes	Dentro de las obligaciones del Municipio de Cucaita, estaban: a aportar los recursos hasta la suma fijada en la cláusula cuarta y a girar los recursos para el cumplimiento del convenio en la cuenta corriente designada para el cumplimiento del convenio. A la Asociación le correspondía entre otras:*"1. A ejecutar la construcción del proyecto aprobado por el Banco Agrario de Colombia denominado Familias Campesinas de Cucaita II, que lo conforman 39 viviendas para igual número de familias asociadas, bien sea de manera directa o a través de constructor (persona natural o jurídica) idónea para adelantar este tipo de proyectos y que demuestren experiencia en la ejecución de vivienda de interés social. 2. A constituir las pólizas de garantía exigibles para la ejecución del presente convenio o en su defecto se realiza la contratación de un constructor este tomará y cubrirá esta garantía estableciéndola acorde a lo estipulado en el contrato de obra amparando como afianzados al Municipio de Cucaita y/o OPV (...)*
Cláusula Octava. Sujeción a apropiaciones presupuestales y garantías	La Asociación se obliga a construir a favor de la Alcaldía de Cucaita una garantía única que avalara el cumplimiento de las obligaciones surgidas del convenio la cual se mantendrá vigente durante su ejecución y liquidación final y, entre los riesgos amparados estaban, el cumplimiento del objeto del convenio. Si se realiza la contratación de un constructor este tomará y cubrirá esta garantía estableciéndola acorde a lo estipulado en el contrato de obra amparado como afianzados al Municipio de Cucaita y/o OPV
Cláusula décima cuarta. Cesión y subcontratos	La Asociación Popular de Vivienda no podrá ceder total o parcialmente ni subcontratar el objeto del convenio con persona natural o jurídica sin previo consentimiento de la Alcaldía.
Cláusula décima quinta. Perfeccionamiento ejecución.	El presente convenio se entiende perfeccionado con la firma de las partes y la constitución de las pólizas respectivas.
Cláusula décimo sexta. Liquidación	Terminada la ejecución del convenio se procederá a su liquidación, para lo cual se determina un plazo de 2 meses.
Cláusula décimo séptima. Reembolso	Si al vencimiento del término inicialmente previsto para el convenio o el de sus prorrogas, cuando estas hubiesen sido pactadas, no se ejecuta la totalidad del convenio, la OPV estará obligada a reembolsar a los aportantes la totalidad de las sumas correspondientes a los recursos que no se hubieren invertido en el proyecto conforme al acta de liquidación del mismo que las partes suscriban

(fls. 161-166, 186-191).

➢ Ese mismo día **8 de octubre de 2008**, la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita representada por el señor John Jairo Borda Vanegas y en calidad de contratante y, Agenciar Consultores Asociados representada por Carlos Hernán Flórez Bejarano en condición de contratista,

celebraron el contrato de obra civil a todo costo del proyecto denominado "*Familias Campesinas de Cucaita 2*" con las siguientes cláusulas relevantes al caso:

Cláusula primera. Objeto	La construcción de 39 soluciones de vivienda correspondientes a saneamiento básico y mejoramiento de vivienda tipo A, según especificaciones técnicas de construcción y cantidades de obra y el proyecto aprobado por el Banco Agrario que hace parte del contrato
Cláusula tercera. Obligaciones del contratista	1.- Cumplir con el objeto y el plazo del contrato conforme a las especificaciones técnicas o los que hagan las veces de esta (…), 5.- entregar la obra totalmente terminada en el plazo fijado (…) ***10. Constituir las garantías en la forma y condiciones establecidas en la cláusula décima y ampliar su vigencia y valor asegurado como se indica en ese contrato y sus adicionales (…)***
Cláusula cuarta. Obligaciones del contratante	Además de pagar al contratista el valor de este contrato en la forma pactada, también se obliga, entre otras, *(…) 2. Exigir al contratista y, si es del caso, a la compañía aseguradora correspondiente, la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. 3. Adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y de la garantía a que hubiere lugar* (…)
Cláusula quinta. Plazo	6 meses contados a partir de la fecha de suscripción por las partes del acta de iniciación.
Cláusula sexta. Valor del contrato	El valor total del proyecto en costos directos, estudios y diseños, dirección de obra y aspectos ambientales y comunitarios será la suma de $313.459.060.86 aportados por la Alcaldía de Cucaita de los cuales la suma de $120.636.0410.86 aportará de sus recursos propios de acuerdo al convenio establecido entre el Municipio de Cucaita y la Asociación Popular de Vivienda destinados a la ejecución del proyecto denominado Familias Campesinas de Cucaita II. Y el Banco Agrario de Colombia S.A. por intermedio del convenio No. 1901003560 con el Municipio de Cucaita aportará la suma de $192.823.060 destinado a la construcción de las viviendas Los beneficiarios adicionalmente aportaran en bienes y servicios la suma de $36.360.409.09 para un total de aporte por familia de $932.318.18. La Alcaldía Municipal de Cucaita aportará adicionalmente en especie $10.699.577.07 representado en transporte y bodega. La forma de pago fue, entre otras, la suma de $120.000.000 como anticipo para dar inicio a la ejecución del proyecto una vez se suscriba la respectiva acta de iniciación. **La Alcaldía aprobará y girará los recursos al constructor del proyecto plana autorización y endoso de la OPV Familias Campesinas de Cucaita, de la interventoría y del supervisor.**
Cláusula décima. Garantías.	El contratista constituiría a favor de la Alcaldía Municipal de Cucaita y/o Asociación Popular de Viviendas Campesinas de Cucaita una póliza de garantía para avalar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del mismo cubriendo entre otros amparos, garantía de cumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio equivalente al 10% del valor del contrato, cuya vigencia

	se contará desde la fecha de perfeccionamiento del contrato por el término de duración del mismo y 2 meses más; (...) y 3) garantía del buen manejo del anticipo por el 100% del valor del mismo cuya vigencia se contaría por el tiempo de duración del contrato y dos meses más a partir de la fecha de perfeccionamiento del mismo. Si se prorroga el contrato del ejecución de las obras del proyecto, el contratista deberá ampliar la vigencia de las pólizas mencionadas. Según el parágrafo tercero de esa cláusula, la entidad aseguradora y garante respondería al contratante por el pago de todas las sumas que sean exigibles al contratista, por razón del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato, incluso por el pago de la cláusula penal. El contratista se obliga a reponer el monto amparado siempre que el mismos e agote o disminuya por mora o incumplimiento parcial y que este amparo se otorgará por un término igual al plazo del contrato y 2 meses más contados a partir de la fecha de la firma del contrato y en todo caso deberá mantenerse vigente hasta la liquidación del mismo. Y que en el evento en que se aumentara el valor del contrato o se prorrogara su vigencia, el contratista debería ampliar o prorrogar la correspondiente garantía
Cláusula Undécima. Multas	En caso de retardo en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones o de su incumplimiento por hechos imputables directamente al contratista o a sus subcontratistas, corresponde al descuento de sumas equivalentes al 0.1% del valor del contrato las cuales no superaran el 10% del valor del contrato
Cláusula Duodécima. Cláusula penal	En caso de incumplimiento de las obligaciones principales, cláusula equivalente al 20% del valor del contrato
Cláusula Décima tercera. Penal de apremio	Aplicable cuando se presente atraso por causa imputable al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, equivalente a $50.000
Cláusula vigésima octava. Requisitos de perfeccionamiento y ejecución	Se entenderán cumplidos estos requisitos y será procedente el inicio del mismo, cuando concurran entre otras circunstancias, la constitución y el envío de las garantías por parte del contratista al contratante y su aprobación por parte de este último
Cláusula Vigésima octava. Liquidación	Dentro de los 2 meses siguientes a la terminación del plazo del contrato las partes se comprometen a liquidarlo. EL proyecto de acta de liquidación del contrato será elaborado por el supervisor del mismo y allí se precisarán las sumas de dinero que haya recibido el contratista, la ejecución de la obra y las sumas de dinero a cargo de las partes. Una vez elaborada el acta de liquidación se le invitará al contratista a la reunión que se disponga para aprobarla. Si el contratista no acude a la reunión, el contratante le remitirá el proyecto de liquidación a la dirección que aparezca en el contrato y si no recibe objeción del contratista dentro de los diez días siguientes se entenderá aprobada. Si no se logra con el contratista un acuerdo en torno a la liquidación, será practicada directa y unilateralmente por el contratante la cual deberá ser motivada

(fls. 23-29).

➢ El **14 de octubre de 2008**, el Alcalde Municipal de Cucaita y la Secretaria de Planeación Municipal en calidad de supervisores, así como los representantes legales de la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita como contratante y Agenciar Consultores Asociados como contratista, suscribieron acta de inicio del contrato civil de obra del 8 de octubre de 2008 (fl. 34)

➢ El **21 de noviembre de 2008**, el Alcalde Municipal de Cucaita y la Secretaria de Planeación Municipal, los representantes legales de la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita, contratante y Agenciar Consultores Asociados, contratista, suscribieron acta de suspensión No. 1 del contrato de obra, en razón a que el contrato de obra no había sido formalizado ante el Banco Agrario de Colombia S.A. (fls. 35-36)

➢ El **18 de enero de 2010**, las partes del contrato civil de obra del 8 de octubre de 2008, suscribieron otrosí modificatorio No. 001 a ese contrato. En este se modificó la cláusula primera en torno a su objeto contractual en cuanto a que 36 soluciones de vivienda se construirán en sistema prefabricado con un área de 36 metros cuadrados y 3 soluciones de sistemas porticados con un área de 46.8 metros cuadrados; así mismo modificaron la cláusula sexta del valor contractual por $335.402.329.61 de los cuales el Municipio aportaba la suma de $137.779.309.60 y la comunidad beneficiaria $4.800.000; la cláusula séptima de forma de pago en donde se establece que quedará así:

> *"**1) un primer anticipo ya desembolsado en octubre de 2008 de $120.000.000 con el soporte del acta de inicio.***
> *2). Un segundo anticipo de $47.701.164.81 que será cancelado el primero de marzo de 2010 con un avance de quince días de obra"*

Y la cláusula décima en cuanto a garantías que deben ajustarse al nuevo valor del contrato y a su forma de pago continuado con el mismo texto del contrato inicial

En esa fecha *18 de enero de 2010*, el Alcalde Municipal de Cucaita, la Secretaria de Planeación Municipal, los representantes legales de la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita, contratante y Agenciar Consultores

Asociados, contratista, suscribieron acta de reinicio No. 1 del contrato de obra a partir del *1 de febrero de ese año* y reanudaron el contrato a partir de esa fecha (fls. 30-32, 42-43).

➢ El día **27 de enero de 2010**, Agenciar Consultores Asociados LTDA tomó con Seguros del Estado S.A., la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal No. 12-44-101010719, asegurado y beneficiario el Municipio de Cucaita cuya vigencia comprendía desde el 8 de octubre de 2008 hasta el 8 de octubre de 2013.

El objeto del seguro fue "*garantizar el cumplimiento del contrato de obra civil, referente a la construcción de 39 soluciones de vivienda correspondientes a saneamiento básico y mejoramiento de vivienda tipo A, según especificaciones técnicas de construcción y cantidades de obra, establecidas en el nuevo código colombiano de construcciones sismo resistentes NSR -98 con los estudios y diseños, aspectos ambientales y comunitarios, ítems, descripción, cantidades de obra, valores unitarios de la propuesta y el proyecto aprobado por el Banco Agrario. Se aclara que la vigencia para el amparo de estabilidad es de 5 años contados a partir del acta de entrega*" y por un valor asegurado de $198.364.764.67. Y los amparos y vigencias de los mismos fueron los siguientes:

Amparos	Vigencia desde	Vigencia hasta	Suma Asegurada /actual	Suma asegurada/anterior
Cumplimiento	**08/10/2008**	**30/08/2010**	**$31.345.906.09**	**$31.345.906.09**
Buen manejo del anticipo	**08/10/2008**	**30/08/2010**	**$119.999.999.45**	**$120.000.000.00**
Salarios y prestaciones sociales	08/10/2008	10/06/2010	$15.672.953.04	$15.672.953.04
Estabilidad de la obra	08/10/2008	08/10/2008	$31.345.906.09	$31.345.906.09

En las observaciones se indicó que por medio del anexo y según acta de suspensión No. 002 del 21 de noviembre de 2008 y acta de reinicio 001 se aclararon las vigencias de los amparos otorgados (fl. 22, 125-126).

➢ El **30 de abril de 2010**, el Alcalde Municipal de Cucaita y la Secretaria de Planeación Municipal, así como los representantes legales de la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita, contratante y Agenciar Consultores Asociados, contratista, suscribieron acta de suspensión No. 2 (fls. 39-40).

➢ Por medio de **Resolución No. 182 del 23 de diciembre de 2010**, el Municipio de Cucaita resolvió:

i) abrir investigación formal en contra de la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita por el incumplimiento de sus obligaciones del convenio de cooperación No. 1901003560 del 8 de octubre de 2008;
ii) notificar al señor Jhon Jairo Borda Vanegas en su calidad de representante legal de dicha asociación el contenido de dicho acto administrativo y,
iii) requerir al señor Jhon Jairo Borda Vargas para que, por un lado, formule las reclamaciones a la Compañía de Seguros respecto a las pólizas que constituyó Agenciar Consultores Asociados Ltda y por otro, formule ante la Fiscalía General de la Nación denuncia penal por posibles conductas ilícitas en las que pueden estar incursos los directores de la sociedad Agenciar Consultores Asociados Ltda.

En la parte motiva de ese acto se consignó que la mencionada asociación contrató con esta última agencia la construcción de los inmuebles referentes al proyecto objeto de convenio de cooperación No. 1901003560 del 8 de octubre de 2008 y que a pesar del tiempo transcurrido y las múltiples reuniones y requerimientos, la Asociación no ha cumplido lo pactado dando como excusa que su contratista Agenciar Consultores Asociados Ltda no le ha cumplido; esta constituyó las pólizas Nos. 12140101001741 y 12-44-101010719 del 27 de enero de 2010 con Seguros del Estado S.A. para atender entre otros riesgos, buen manejo del anticipo y cumplimiento y que la citada agencia con su incumplimiento puede estar incursa en conductas penales (fl. 149-151, 174-176).

➢ El **3 de enero de 2011**, la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita y la Agenciar Consultores Asociados celebraron "otrosí" modificatorio No. 002 al contrato de obra civil a todo costo para la construcción del programa de mejoramiento de vivienda y saneamiento básico rural en torno a la cláusula relativa a plazo contractual señalando que para la ejecución del contrato se adicionaría en 2 meses más implicando un periodo contractual de 8 meses a solicitud del contratista y de acuerdo al acta de reinicio No. 002 del 3 de enero de 2011, así mismo la cláusula décima en cuanto a "*garantías*" en el sentido que deben ajustarse al nuevo plazo contractual (fl. 33).

En esta fecha 3 de enero de 2011, se suscribió acta de reinicio del contrato de obra No. 002 para que la empresa contratista reiniciara labores el 18 de enero de 2011. En esta acta se plasmó que el 30 de abril de 2010 se firmó la suspensión No. 2 (fls. 37-38)

➢ El **18 de marzo de 2011**, el señor John Jairo Borda Vanegas en su calidad de representante legal de Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita denunció penalmente ante la Fiscalía General de la Nación al señor Carlos Hernán Flórez Bejarano, como representante legal de Agenciar Consultores Asociados Ltda por los delitos de estafa y/o alzamiento de bienes aduciendo el incumplimiento del contrato de obra civil del 8 de octubre de 2008, el desconocimiento de su paradero y a quien se le dio dinero de anticipo de la obra (fls. 155-157, 180-182)

➢ Mediante **Resolución No. 053 del 22 de marzo de 2011**, el Municipio de Cucaita: i) declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento y mal manejo del anticipo amparados por la póliza No. 12-44-101010719 expedida por Seguros del Estado S.A., ii) hizo efectivas las garantías de cumplimiento y buen manejo del anticipo descrito en la citada póliza por valor de $119.101.164.81, iii) ordenó su notificación personal o mediante edicto al contratista y a la aludida compañía de seguros para garantizarles el debido proceso y iv) .ordenó poner en conocimiento de la Procuraduría General de la Nacional y la Cámara de Comercio de Bogotá esa determinación. Para arribar a esta determinación señaló:

"El municipio de Cucaita celebró el contrato de obra civil a todo costo para la construcción del programa de mejoramiento de vivienda y saneamiento básico rural denominado familias campesinas de Cucaita, según convenio de cooperación No. 1901003560 celebrado entre la alcaldía municipal de Cucaita y la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita.

Que el valor del contrato se estableció por la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SESENTA DOS MIL SETECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE ($371.762.738.81).

Que el plazo para la ejecución del contrato fue de seis (6) meses, contados a partir del acta de iniciación.

Que la Asociación de Vivienda subcontrató con AGENCIAR CONSULTORES ASOCIADOS LTDA, la realización de las obras y en el plazo atrás mencionado, el periodo en el cual no se realizaron los trabajos.

Que después de varias suspensiones de obra, se pactó el 03 de enero de 2011 que los trabajos reiniciarían el 18 de enero de este año y que se culminarían dentro de los tres meses siguientes al reinicio.

Que no obstante el anterior pacto, las subcontratistas AGENCIAR CONSULTORES ASOCIADOS LTDA no se ha hecho presente en el sitio de la obra y por el contrario ni en los teléfonos, ni en las direcciones electrónicas suministradas, ni en la dirección suministrada, dan cuenta de su paradero.

Que para garantizar el cumplimiento y el manejo del anticipo AGENCIAR CONSULTORES ASOCIADOS LTDA contrató el seguro por cuenta a favor del Municipio de Cucaita la póliza No. 12-44-101010719.

Que ante la situación presentada por AGENCIAR CONSULTORES ASOCIADOS LTDA se evidencia que han incurrido los siniestros de incumplimiento y mal manejo de los dineros correspondientes al anticipo, entregados a esa persona jurídica de forma indirecta a través de la Asociación Popular de Vivienda Familiar Campesinas de Cucaita.

Que por lo expuesto para asegurar el logro del interés general y obrando de los criterios de oportunidad y razonabilidad con fundamento en la Ley 80 de 1993 y habiéndose reunido los requisitos legales y contractuales, este despacho procederá a declarar ocurrido el siniestro del contrato antes mencionado"

(fls. 16-18).

➢ Mediante **Oficio No 300-066 del 23 de marzo del año 2011**, el Municipio de Cucaita puso en conocimiento de la aseguradora demandante la existencia de la Resolución No 053 del año 2011 (fls. 183).

➢ La aseguradora demandante a través del señor Armando Higuera Robles confirió poder al abogado Hugo Fernando González Rubio para que se notificara del contenido de la Resolución No. 053 de 22 de marzo de 2011, acto de notificación que se cumplió el **2 de junio del mismo año** (fls. 160, 184-185)

➢ Por medio de **Resolución No. 0090 de 21 de junio de 2011**, el Municipio de Cucaita: i) declaró ineficaz de pleno derecho la supuesta notificación que el abogado Hugo Fernando González Rubio pretendió le fuera realizada en nombre y representación de Seguros del Estado S.A., dado que el poderdante y abogado no tienen la representación legal de Seguros del Estado S.A., y en consecuencia, ii) rechazó de plano por falta absoluta de representación legal para obrar del señor Hugo Fernando González Rubio, el supuesto recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 053 de 2011 (fls. 19-21, 152-154, 177-179).

➢ El **19 de febrero de 2015**, el Municipio de Cucaita y la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita suscribieron acta de liquidación bilateral del convenio No. 1901003560 del 8 de octubre de 2008 con el siguiente balance financiero:

					Valor girado
18-Oct-08	**EGRESO**	**2008000727**	**Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita**		**120.000.000.00**
17-feb-10	EGRESO	2010000057	Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita		47.701.164.81

28-abr-10	EGRESO	2010000379	Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita		48.600.000.00
					216.301.164.81
Valor ejecutado obra					92.843.333.00
Diferencia entre lo girado y lo ejecutado					123.457.831.81

En esta acta se ordenó a dicha Asociación la devolución de recursos al Municipio por $123.457.831.81 junto a los rendimientos financieros de ese dinero (fls. 276-285).

➢ En interrogatorio de parte al señor Hugo Fernando González Rubio, representante legal de Seguros del Estado llevado a cabo el 20 de agosto de 2015, señaló:

> *"(...) PREGUNTA. Explíquele al Despacho por qué el Municipio de Cucaita aparece como beneficiario y asegurado a pesar de que no es beneficiario del contrato de obra firmado entre la Asociación Popular de Viviendas Familias Campesinas de Cucaita y Agenciar Consultores Ltda. CONTESTÓ. Aparece como asegurado y beneficiario de acuerdo al contrato que fue presentado por el contratista que en este caso es Agenciar Consultores Ltda, le repito que el objeto del contrato al que hace referencia no es el mismo del contrato de seguros que nos ata en este proceso. PREGUNTADO. Diga si es cierto sí o no que la entidad que usted representa fue notificada de la Resolución N. 053 de junio del año 2011 proferida por el Municipio de Cucaita. CONTESTO: Su señoría en nuestro criterio sí fuimos notificados de esa resolución pero el Municipio de Cucaita o mejor dicho al entender del Municipio de Cucaita no estábamos facultados para recibir notificación entonces será objeto de estudio por parte del despacho; tengo una apreciación personal porque hubo un precedente un acto administrativo posterior en el que dicen que no estábamos facultados para recibir notificaciones (...) PREGUNTADO. ¿Diga cómo es cierto sí o no que usted tenía pleno*

conocimiento que el contrato de seguros suscrito entre la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita y Agenciar Consultores Asociados Ltda, tenía dentro de los amparos el buen manejo del anticipo el cual tiene una suma asegurada por valor de $120.000.000? CONTESTO. Como lo dije al comienzo de mi intervención sí en efecto la póliza de cumplimiento de entidades estatales No. 12-44-101010719 tenía previsto dentro de sus amparos el buen manejo del anticipo por un valor asegurado final de $120.000.000. PREGUNTADO. Diga cómo es cierto sí o no que en el Resolución que declaró el siniestro por el anticipo lo realizó por el valor amparado en el contrato de seguro 12-44-101010719 el cual fue por el valor de $119.101.164.81? CONTESTO. Sí su señoría, Seguros del Estado tuvo conocimiento de la Resolución N. 053 de 2011 mediante la cual se procede a declarar ocurrido el siniestro en la cuantía de $119.101.164.81 sin embargo hay que aclarar que esta suma no fue sustentada ni debidamente probada en virtud del principio indemnizatorio previsto para este tipo de seguros de daños en el Código del Comercio que objeto de impugnación precisamente por la aseguradora pero fue rechazado por la misma entidad estatal arguyendo que no había debida representación legal para la presentación del recurso. PREGUNTADO. Diga cómo es cierto sí o no que la entidad que usted representa, a la fecha, no ha cancelado ningún valor en cumplimiento de la Resolución No 053 de 2011 y 090 de 2011, mediante la cual el Municipio de Cucaita declaró el siniestro del contrato de seguro No. 12-44101010719 en el cual el Municipio de Cucaita es el asegurado/beneficiario? CONTESTO. Seguros del Estado no ha hecho pago de acuerdo a la declaratoria del siniestro precisamente por la existencia de este proceso contractual. (...) PREGUNTADO DESPACHO. Tiene algo más que corregir, agregar o enmendar a la presente declaración. CONTESTO. Sí su señoría con la venia de los presentes quisiera incorporar al proceso las condiciones generales del contrato de seguros que son ley para las partes y que están depositadas en la Superintendencia Financiera de Colombia, este es el reglamento por el que se rige el contrato de seguros y no puede ser modificado por las partes (...)" (fls. 118-133)

Conforme a los anteriores hechos probados, la Sala considera que la sentencia impugnada está llamada a revocarse acogiendo las razones planteadas por la parte impugnante, particularmente, las relativas a la transgresión a su derecho al debido proceso y a la falta de motivación de la cuantía del siniestro declarado a través de los actos acusados. .

En efecto, verifica en primer lugar la Corporación que en virtud de la cláusula séptima del convenio de cooperación No. 1901003560 del 8 de octubre de 2008 suscrito entre el Municipio de Cucaita y la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita para adelantar la ejecución de 39 viviendas de interés social

rural en ese municipio (fls. 23-29) y, la cláusula décima del contrato de obra civil a todo costo suscrito en esa misma fecha entre esa Asociación y la sociedad Agenciar Consultores Asociados para la construcción de dichas viviendas, esta sociedad tomó el día 27 de enero de 2010, la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidad estatal No. 12-44-101010719, fungiendo como asegurado y beneficiario el Municipio de Cucaita para garantizar el cumplimiento del contrato de obra, dicha póliza tenía vigencia desde el 8 de octubre de 2008 hasta el 8 de octubre de 2013 (fl. 22, 125-126).

Así mismo, que dentro de los amparos de dicha garantía se encontraban, por un lado, el de cumplimiento contractual vigente desde el 8 de octubre de 2008, fecha de suscripción del contrato hasta el 30 de agosto de 2010, por valor de $31.345.906.09 y, por otro, el de buen manejo del anticipo vigente; igualmente en ese rango de fechas por un valor de $119.999.999.45, advirtiéndose que a partir del acta de suspensión No. 002 del 21 de noviembre de 2008 y acta de reinicio 001 del aludido contrato de obra, se aclararon las vigencias de los amparos otorgados (fl. 22, 125-126).

De igual modo que según el contenido del otrosí modificatorio No. 001 del 18 de enero de 2010, al contrato civil de obra del 8 de octubre de 2008 que suscribieron la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita y la sociedad Agenciar Consultores Asociados, se precisó en la modificación a la cláusula séptima relativa a la forma de pago, que ya se había entregado a esa sociedad *"1) un primer anticipo* ***ya desembolsado en octubre de 2008 de $120.000.000*** *con el soporte del acta de inicio"*. (fls. 30-32, 42-43). Aquí habían transcurrido 1 mes y 7 días del plazo contractual.

Así mismo que en forma posterior el Municipio de Cucaita advirtió el incumplimiento de la mencionada Asociación Popular de Vivienda en la ejecución del convenio de cooperación No. 1901003560 de 2008, a través de su contratista Agenciar Consultores Asociados, en consecuencia, por medio de Resolución No. 182 del 23 de diciembre de 2010, le abrió investigación formal por ese hecho a esa Asociación y requirió a su representante para que presentara reclamaciones a la compañía de seguros por esa situación (fl. 149-151, 174-176).

De igual modo que pese a que el 3 de enero de 2011, la pluricitada Asociación y el contratista Agenciar suscribieron "otrosí" modificatorio No. 002 al contrato de obra civil frente al plazo contractual adicionándolo en 2 meses contados a partir del 18 de enero según acta de inicio (fl. 33) y habían transcurrido 2 meses y 29 días más desde el acta de reinicio No. 1, lo cierto es que el 18 de marzo de 2011, el representante legal de la Asociación presentó denuncia penal por los delitos de estafa y/o alzamiento de bienes contra el representante legal de Agenciar Consultores Asociados Ltda aduciendo el incumplimiento del contrato de obra civil, el desconocimiento de su paradero y a quien se le dio dinero de anticipo de la obra (fls. 155-157, 180-182)

Y ya en Resolución No. 053 del 22 de marzo de 2011, el Municipio de Cucaita: i) declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento y mal manejo del anticipo amparados por la póliza No. 12-44-101010719 expedida por Seguros del Estado S.A., ii) hizo efectivas las garantías de cumplimiento y buen manejo del anticipo descrito en la citada póliza por valor de $119.101.164.81 (fls. 16-18)

Este acto fue notificado a la aseguradora accionante mediante Oficio No 300-066 del 23 de marzo del año 2011 (fls. 183), la cual procedió a su impugnación pero por rechazo del recurso aquella quedó en firme con la ejecutoria de la Resolución No. 0090 de 21 de junio de 2011, que así lo declaró (fls. 19-21, 152-154, 177-179).

Así las cosas, precisa la Sala que la póliza de seguros que tomó Agenciar Consultores Asociados L'da a favor del Municipio de Cucaita, como asegurado y beneficiario, para respaldar el cumplimiento del contrato civil de obra derivado del convenio de cooperación No. 1901003560 de 2008, suscrito entre ese ente territorial y Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita, fue expedida el 27 de enero de enero de 2010, es decir, con anterioridad a la Ley 1474 de 2011, tiempo en el cual no había procedimiento expreso y existía disparidad jurisprudencial frente a la necesidad de agotar un debido proceso administrativo a favor del contratista y la aseguradora, como tercera interesada, para la declaratoria de ocurrencia del siniestro.

Sin embargo, atendiendo los criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado establecido en la parte dogmática de esta providencia, que se dirigen a respaldar la aplicación de la garantía fundamental del debido proceso, surge palmario, contrario a lo que consideró el a- quo, la obligación de la entidad contratante para aplicar el debido proceso a efectos de hacer efectiva la póliza respecto al amparo, previo agotamiento de un debido proceso al contratista y la participación de la aseguradora, circunstancia que como quedó probado no se concretó en el asunto bajo examen.

Observa la Sala que previo a declarar la ocurrencia del siniestro a través del acto acusado, el Municipio de Cucaita se limitó a requerir a su contratista Asociación Popular de Vivienda, para el cumplimiento del convenio de cooperación y con ello a la ejecución del contrato de obra civil que esta suscribió con Agenciar Consultores Asociados Ltda; nada hizo para requerir a esta sociedad como contratista y tomadora de la póliza a su favor, tampoco a la aseguradora apelante. No reposa documento que acredite que la accionada le haya comunicado la decisión de adelantar un procedimiento administrativo tendiente a determinar la ocurrencia del siniestro, pese a que en la motivación del acto acusado se indica que se intentó su citación pero no da cuenta de su paradero.

Y, cierto es que a la luz de la jurisprudencia reinante de la Sección Tercera del Consejo de Estado y la cual acoge este Tribunal, la garantía fundamental del debido proceso de abolengo constitucional y legal no se colma únicamente con la notificación del acto que declaró el siniestro, como lo concluyó el fallador de primera instancia y lo hizo la entidad demandada, sino que es necesario agotar a favor del contratista y de la aseguradora, como tercera interesada en la actuación administrativa, su derecho de contradicción y defensa en dicha actuación, derecho que hace parte del núcleo esencia de esa garantía fundamental.

En segundo lugar, atendiendo la jurisprudencia examinada en el marco jurídico de esta providencia, la Sala advierte, contrario a lo que concluyó el a-quo, que no hubo una determinación de la cuantía del siniestro.

Sobre el particular, nótese que en el acto acusado no se especificó nada sobre el origen y prueba de la cuantía del siniestro declarado por el amparo de mal manejo del anticipo, por valor de $119.101.164.81.

Pese a que en el plenario quedó acreditado que efectivamente a Agenciar Consultores Asociados, tomador de la póliza de seguro de cumplimiento No. 12-44-101010719, a favor del Municipio de Cucaita, se le entregó la suma de $120.000.000 por concepto de primer anticipo, según se consignó en el otrosí modificatorio No. 001, al contrato civil de obra, no menos cierto que en el acta bilateral del convenio de cooperación No. 1901003560 de 2008, muestra que hubo un valor ejecutado de obra por $92.843.333.00 (fls. 276-285).

Vale aclarar que aunque el valor recibido por Agenciar Consultores Asociados estuvo encaminado a la ejecución del objeto contractual del contrato de obra civil a todo costo que aquella suscrito el 8 de octubre de 2008, con la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita, no puede perderse de vista que dicho negocio jurídico surgió precisamente para materializar el objeto contractual del convenio de cooperación No. 1901003560 de 2008 suscrito entre el Municipio de Cucaita y la nombrada Asociación, situación que permite ilustrar a la Sala el manejo que se le dio a los dineros destinados para el efecto.

Independientemente de la legalidad de dicha acta de liquidación por mutuo acuerdo, en razón a la posible extemporaneidad de su elaboración[23] -lo cual no corresponde en este a esta instancia juzgar-, sí se constituye en un elemento de juicio para valorar el manejo contractual que se le dio al anticipo entregado al contratista, pues en las voces de la jurisprudencia del Consejo de Estado dicha acta *"(...) tiene como único objeto el establecimiento de la cuenta final, para lo cual es menester considerar si lo recibido honró el pacto contractual y asimismo definir quién debe y a cuánto ascienden las obligaciones.*[24]*"*

[23]Según la cláusula décimo sexta del convenio de cooperación, su liquidación debía hacerse terminada la ejecución de este, en plazo de 2 meses. No hay documento que acredite la terminación del convenio. Si se le sujeta a los plazos de ejecución del contrato de obra suscrito entre la Asociación y Agenciar Consultores Asociados vencería el 12 de mayo de 2011.
[24] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 16.941, M.P. Enrique Gil Botero.

Así las cosas, a juicio de la Colegiatura, el acta sí posee eficacia probatoria, dada su calidad de negocio jurídico que permite un cruce de cuentas entre las partes; de manera que permite ilustrar que ciertamente hubo una inversión en obra del dinero entregado al contratista Agenciar Consultores Asociados por $120.000.000.oo, así mismo, que no fue por ese monto total ni por el que estableció el ente accionado en la Resolución No. 053 del 22 de marzo de 2011, en la suma de $119.101.164.81, tal como lo argumentó en su recurso la sociedad demandante, reforzándose la conclusión que la cuantificación del siniestro no fue debidamente establecida.

Visto lo anterior, forzoso es concluir que se configuró la causal de nulidad de falsa motivación la cual se presenta cuando los supuestos de hecho esgrimidos en el acto, bien por error, por razones engañosas o simuladas o porque a los hechos se les da un alcance que no tienen, desconocen la realidad; en siguiendo lo estipulado líneas atrás al abrigo del artículo 1077 C. de Co., en tratándose de garantías únicas que respalden el cumplimiento de obligaciones contractuales, corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

Por todo lo precedente, y dando respuesta al problema jurídico planteado en esta instancia, la Sala declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el Resolución No. 053 del 22 de marzo de 2011, mediante el cual el Municipio de Cucaita declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento y mal manejo del anticipo amparados por la póliza No. 12-44-101010719 expedida por Seguros del Estado S.A. e hizo efectivas las garantías de cumplimiento y buen manejo del anticipo descrito en la citada póliza por valor de $119.101.164.81, por configurarse la causal de violación al derecho de audiencia y de defensa alegada.

Negará las pretensiones tendientes a declarar la nulidad de la Resolución No. 0090 del 21 de junio de 2011, por medio de la cual ese ente territorial rechazó el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra el anterior acto administrativo, en tanto que los argumentos de apelación no guardan relación con el contenido de ese acto que declaró ineficaz de pleno derecho la supuesta notificación que el abogado Hugo Fernando González pretendió le fuera realizado en nombre y representación de Seguros del Estado y rechazó de plano el recurso de reposición

por falta absoluta de representación legal para obrar del señor Armando Higuera Robles y de su apoderado abogado Hugo Fernando González Rubio.

V. CUESTION FINAL

Para la Sala no es posible pasar por alto la serie de irregularidades que se presentaron en la ejecución del convenio de cooperación No. 1901003560 del 8 de octubre de 2008, suscrito entre el Municipio de Cucaita y la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita y las cuales fueron plasmadas resumidamente en el acta de liquidación bilateral del citado convenio de cooperación y que reposa en el plenario a folios 276 a 285, así:

> *"Teniendo en cuenta lo indicado en el informe jurídico rendido en el cual se indicó: 1.- Las pólizas fijadas no evidencian que se hayan expedido. 2.- No se evidencia documento alguno de la designación la supervisión y menos informes. 3.- Tampoco reposa documento alguno en el cual se haya aprobado por el Municipio de Cucaita. 4.- No se evidencia documento por parte del Banco Agrario en el cual se designe interventor para el CONVENIO DE COOPERACIÓN ENTRE LA ALCALDÍA DE CUCAITA (BOY) y la A.P.V. FAMILIAS CAMPESINAS DE CUCAITA y menos aún informe de este sobre la ejecución del convenio. 5.- El convenio se firmó por partes intervinientes pero no se expedido las pólizas, por ello, no se cumplió con el requisito de ejecución y cita artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, la expedición de la póliza y aprobación es requisito legal para iniciar con la ejecución"*

Así mismo advierte la Sala que se presentaron anomalías en la ejecución del contrato de obra civil derivado de ese convenio suscrito entre la Asociación, como contratante, y Agenciar Consultores Asociados, como contratista, de cuyo incumplimiento se derivaron los actos administrativos acusados que declararon la ocurrencia del siniestro por incumplimiento y mal manejo de anticipo, en consideración a aquel contratista no ejecutó la obra pactada y presuntamente desapareció con el dinero de anticipo recibido.

Por ende, atendiendo dichas circunstancias, se ordenará por Secretaria de la Corporación compulsar copias del presente proceso con destino a la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría Provincial de Boyacá y la Contraloría Departamental de Boyacá para que, si aún no lo han hecho, en la órbita de sus competencias inicien

las acciones legales tendientes a investigar las omisiones y actuaciones de Oscar Alba Niño, ex Alcalde Municipal de Cucaita para el año 2008, Manuela Neiza, ex Secretaria de Planeación de ese ente territorial en el año 2008, John Jairo Borda Vanegas, representante legal de la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita, el señor Carlos Hernán Flórez Bejarano, representante legal de Agenciar Consultores Asociados Ltda y servidores del Banco Agrario (a determinar) en la ejecución del convenio de cooperación No. 1901003560 del 8 de octubre de 2008, suscrito entre el Municipio de Cucaita y la Asociación Popular de Vivienda Familias Campesinas de Cucaita y el contrato de obra civil derivado de ese convenio suscrito entre esa Asociación como contratante y Agenciar Consultores Asociados.

VI. COSTAS PROCESALES

De acuerdo con el artículo 171 del C.C.A., norma a partir de la cual se rituó el presente proceso, el juez está facultado para condenar a su pago siempre que la conducta asumida por las partes muestre temeridad o falta de fundamento, situaciones que no se evidenciaron en el caso concreto, de manera que no se condenará a la parte vencida en esta instancia al pago de las mismas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el 5 de febrero de 2018, por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Tunja que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva. En su lugar:

> *"PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 053 del 22 de marzo de 2.011, por medio de la cual el Municipio de Cucaita declaró la ocurrencia del siniestro en una póliza por incumplimiento y mal manejo del anticipo e hizo efectivas unas garantías.*

SEGUNDO. DECLARAR que Seguros del Estado S.A. no tiene la obligación de pagar las sumas contenidas en los actos administrativos anulados. En caso de haberlo hecho, el Municipio de Cucaita deberá reintegrar las sumas canceladas debidamente indexadas.

TERCERO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda".

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte impugnante.

TERCERO. Por Secretaría, **COMPULSAR** copias del presente proceso con destino a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría Provincial de Boyacá y la Contraloría Departamental de Boyacá para que, si aún no lo han hecho, en la órbita de sus competencias inicien las acciones legales tendientes a investigar y juzgar las actuaciones de los servidores y contratistas referidos en la parte motiva por la posible ocurrencia de conductas penales, faltas disciplinarias y de alcance fiscal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta sentencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen y déjense las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 150013333013-2013-00043-01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 115 de hoy 12 JUL 2019
SECRETARIO