



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, Octubre treinta (30) de dos mil diecisiete (2017)

Radicado: 15238-33-39-752-2015-00114-00
Demandante: Sigifredo Rincón Segura
Demandado: Municipio de Busbanzá
Medio de control: Controversias Contractuales

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho decidir de fondo el proceso de la referencia mediante sentencia de primera instancia.

2. PRETENSIONES

Mediante demanda radicada el día 17 de marzo de 2015, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del CPACA, presentada por SIGIFREDO RINCÓN SEGURA en contra del MUNICIPIO DE BUSBANZA, solicita como pretensiones las siguientes:

Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No.028 del 6 de octubre de 2014 expedida por el Alcalde Municipal de Busbanzá que declaró la ocurrencia de un siniestro y ordenó hacer efectiva la póliza No. 36GU026789 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianza S.A. Confianza; y de la Resolución 030 del 14 de octubre de 2014 que resolvió negativamente el recurso de reposición, interpuesto contra aquella.

Como consecuencia de la anterior declaración solicita que se ordene la suspensión de cualquier proceso de cobro coactivo, ejecutivo o de cualquier naturaleza que el Municipio de Busbanzá o la Aseguradora inicie en contra del demandante por la expedición de dichos actos y además reclama el pago de perjuicios generados por el tramite sancionatorio y la expedición de los actos administrativos demandados, por los siguientes conceptos:

Por concepto de *lucro cesante*: la suma de \$3.000.000 correspondiente al pago de honorarios por la defensa técnica en el tramite sancionatorio; \$150.000 por viáticos y \$5.000.000 por la defensa técnica ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por *daño emergente* concerniente a la afectación al Good will comercial de la empresa Monymec Ltda. y del demandante por la suma de \$35.000.000

Perjuicios morales el valor máximo determinado por el Consejo de Estado en los eventos en que se presente afectación o vulneración de bienes convencionales y constitucionalmente amparados, es decir, por la suma de 100 SMLMV y por *daños a la vida en relación* la suma de 100 SMLMV (fls. 12, 13, 140 y 141 del expediente).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que respaldan las pretensiones de la demanda, se pueden resumir de la siguiente manera:

Manifestó que el 17 de agosto de 2011 la entidad demandada abrió la convocatoria pública No. GRCMB-OP-013-2011 con el fin de construir la cubierta del Polideportivo del Municipio de Busbanzá, publicando en el SECOP, los estudios previos, el proyecto de pliegos de condiciones y los Formatos No.6 de

cantidades de obra, Formato No. 7 experiencia específica del proponente y Formato No. 9 experiencia específica del personal mínimo requerido, sin adjuntar los documentos adicionales en los que se estableciera un diseño específico de obra a construir y unas especificaciones diferentes a las que se derivaban de la ejecución de las cantidades de obra relacionadas en el mencionado anexo 6.

Señaló que se publicó el pliego de condiciones definitivo sin modificación alguna a lo establecido en el proyecto de pliego y la resolución de apertura formal del proceso de selección.

Precisó que el comité asesor de contratación del Municipio de Busbanzá recomendó suscribir el contrato de obra pública con su empresa Monymec Ltda., pues cumplía con los requerimientos que exigía la entidad demandada dentro del proceso de selección.

Afirmó que el 8 de septiembre de 2011, en su calidad de representante legal de la empresa MONYMEC LTDA celebró con el Municipio de Busbanzá contrato de obra pública No. GRCMB-OP-013-2011, cuyo objeto recaía en la construcción de la cubierta del polideportivo de dicho ente territorial siguiendo las especificaciones establecidas en el pliego de condiciones, por un valor de \$114.000.000 adicionado en \$5.858.750 y término de ejecución de 60 días ampliado en 1 mes más, tal como consta en los documentos allegados al plenario.

Indicó, que constituyó todas las pólizas que le exigió la entidad las cuales fueron aprobadas mediante Resolución AP-CGCMB-OP-013-2011 del 8 de septiembre de 2011, y en esa misma fecha se suscribió el acta de iniciación del contrato en el que se definió nuevamente las cantidades de obra y se le informó que en todo momento debía acatar las instrucciones o exigencias del supervisor en lo pertinente al desarrollo del objeto contractual, entregando para el efecto los diseños de obra.

Mencionó que el 12 de septiembre de 2011 inició la construcción encontrando que los diseños del Municipio no coincidían en algunos aspectos con las cantidades de obra contratadas, situación que puso en conocimiento de la administración el 14 de septiembre de 2011 a las 9:00 a.m y así mismo solicitó reunión con el comité técnico para tratar dicho asunto.

Añadió que en virtud de lo anterior, el 19 de septiembre de 2011 se reunió con los miembros del comité informándoles que las cantidades de obra correspondían a un proyecto inicial de construcción con posibilidades de ampliación de la cubierta, el cual no podía llevarse a cabo ya que alrededor del sitio de la obra existían cuerdas eléctricas que imposibilitaban desarrollar el proyecto como inicialmente se planteó, por tal motivo el 20 de septiembre de 2011 se suscribió acta de modificación de cantidades de obra y le ordenaron que continuara el proceso de construcción teniendo en cuenta los diseños que se habían entregado.

Aseguró que el 7 de diciembre de 2011 se realizó la entrega definitiva de la obra con participación del Arquitecto, el Alcalde y el Secretario de Planeación del Municipio de Busbanzá y el 13 del mismo mes y año, se suscribió el acta de liquidación del contrato referenciado, sin complicación alguna.

Precisó, que el 13 de diciembre de 2011 se liquidó el contrato dejando constancia que los trabajos descritos se verificaron y recibieron a satisfacción dentro del plazo pactado.

Sostuvo que el 22 de mayo de 2014, en el Municipio se presentó una “*lluvia torrencial con precipitación de granizo*” generando el colapso de la estructura, que en virtud de ello, el ente territorial profirió la Resolución 013 de 2014, declarando la ocurrencia del siniestro y ordenando hacer efectiva la póliza No. 36GU02678.

Que el precitado acto administrativo se notificó por edicto en la cartelera municipal de Busbanzá el 10 de junio de 2014, porque la dirección a la que se envió la citación no era la vigente para la fecha en que se emitió la decisión por parte de la administración.

Aseguró que el Municipio revocó el precitado acto administrativo a través de la Resolución 015 del 25 de junio de 2014 que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Aseguradora Confianza Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., y ordenó adelantar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, decisión que se notificó al demandante el 25 de julio de 2014 mediante aviso a la diagonal 16 No. 9-11 a pesar que el demandante era el sujeto pasivo de la decisión y la dirección en la cual recibía notificaciones según el certificado de Cámara de Comercio era la diagonal 16 No. 9-151, lo que generó que hasta el mes de octubre de 2014 conociera del proceso sancionatorio que se estaba adelantando en su contra.

Explicó que se enviaron invitaciones para asistir a la audiencia de imposición de multas, sanciones e incumplimiento del contrato sin estar en firme la Resolución 015 del 25 de junio de 2014, pasando por alto la dirección de notificaciones del demandante, aunado al hecho que antes del 30 de mayo de 2014 el Municipio de Busbanzá inició el proceso de contratación para la elaboración del informe del colapso de la cubierta del polideportivo y en el cual se fundamentó el proceso sancionatorio administrativo sin garantizar el derecho de contradicción ya que se conoció hasta el 13 de agosto de 2014 cuando se realizó la audiencia por la entidad demandada.

Argumento que en la precitada audiencia se realizaron apreciaciones personales frente a su idoneidad profesional indicando que los materiales que se utilizaron en el proceso constructivo no cumplían con las especificaciones contratadas y las normas técnicas exigidas para el efecto, circunstancias que desconocía, pues nunca llegó a su poder la citación para asistir a la audiencia ni las memorias del informe, toda vez que se enteró de su realización por la llamada telefónica que recibió el 8 de agosto de 2017 por el ex Secretario de Planeación del Municipio.

Explicó que telefónicamente y por derecho de petición solicitó la entrega del estudio de patología forense y el informe del colapso de la cubierta del Polideportivo, sin tener respuesta positiva por parte de la administración, motivo por el cual en la reanudación de la audiencia de sanciones el 1º de septiembre de 2014, a través de su apoderado propuso incidente de nulidad argumentando que no se podía aplicar el artículo 86 de la ley 1474 de 2012 porque el contrato ya se había liquidado y no tenía conocimiento del dictamen pericial.

Sostuvo que el 6 de octubre de 2014 se reanuda la diligencia negando las causales de nulidad, y las peticiones elevadas por la Aseguradora Confianza Compañía de Fianzas S.A., y finalizando a través de la Resolución 028 del 6 de octubre de 2014, por medio de la cual se declaró la ocurrencia de siniestro sobre la obra pública y ordenó hacer efectiva la póliza de amparo y estabilidad de la obra.

Señaló que interpuso recurso de reposición junto con el apoderado de la Aseguradora el cual fue resuelto de manera negativa mediante la Resolución 030 del 14 de octubre de 2014 (fls. 1-12).

4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El demandante precisó que los actos administrativos demandados infringieron los artículos 2º, 6º, 15, 21, 29, 74, 90 y 121 de la Constitución Nacional; los numerales 3º y 4º, del artículo 5, y los artículos 13, 15-18, 23, 26, 28, 50-52, 59, 60, 68, 70, 75, y 77 de la Ley 80 de 1993; artículos 4º, 8º y 17 de la Ley 1150 de 2017; artículos 3º, 5º, 9º, 11, 24, 35, 37, 38, 39, 40, 46, 48, 50, 51, 66, 67, 68, 72, 87, 88, 97, 104, 141, 155 y 164 del CPACA.

Señaló que los actos demandados se expidieron con infracción a las normas en que debían fundarse, porque la administración debía iniciar un proceso de cobro coactivo, posterior al trámite de declaración del siniestro, revocando o suspendiendo el acta de liquidación del contrato siguiendo el trámite general y no el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474, máxime cuando el estatuto de contratación prevé en el artículo 68 que en caso de controversia se deben agotar los mecanismos de solución de conflictos.

Así mismo indicó que el ente territorial inició el procedimiento administrativo para hacer efectivas las pólizas atendiendo el trámite descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012, norma que para el momento de la ocurrencia del hecho había sido derogada por el Decreto 1510 de 2013, el cual en su artículo 128 “repitió” lo señalado en el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012, eliminando los apartes en los que se hacía referencia al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en el último numeral omitió *“el prefijo los demás casos de incumplimiento”* dejando únicamente *“por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante”*.

Manifestó que el Municipio no tenía competencia para expedir los actos administrativos enjuiciados, porque para la fecha en que fueron proferidos ya se había suscrito el acta de liquidación del contrato, motivo por el cual, la determinación del presunto incumplimiento contractual recaía en la jurisdicción contenciosa administrativa y no en cabeza del Alcalde Municipal.

Aseguró que los actos administrativos se expidieron irregularmente porque se profirieron sin tener en cuenta que existía el acta de liquidación la cual se encontraba en firme, donde se especificaba que el contratista cumplió a satisfacción de la entidad demandada todas las obligaciones derivadas del contrato, por otro lado indicó que no la revocatoria de la Resolución 013 del 23 de mayo de 2014 no cumplió los requisitos establecidos en el artículo 97 del CPACA.

Finalmente afirmó, que se le vulneró el derecho de defensa porque no se le dio la oportunidad de conocer y controvertir las pruebas que se recaudaron en el proceso sancionatorio y que no se tuvo en cuenta que los hechos que generaron el colapso del techo del polideportivo son imputables a la administración porque los diseños y los estudios geotécnicos realizados por el Municipio no cumplían con los requisitos mínimos establecidos en la norma técnica NSR – 10.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL MUNICIPIO DE BUSBANZÁ contestó la demanda dentro del término otorgado por el Despacho, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones señaladas en el libelo introductorio, porque los actos administrativos demandados se expidieron conforme al ordenamiento jurídico (fls. 199-205).

Señaló, que una vez se produjo el siniestro, se puso en conocimiento de Monymec Ltda. y de la Aseguradora Confianza, por lo que el demandante acudió el 27 de mayo de 2014 en compañía de la Secretaria de Planeación Municipal al lugar del evento y aseguró que recopilaría toda la información necesaria.

Manifestó que al demandante se le envió copia de la Resolución 015 del 25 de junio de 2015 junto con el aviso correspondiente al correo electrónico monymec160@hotmail.com suministrado por la representante legal de Monymec Ltda. el 28 de julio de 2014, tal como consta en el cuaderno de antecedentes administrativos que se anexó con el escrito de contestación de la demanda. Por otro lado aclaró que la Resolución adquirió firmeza al momento de su expedición porque no procedía ningún recurso y en aras de salvaguardar el erario, se inició inmediatamente el procedimiento administrativo establecido en la Ley 1474 de 2011, del cual tuvo conocimiento el demandante porque adicional a las comunicaciones escritas, se le informó telefónicamente sobre el mismo.

Sostuvo que no le entregó al contratista el *software* de modelación de la cubierta del polideportivo porque los archivos correspondientes al modelo estructural, son archivos exclusivos del asesor y modelador, según consta en oficio remitido por la Corporación Social Huan del 27 de agosto de 2014.

Advirtió que con el fin de demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, la administración contrató con profesionales expertos e idóneos la realización de un informe de ingeniería forense, que determinó fallas estructurales y calidad constructiva deficiente y alejada de los niveles de desempeño exigidos en la norma técnica NSR-10.

Explicó que la Aseguradora Confianza S.A. canceló en su totalidad y a favor del Municipio, el valor de la póliza de seguro, reiterando el concepto de la administración como quiera que el trámite fue absolutamente legal y desprovisto de cualquier irregularidad.

Finalmente propuso la excepción denominada *Cumplimiento de la ley*, argumentó que posterior al colapso de la cubierta del Polideportivo la prioridad era amparar los bienes del Municipio y su patrimonio por tal motivo se adelantó el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con el fin de amparar la estabilidad y la calidad de la obra (fls. 202-203)

La **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA** contestó la demanda señalando que pagó la suma de \$29.964.688 el día 6 de abril de 2015, con base en los actos administrativos mediante los cuales se declaró la ocurrencia del siniestro y se hizo efectiva la póliza de seguro 36GU026789.

Por otro lado precisó que al ser el contrato de seguro autónomo y no accesorio a la obligación garantizada, la aseguradora cuenta con su derecho de subrogación en términos del artículo 1096 del código de Comercio, además el demandante cuenta con otros mecanismos para en caso de declararse la nulidad de tales actos y pretender la devolución de los dineros que tuviese que pagar con ocasión de tales actos (fl.206-210)

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda se radicó el 17 de marzo de 2015 (fl.129); mediante auto del 21 de mayo de 2015 el Juzgado Tercero Administrativo Mixto de Descongestión de Duitama inadmite la demanda (fl.133); subsanada, se admite el medio de control de la referencia por auto del el 16 de julio de 2015 (fl.171) y por auto del 13 de agosto de 2015 se rechaza el recurso de reposición y de apelación por extemporáneo en contra del auto antes referido (fl.2-3 cuaderno 2)

El 25 febrero de 2016 el juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama se abstiene de avocar conocimiento del proceso de la referencia y ordena remitir por competencia a los Juzgados Administrativos de Sogamoso.

El 23 de mayo de 2016 este Despacho judicial avocó conocimiento del mismo y además negó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados (fls.230-233) el 12 de agosto de 2016 se rechaza por improcedente el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra del auto que negó la medida cautelar (fls.279)

El 27 de septiembre de 2016 se celebró la audiencia inicial (fls. 290-292) y el 5 de diciembre de 2016 y el 7 de marzo de 2017 se aceptó el aplazamiento de la audiencia de pruebas porque no se había practicado el dictamen psicológico por el Instituto de Medicina Legal (fls. 350); el 5 de mayo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas (fls. 359-360) continuada el 26 de mayo de 2017, en la que se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión y en su caso, emitir concepto respectivamente.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El **Municipio de Busbanzá** alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y después de realizar un recuento de las pruebas recaudadas dentro del proceso, concluyó que el demandante no logró establecer o determinar la existencia del daño pretendido ni logró desvirtuar la legalidad de los actos administrativos demandados.

Adicionalmente indicó que para la época en que se adelantó el trámite administrativo sancionatorio estaban vigentes las pólizas para garantizar la estabilidad y calidad de la obra, por un término de 5 años, por tal motivo las partes contratantes estaban obligadas a garantizar y cumplir con los términos del contrato.

Señaló, que una vez entregada la obra aparecieron los vicios ocultos del montaje de la estructura, que por no cumplir los materiales con las calidades exigidas la cubierta del polideportivo colapsara, por lo tanto las obligaciones del contratista continuaban intactas, porque el plazo de estabilidad y calidad no se había extinguido (fls. 385-387).

La PARTE DEMANDANTE y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA no presentaron alegatos de conclusión.

El MINISTERIO PÚBLICO no allegó concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar a la legalidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución 028 del 6 de octubre de 2014 “*Por medio de la cual se declara la ocurrencia de un siniestro, se ordena hacer efectiva la póliza No. 36 GU026789 emitida por la Aseguradora Confianza Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. y se dictan otras disposiciones*” y la Resolución No. 030 del 14 de octubre de 2014 que resuelve de manera negativa el recurso de reposición interpuesto contra esta, expedidos por el Alcalde del Municipio de Busbanzá

De igual manera, se debe establecer si la sociedad Monymec Ltda., tiene derecho a que se suspendan los procesos ejecutivo o coactivo que el Municipio de Busbanzá o la Aseguradora Confianza adelanten en su contra, con ocasión a la expedición de los actos administrativos enjuiciados.

9. CLAUSULA DE GARANTÍA DE LOS CONTRATOS ESTATALES

El legislador ha incluido la cláusula de garantía de los contratos estatales en las diferentes normas y estatutos que ha regido esa actividad de la administración, dentro de las cuales encontramos los artículos 67 a 70 del Decreto Ley 222 de 1983, los artículos 25.19 y 60 de la Ley 80 de 1993 y finalmente el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007.

En virtud de ello, las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con entidades públicas deben prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del contrato y estén en cabeza del contratista. No sobra precisar, que dicho requisito es obligatorio y de orden público, como quiera que se erige como una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal, dentro de los cuales encontramos la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista¹.

De acuerdo con la normatividad vigente para el 8 de septiembre de 2011 fecha en que se celebró el contrato de obra No. GRCMB-OP-013-2011 entre el Municipio de Busbanzá y el demandante y el 13 de diciembre de 2011 cuando se firmó el acta de liquidación bilateral, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, previó:

“Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

(...)

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”.

A su turno, el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007, señala:

“Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare. (...)

¹ Sección Tercera del Consejo de Estado, providencia del 27 de marzo de 2014, radicado No. 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857), Consejero Ponente: doctor Danilo Rojas Betancourth

El objeto de la póliza de amparo es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista, por lo tanto, se debe incluir la cláusula de garantías en los contratos estatales para proteger los fines de la contratación estatal, el aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios a cargo del Estado preservando la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales.

Sobre el particular, el Consejo de Estado precisó² que el amparo de estabilidad de la obra es aquella cobertura destinada a indemnizar los perjuicios causados a la entidad contratante en virtud del incumplimiento por parte del contratista de la obligación de garantizar que *“la obra realizada no se destruirá o amenazará ruina por vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales, que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio”*³.

Así mismo señaló que es un amparo post contractual, pues su vigencia sólo entra a operar una vez la obra ha sido recibida a satisfacción por la entidad contratante. Bajo esa perspectiva, resultaría anti técnico e improcedente solicitar que este amparo esté activo durante el plazo contractual. La póliza se podrá hacer efectiva con cargo al amparo de estabilidad y calidad cuando la entidad contratante establezca que la obra presentó deterioros que impiden su uso adecuado, o que la misma ha perdido las condiciones de seguridad y firmeza de su estructura por causas imputables al contratista y no al simple deterioro causado por el paso del tiempo o por un inadecuado uso⁴.

Ahora bien, para el 2 de diciembre de 2011 cuando el Municipio de Busbanzá mediante Resolución AP 002-GRCMB-OP-013-2011 aprobó la póliza GU026789 concerniente a la estabilidad y calidad de la obra (fls. 187-189 Anexo 1) se encontraba vigente el Decreto 4828 de 2008⁵ que establecía en el artículo 4.2.5 que el amparo de estabilidad y calidad de la obra cubriría a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionaran como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista.

Así mismo, el artículo 7.6 señalaba que el valor de esta garantía se determinaría en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato y la vigencia no sería inferior a 5 años, salvo que la entidad contratante justificara técnicamente la necesidad de una vigencia inferior

De conformidad con lo anterior, se infiere que la garantía de estabilidad de la obra se mantiene vigente con posterioridad a la liquidación del contrato estatal, pues otorga cobertura frente a las obligaciones del contratista que subsisten después de que termina el vínculo contractual, y su vigencia sólo entra a operar cuando la entidad contratante recibe la obra a satisfacción.

Es del caso señalar que la Administración podrá hacer efectiva la póliza con cargo al amparo de estabilidad cuando establezca por medios idóneos que la obra presentó deterioros que impiden su adecuado uso, o que la misma ha perdido las condiciones de seguridad y firmeza atribuibles al contratista.

² Sección Primera Consejo de Estado, providencia del 9 de diciembre de 2016, Radicación No. 68001-23-31-000-2005-00216-01, Consejero Ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de Marzo de 2000, proferida en el expediente número 10.876, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴ Ídem.

⁵ Derogado por el Decreto 734 de 2012 y éste a su vez por el Decreto 1510 de 2013 actualmente vigente.

10.DIFERENCIAS ENTRE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO Y DECLARATORIA DE SINIESTRO

Para el Consejo de Estado⁶, *“la liquidación del contrato corresponde a una etapa posterior a su terminación cuya finalidad es la de establecer el resultado final de la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes y determinar el estado económico final de la relación negocial, definiendo en últimas, quién le debe a quién y cuánto. Es en ese momento cuando las partes se ponen de acuerdo respecto de sus mutuas reclamaciones derivadas de la ejecución contractual y es en la liquidación en la que deben incluirse los arreglos, transacciones y conciliaciones a los que lleguen. Por ello, constituye un negocio jurídico que debe ser suscrito en principio de común acuerdo por ellas, a través de sus representantes legales y sólo a falta de tal acuerdo, deberá proceder la entidad a liquidarlo en forma unilateral a través de un acto administrativo⁷ y si ésta no la hace, puede acudir ante el juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre los contratantes”*.

De otro lado señala que la declaratoria de siniestro de un contrato es el mecanismo con el que cuenta la administración para hacer efectiva la garantía de estabilidad de la obra, de calidad y/o de correcto funcionamiento de los bienes suministrados. Esta prerrogativa con la que cuenta la administración, se hace efectiva a través de un acto administrativo motivado, el cual, como todos, goza de presunción de legalidad y *“puede ser impugnado en sede administrativa tanto por quien expidió el seguro, como por el contratista”*, y en todo caso las *“partes también tiene la potestad de demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso Administrativo”*⁸.

El Alto Tribunal ha reconocido⁹ dentro de las prerrogativas de la Administración, la de declarar mediante acto administrativo motivado, el siniestro de cumplimiento de obligaciones o de estabilidad de la obra y calidad de los bienes suministrados, objetos que son asegurados con las garantías del contrato, con las cuales se salvaguarda el interés público y se protege patrimonialmente a la administración.

Para tal efecto, la Alta Corporación se apoyó en el numeral 5 del artículo 68 del C.C.A, según el cual las pólizas en las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo al integrarse al acto administrativo ejecutoriado que declara esa obligación, de donde se origina la potestad de declarar el siniestro sin que el asegurador se oponga directamente a la entidad, sino que debe demandar el acto ante la jurisdicción para impugnar su validez, y **aclaró, incluso, que se**

⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 28 de febrero de 2013, radicado interno No. 25.199, Consejero Ponente: Doctor Danilo Rojas Betancourth.

⁷ El artículo 61 de la Ley 80 de 1993 –que fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007–, establecía que *“Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”*. En cuanto al término para llevar a cabo la liquidación unilateral por la administración cuando no fuera posible de común acuerdo, se observa que fue dispuesto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en su numeral 10, literal d), el cual establecía que *“...d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar...”*. Actualmente, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dispone que *“La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. // En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. // Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A. Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.”*

⁸ Sección Tercera del Consejo de Estado, providencia del 27 de marzo de 2014, radicado interno 29.857, Consejero Ponente: doctor Danilo Rojas Betancourth.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 29 de julio de 2015, radicado interno 33.696, Consejera Ponente: doctora Olga Melida Valle De La Hoz.

trataba de un privilegio, sin carácter sancionatorio, que permitía su ejercicio después de la ejecución del contrato y de su liquidación.¹⁰¹¹ (Negritas y subrayado original)

No sobra precisar que en la actualidad el numeral 3º del artículo 99 del CPACA, establece que prestan mérito ejecutivo, los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.

De conformidad con los pronunciamientos jurisprudenciales y las normas en cita se infiere que a pesar que la liquidación del contrato como la declaratoria de siniestro se constituyen en actos contractuales, gozan de presunción de legalidad que se puede desvirtuar a través del medio de control de controversias contractuales, su finalidad es diferente, como quiera que la liquidación es un balance del estado económico del contrato, entre tanto a través de la declaratoria de siniestro se pretende ejecutar el contrato de garantía de estabilidad y calidad de la obra, entre otros, siendo posterior a la terminación del contrato y de su liquidación.

Así pues, para dilucidar el asunto puesto a consideración, el Despacho analizará el material probatorio allegado dentro del proceso de la referencia atendiendo los pronunciamientos jurisprudenciales y las normas relacionadas en párrafos precedentes, de la siguiente manera:

11. DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Estudiadas en conjunto las pruebas susceptibles de valoración que obran en el expediente, en orden cronológico quedaron acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes de la etapa pre contractual, contractual y pos contractual del contrato *sub examine*.

En los pliegos definitivos correspondiente al proceso de selección abreviada de menor cuantía No. GRCMB-OP-013-2011 para contratar por el sistema de precios unitarios fijos sin formula de reajuste la construcción de la cubierta del Polideportivo del Municipio de Busbanzá, se establecieron las siguientes obligaciones generales y especiales del contratista:

“OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATISTA

1 Cumplir lo previsto en las disposiciones de las especificaciones esenciales así como en la propuesta presentada, cuando a ello haya lugar

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, exp. 9286, C.P Carlos Betancur Jaramillo. Y agregó: “En el campo de la contratación estatal la administración antes de formular su reclamo a la aseguradora deberá expedir un acto administrativo unilateral, en el cual declarará ocurrido el siniestro, y frente al mismo, tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo jurisdiccionalmente. (art 68, ord. 5º del C.C.A.). Se adelanta así el debate en torno a un acto dictado con base en un poder legal. Acto que una vez ejecutoriado o luego de resultar fallidas las vías gubernativa y jurisdiccional, prestará con la póliza correspondiente mérito ejecutivo contra la aseguradora, la que deberá pagar el seguro en los términos convenidos...” Ver también sentencias de 24 de agosto de 2002, exp. 13598, y de 3 de mayo del 2001, exp. 12724, C.P. Ricardo Hoyos Duque: “Viene al caso la distinción que hace el Código de Comercio con relación a los seguros en el campo privado, puesto que el asegurado o beneficiario del seguro debe dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro y demostrar tal ocurrencia así como la cuantía de los daños (art. 1075 y 1077), sin que tales normas definan cómo debe darse el aviso o la noticia, lo cual lleva a que pueda hacerse por escrito o verbalmente, utilizando cualquier medio idóneo de información. Formulada la reclamación por el asegurado, la aseguradora deberá pagar el valor del siniestro dentro del mes siguiente a la presentación de la misma, u objetar razonablemente tal reclamación, caso en el cual la póliza no prestará mérito ejecutivo y será el juez del contrato el que defina si las objeciones formuladas por la aseguradora son o no fundadas (art. 1080 y 1053 C.Co.). En cambio, en el campo de la contratación estatal la administración antes de formular su reclamo a la aseguradora para el pago del seguro, expide un acto administrativo unilateral, en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente...”

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 23 de febrero de 2012. Exp 20.810.

2 Acatar la Constitución, la ley y las normas legales y procedimientos establecidos por el Gobierno Nacional y Distrital, y demás disposiciones pertinentes

(...)

6 Reportar de manera inmediata cualquier novedad o anomalía, al supervisor del contrato

(...)

9 Prestar de manera eficiente los servicios que constituyen el objeto del presente contrato, de acuerdo con las normas vigentes y actuando en todo momento de conformidad con los postulados de la ética, acatando las normas previstas en la Ley 1123 de 2007 (página 46 del pliego obrante en el CD a folio 393)

OBLIGACIONES ESPECIALES

• *Cumplir con el objeto del contrato en la forma y tiempo pactados, de acuerdo con la propuesta presentada por el CONTRATISTA, la cual forma parte integral del contrato*

• **Previamente a la iniciación de las obras, el contratista deberá entregar la documentación correspondiente a la ingeniería de detalle para aprobación de la supervisión del contrato, de acuerdo con las siguientes características:**

- Cuadro de especificaciones de elementos y materiales

• *La solución debe contemplar el suministro, transporte, instalación configuración y puesta en funcionamiento de la totalidad de materiales y equipos del sistema de cableado estructurado, asegurando el cumplimiento de las últimas versiones de todas las normas o estándares definidos en los anexos técnicos*

• *Suministrar el personal idóneo para la correcta prestación del servicio*

• *Durante la obra, el supervisor podrá revisar e inspeccionar todo proceso constructivo y estado general de la misma, ordenar la remoción de cualquier elemento que no cumpla con las condiciones técnicas o material que no reúna las condiciones de calidad, estabilidad o presentación estética de los de acabados*

(...)

• **El Contratista se responsabilizará por cualquier obra mal ejecutada o que se construya en contra de las normas de estabilidad y calidad**

• **El Contratista debe suministrar e instalar todos los elementos necesarios para garantizar el objeto del contrato**

• *La omisión de cantidades de obra y/o especificaciones técnicas necesarias, no exime al Contratista de la responsabilidad y obligación de ejecutarlos sin costo adicional para el municipio”*

• *Todos los elementos que suministre el Contratista deberán ser nuevos, de la calidad requerida, revisados y aceptados por el supervisor, mediante la presentación de las respectivas muestras*

• (...)

• *Atender los requerimientos que efectúe el Municipio a través del supervisor del contrato*

• *Las demás que se establezcan en el contrato que se requieran a criterio del supervisor del contrato para la debida ejecución del mismo, teniendo en cuenta la naturaleza, el objeto, la propuesta presentada y el pliego de condiciones, documentos que forman parte integral del contrato*

• *Cumplir con el objeto del contrato en la forma y tiempo pactados, de acuerdo con la propuesta presentada por el contratista, al cual forma parte integral del contrato. (página 47 de los pliegos obrante en el CD a folio 393)*

En lo que respecta a la Supervisión del contrato se estipuló que el encargado de esta tarea recae en el Secretario de Planeación Municipal, o quien este(a) designe, quien tendrá entre otras, las siguientes funciones (...)

“5. Garantizar el cumplimiento a cabalidad de lo expresado en el pliego de condiciones, de lo propuesto por los contratistas, así como las especificaciones, planes de trabajo, forma de pago, en fin todo aquello que genere una adecuada ejecución de la obra.” (fl. 105 Anexo 1) (...) (página 51 pliego de condiciones obrante en el CD a folio 393)

En el Anexo I del Pliego Definitivo de Condiciones, se relacionan los ítems contractuales tal como consta a *Folio 54 del CD obrante a folio 393*) del expediente:

Ítem	ACTIVIDAD	Unid	Cant	V/Unitario	VALOR TOTAL
1	PRELIMINARES				
1,1	Descapote mecánico y retiro e=0,40	M3	65	14.100	916.500
1,2	Excavación manual y replanteo	M3	27	21.307	575.289
1,3	Demolición placa piso concreto	M2	8	31.377	251.016
				SUBTOTAL	1.742.805
2	ESTRUCTURA				
2,1	Concreto simple solado 2500 psi e=0,05	M2	23,65	18.409	435.373
2,2	Concreto para zapata 3000 psi	M3	3,05	427.601	1.304.183
2,3	Concreto viga de amarre	M3	9,12	497.958	4.541.377
2,5	Pedestal en concreto de 300 psi H=1m	M3	2,1	592.691	1.244.651,10
2,1	Acero de refuerzo, suministro figurada y amarre	KG	1280	3.097	3.964.160
2,2	Concreto ciclópeo 60% rajón 25000 PSI	M3	21	177.000	3.717.000
3	CUBIERTA Y ESTRUCTURA				
3,1	Suministro, fabricación y montaje de cerchas de 27 mts de largo por 0,5 mts de alto, en perfil rectangular de 3"x1/2" cal 18 y soporte de 1/2" cal 18, pintura anticorrosiva y esmalte blanco	Und	8	2.800.000	22.400.000
3,2	Suministro, fabricación y montaje de columnas en perfil de 3"x1/2" cal 18 y soporte de 1/2" cal 18, L=9,4, pintura anticorrosiva y esmalte blanco, base lámina de 1/4" x40x40 cm	Und	14	500.000	8.000.000,00
3,3	Suministro y montaje de correas en tubería de 3"x1/2" cal 18 pintura anticorrosiva y esmalte blanco.	M1	481	25.000	12.025.000,00
3,4	Suministro y montaje de teja de Zinc pintada por ambas caras	M2	628	35.000	21.980.000
3,5	Cubierta de teja transparente No. 6	M2	260	28.138	7.315.880
3,6	Suministro y montaje de canal de lámina, pintura anticorrosivo y esmalte	M1	72	40.000	2.880.000
3,7	Suministro e instalación de Bajante A.L.L. 4"	M1	70	33.918	2.374.260
4	ACABADOS				
4,1	Pañete liso muro 1:4	M2	14	10.799	151.190
4,2	Vinilo R1 sobre pañete	M2	60	6.158	369.480
4,3	Demarcación con pintura tipo tráfico E=0,08 m	ML	159,5	2.957	471.641,50
	SUBTOTAL				992.311
	COSTO DIRECTO				91.200.000
	COSTOS INDIRECTOS (AUI 25%)				22.800.000
	VALOR TOTAL				114.000.000

El demandante dentro del proceso de selección referido presentó *“carta de presentación de la propuesta”* manifiesta que conocía los pliegos de condiciones, las informaciones sobre preguntas y respuestas, así como los demás documentos relacionados con el objeto a contratar y aceptaba cumplir todos los requisitos en ellos exigidos tal como consta a folios 69-89 del expediente.

En dichos documentos obra el certificado de inscripción en el registro de proponentes de MONYMEC LTDA expedido por la Cámara de Comercio de Duitama donde consta el domicilio de Sigifredo Rincón Segura Representante Legal domicilio principal y/o **judicial la DG 16 No. 5-151 de la ciudad de Duitama** (fl.76 Anexo 1), la cual coincide con la relacionada en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad referenciada (folio 81 del Anexo 1)

El 1º de septiembre de 2011, el Comité Evaluador del proceso de selección recomienda adjudicar el contrato No. GRCMB-OP-013-2011 al proponente MONYMEC LTDA tal como consta a folios 166-169 del Anexo No. 1.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Alcalde del Municipio de Busbanzá celebró el contrato de obra pública GRCMB-OP-2011 del 8 de septiembre de 2011 con el Representante Legal de MONYMEC LTDA, cuyo objeto recaía en realizar por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, la construcción de la cubierta del Polideportivo del Municipio de Busbanzá de conformidad con las especificaciones establecidas en el Pliego de Condiciones. El valor se pactó por la suma de \$114.000.000 con un plazo de ejecución de 2 meses contados a partir la suscripción del acta de inicio del contrato por parte del contratista (fls. 1-8 Anexo 1).

En el literal E) de la cláusula 15 del precitado acuerdo se indicó que el contratista se obligaba a constituir una garantía que cubriera la estabilidad y calidad de la obra por un valor equivalente al 25% del valor del contrato, con una vigencia de 5 años contados a partir del acta de recibo a satisfacción de la obra (fls. 5-6 del Anexo 1 del expediente)

Mediante Resoluciones AP 001-GRCMB-OP-013-2011 del 8 de septiembre de 2011 y AP 002-GRCMB-OP-013-2011 del 2 de diciembre de 2011, el Municipio de Busbanzá aprobó la póliza de garantía Nos. GU026789, RE001042 expedida por la Compañía Seguros Confianza en las condiciones y términos de la cláusula séptima del contrato GRCMB-OP-013-2011, de acuerdo a las condiciones, especificaciones y términos del contrato (fls. 173-189 Anexo 1).

En esa misma fecha, las partes contratantes y el interventor, firman el acta de iniciación del contrato GRCMB-OP-013-2011, tal como consta a folios 204-207 del Anexo 1. Posteriormente el 19 de septiembre de 2011 en el acta comité de obra 001 se relacionó lo siguiente:

“se da lectura a la carta radicada el día lunes 14 de septiembre de 2011, a las nueve (9) AM, por la cual el contratista solicita la reunión del comité técnico, para tratar temas relacionados a la modificación de cantidades.

El contratista argumenta que en las cantidades de obra no hay coherencia con los diseños en los ítem de elementos estructurales cerchas y columnas metálicas, ya que en los planos se especifican menor número de elementos, se revisan planos, memorias, confirmado lo descrito por el contratista.

(..) Toma la palabra el contratista y manifiesta inconvenientes en la adquisición de tejas translucidas (...) se acepta la solicitud del contratista para que instale la totalidad de la cubierta en tejas termo acústica, según las especificaciones de la convocatoria” (fls. 211-212 Anexo 1)

El 20 de septiembre de 2011, suscriben el acta de modificación de cantidades de obra mediante la cual acuerdan *“la instalación de totalidad de la cubierta en tejas termo acústica, según las especificaciones de a convocatoria, sin que afecte el equilibrio económico del contrato, ya que se encuentra tipificado en la asignación de riesgos, de impacto medio asumido por el contratista en un 100% reducción de la oferta de materiales y/o equipos requeridos para la ejecución del contrato se suspende la ampliación, de la cubierta y se realiza de acuerdo a las especificaciones (diseños) entregadas al contratista”(fl. 208)*

El 4 de noviembre de 2011, las partes contratantes suscriben la prórroga No. 1 al contrato de obra referido, en el sentido de ampliar el plazo establecido en la cláusula sexta del acuerdo de voluntades, en 1 mes contados a partir de la fecha de su vencimiento (fl. 201 anexo 1) y posteriormente el 2 de diciembre de 2011 se adiciona el contrato por la suma de \$5.858.750 (fl.203 Anexo 1).

Mediante Resolución AP 002 - GRCMB – OP – 013 – 2011 del 2 de diciembre de 2011 el Alcalde del Municipio de Busbanzá aprobó las pólizas de garantía No. GU026789 y RE001042 expedidas por la Compañía Seguros Confianza N.I.T.

860.070.374-9, presentada por el contratista MONYMEC LTDA, en las condiciones y términos de la cláusula séptima del contrato de obra, aprobando los valores que se describen a continuación (fls. 187-181 Anexo 1):

AMPARO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
Cumplimiento contractual	02/12/2011	08/05/2012	\$23.971.750
Correcta inversión del anticipo	02/12/2011	08/05/2012	\$57.000.000
Salarios y prestaciones sociales	02/12/2011	08/11/2014	\$11.985.875
Calidad del servicio	02/12/2011	08/05/2012	\$23.971.750
Estabilidad y calidad de la obra	02/12/2011	08/09/2016	\$29.964.687,50

El 7 de diciembre de 2011, se firma el acta de entrega y recibo final indicando que los trabajos descritos se verificaron y recibieron a entera satisfacción dentro del plazo acordado, quedando pendiente la suscripción del acta de liquidación del contrato (fls. 231-232 Anexo 1).

En el informe 02 de supervisión del contrato de obra se relacionó lo siguiente (fls. 239-240 Anexo 1)

Ítem	ACTIVIDAD	Unid	Cant.	V/unitario	VALOR TOTAL
1	PRELIMINARES				
1,1	Descapote mecánico y retiro e=0,40	M3	65,5	14100	923.550,00
1,2	Excavación manual y replanteo	M3	45,2	21307	963.076,40
1,3	Demolición placa piso concreto	M2	8	31377	251.016,00
2	ESTRUCTURA				
2,1	Concreto simple solado 2500 psi e=0,05	M2	25,85	18409	475.872,65
2,2	Concreto para zapata 3000 psi	M3	3,61	427601	1.543.639,61
2,3	Concreto viga de amarre	M3	9,57	497958	4.765.458,06
2,4	Pedestal en concreto de 300 psi H=1m	M3	2,1	592691	1.244.651,10
2,5	Acero de refuerzo, suministro figurada y amarre	KG	1400	3097	4.335.800,00
2,6	Concreto ciclópeo 60% rajón 25000 psi	M3	33,1	177000	5.858.700,00
3	CUBIERTA Y ESTRUCTURA				
3,1	Suministro, fabricación y montaje de cerchas de 27 mts de largo por 0,5 mts de alto, en perfil rectangular de 3"x1/2" cal 18 y soporte de 1/2" cal 18, pintura anticorrosiva y esmalte blanco	Und	7	2800000	19.600.000,00
3,2	Suministro, fabricación y montaje de columnas en perfil de 3"x1/2" cal 18 y soporte de 1/2" cal 18, L=9,4, pintura anticorrosiva y esmalte blanco, base lámina de 1/4" x40x40 cm	Und	14	500000	7.000.000,00
3,3	Suministro y montaje de correas en tubería de 3"x1/2" cal 18 pintura anticorrosiva y esmalte blanco.	Ml	481	25000	12.025.000,00
3,4	Suministro y montaje de teja de Zinc pintada por ambas caras	M2	925	35000	32.375.000,00
3,5	Cubierta de teja transparente No. 6	M2	0	28138	
3,6	Suministro y montaje de canal de lámina, pintura anticorrosivo y esmalte	Ml	72	40000	2.880.000,00
3,7	Suministro e instalación de Bajante A.LL. 3"	Ml	70	33789,43	2.365.260,10
4	ACABADOS				
4,1	Pañete liso muro 1:4	M2	14	10799,25	151.189,50
4,2	Vinilo R1 sobre pañete	M2	60	6158	369.480,00
4,3	Demarcación con pintura tipo tráfico E=0,08 m	ML	159,5	2957	471.641,50
	ADICIONAL				
1	Suministro instalación de contador eléctrico trifásico con acometidas, polo a tierra, pin de corte, e instalación al poste eléctrico	Un	1	77827	776.827,00
2	Concreto reforzado para muro	m3	1	497958	497.958
VALOR COSTO DIRECTO TOTAL					89.894.063
AUI (25%)					29.964.063
VALOR COSTO TOTAL					119.858.750

El 13 de diciembre de 2011 se firmó el acta de liquidación del contrato GRCMB-OP-013-2011, así (fls. 244-245 Anexo 1):

BALANCE GENERAL

Valor inicial del contrato		114.000.000,00
Valor anticipo	57.000.000,00	
Valor obra adicional		5.858.750
Valor acta 001 parcial	45.541.192,50	
Valor saldo multas	000,00	
Valor saldo no ejecutado	000,00	
Saldo a favor del contratista	17.317.557,50	
Saldo a favor del Municipio	000,00	
SUMAS IGUALES	119.858.750,00	119.858.750,00

Valor presente acta saldo a favor del contratista es de: DIECISIETE MILLONES TRESCIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON 50/100 MCTE (\$17.317.557,50) los trabajos descritos han sido verificados y recibidos a entera satisfacción, dentro del plazo pactado.

Se deja constancia que previa revisión de cada uno de los ítems que componen el contrato, se pudo constatar que cumplen a cabalidad con las especificaciones y requerimientos impuestos por la Administración, por ello reciben a entera satisfacción por lo cual se suscribe la presente acta que una vez leída y aprobada en su totalidad”

El 23 de mayo de 2014, el Comandante de la Estación de Policía del Municipio de Busbanzá mediante oficio No. S-2014-22/DEBOY-ESTPO BUSBANZÁ-29 informó a la Secretaria de Gobierno con Funciones de Inspección de Policía el colapso de la cubierta del Polideportivo Municipal, en los siguientes términos:

“De manera atenta me permito informar a la doctora los hechos sucedidos el día 22-05-2014 siendo aproximadamente las 16:00 horas, se recibió la información por parte del auxiliar de policía que se encontraba de servicio en la registraduría de esta localidad que se había caído el techo, a causa del aguacero y la tormenta eléctrica, acompañada de granizo colapsó la estructura que sostenía el techo del coliseo deportivo ubicado en el barrio San NICOLAS DE TOLENTINO, el cual solo dejo daños, materiales como se puede evidenciar en las fotografías que se plasman en el presente informe.” (fls. 67-68 Anexo 2)

Posteriormente, la Secretaria de Planeación del Municipio de Busbanzá pone en conocimiento del Alcalde Municipal el colapso de la cubierta del Polideportivo ocurrida el 22 de mayo de 2014 a las 4:00 p.m (fls. 14-23 Anexo 2)

En virtud de lo anterior, el 23 de mayo de 2014 mediante oficio dirigido a MONYMEC LTDA a la **Diagonal 16 No. 9-11 de Duitama**, el Alcalde del Municipio informa lo sucedido al contratista y le solicita colaboración para efectuar los trámites ante la aseguradora para hacer efectivo el amparo adquirido para garantizar la estabilidad y calidad de la obra (fls. 71 Anexo 2)

El 27 de mayo de 2014 se visitó el lugar donde colapso la cubierta por parte de la Secretaria de Planeación y **el demandante** quien se comprometió a contactar la aseguradora con el fin de adelantar por su cuenta los tramites de su competencia para que se realice la visita correspondiente con el fin de hacer efectiva la póliza de estabilidad de obra (fls. 74 Anexo 2).

El Municipio de Busbanzá a través de la Resolución 013 del 23 de mayo de 2014 declara la ocurrencia del siniestro sobre la obra pública desarrollada en ejecución del contrato No. GRCMV-OP-013-2011 (fls. 75-77 Anexo 2), sin embargo el acto administrativo en mención se revocó mediante la Resolución 015 del 25 de junio de 2014 porque no se adelantó el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (fls. 78 y 108-112 Anexo 2). El Municipio envió las citaciones correspondientes al contratista para que se notificara de los precitados actos administrativos a las siguientes direcciones **calle 16 No. 14-63 (fls. 79-80)** y la **Diagonal 16 No. 9-11 de Duitama** (fls. 113 Anexo 2).

Estas decisiones fueron notificadas por la Administración Municipal mediante aviso dirigido al contratista y a la Aseguradora (fl. 125 del Anexo 2).

Mediante oficio SP-BUS-017 del 29 de julio de 2014 el Municipio invitó a MONYMEC LTDA a la celebración de la audiencia contemplada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, relacionando en la citación los hechos que motivaban su realización, las conclusiones del informe de ingeniería forense sobre el colapso de la estructura y anexando para el efecto el CD que contenía dicho informe. Dicha citación se remitió a la **Diagonal 16 No. 9-11 de Duitama** (fls. 134-142 Anexo 2).

Así mismo se citó a la precitada diligencia a la Aseguradora Confianza (fls. 127-133 Anexo 2), el ex Secretario de Planeación (fls. 143-149 Anexo 2), el ex Alcalde del Municipio (fls. 150-156 Anexo 2), la Personera Municipal (fls. 156-160 Anexo 2), la Contraloría General de la República (fls. 161-166 Anexo 2), la Procuradora Provincial de Santa Rosa de Viterbo (fls. 167-172 Anexo 2) y se invitó al Presidente del Concejo Municipal y al Veedor Recreación y Deporte (fls. 174-175 Anexo 2).

El 13 de agosto de 2014 se instaló la audiencia de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento contemplada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contando con la presencia del Alcalde, los Secretarios de Gobierno, Planeación, Hacienda Municipal, la Asesora Jurídica Municipal, algunos concejales del Municipio, la Personera, el representante de la Corporación Social Huan, **el Representante Legal de Monymec**, la Aseguradora Confianza, el Delegado de la Procuraduría y el ex Alcalde y ex Secretario de Planeación.

En dicha diligencia se realizó un recuento de la etapa contractual del contrato de obra pública GRCMB-OP-013-2011, de la póliza de garantía única No. 36 GU026789 del 13 de diciembre de 2011 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas CONFIANZA con la cual se aseguró entre otros los amparos de estabilidad y calidad de la obra por una suma de \$28.500.000. Así mismo se relacionaron las actuaciones que adelantó la administración para verificar el colapso de la estructura de la cubierta del polideportivo municipal el 22 de mayo de 2014 y las invitaciones que remitió a los intervinientes para que asistieran a la audiencia contemplada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (fls. 176-181 Anexo 2).

Los intervinientes del proceso pos contractual en la diligencia de imposición de sanciones consideraron que no visitarían la obra colapsada porque conocían el estado en el que se encontraba (fl. 181 Anexo 2); posteriormente la Corporación Social Huan quien rindió el Informe de Ingeniería Forense del Colapso de la Cubierta del Polideportivo Municipal de Busbanzá, expuso de manera detallada las posibles causas que originaron el hecho, las cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera (fls. 181-184 Anexo 2, Anexo 3 y Cds 1-2 fls. 125 cuaderno principal):

“MEDOLOGÍA

Se realiza observación analítica y visual de la estructura colapsada en el POLIDEPORTIVO DE BUSBANZÁ encontrándose una estructura metálica en tubo rectangular tipo pórtico en celosía con base de 16 cms, alero o espaciamiento de 54 cms y ancho en cubierta de 50 cms en cabeza de columna, mediante modelación por el método de estados límites, LRFD, y de acuerdo a los factores de carga y resistencia estipulados en la normatividad de la Ley 400 de 1997.

*(...) al relacionar el plano de diseño con el plano de levantamiento, de manera horizontal se puede notar diferencia en las distancias entre eje y eje, **en el plano de diseño se evidencia equidistancia y en el plano de levantamiento varían las medidas** (fl. 18 Anexo 3)*

Verticalmente se relacionan los mismo planos encontrando que de igual forma que en la figura 6.12 varían las medidas de distancias de los ejes que no son coincidentes con una diferencia de 1.24 metros entre los planos de diseño y lo ejecutado en obra (fl. 19 nexa 3)

Los datos base para las columnas al costado derecho, en el plano de diseño se encuentran alineados con base al piso, a diferencia del plano de levantamiento donde se observa una diferencia de 0.68 m de un extremo a otro (fl. 20 Anexo 3)

En notoria la diferencia de alturas en las columnas de los planos de diseño y los planos de levantamiento que es de 2.52 m. (fl. 21 Anexo 3)

7. CONCLUSIONES

La estructura de estudio es una cubierta construida en estructura metálica en tubo rectangular tipo pórtico en celosía de 3 x 1-1/2 pulg. Con una base de 16 cms, alero o esparcimientos de 54 cms y ancho encubierta en cabeza de columna de 50 cms. Consta de 7 pórticos, constituyendo un área rectangular de 26.31 mts por 35.64 mts con teja de zinc pintada soportada por correas de las misma especificación del tubo cuadrado de 3x1-1/2 pulg.

Hecho el levantamiento arquitectónico y estructural se encontró: columnas con refuerzos en diferentes sentidos, elementos estructurales que no tiene un orden enfocado a brindar una mayor resistencia, cerchas con refuerzos en dirección diferente con respecto a los planos de proyecto, ejes desfasados en ambos sentidos con respecto a los planos proyectados, diferencia en dimensiones, alineación y niveles de los datos de soporte de las columnas y cordones de soldaduras incompletas.

Se encontraron diferentes características como la torsión de los elementos estructurales, inclinación y deformación de las columnas, insuficiencia de bajantes de lluvias, perfiles separados y cerchas con diferentes puntos de quiebre.

A través de este informe se soporta la evidencia de bastantes y claras diferencias con respecto a la ejecución del proyecto de la cubierta del polideportivo y los diseños originales notándose incongruencia en dimensiones, planos, materiales, esto con base al comparativo entre planos del proyecto y planos de levantamiento (fl. 25 Anexo 3)

(...) 5.3 CONCLUSIONES ANALISIS MODELO ESTRUCTURAL VERSUS ESTRUCTURA REAL

(...)

- *Las condiciones de apoyo del modelo estructural difieren de las condiciones de apoyo de la estructura real, ya que el modelo presenta apoyos que permiten el desplazamiento (Apoyos de primer grado), mientras que la configuración estructural que se construyó no permite ningún tipo de desplazamiento de la cercha. Dichas restricciones al desplazamiento de la cercha traen como resultado que la estructura estará sometida a esfuerzos superiores a los supuestos en la etapa de análisis debido a la restricción impuesta, ya que al recibir la acción de cargas gravitacionales, el sistema estructural buscará deformarse horizontalmente sobre sus apoyos (Los apoyos tienden a abrirse) pero las uniones soldadas con los elementos de las columnas y la rigidez de dichas columnas impiden que la deformación se desarrolle libremente, generando esfuerzos internos adicionales no evidentes en el diseño. Un caso similar ocurre ante la acción de las cargas por temperatura (fl. 46 Anexo 3).*

(...)

6. REVISIÓN ESTRUCTURACIÓN Y CALIDAD CONSTRUCTIVA

Otro tópico de análisis es el referente a la estructuración de la construcción (Disposición y geometría de los elementos estructurales). Al respecto:

- *Estructura de cubierta con baja pendiente hacia la zona central dela cubierta lo cual no permite el adecuado desagüe de aguas lluvias y es factor que favorece la acumulación de granizo permitiendo el aumentos sustancial de cargas ante este tipo de eventos. La figura 6.1 muestra que la pendiente de cubierta hacia la zona central es de 3.6 grados (Datos reales tomados en el levantamiento de campo) CONFIGURACIÓN FAVORECE EL EMPOZAMIENTO DE AGUAS Y CARGAS DE GRANIZO AL CENTRO DE LA LUZ (fl. 46 Anexo 3).*

(...) EL DISEÑO ESTRUCTURAL NO CUMPLE CON LOS REQUERIMIENTOS MÍNIMOS EXIGIDOS EN NSR10, NI CORRESPONDE EN UN 100% CON LA ESTRUCTURA CONSTRUIDA (fl. 53 Anexo 3)

(...) la calidad constructiva es deficiente, lo que se evidencia en:

- *Conexiones con soldadura deficientes*
- *Construcción con detalles no coincidentes con lo contenido en los planos estructurales de cálculo Ej(1): Existencia de elementos compuestos no contemplados en los planos estructurales. Adicionalmente en estos elementos no se evidencia adecuada colocación de sistema de conectores de cortante que garantice la suficiente transmisión del flujo cortante entre las dos secciones permitiendo el trabajo monolítico del elemento de armado.*

(...) El diseño estructural no cumple con los requisitos mínimos exigidos en la NSR10, por los siguientes aspectos:

- *No incluye diseño con acción sísmica (no se contemplan fuerzas sísmicas)*
- *El estudio geotécnico empleado fue desarrollado durante el año 2002 bajo normativa NSR98 y no fue actualizado a la NSR10 para el presente diseño" (...) (fl. 56 Anexo 3)*

Expuestas las conclusiones del informe de ingeniería forense la Administración relacionó como normas presuntamente violadas las siguientes:

Decreto 928 del 19 de marzo de 2010 "Por la cual se establecen los requisitos de carácter técnico y científico para construcciones sismo resistentes NSR-10"; Decreto 092 del 17 de enero de 2011 "Por el cual se modifica el Decreto 926 de 2010"; Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto de Contratación Estatal", Ley 1150 de 2007 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos" Ley 400 de 1997 "Por el cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes" (fl. 184 Anexo 2)

Posteriormente se le concedió el uso de la palabra al demandante quien manifestó que se le otorgue unos días para presentar pruebas y asistir con su apoderado porque en la citación que recibió no indicaba que tenía que presentarse con abogado, a su turno el apoderado de la Aseguradora solicitó que se le entregara copia íntegra del informe que se sustentó en la diligencia, indicó que el Municipio tenía la potestad de aplazar la diligencia, que el informe fue completo y didáctico, sin embargo hacían falta los documentos que acreditaban la calidad del perito establecidos en los artículos 226-235 y 626 C.G.P., que se estudiara la posibilidad de adelantar las sanciones disciplinarias correspondientes a los ex funcionarios de la administración que participaron en la etapa de ejecución del objeto contractual, así mismo reiteró el monto máximo que podía cobrar la administración en virtud de la póliza suscrita a favor del Municipio. La solicitud de aplazamiento fue coadyuvada por los delegados del Ministerio Público y finalmente el Municipio la acepta fijando nueva fecha y hora para su continuación (minuto 20:14 CD2 y CD3 fls. 125 y vuelto cuaderno principal y folios 184-185 Anexo 3)

El 1º de septiembre de 2014 se reanuda la continuación de la audiencia contemplada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (fls. 213-216 Anexo 2), en dicha oportunidad el contratista compareció con su apoderado tal como consta a folio 212 del Anexo 2, acto seguido el Ingeniero Forense realizó un resumen del informe que se presentó ante la administración municipal (CD4 fl. 4:20 cuaderno principal), posteriormente el apoderado de MONYMEC fundamentó su defensa bajo los siguientes aspectos (minuto 00:11:48 CD4 fl. 126 vuelto cuaderno principal):

- Después de dar lectura al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, concluyó que el procedimiento que adelantó la administración para declarar el incumplimiento del contrato nace desde el momento en que se celebra el contrato y culmina con

su liquidación, por lo tanto al estar vigente la liquidación del contrato que ostenta presunción de legalidad, la administración no tiene competencia para adelantar un presunto incumplimiento ya que existe un acto administrativo definitivo que coloco fin al proceso contractual independientemente que existan vigentes las garantías correspondientes. (minuto 00:22:22 CD4 fl. 126 vuelto cuaderno principal)

- Se vulneró el derecho de defensa y contradicción porque la prueba pericial no tiene conocimiento si la empresa que realizó el informe tiene la condición de perito y si está avalado por el Consejo Nacional de Ingeniería y Arquitectura, si el software que utilizó el grupo de ingeniería forense es licenciado y ofrece confianza o tiene falencias.

El Municipio de Busbanzá continuó la audiencia el **6 de octubre de 2014** negando la nulidad propuesta por el apoderado del contratista, aduciendo para el efecto y después de citar los artículos 14 del Decreto 4828 de 2008, 5.1.13 del Decreto 734 de 2012 y 86 de la Ley 1474 de 2011 que pese a que el contrato se encuentre liquidado, la norma no limita el desarrollo de la audiencia y mucho menos la declaratoria de siniestro para hacer efectiva una garantía a una determinada etapa contractual.

Frente a lo cual el apoderado del demandante considera que no se resolvió de fondo la solicitud porque la administración no puede confundir las garantías contractuales con las potestades excepciones que faculta al Estado en la Ley 80, indicó que no se había establecido cual fue la obligación contractual que incumplió el contratista, máxime cuando el acta de liquidación del contrato tiene presunción de legalidad y no se surtió el procedimiento establecido para la revocatoria directa de la misma porque nunca se solicitó la autorización del contratista para revocarlo, por consiguiente solicitó que se analizara si se estaba hablando de una responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de una obligación o de una responsabilidad extracontractual para el cumplimiento de la ejecución de unas pólizas de garantías (minuto 00:15:36 CD5 fl. 127).

A su turno, el apoderado de la Aseguradora solicitó se aclarara el monto de la póliza especificando que el único amparo que se encuentra vigente es el de estabilidad de obra, así mismo coadyuvó la posición del apoderado del contratista, por otro lado señaló que a la administración le corresponde la carga de la prueba frente al presunto incumplimiento y que no existe un nexo causal entre las pruebas que trae el Municipio y el contrato de obra (minuto 19:05 CD5 fl. 127).

Sobre el particular el Municipio consideró que la audiencia va dirigida a declarar el incumplimiento de las obligaciones suscritas por Monymec en el contrato de obra No. CRCMB-OP-013-2011, específicamente las contenidas en la cláusula 2ª y amparada mediante las garantías de estabilidad y calidad de la obra. Que el presunto incumplimiento se evidenciaba por el colapso de la cubierta del polideportivo cuyas causas se describieron en el informe de ingeniería forense, por otro lado señaló que la póliza de estabilidad y calidad de la obra estaba vigente hasta el 8 de septiembre de 2016 por un monto de \$29.964.687,50, que por tal motivo la administración pretendía declarar el siniestro para hacer efectiva la garantía (fls. 233 Anexo 2).

Señaló que el Municipio tenía competencia para adelantar dicho procedimiento tal como lo establece el artículo 99 del CPACA, aclaró que esta competencia es diferente de los poderes exorbitantes ya que en estos se tiene como límite la vigencia del contrato y que la carga de la prueba se invertía correspondiéndole al contratista demostrar la ocurrencia de una causal extraña que le haya impedido allanarse al cumplimiento del contrato.

Posteriormente se le concedió el uso de la palabra al apoderado del contratista para que presentara sus descargos, rindiera las explicaciones del caso, aportando las pruebas y controvirtiendo las presentadas por la entidad (fl.234 Anexo 2).

A lo cual el abogado reiteró la solicitud del software que utilizó el equipo de ingeniería forense para llegar a las conclusiones del informe para establecer la legalidad del mismo y los datos consignados, aunado a que no se tuvo en cuenta que el día en que se produjo el siniestro se presentó una lluvia con granizo constituyéndose en un eximente de responsabilidad del contratista, ni se realizó un análisis estructural de todos los procesos que se llevaron a cabo en la construcción de la obra que originaron el colapso de la estructura, aunado al hecho que el Municipio avaló la construcción y entregó los estudios para la realización de la obra cumpliendo el contratista dichas instrucciones (minuto 00:13:00 CD6 fl. 127 vuelto).

La administración señaló que desde el 29 de julio de 2014 el contratista tuvo conocimiento del informe técnico de ingeniería forense del colapso de la estructura, que el mismo no ostenta la calidad de dictamen pericial y que en ningún momento tenía la obligación de entregar los archivos que arroja el software del modelo estructural, ya que es de uso exclusivo del asesor y modelador, que las peticiones elevadas sobre dicho punto se resolvieron en su momento por la administración, asimismo relacionó la legalidad del software e indicó que la obra colapso por las fallas imputables al contratista en la etapa de ejecución, sin que las mismas se desvirtuaran pese a que contó con más de 4 meses para el efecto (fl. 235-237 Anexo 2 y CD6 fl. 127 vuelto)

Acto seguido se profirió la Resolución 028 del 6 de octubre de 2014 declarando lo siguiente:

“ARTICULO PRIMERO: Declarar la ocurrencia de siniestro sobre la obra pública desarrollada en ejecución del contrato de obra No. GRCMB-OP-013-2011, cuyo objeto fue “realizar por el sistema de precios unitarios fijos in formula de reajuste, cuyo objeto es la construcción de la cubierta del polideportivo del municipio de Busbanzá – Boyacá y de conformidad con las especificaciones establecidas en el Pliego de Condiciones”, por valor de CIENTO DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$119.858.750)

ARTÍCULO SEGUNDO: Hacer efectivo el siniestro del amparo de Estabilidad y calidad de la obra de la Póliza No. 36 GU026789 expedida por la Aseguradora Confianza Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., por valor de VEINTINUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVO (\$29.964.687,50)

ARTÍCULO TERCERO: Declarar deudora del Municipio de Busbanzá a MONYMEC LTDA con NIT: 800.183.974-5 y/o a la Aseguradora Confianza Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., por la suma de VEINTINUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA CENTAVO (\$29.964.687,50), correspondiente al valor amparado en la póliza No. 36 GU026789 expedida por la Aseguradora Confianza Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.

ARTÍCULO CUARTO: Declarar deudora del Municipio de Busbanzá a MONYMEC LTDA con NIT: 800.183.974-5, por la suma de OCHENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SETENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$89.894.062,50), correspondientes al ochenta (80%) del valor de la obra colapsada.

ARTÍCULO QUINTO: Ordenar a MONYMEC LTDA con NIT: 800.183.974-5 y a la Aseguradora Confianza Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., el pago inmediato de las sumas establecidas en los artículos tercero y cuarto, sumas que deberán cancelar en la cuenta 596-16476-4 del Banco de Bogotá cuyo titular es el municipio de Busbanzá

ARTÍCULO SEXTO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en esta diligencia conforme lo establece el literal c del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO SEPTIMO: De acuerdo con el C.P.A y de lo C.A, el presente acto administrativo junto con la garantía final del contrato, presta merito ejecutivo contra MONYMEC LTDA con NIT: 800.183.974-5 y a la Aseguradora Confianza Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. (fls. 237-245 Anexo 2)

Contra la anterior decisión el apoderado de la firma contratista y la Aseguradora interpusieron recurso de reposición (minuto 00:24:23 CD7 fls. 128 cuaderno principal) aduciendo similares argumentos a los expuestos en el trámite del proceso, recurso que fue resuelto de manera negativa mediante Resolución 030 del 14 de octubre de 2014 (fls. 246, 250-256 Anexo 2).

Posteriormente, el 12 de noviembre de 2014 la Administración le informó al contratista que recogería los escombros de la obra colapsada por si requerían realizar una visita al lugar, tal como consta a folio 285 del Anexo 2.

El 13 de abril de 2015 la Representante Legal de la Compañía Aseguradora de Fianzas CONFIANZA, informa al Alcalde del Municipio de Busbanzá que canceló la suma de \$29.964.688 por concepto del amparo de estabilidad de obra de la póliza 36GU026789 (fl. 288 Anexo 2)

12. PRIMER CARGO.- Nulidad del acto por ser expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse

El demandante manifiesta que la Administración debía iniciar un proceso de cobro coactivo, posterior al trámite de declaración del siniestro, revocando o suspendiendo el acta de liquidación del contrato y siguiendo el trámite general establecido para ello y no el contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, máxime cuando el estatuto de contratación prevé en el artículo 68 que en caso de controversia se deben agotar los mecanismos de solución de conflictos.

Así mismo indicó que el ente territorial inició el procedimiento administrativo para hacer efectivas las pólizas atendiendo el trámite descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012, norma que para el momento de la ocurrencia del hecho había sido derogada por el Decreto 1510 de 2013, el cual en su artículo 128 “repitió” lo señalado en el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012, eliminando los apartes en los que se hacía referencia al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en el último numeral omitió “*el prefijo los demás casos de incumplimiento*” dejando únicamente “*por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante*” (fl. 19).

Sobre el *primer punto* se dirá que la existencia del acta de liquidación bilateral del contrato suscrita el 13 de diciembre de 2011 (*fl.244-245 del Anexo 1*), no impedía a la entidad demandada adelantar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para declarar la ocurrencia de siniestro ya que este es el mecanismo que le otorga el Legislador a la administración para hacer efectiva la garantía de estabilidad de obra que para el presente caso se produjo por el colapso de la cubierta del Polideportivo Municipal.

En efecto, a pesar que el acta de liquidación final del contrato, ya sea por mutuo acuerdo de las partes o por decisión unilateral de la administración, regularmente extingue las relaciones jurídicas entre las partes, pueden subsistir algunas obligaciones para las partes, que en el caso del contratista, quien pese a haber entregado la obra, *responderá no obstante haberse liquidado, de los vicios o defectos que puedan aparecer en el período de garantía o de los vicios ocultos en el término que fije la ley*, por tal motivo deberá salir a su saneamiento a través de la póliza de seguros otorgada a favor de la entidad contratista de acuerdo a la reglamentación legal, ya que surge una responsabilidad post-contractual.

Tan es así que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007 y los artículos 4.2.5 y 7.6 del Decreto 4828 de 2008¹² (normas vigentes para la fecha de celebración del contrato) determinaron que las personas jurídicas o naturales que celebren contratos con las entidades públicas deben prestar garantía única de cumplimiento de obligaciones que se deriven del contrato y estén en cabeza del contratista, con el fin de salvaguardar los fines de la contratación estatal, por tal motivo se estableció, entre otros, que *el amparo de estabilidad y calidad de la obra* cubriría a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionaran como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, *sufridos por la obra entregada, imputables al contratista*.

En virtud de ello, el Municipio de Busbanzá y Monymec Ltda. acordaron en el literal E) de la cláusula 15 del contrato de obra No. GRCMB-OP-013-2011 que el contratista se obligaba a constituir una garantía que cubriera la estabilidad y calidad de la obra por un valor equivalente al 25% del contrato, con vigencia de 5 años contados a partir del acta de recibo a satisfacción de la obra (fls. 5-6 del Anexo 1). Que posteriormente, el Municipio dando cumplimiento a la cláusula referenciada, mediante Resolución AP 002-GRCMB-OP-013-2011 aprobó la póliza GU026789 concerniente a la estabilidad y calidad de la obra por la suma de \$29.964.687,50 vigente desde el 2 de diciembre de 2011 hasta el 8 de septiembre de 2016 (fls. 187-189 Anexo 1).

En este orden, pese a que la póliza en mención, no cubría la totalidad del periodo de cinco (5) años como lo exige la norma y además se estipuló en el contrato, pues en principio el término de vigencia debía comprender desde el 7 de diciembre de 2011 fecha en que se entregó y recibió la obra (*fl.229 Anexo 1*) hasta el 6 de diciembre de 2016, sin embargo lo cierto es que para el **22 de mayo de 2014** cuando colapso la cubierta del Polideportivo Municipal de Busbanzá ejecutado con cargo al mencionado contrato, según reporte elevado por el Comandante de la Estación de Policía (fls. 67-68 Anexo 2), se encontraba vigente la póliza de estabilidad.

Bajo este entendido, se infiere que el Municipio si ostentaba la competencia para adelantar el procedimiento para hacer exigible la garantía y declarar el siniestro de la obra, sin que por esta facultad le fuera necesario revocar o suspender el acta de liquidación bilateral del contrato, como aduce el apoderado de la parte actora, ya que la administración puede declarar el siniestro, aun sin importar que se haya liquidado de manera bilateral el contrato y la entidad haya recibido a entera satisfacción la obra, pues como quedó dicho, el contratista está obligado a resarcir los perjuicios que se generen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independiente de su causa que sufra la obra entregada y que sean imputables al contratista en este caso Monymec Ltda.

No sobra precisar que esta prerrogativa de la Administración, no tiene naturaleza sancionatoria, por tal motivo permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato, incluso después de la su liquidación.

Ahora bien, en lo que respecta al *segundo punto* concerniente a que el Municipio de Busbanzá inició el procedimiento administrativo para hacer efectivas las pólizas atendiendo el trámite descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012, norma que para el momento de la ocurrencia del hecho había sido derogada por el Decreto 1510 de 2013, el cual en su artículo 128 "*repitió*" lo señalado en el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012, eliminando los apartes en los que se hacía referencia al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en el último numeral omitió "*el prefijo los demás casos de incumplimiento*" dejando únicamente "*por medio del acto*

¹² Derogado por el Decreto 734 de 2012 y éste a su vez por el Decreto 1510 de 2013 actualmente vigente.

administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante”, se realizarán las siguientes precisiones:

Al respecto se advierte entonces que con anterioridad a la expedición de las Resoluciones 028 del 6 de octubre y 030 del 14 de octubre de 2014, el Gobierno Nacional, ya había proferido el Decreto No. 1510 de 2013, "*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*", por consiguiente, es claro que la precitadas Resoluciones, en principio, debieron fundarse en este último y no en el Decreto 734 de 2012, como finalmente se hizo.

No obstante lo anterior, debe resaltarse que el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012 al referirse sobre la efectividad de las garantías, modificó el artículo 14 del decreto 4828 de 2008 para dar cabida a la audiencia prevista en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción), ante hipótesis de caducidad, aplicación de multas o incumplimiento del contrato, con miras a hacer efectiva la respectiva garantía.

Que si bien es cierto, el Decreto 734 de 2012 fue derogado expresamente por el artículo 163 del Decreto 1510 de 2013, también lo es, que en la actualidad, el artículo 128 del precitado estatuto, con miras a obtener la efectividad de las garantías, consagra las siguientes hipótesis:

“1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.”

De la lectura del artículo en cita, se infiere que pese a que el Decreto 1510 de 2013, no estableció un procedimiento determinado para hacer efectivas las garantías, ni realizó un reenvío normativo al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ello no obsta, que no se pueda aplicar el trámite señalado en esta norma, puesto que constituye en un precepto garantista del derecho al debido proceso del contratista; máxime cuando la norma derogada es la que reenvía, más no la que establece el procedimiento, que está consagrado en el artículo 86 de la Ley en cita

Así las cosas frente de cada una de las circunstancias establecidas en el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013, como la declaratoria de siniestro para hacer efectiva la póliza de estabilidad de la obra, la entidad estatal deberá observar lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, que enfatiza en la observancia del debido proceso y en la garantía de los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta y el artículo 17 de la ley 1150 de 2007. De conformidad con lo anterior, se infiere que este cargo no está llamado a prosperar.

13. SEGUNDO CARGO.- Nulidad por falta de competencia

El demandante aduce que el Municipio de Busbanzá no tenía competencia para expedir los actos administrativos enjuiciados aduciendo que para la fecha en que fueron proferidos, ya se había suscrito el acta de liquidación del contrato, motivo por el cual, la determinación del presunto incumplimiento contractual recae en la jurisdicción contenciosa administrativa y no en el Alcalde Municipal (*fl. 19-20*).

Para el Despacho tal como se indicó en el capítulo argumentativo anterior, la Administración si cuenta con la facultad de adelantar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues se trata de una prerrogativa otorgada en el ejercicio de la actividad contractual, como es precisamente la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado *la ocurrencia de siniestro o riesgo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, el de estabilidad de la obra* y el de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, los cuales, como se dijo, y lo ha reiterado el Consejo de Estado, deben encontrarse asegurados por las garantías del contrato.

Lo anterior se deriva precisamente de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 99 del CPACA, el cual establece que prestan mérito ejecutivo los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual, circunstancia que implica la potestad de la entidad de declarar el siniestro, con la posibilidad de que la aseguradora o el contratista se oponga mediante los recursos propios del procedimiento administrativo o demandar a través del medio de control establecido para ello ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, el Consejo de Estado ha precisado que esta prerrogativa de la administración no tiene una naturaleza sancionatoria, lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato e incluso después de su liquidación. Posición, acogida por la Sección Tercera en sentencia del 10 de julio de 1997¹³, reiterada en sentencias del 3 de mayo del 2001¹⁴, 24 de agosto de 2002¹⁵ y 23 de febrero del 2012¹⁶.

Bajo este escenario, se infiere que el Municipio de Busbanzá sí contaba con la competencia para expedir el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro sobre la obra pública e hizo efectivo el amparo de estabilidad y calidad de la obra, sin que fuera óbice la expiración del plazo de ejecución y además se hubiere liquidado el contrato, pues se itera, esta prerrogativa permanece aún vencidos estos límites temporales.

Este argumento resulta lógico, si se tiene en cuenta que la potestad declarativa a la que se he hecho referencia y contrario a lo expuesto por el demandante, no puede ser identificada con el uso de los poderes exorbitantes de la administración para declarar el incumplimiento del contratista, lo cual implicaría que al estar el contrato enmarcado en las normas de la Ley 80 de 1993, la administración carecería de la competencia para expedir el acto, porque de una parte el plazo contractual ya expiró y de otra porque dicho acto jurídico ya fue liquidado.

Es de aclarar, como ya se advirtió, que la potestad de hacer efectiva la póliza de garantía deviene de un fundamento legal diferente al recién señalado, pues surge del numeral 3º del artículo 99 del CPACA – anteriormente en el numeral 4º del artículo 68 del CCA -, por lo tanto no se puede identificar con la facultad de declaratoria de incumplimiento, máxime cuando los actos demandados no solo declararon el siniestro, sino que también hace efectivo el amparo de estabilidad de la obra, por lo tanto este cargo, tampoco está llamado a prosperar.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 1997, expediente 9286, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 12724, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 13598, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, expediente 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

14. TERCER CARGO.- Nulidad por expedición irregular del acto administrativo

El demandante manifiesta que la entidad incurrió en irregularidades al expedir el acto administrativo en la medida en que no tuvo en cuenta la existencia de otro acto administrativo (acta de liquidación) que estaba vigente al momento de expedir las Resoluciones demandadas, sin que se revocara ni derogara con anterioridad al pronunciamiento de la Administración, además que existía la Resolución 013 del 23 de mayo de 2014 que está vigente porque su proceso de revocatoria no se cumplió como lo establece el artículo 97 del CPACA, condenando al demandante por los mismos hechos y vulnerando el *non bis in ídem* (fl.20-21).

Sobre la vigencia del acta de liquidación, no se ampliarán las precisiones ya elaboradas por el Despacho, puesto que se itera tal aspecto fue analizado en los numerales 12 y 13 de esta providencia, salvo la aclaración que dicha acta, no corresponde a la naturaleza misma de un acto administrativo, sino que refleja un ajuste de cuentas de la ejecución contractual, que de ser bilateral constituye un acto jurídico consensual, ora que de ser unilateral es un acto de mera ejecución de la decisión que así lo ordena.

Ahora en lo que respecta a la existencia de la Resolución 013 del 23 de mayo de 2014, debe señalarse que si bien el Alcalde del Municipio de Busbanzá expidió el precitado acto administrativo declarando la ocurrencia del siniestro sobre la obra pública y haciendo efectivo el amparo de estabilidad y calidad (fls. 75-77 anexo 2), tal decisión fue revocada mediante Resolución 015 del 25 de junio de 2014 cuando la entidad demandada resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Aseguradora Confianza Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., bajo el entendido de que se debía adelantar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 a fin de declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectivo el amparo referenciado garantizando la presencia del contratista y de la Aseguradora correspondiente (fls. 78 y 108-112 Anexo 2).

En consecuencia no es de recibo para el Despacho el argumento concerniente a que el Municipio debía revocar la Resolución No. 013 del 23 de mayo de 2014 siguiendo los lineamientos contemplados en el artículo 97 del CPACA, que prevé:

“Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. *En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa”.*

Lo anterior dado que para el 25 de junio de 2014, la Resolución 013 desapareció del orden jurídico de la entidad, en atención a que se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Aseguradora y que hacia parte del procedimiento administrativo adelantado por la entidad para declarar en su momento la declaratoria de siniestro.

Por consiguiente, la Resolución 015 del 25 de junio de 2014 que revocó la Resolución 013 del 23 de marzo de 2014 quedó en firme, toda vez que en el artículo 3º se indicó que contra la misma no procedía recurso alguno (fl.112 Anexo 2) pues de conformidad con el artículo 87 del CAPACA los actos administrativos adquieren firmeza cuando “*contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación o comunicación o publicación según sea el caso*”.

Así pues, no es dable concluir, como lo sugiere el apoderado del demandante, que existían dos decisiones en firme por los mismos hechos declarando el siniestro de la obra, toda vez que la Resolución 013 del 23 de mayo de 2014 no cobró firmeza y con posterioridad de esta, la Administración siguió el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para declarar tal hecho con la Resolución 028 del 6 de octubre de 2014 (fls.237-245 Anexo 2) confirmada a través de la Resolución 030 del 14 de octubre de 2014 (fls.251-257 Anexo 2) actos administrativos objeto de demanda dentro del proceso de la referencia. En este orden tampoco el cargo mencionado está llamado a prosperar.

15. CUARTO CARGO.- Nulidad por violación al derecho de defensa

a) Falencias en la dirección del contratista

Sustenta el Representante Legal de Monymec Ltda. que el Municipio de Busbanzá vulnero su derecho de defensa, ya que nunca se le notificó en debida forma, las actuaciones adelantadas dentro del proceso administrativo porque las notificaciones se enviaron a una dirección diferente a la que se relacionaba en el certificado de Cámara de Comercio (fl.16).

Para resolver este tópico, se dirá que si bien es cierto la dirección a la cual se enviaron las notificaciones dentro del procedimiento administrativo adelantado por el Municipio en contra del contratista, es diferente a la dirección suministrada en el certificado de la Cámara de Comercio, este hecho por sí solo, no genera vulneración del derecho de defensa del demandante, por las razones que siguen.

El demandante relacionó diferentes direcciones dentro del proceso de selección tal como se pasa a explicar:

- En el Certificado de Cámara de Comercio se consignó como dirección de la empresa Diagonal 16 No. 5-151 (fl. 76 Anexo 1)
- En la carta de presentación de la propuesta que presentó el contratista dentro del proceso de selección indicó que recibiría notificaciones en la calle 16 No. 14-63 Oficina 206 de la ciudad de Duitama (fl. 71 Anexo 1)
- En las pólizas que constituyó a favor del Municipio ante la Aseguradora CONFIANZA relacionó como dirección la Diagonal 16 No. 9-11 (fl.180-186 Anexo 1) nomenclatura a la cual la Administración envió las comunicaciones correspondientes dentro del procedimiento adelantado en su contra.

Frente a la notificación de la Resolución 015 del 25 de junio de 2014, mediante la cual se revocó la Resolución 013 del 23 de mayo de 2014 que declaró la ocurrencia del siniestro y en consecuencia ordenó adelantar el procedimiento descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Juzgado no realizará ningún pronunciamiento, como quiera que no se formularon pretensiones de nulidad en contra de los precitados actos administrativos.

Ahora, en lo que respecta a la invitación que envió el Municipio a Monymec Ltda. para que asistiera a la audiencia del artículo 86 ibídem, se advierte que la citación se dirigió a la diagonal 16 No. 9-11 de Duitama (fls.134 Anexo 2), no obstante, *per se*, tal hecho no vulnera el debido proceso, ni el derecho de defensa del demandante como quiera que la citación se entregó al destinatario, como se

puede corroborar con la constancia de la empresa de servicios postales ENVIA (fl.142 del Anexo 2) Aunado al hecho que el Representante Legal de Monymec Ltda. se presentó en la fecha y hora indicada para instalar la precitada audiencia el 13 de agosto de 2014 a las 9:00 a.m, tal como consta en el acta obrante a folios 176-188 del Anexo 2 y en el DVD No. 1 y 2 de la diligencia (fls. 125 y vuelto cuaderno principal), teniendo la oportunidad de escuchar la sustentación del informe de Ingeniería Forense mediante el cual se explicaban las posibles causas del colapso de la cubierta del Polideportivo Municipal y que tenía conocimiento el demandante de manera previa, pues en la invitación la Administración hizo mención de los hechos que soportaban el procedimiento, las conclusiones del precitado informe, las normas posiblemente vulneradas y finalmente adjuntó el CD que contenía el estudio de ingeniería forense (fls. 134-141 Anexo 2).

Tan es así que en la audiencia después de la sustentación del informe y relacionar las normas y cláusulas presuntamente vulneradas por el contratista, se corrió traslado al Representante Legal de Monymec para que presentara sus descargos, oportunidad en la cual solicitó que se le otorgara unos días para presentar pruebas y asistir con su apoderado, no sobra precisar que en ese momento la administración le indicó que se le había comunicado desde el 2 de agosto de 2014 el objeto de la diligencia, junto con el informe en medio magnético, sin que el demandante manifestara que desconocía tal información, circunstancia que permite inferir que la parte actora recibió la invitación de que trata el inciso primero del artículo 86 de la Ley 1474 para asistir a la diligencia (DVD No. 2 – archivo 2 - minuto 00:20:30 fls. 125 vuelto), lo anterior cobra relevancia ya que el demandante en la diligencia indicó que en la citación que recibió no se señalaba que debía comparecer con apoderado, tal como consta en el minuto 00:24:27 archivo 2 DVD No. 2 fls. 125 vuelto.

b) Conocimiento y contradicción de las pruebas

Por otro lado el demandante señala que la Administración no le dio la posibilidad de conocer y controvertir las pruebas que se presentaron en su contra dentro del procedimiento administrativo, frente a lo cual se considera que desde el 27 de mayo de 2014 cuando el contratista visitó el lugar donde colapsó la estructura, tuvo la oportunidad de conocer cómo quedó la cubierta y recolectar los datos correspondientes para establecer las posibles causas que originaron la caída, máxime si se tiene en cuenta que presuntamente tenía en su poder los diseños estructurales y la memoria de cálculo estructural de la obra, pues ante el requerimiento que realizó la Secretaria de Planeación del Municipio para la entrega de dichos documentos el contratista se comprometió a buscarlos en su archivo personal, así quedó escrito en el acta de visita del lugar de los hechos obrante a folio 74 del Anexo 2 del expediente.

Así mismo, se infiere que el Representante Legal de Monymec una vez recibió la invitación para asistir a la audiencia contemplada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, tuvo conocimiento del informe de ingeniería forense que anexó la Administración en medio magnético (fls. 134-142 Anexo 2) y que sustentó en la audiencia del 13 de agosto de 2014 realizada en las instalaciones de la Alcaldía Municipal.

No sobra precisar que el demandante conocía de primera mano cómo se construyó la cubierta del polideportivo y qué materiales utilizó, así como los diseños y los cálculos para adelantar la obra, datos que le permitían controvertir el informe en la primera audiencia que adelantó el Municipio de Busbanzá, o por lo menos en la continuación de la misma a saber el 1º de septiembre y el 6 de octubre de 2014 (fls. 212–217, 225-248 Anexo 2).

Es del caso señalar, que el Representante Legal de Monymec el 13 de agosto de 2014 cuando el Municipio le concedió el uso de la palabra para realizar los descargos y presentara las pruebas que considerara pertinentes, solicitó se le concedieran un tiempo prudencial para nombrar un apoderado y aportar elementos probatorios a su favor, tal como consta en el minuto 00:20:14 del CD No. 2 obrante a folio 125 vuelto del expediente y en el acta de fecha 13 de agosto de 2014 a folio 184 del Anexo 2 del plenario, sin embargo durante todo el procedimiento administrativo no aportó ningún elemento probatorio que desvirtuara el informe de ingeniería forense que allegó el Municipio para declarar el siniestro de la obra pública.

Ahora, si bien el contratista solicitó los datos de ingreso con los que se proyectó el proceso de modelación del siniestro tal como consta a folios 193, 204 y 205 Anexo 2, la Administración dio alcance a la petición señalando *“que el informe contiene la totalidad de la información que se obligaba a entregar para estos casos según la NSR-10, como son levantamientos arquitectónicos, estructurales, patológicos (según alcance del contrato) datos de entrada y salida en medio físico y conclusiones del informe, en ningún caso se obliga a la entrega de los archivos que arroja el software del modelo estructural, ya que es de uso exclusivo del asesor y modelador”* (fls. 206-29 Anexo 2), lo anterior como quiera que hace parte del secreto comercial o industrial de la empresa que realizó el estudio que contrató el Municipio de Busbanzá.

Así mismo se advierte que en el informe de ingeniería forense se incluyó los datos de verificación de licencia del software estructural tal como consta a folio 274 del Anexo 3 del expediente, a saber:

Customer ID:	10654
Customer Name:	Enrique Lopez Guerrero
Contact Name:	ETABS 9.71 Nonlinear
Asset No.:	54351
License Type:	Standalone
Selector:	0x80 (Computer ID Key)
Locking Code:	0x21171C

En consecuencia, el demandante no puede alegar tal como lo hizo en la continuación de la audiencia celebrada el 6 de octubre de 2014, que no tenía conocimiento de la información correspondiente al *software*, ni el aval por parte de la empresa que tenía la titularidad del derecho de uso exclusivo del programa (minuto 00.13:00 CD No. 6 fl. 127), máxime si se tiene en cuenta que en la precitada audiencia el Alcalde del Municipio colocó de presente la licencia del software que se encontraba dentro del informe de ingeniería forense, tal como quedó registrado en el acta de la audiencia obrante a folio 235 del Anexo 2.

En lo que respecta a los resultados que arrojó el software se debe indicar que en el informe de ingeniería forense se relacionaron los datos de entrada al ordenador, la isometría del modelo estructural, geometría en elevación, cargas masas y materiales, carga dinámica sismo, carga en los elementos, índices estado de carga 1-Peso propio, entre otros, (fls. 67-272 Anexo 3) que tuvo en cuenta la sociedad que rindió el informe para determinar las posibles causas del colapso de la estructura, que a su vez sustentaron de manera detallada los ingenieros que tenían a su cargo el estudio en la audiencia que se instaló el 13 de agosto de 2014 a la cual asistió el contratista y escuchó las conclusiones del concepto emitido por la firma de ingenieros, sin dejar de lado que el demandante ya conocía tales resultados como quiera que la Administración anexó en medio magnético el referido informe cuando envió la citación correspondiente al demandante para que asistiera a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

A pesar de lo anterior, el contratista no allegó dentro del procedimiento administrativo prueba alguna que desvirtuara el informe de ingeniería forense mediante el cual la Administración fundamentó su decisión de declarar la

ocurrencia del siniestro, pese a que el artículo 40 del CPACA prevé que “*durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales*”. Siendo admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código General del Proceso.

c) Del informe de ingeniería forense allegado en desarrollo del procedimiento administrativo.

El demandante manifiesta que el informe de ingeniería forense no fue susceptible de contradicción y discusión por cuanto conoció su contenido hasta el día de la audiencia que se realizó el 13 de agosto de 2014 y la administración argumentó que dicho documento no era una prueba sino un mero informe.

Sobre el momento en que el demandante conoció el informe de ingeniería forense el juzgado se atiene a lo dispuesto en el *literal a)* de esta providencia concerniente a las *falencias en la dirección del contratista*, bajo el entendido que se presentó en la fecha y hora indicada para instalar la audiencia contemplada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, diligencia en la que tuvo la oportunidad de escuchar la sustentación del informe de Ingeniería Forense y que tenía conocimiento de manera previa, pues en la invitación la Administración hizo mención de los hechos que soportaban el procedimiento, las conclusiones del precitado informe, las normas posiblemente vulneradas y adjuntó el CD que contenía el estudio de ingeniería forense (fls. 134-141 Anexo 2).

Que si bien es cierto, la invitación para asistir a la audiencia se remitió a una dirección diferente a la relacionada en el certificado de Cámara de Comercio, también lo es, que en la audiencia del 13 de agosto de 2014 el Representante Legal de Monymec precisó que en la citación que recibió no se señalaba que debía comparecer con apoderado, tal como consta en el minuto 00:24:27 archivo 2 DVD No. 2 fls. 125 vuelto, circunstancia que permite inferir que la parte actora recibió la comunicación junto con el CD que contenía el archivo magnético del informe de ingeniería forense. Aunado a que en la instalación de la audiencia no indicó que desconocía tal documento.

En consecuencia, dado que existe constancia que la invitación que contenía el CD del referido estudio se recibió el 2 de agosto de 2014 en las instalaciones de Monymec Ltda. ubicada en la Diagonal 16 No. 9-11 de Duitama tal como consta a folio 142 del Anexo 2 del expediente, - *valga precisar que esta dirección la suministró el demandante cuando constituyó las pólizas a favor del Municipio (fls. 182, 185, 193, 194, 196 Anexo 1)* – se infiere que el demandante desde esa fecha conocía el informe que se sustentó en la audiencia del 13 de agosto de 2014, por tal motivo este argumento no está llamado a prosperar, más aun si se tiene en cuenta que el Municipio luego de la sustentación del informe de ingeniería corrió traslado al demandante para que presentara descargos, aportara pruebas y controvirtiera las presentadas por la entidad, garantizando de esta manera el derecho de defensa y contradicción de la parte actora, para lo cual suspendió la diligencia por solicitud del demandante, para que preparara su defensa y aportara los documentos que considerara pertinentes (fls. 184-186 Anexo 2).

Ahora, frente a la apreciación concerniente a que el Municipio consideró que el informe de ingeniería forense no era una prueba sino un mero informe, se dirá que la entidad a fin de hacer efectivo el amparo de estabilidad de obra debía declarar el siniestro fundamentado en pruebas que desvirtuaran la presunción de la buena fe en las gestiones que adelantó el contratista ante la entidad estatal, ya que es una presunción de hecho y por lo tanto admite prueba en contrario, incluyendo para el efecto las pruebas recaudadas por el Municipio y las solicitadas por el contratista, permitiendo la contradicción de las mismas.

Es así como la Administración contrató una firma de ingenieros a fin de establecer las causas que originaron el colapso de la cubierta del Polideportivo Municipal, allegando para el efecto un informe de ingeniería forense en obras civiles y edificaciones de la estructura en cuestión (Anexo 3), mediante el cual se realizó el levantamiento arquitectónico y estructural, la descripción general de la estructura, configuración arquitectónica y estructural, levantamiento geométrico y arquitectónico, análisis de patología, verificación modelo y análisis versus estructura real, revisión estructuración y calidad constructiva, revisión diseño según requisitos NSR10, entre otros. En dicho informe se relacionaron las siguientes conclusiones:

“Los principales daños estructurales locales encontrados corresponden a:

- *Fallas por pandeo global en algunos elementos de la cuerda superior de las vigas cerchas*
- *Fallas por deformación excesiva en elementos de columnas, algunos de ellos propiciados por un armado incorrecto de los elementos estructurales, que interrumpió el adecuado flujo de cargas*

El modelo estructural analizado en la etapa de diseño no corresponde con la estructura construida, ya que dicho modelo no incluye el análisis de columnas (Únicamente analiza la viga cercha) y adicionalmente contempla condiciones de apoyo que permiten el libre movimiento en el sentido horizontal de los apoyos de cercha, movimiento que en la estructura real está restringido por las columnas. Esta variación de comportamiento introduce sobre esfuerzos en la estructura real que no fueron contemplados en la etapa de diseño.

La geometría de la cubierta facilita el empozamiento de agua y acumulación de granizo debido a su baja pendiente, lo cual favorece el incremento de cargas sobre el sistema especialmente en la zona central de la cubierta. Esta situación origina cargas de granizo en la zona central de la cubierta cuyos valores son superiores a los considerados en el diseño estructural.

La calidad constructiva es deficiente, lo que se evidencia en:

- *Conexiones con soldaduras deficientes*
- *Construcción con detalles no coincidentes con lo contenido en los planos estructurales y las memorias de cálculo Ej(1): existencia de elementos compuestos no contemplados en los planos estructurales. Adicionalmente en estos elementos no se evidencia adecuada colocación de sistema de conectores de cortante que garantice la suficiente transmisión del flujo de cortante entre las dos secciones permitiendo el trabajo monolítico del elemento armado. Ej(2): Armado de algunos elementos en columnas variando arbitrariamente los recorridos de carga contemplados en los planos”. (...) (fls. 55-56 Anexo 3)*

En este punto es del caso precisar que la Administración relacionó las conclusiones principales del mencionado informe en la invitación que dirigió al contratista según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para que conociera de primera mano el estudio referenciado que se sustentaría en la audiencia correspondiente, para que el demandante como el representante de la Aseguradora Confianza prepararan sus argumentos para desvirtuar la presunta responsabilidad que se le endilgaba al contratista en el proceso constructivo.

En virtud de lo anterior, se señala que el 13 de agosto de 2014 cuando se instaló la audiencia de que trata el artículo 86 ibídem y después de exponer el informe referenciado, el Municipio de Busbanzá corrió traslado del informe y de las normas posiblemente vulneradas para que presentara sus descargos, rindiera las explicaciones del caso y aportara o solicitara las pruebas que considerara pertinentes, tal como consta en el acta obrante a folios 184 y siguientes del Anexo 2 del expediente.

Así las cosas se infiere que la Administración corrió traslado de la prueba que recaudó con el fin de demostrar el siniestro de la obra, sin embargo el contratista no allegó elementos probatorios útiles y conducentes que desvirtuaran el informe que presentó el Municipio para demostrar el siniestro, atendiendo que el artículo 40 del CPACA prevé que durante la actuación administrativa serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso y de esta manera obtener la mayor cantidad de pruebas para acompañar el proceso administrativo y establecer las verdaderas causas que originaron el colapso de la cubierta del Polideportivo Municipal.

Pues el Municipio tenía que proferir el correspondiente acto administrativo que declarara la ocurrencia del siniestro fundándose en hechos verificados por medio de las pruebas que se recolectaron con posterioridad a la entrega de la cubierta del polideportivo y la liquidación del contrato de obra, a partir del periodo cubierto por la póliza de seguro en el amparo de estabilidad.

Así las cosas, se encuentra que el demandante no logro desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados que declararon el siniestro con cargo al amparo de estabilidad de la obra, pues está debidamente motivado y se le garantizó al demandante el derecho de defensa y contradicción, ya que través del informe de ingeniería forense el cual no fue desvirtuado en sede administrativa como en sede judicial se establecieron las causas que originaron el colapso de la cubierta imputables al contratista que se constataron dentro de los cinco años siguientes a la entrega a satisfacción de la obra, siguiendo las conclusiones del informe técnico de ingeniería forense para encontrar configurados los elementos del siniestro amparado por la garantía de estabilidad de la obra.

Sobre la presunción de legalidad, de validez o de legitimidad de los actos administrativos, el Consejo de Estado ha precisado que tiene como consecuencia que quien alegue su nulidad, le corresponde desvirtuarla, de manera que traslada al impugnante la carga de demostrarla en juicio, mediante el aporte de los elementos de convicción y pruebas necesarias para el efecto; correlativamente, dispensa a la Administración de estar probando en cada proceso que sus actos cumplen con los requisitos de validez.¹⁷ Dicho de otro modo, la presunción de legalidad del acto administrativo implica que incumbe a quien pretenda su nulidad demostrar que no cumple con los requisitos de validez. En efecto, el artículo 167 del Código General del Proceso, prevé que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En virtud de ello, se reitera que corresponde a quien demanda la nulidad de un acto administrativo, acreditar los vicios de ilegalidad que le endilga al mismo en la demanda, pues en él gravita la carga de la prueba, cargos que en el presente asunto no se probaron debido al escaso material probatorio allegado al expediente.

En efecto, la parte actora no solicitó ni aportó pruebas útiles, pertinentes y conducentes para desvirtuar el actuar de la Administración y el informe de ingeniería forense sobre el cual se fundamentó los actos administrativos demandados, como pudo haber sido la práctica de un dictamen pericial sobre las causas que originaron el colapso de la cubierta del Polideportivo Municipal para restarle credibilidad al informe técnico o llamar a rendir testimonio al supervisor y/o interventor del contrato como a los profesionales que rindieron el informe de ingeniería forense tantas veces señalado, entre otros elementos probatorios.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2011, Expediente 16671, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Por consiguiente, no se probó los vicios de nulidad alegados por el demandante, como quiera que desatendió la carga probatoria que le correspondía. Y, las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen a lo dispuesto por el artículo 167 del C.G.P., norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba (*onus probandi incumbit actori*), que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la *causa petendi* de la demanda o de la defensa, según el caso. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado el Consejo de Estado¹⁸, en el principio de *autoresponsabilidad*¹⁹ de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable²⁰. En efecto, la Alta Corporación señaló:

“Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de ‘servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales’²¹, la Constitución de 1991 ‘lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano ‘Idem est non esse aut non probari’, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas’²².

Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que ‘son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba’²³. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.”²⁴

De conformidad con la jurisprudencia en cita, se infiere que la carga de la prueba recae en quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda y por consiguiente, si la demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda debe soportar las consecuencias de su inobservancia, esto es, un fallo adverso a sus pretensiones.

Así las cosas, dado que la parte demandante incumplió con la carga probatoria que le corresponde, pues no logró desvirtuar los hechos que le sirvieron de fundamento al Municipio de Busbanzá para declarar el siniestro de la cubierta del Polideportivo Municipal, las pretensiones de nulidad no resultan procedentes.

No sobra precisar que los cargos formulados por el demandante constituyen un límite para decidir, toda vez que, como ya ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado en varias oportunidades, el control de legalidad que el juez contencioso administrativo realiza no es general sino particular y concreto. Es decir, el análisis que haga el operador jurídico sólo puede circunscribirse a los motivos de violación que se alegan en el proceso. La jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada, por ello, se afirma que quien decide, no puede de oficio señalar razones de contradicción entre la norma demandada y la

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹ Parra Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, 2004, Pág. 242.

²⁰ Betancur Jaramillo, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike, 1982, Pág. 147.

²¹ “López Blanco, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, Dupre Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15.”

²² “Ibidem.”

²³ “Op. Cit. Pág. 26.”

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

supuestamente infringida; esta posibilidad sólo es permitida por el ordenamiento jurídico cuando se constata la afectación de un derecho fundamental.²⁵

14. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

En la contestación de la demanda se propone la expedición de mérito denominada *cumplimiento de la ley* basada en las facultades que le otorga el orden jurídico a la entidad para proteger el patrimonio de la entidad, por lo cual una vez colapsada la obra se buscó hacer efectivas las pólizas de estabilidad de la obra.

En este orden e iterando la tesis argumentativa señalada por el Despacho en esta providencia, encuentra fundada la excepción propuesta, puesto que la actuación adelantada por la entidad demandada se ampara en la legalidad tanto en el procedimiento, como en las decisiones adoptadas.

15. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Conforme a lo señalado en el art. 188 de la Ley 1437 de 2011 “*salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*”.

De manera que al acudir a la norma de procedimiento civil, esta es el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el artículo 365 señala, entre otras, las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Conforme al Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones de la demanda por concepto de daños materiales.

16. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, “*Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley*”.

FALLA:

Primero.- Declarar fundada la excepción denominada *cumplimiento de la ley* propuesta por el Municipio de Busbanzá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta Sentencia.

²⁵ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Sub-sección A. Sentencia de noviembre 16 de 2006. C. P. Ana Margarita Olaya Forero. Exp. 5688. C. P. Respecto de la posibilidad de flexibilización de la obligación de señalar el concepto de la violación en los casos en los que se comprometan derechos fundamentales se puede consultar: Corte Constitucional. Sentencia de Abril 7 de 1999. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Tercero.- Condenar en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Cuarto.- Se fijan como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda por concepto de daños materiales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto.- Ejecutoriada la presente providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

mppf