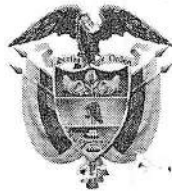


TAV05819

REPUBLICA DE COLOMBIA



I

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
DEL VALLE DEL CAUCA  
CALI - VALLE

CUADERNO No.

1 - 599-1CD-5 TRASLADOS

RAD.

76001-23-33-006-2018-00217-00

ACCION Y  
GRUPO:

CONTRACTUAL

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A -  
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

ACTOR:

DEMANDADO: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - SECRE DE  
INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACION

APODERADO: GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA

Magistrado Sustanciador, Dr.

006-LORENA MARTINEZ JARAMILLO - ORALIDAD

Procurador Judicial: ~~PROCURADOR 166 JUDICIAL II - ASUNT. ADM~~  
ARCHIVO:

Cuadernos

SECUENCIA DE REPARTO: 24087 - 3/2/2018

Folios

Cali,

0006 DRA. FEUILLET

**SERVI SOFT S.A.**  
LÍDERES EN GESTIÓN DOCUMENTAL INTEGRAL EN COLOMBIA

DIGITALIZACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE LOS  
PROCESOS JUDICIALES Y O DOCUMENTOS DE  
LA RAMA JUDICIAL QUE SE ENCUENTRAN EN  
GESTIÓN EN LOS DIFERENTES DESPACHOS  
JUDICIALES QUE CONFORMAN LAS  
DIFERENTES CIUDADES Y MUNICIPIOS



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**CD**

Honorable:

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA (Reparto)**

E. S. D.

**MEDIO DE CONTROL:**

**DEMANDANTES:**

**DEMANDADO:**

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. Y MAPFRE

SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI-

SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y

VALORIZACIÓN

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.395.114 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio, titular de la Tarjeta Profesional N° 39.116 del C. S. de la J, obrando como Apoderado Especial de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, Sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C, en ejercicio del poder especial a mi conferido, el cual adjunto al presente despacho; y de igual forma, actuando en calidad de Apoderado General de la sociedad **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, sociedad legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., calidad que acredito con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali, el cual adjunto igualmente al presente escrito, mediante este escrito y en ejercicio de las facultades otorgadas respetuosamente interpongo **MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** de conformidad con el Art. 141 de la Ley 1437 de 2011 en contra del **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI- ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN**, ente territorial del orden municipal, representada por el Alcalde Dr. Maurice Armitage, para que se declare la nulidad de los Actos Administrativos contractuales consistentes en la Resolución No. 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017, la Resolución No. 4151.0.21.0139 del 16 de febrero de 2017, y Resolución No. 4151.0.21.163 del 3 de marzo de 2017, proferidas por la Secretaría de Infraestructura y Valorización de Cali, y otros actos administrativos en los que pueda estar sustentada la decisión contenida en las disposiciones aquí citadas, y así

AMLB/JDG

1

mismo, sobre el consecuente restablecimiento del derecho, con base en los siguientes argumentos:

### **DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES**

#### **DEMANDANTES:**

- **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C, identificada con el Nit: 860.002.184-6, representada legalmente por la Dra. PAULA MARCELA MORENO MOYA, mayor de edad, vecina y residente del Bogotá D.C, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.051.695 de Bogotá D.C.
- **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C, identificada con el Nit: 891.700.037-9, representada legalmente por la Dra. MARYIVI SALAZAR PASTRANA, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No.55.163.399 de Neiva.

#### **DEMANDADO:**

- **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI- ALCALDÍA - SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN**, ente territorial del orden Municipal, representada por el Alcalde Dr. Maurice Armitage, identificado con cédula de ciudadanía No.14.446.558.

**LITISCONSORTE NECESARIO:** De manera respetuosa solicito se vincule como Litisconsorte Necesario con interés en las resultas del proceso a la sociedad VÍAS DE CALI S.A.S., identificada con NIT No. 900.359.456-1, como quiera que esta sociedad fungió como concesionario en el contrato estatal No. 4151.1.14.26.005-10, en virtud del cual mi representada celebró el contrato de seguro documentado en la Póliza de Cumplimiento No. 80010355590. Así mismos, dicho contrato fue respecto del cual se declaró el incumplimiento, caducidad, terminación, se afectaron las pólizas y se ordenó el pago de la cláusula penal, en la Resolución No. 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de



2017 atacada, y demás que la confirmó y corrigió un error formal. Por lo cual resulta indispensable su comparecencia en este trámite para efectos de que ejerza su debido derecho de defensa, pues el resultado de este litigio afecta directamente sus intereses.

**LITISCONSORTE NECESARIO:** De manera respetuosa solicito se vincule como Litisconsorte Necesario con interés en las resultas del proceso al BANCO COLPATRIA MULTIBANCA DEL GRUPO SCOTIABANK., identificado con NIT No., como quiera que esta sociedad fungió como Prestamista del concesionario VIAS DE CALI S.A. en el contrato estatal No. 4151.1.14.26.005-10.

### PRETENSIONES

**PRIMERA:** Sobre la NULIDAD de los siguientes actos:

**1.- DEL OTROSÍ NO.13 AL CONTRATO NO.4151.1.14.26.005.10 GRUPO 1 (ZONA SUR) DE 20 DE MAYO DE 2010, SUSCRITO ENTRE EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y LA SOCIEDAD VIAS DE CALI S.A.S., CON FECHA 17 DE NOVIEMBRE DE 2016.** En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA, y teniendo en cuenta que le asiste un interés directo a mis representadas, en su calidad de afectadas por los actos administrativos cuya nulidad se solicita, solicito la declaratoria de NULIDAD ABSOLUTA del OTRO SI en referencia por las razones que expondré más adelante.

Con todo, en el evento que se llegare a considerar que a mis representadas no les asiste un interés directo, solicito su declaratoria OFICIOSA por parte del juez del contrato.

**2.- DE LA RESOLUCIÓN NO. 4151.0.21.0137 DEL 16 DE FEBRERO DE 2017,** proferida por el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, a través de la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN de la ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI *"Por la cual se declara el incumplimiento de obligaciones a cargo del concesionario Vías de Cali S.A.S. contenidas en el contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, se declara su terminación y la caducidad, se afectan las pólizas y se ordena el pago de la cláusula penal a favor del Municipio de Santiago de Cali"*. En su parte resolutive, declaró la ocurrencia del siniestro del incumplimiento amparado con la Póliza No. 8001035590

expedida en coaseguro por mis representadas, el día 20 de mayo de 2010 y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al 6% del valor del contrato.

**3.- DE LA RESOLUCIÓN NO. 4151.0.21.0139 DEL 16 DE FEBRERO DE 2017** proferida por el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, a través de la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN de la ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, por medio de la cual se confirma íntegramente la Resolución No. 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017.

**4.- RESOLUCIÓN NO. 4151.0.21.163 DEL 3 DE MARZO DE 2017**, proferida por el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, a través de la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN de la ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, por medio de la cual se corrige un error formal contenido en la Resolución No. 4151.0.21.0139 del 16 de febrero de 2017.

#### **SEGUNDA.- PETICIONES DECLARATIVAS CONSECUENCIALES:**

**1.-** Que se declare que el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** incurrió en INCUMPLIMIENTO del contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.005-10, al incumplir con las obligaciones económicas a su cargo derivadas del mismo; lo que pide se declare previa aplicación de la EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1609 del C.C.

**2.-** Que se declare a la sociedad **VÍAS DE CALI S.A.S.**, exenta de toda responsabilidad por el incumplimiento que se le atribuye en los actos cuya nulidad se solicita respecto del Contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, por cuanto las situaciones que se presentaron durante su ejecución, son de responsabilidad exclusiva del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI por la mora reiterada en la realización de los pagos respectivos, derivados del citado contrato de Concesión.

**3.-** Que se declare la inexistencia del siniestro amparado por medio de la póliza No. 8001035590, expedida por Axa Colpatria Seguros S.A., en coaseguro con Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. y de conformidad con ello, se determine que los motivos financieros y de fuerza mayor fueron los que impidieron dar cumplimiento del contrato, por lo que respecto de éstas, se presenta un eximente de responsabilidad, como lo es la fuerza mayor, y por tanto no están obligadas a sufragar perjuicio alguno a la

administración por concepto del mencionado incumplimiento. Ello, por cuanto, respecto del contrato de seguro representado en la póliza de Cumplimiento No. 80010355590, operó la terminación automática, de conformidad con en el artículo 1060 del Código de Comercio, dada la agravación del riesgo asegurado, puesto que se cambió ostensiblemente el riesgo inicialmente asegurado, sin que mis representadas tuvieran conocimiento de tal situación.

4.- Que se declare que mis representadas **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. Y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, en su posición de garantes, no estaban obligadas a efectuar ninguna clase de pago por concepto de la póliza de cumplimiento s No. 80010355590 de la cual es beneficiario el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI- SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN.**

### **TERCERA.- PRETENSIONES RESTITUTORIAS Y CONDENATORIAS:**

#### **DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.-**

1.- A manera de restablecimiento y como consecuencia de la NULIDAD de los actos enjuiciados, se restituya a **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. Y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** el valor que se haya cancelado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que se dicte en presente proceso, o en su defecto se ordene restituir los valores que ella hubiera desembolsado con base en la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 80010355590, como consecuencia de la aplicación de los actos demandados.

2.- Que dicho pago se realice con los valores debidamente indexados, así como el pago de los intereses moratorios sobre las sumas de dinero que eventualmente ellas hubiesen pagado conforme a los actos administrativos demandados, réditos que deberán liquidarse a la tasa máxima de interés corriente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, incrementada en un cincuenta por ciento conforme al artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por la Ley 510 de 1999 con ocasión de la garantía constituida mediante la Póliza de Seguro de Cumplimiento única en favor de entidades estatales No. 80010355590; intereses que se calcularán hasta la fecha del reembolso o pago de las sumas indicadas anteriormente.

**CUARTA.-** Prevenir a la convocada para que dé estricto cumplimiento al acta de conciliación o en su defecto a la posible sentencia de conformidad a los artículos 187 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

## **HECHOS**

**PRIMERO:** Con ocasión a la Licitación Pública No. 4151-LP-09-2009, que tuvo como objeto *“el otorgamiento de la concesión para que, de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, realice por su cuenta y riesgo la financiación, ajustes y/o realización completa y suficiente de los Diseños que se requieran, Gestión Social, Predial y Ambiental, Construcción, Conservación y Transferencia de obras de infraestructura, Espacio público y Recuperación de la mala vial arterial y local para la movilidad del Grupo 1 (Zona Sur) para el Municipio de Santiago de Cali, así mismo, para que ejecute las obras para redes necesarias para el traslado, modificación, preparación, reposición y extensión de las redes y/o accesorios de servicios públicos domiciliarios que sean necesarios”,* y cuyo valor estimado era de **CIENTO SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL TREINTA Y TRES PESOS (\$161.433.231.033)**; se adjudicó el contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, a la sociedad **VÍAS DE CALI S.A.S.**, que fue suscrito el 20 de mayo de 2010 con el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**.

**SEGUNDO:** Por su parte, la sociedad **VÍAS DE CALI S.A.S.**, celebró contrato de seguro documentado en la Póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 8001035590, con el fin de afianzar las obligaciones contraídas con el Municipio de Santiago de Cali, con ocasión del Contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10. La póliza en comento fue tomada en coaseguro entre las compañías AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., distribuyendo el riesgo para cada una de ellas en 50% y 50%, respectivamente.

**TERCERO:** De conformidad con la Cláusula QUINTA (5) del contrato, - *Alcance y Desarrollo del Objeto* del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.005-10, se determinó que para efectos de la ejecución, el contrato se dividiría en una etapa preliminar y tres (3) etapas subsiguientes distintas:

- a. Una etapa preliminar que tendría una duración de treinta (30) días calendario, contados a partir de la suscripción del contrato hasta la suscripción del acta de inicio de la etapa de pre construcción.
- b. Una etapa de pre construcción que se fijó en cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio hasta la suscripción del acta de inicio de la etapa de construcción.
- c. Una etapa de construcción cuya duración correspondería al término de dieciocho (18) meses.
- d. Una etapa de conservación de la misma duración (dieciocho meses).

**CUARTO:** La sociedad VÍAS DE CALI S.A.S., cumplió con las obligaciones pactadas en las primeras dos etapas, por lo que se procedió a suscribir las respectivas actas de inicio tanto de la etapa de pre construcción, como de la etapa de construcción los días 21 de junio de 2010 y el 21 de octubre de 2010, respectivamente.

**QUINTO:** El día 13 de septiembre de 2010, el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** y la empresa **CESCOCOMPAÑÍA ESTUDIOS DE SUELOS Y CONSULTA LIMITADA** suscribieron Contrato de Consultoría No. 4151.0.26.1.306-10, cuyo objeto consistía en realizar la interventoría técnica, socio ambiental, legal, administrativa, predial y financiera al contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-010, derivado de la licitación pública No. 4151-LP-09-2009.

**SEXTO:** El **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** mediante Resolución No. 411.0.21.0421 del 21 de septiembre de 2012, autorizó la cesión del contrato de consultoría anterior a favor de la firma BATEMAN INGENIERÍA S.A., para que fungiera como nuevo interventor del contrato.

**SÉPTIMO:** Durante la ejecución del contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, se realizaron trece (13) otrosí, siendo el último de ellos suscrito el día 17 de noviembre de 2016, a tan solo pocos días de fenecer el plazo contractual. Tales OTROSI, tuvieron como objetivo, efectuar modificaciones en la subcuenta de predios, pavimentos en concreto

hidráulico, asfáltico, prórroga del contrato, realizar aportes a la subcuenta de predios, valor del contrato, individualización de las obras componentes del contrato, la adición de presupuesto para obras de redes adicionales, obras adicionales y modificaciones al plazo estimado del contrato, a excepción del OTRO SI No.13, que como se expondrá dentro del concepto de violación, no pretendía el cumplimiento estricto del objetivo trazado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues no se buscaba "*el cumplimiento de los fines estatales*", sino contar con tiempo extra para resolver las recusaciones presentadas por el contratista, e igualmente para imponer la sanción respectiva.

**OCTAVO:** Para los años 2013 y 2014, durante la ejecución del contrato de concesión se suscitaron diversos inconvenientes entre las partes relacionados con supuestos incumplimientos por parte del concesionario, incumplimientos que no le eran imputables a título de dolo o culpa grave, ya que los eventos que se presentaron tuvieron como causa el pago tardío por parte del MUNICIPIO DE CALI, de sus obligaciones económicas, lo que ciertamente generó que la sociedad contratista presentara a su vez, situaciones de incumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales.

**NOVENO.-** Que pese al incumplimiento de sus compromisos económicos derivados del contrato, el MUNICIPIO DE CALI, a través de la Secretaría de Infraestructura y Valorización, inició sendos procedimientos administrativos tendientes a la declaratoria de incumplimiento de la sociedad **VÍAS DE CALI S.A.S.**, los cuales fueron terminados anticipadamente por dicha entidad territorial, en virtud de compromisos adquiridos entre las partes para superar las dificultades sobrevinientes en el desarrollo del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.005-10. Máxime que el último procedimiento que por incumplimiento se adelantó, en virtud del artículo 86 de la Ley 1474 DE 2011, debió ser cerrado ante la inaplicabilidad de dicha normatividad respecto del contrato en comento.

**DÉCIMO:** Mediante Oficio IMG-230-16 de fecha 9 de junio de 2016, el señor ALEJANDRO PALACIOS OTERO, director de interventoría de ALPHA S.A.S. GRUPO CONSULTOR E INTERVENTOR, recomienda a la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA de la ALCALDÍA DE CALI, adelantar procedimiento sancionatorio al que alude el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, es decir, para declarar la caducidad del contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, suscrito con la sociedad VÍAS DE CALI S.A.S.



**UNDÉCIMO:** Conforme a lo anterior, la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA del MUNICIPIO DE CALI remitió a la dirección de notificaciones de mis procuradas, el oficio No. 2016415120180471 del 9 de junio de 2016, mediante el cual cita a audiencia dentro del procedimiento administrativo sancionatorio con el objeto de declarar la caducidad del contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, para el día 16 de junio de 2016, en el que describen los presuntos incumplimientos así:

- a. Eventual incumplimiento del cronograma de obra.
- b. Eventual incumplimiento en la terminación de las obras de construcción contratadas.
- c. Eventual incumplimiento en la entrega en estudios y diseños con base al numeral 5.2.5 de acuerdo a la cláusula 5 del contrato de concesión.
- d. Eventual incumplimiento en la constitución y fondeo de la subcuenta de interventoría.
- e. Eventual incumplimiento en la entrega de información.
- f. Eventual incumplimiento en las especificaciones técnicas en las obras de construcción y las obras para redes.
- g. Eventual incumplimiento en la constitución y conservación de las garantías.

**DUODÉCIMO:** El día 16 de junio de 2016, se instala la audiencia, pero la misma es suspendida toda vez que uno de los representantes legales conjuntos de la sociedad VÍAS DE CALI S.A.S., no pudo asistir por motivos de fuerza mayor. Posteriormente, el día 21 de junio de 2016, se reanuda la diligencia, en la que después de verificada la asistencia, se confirma que el procedimiento a seguir es el reglado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Igualmente, se da lectura a los hechos que generaron la convocatoria, además de recibir los descargos de las partes que se hicieron presentes (VÍAS DE CALI S.A.S. y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.). Sin embargo, la diligencia se suspende nuevamente con el fin de que las partes puedan realizar el estudio de la totalidad del expediente, para efectos de ejercer una adecuada defensa de sus partes, además de que fuera justificada la inasistencia de MAPFRE SEGUROS GENERALES S.A., a la audiencia. Con todo, se manifiesta que la misma se reanuda el día 28 de junio de 2016, pero realmente se reanudó el día 6 de julio de ese año.

**DÉCIMO TERCERO:** El día 6 de julio de 2016 se reanudó la audiencia respectiva, en la que, en primer lugar, el Dr. Juan Miguel Romero, en calidad de apoderado judicial de VÍAS DE CALI S.A.S., presentó sus descargos fundamentados en una solicitud de pruebas, las cuales pone a consideración de la mesa de trabajo para su autorización. Así, fueron pedidas pruebas periciales, inspección a los libros de contabilidad y la práctica de los testimonios de los señores Francisco Gregory, director de obra del concesionario, Elvin Trujillo, subcontratista del concesionario, Luis Erney Ángel Cifuentes, contratista del concesionario, Harold Rentería, subcontratista del concesionario, Alejandro Palacios, en calidad de interventor del contrato. La petición fue parcialmente negada, accediéndose sólo a las pruebas testimoniales del director de obra Francisco Gregory y del señor Alejandro Palacios, interventor del contrato.

**DÉCIMO CUARTO:** El día 25 de julio de 2016 se reanuda el proceso administrativo sancionatorio, diligencia en la que se recibe el testimonio del señor Francisco Gregory y del ingeniero Alejandro Palacios. Una vez practicada la prueba testimonial, se suspende la diligencia con el fin de que las partes puedan presentar sus descargos, con fundamento y análisis en las pruebas practicadas en esta diligencia. Cabe resaltar que AXA COLPATRIA SEGUROS solicitó un informe por escrito a la interventoría sobre el avance actual de las obras.

**DÉCIMO QUINTO:** El día 2 de agosto de 2016 se reanuda la audiencia de procedimiento administrativo sancionatorio, en el que se presenta el informe requerido previamente por AXA COLPATRIA SEGUROS. Sin embargo, el informe presentado no estableció un porcentaje real sobre el avance de las obras, por lo que se requirió su ampliación detallada. Al recibir dicho informe, se interroga al testigo Miguel Ángel González, director de proyecto de la concesión, quien es interrogado por los intervinientes. Finalmente, se suspende una vez más la diligencia para brindar la oportunidad a las partes de presentar sus descargos.

**DÉCIMO SEXTO:** El día 21 de septiembre de 2016 se reanuda una vez más la audiencia de incumplimiento en la que tanto el apoderado de la sociedad VÍAS DE CALI S.A.S. como la apoderada de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., presentan sus descargos, dando a entender además que se avizora un esquema de acuerdo entre la interventoría y el contratista para el cumplimiento del contrato, aunque esto no interrumpe el desarrollo

de la diligencia. En cuanto a MAPFRE SEGUROS GENERALES S.A., interviene por primera vez en el proceso, por lo que sus descargos se presentarían por escrito.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Nuevamente, el día 28 de septiembre de 2016 se reanuda la diligencia administrativa, en la que MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., rindió descargos en la misma. En virtud de la solicitud de pruebas realizada por la compañía, así como los documentos aportados, se suspende la diligencia una vez más.

**DÉCIMO OCTAVO:** El día 5 de octubre de 2016 se reanuda el procedimiento administrativo sancionatorio, audiencia en la que, se señala que se suscribirá un acta de mutuo acuerdo entre la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Cali, el concesionario Vías de Cali S.A.S. y la interventoría ALPHA GRUPO CONSULTOR E INTERVENTOR S.A.S., documento que según se informa, se encontraba corregido y pendiente únicamente de las firmas de los intervinientes, por lo que se suspende temporalmente la diligencia.

**DÉCIMO NOVENO:** En virtud de lo anterior, el día 5 de octubre de 2016 se suscribe acta de mutuo acuerdo entre la Secretaría de Infraestructura y Valorización del Municipio de Cali y el contratista (SIC) Vías de Cali S.A.S. respecto de la ejecución y terminación del contrato No. 4151.1.14.26.005.10 GRUPO 1 (Zona Sur), en la que, en síntesis, se acordaron los siguientes puntos:

- a. Suspensión temporal del procedimiento administrativo sancionatorio en curso.
- b. Presentación por parte de la sociedad Vías de Cali, de un cronograma de obras dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del documento, el cual sería revisado y aprobado por la interventoría del proyecto.
- c. Realización de un Comité Extraordinario de Fiducia del contrato de concesión, para la creación de una nueva cuenta en el patrimonio autónomo denominada "Terminación de obras", que culmine con la suscripción de un otrosí a más tardar el día 20 de octubre de 2016.
- d. Se acordó que, a partir de la fecha, todos los recursos que el Municipio de Cali tuviere que entregar al concesionario del contrato, se distribuirían en un 65% para la cuenta "Terminación de obras" y un 35% para la subcuenta de "principal". A partir del mes de

noviembre de 2016, los porcentajes cambiarían a 78% para la cuenta "Terminación de obras" y el restante 22% para la subcuenta "principal".

- e. El concesionario se comprometió a la terminación de las obras de La Paz, Avenida Circunvalar, Carrera 80 calzada norte, obra adicional del puente vehicular de la carrera 79, obra adicional en La Manija, obras de redes de servicios públicos y obras en servicio de la Autopista Sur Oriental, excluyendo el costado sur de la carrera 80, para el día 31 de marzo de 2017.
- f. Adicionalmente, el concesionario se comprometió a terminar las obras de la carrera 80 costado sur, el cerramiento del cantón Militar Pichincha y obras de redes de servicios públicos, para el día 19 de junio de 2017.
- g. Finalmente, el concesionario se comprometió a fondear con recursos nuevos, la cuenta "Terminación del contrato" del patrimonio autónomo por un valor de DOS MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$2.500.000.000) los cuales debían ser depositados a más tardar el día 20 de octubre de 2016, una suma de MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.500.000.000) para el día 20 de enero de 2017, y la suma de MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000) para el día 20 de febrero de 2017.

**VIGÉSIMO:** La Secretaría de Infraestructura del Municipio de Cali remite oficio No. 20167415120200551 de fecha 25 de octubre de 2016, en la que comunica que se reanudará el procedimiento administrativo sancionatorio que se había suspendido en virtud del Oficio No. IMG-394-16 expedido por la interventoría ALPHA GRUPO CONSULTOR E INTERVENTOR S.A.S., manifestando que el concesionario no había suscrito el Otrosí con la sociedad fiduciaria dentro del plazo acordado, ni tampoco había depositado los fondos a los que se comprometió en la Cláusula Séptima del acta de mutuo acuerdo citada previamente. Se fijó audiencia para el 28 de octubre de 2016.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** No obstante, y previo a una reprogramación solicitada por el concesionario, mediante comunicación No. 2016415120203491 del 2 de noviembre de 2016 se reprogramó la reanudación de la audiencia para el día 11 de noviembre de 2016 en virtud de una comunicación remitida por VÍAS DE CALI S.A.S. en la que informa la aprobación de un crédito por parte del banco Colpatria con el fin de fondear las cuentas a las cuales se había comprometido previamente.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** El día 11 de noviembre de 2016 se reanuda la diligencia, en la que, la apoderada de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. expone los términos, monto y condiciones del crédito aprobado a la sociedad VÍAS DE CALI S.A.S por un valor de CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES (\$5.348.000.000), para fondear las diferentes subcuentas del fideicomiso del contrato de concesión. Sin embargo, la interventoría hace hincapié en que los recursos no son suficientes para la culminación de las obras. Con el fin de analizar los documentos aportados, se suspende la diligencia para reanudarse el día 15 de noviembre de 2016.

**VIGÉSIMO TERCERO:** El día 17 de noviembre de 2016 se reanuda la diligencia, en la que se resuelve sobre las pruebas solicitadas por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., en la que se negó el peritaje técnico para determinar el porcentaje de ejecución del contrato de concesión, considerando que el informe de la interventoría era "claro y preciso". En dicha audiencia se iba a emitir la resolución por medio de la cual se decidía el procedimiento administrativo sancionatorio de incumplimiento, pero el apoderado de la entidad Vías de Cali S.A.S. presentó recusación contra la Directora Jurídica, la Dra. María Ximena Román, el Secretario de Infraestructura, Gustavo Adolfo Jaramillo y el Alcalde de Cali, Maurice Armitage Cadavid.

El señor secretario decidió aceptar la recusación contra la directora jurídica y el mismo, y manifestó que el señor alcalde aceptaba también la misma. Por tanto, se suspende una vez más la diligencia, hasta tanto se nombre un Secretario Ad Hoc y se resuelvan las recusaciones respectivas.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Ese mismo día, y encontrándose recusado para su momento el Secretario de Infraestructura, así como, la Directora Jurídica de la Alcaldía y el Alcalde del Municipio de Santiago de Cali, se suscribe el **"OTROSI No.13 al Contrato No.4151.1.14.26.005.10 GRUPO 1 (ZONA SUR) DE 20 DE MAYO DE 2010, suscrito entre EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y LA SOCIEDAD VÍAS DE CALI S.A.S."**, en el cual se decide modificar el plazo total estimado del Contrato de Concesión en comento por tres (3) meses más, hasta el 19 de febrero de 2017, no obstante se dispuso que dicha prórroga no eximía a las partes de cumplir con el acta de mutuo acuerdo entre el MUNICIPIO, la INTERVENTORIA y el CONCESIONARIO, suscrita el 5 de octubre de 2016. Del mismo modo en su cláusula TECERA se establece que el concesionario

renuncia a cualquier reclamación por mayor permanencia de obra que pueda generar por la ejecución de las obras contempladas en el contrato de concesión.

De su parte motiva se destacan las siguientes consideraciones:

1.- Que el día 18 de marzo de 2016, se suscribió Otro Si No. 12 al contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005.10 Grupo No.1 (ZONA SUR) mediante el cual las partes de común acuerdo determinan modificar el plazo estimado total del contrato en ocho (8) meses, es decir, hasta el 20 de noviembre de 2016. Para un plazo total estimado del contrato en setenta y siete (77) meses.

2.- Que el 15 de marzo de 2016 se suscribió un acuerdo entre el MUNICIPIO, LA INTERVENTORIA ALPHA GRUPO CONSULTOR E INTERVENTOR SAS y el CONCESIONARIO sobre la ejecución del contrato de concesión.

3.- Que el 17 de marzo de 2016, el MINISTERIO DE DEFENSA entregó la franja de terreno al MUNICIPIO y a su vez el concesionario del predio identificado plenamente, donde funciona el Cantón Militar Pichincha, inmueble que se requiere para la ampliación y construcción de la carrera 80 entre calle 2 oeste y calle 5 (MG-04) de la ciudad de Cali

4.- Que evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. El MUNICIPIO basado en lo expuesto por la interventoría en su comunicado IMG-230-16 del 9 de junio de 2016, inició proceso administrativo de incumplimiento del contrato de concesión.

5.- Que el 5 de octubre de 2016 se suscribió un acuerdo entre el MUNICIPIO, la interventoría ALPHA GRUPO CONSULTOR E INTERVENTOR SAS y el CONCESIONARIO sobre la reanudación de la ejecución del contrato de concesión.

6.- Que la Secretaria de Infraestructura y valorización ante los eventuales incumplimientos a lo pactado en el acta de mutuo acuerdo celebrado el 5 de octubre de 2016 reanudo la audiencia del procedimiento administrativo de incumplimiento del contrato de concesión mediante comunicado del 25 de octubre de 2016.

7.- Que el concesionario en audiencia de descargos del 17 de noviembre de 2016, presento formal recusación contra la directora jurídica de la alcaldía y posteriormente



contra el señor Alcalde y el Secretario de Infraestructura y Valorización, por las declaraciones dadas a diferentes medios de comunicación.

8.- Que de conformidad con el artículo 40 de la ley 80 de 1993 es procedente celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y se requiera el cumplimiento de los fines estatales, conforme al contrato y de conformidad con los documentos presentados.

**VIGÉSIMO QUINTO:** Mediante comunicación No. 2016412100027464 del 13 de diciembre de 2016, el señor Alcalde de Cali remitió la documentación respectiva para trámite de recusación a la Dra. Adriana Patricia Barco, Procuradora Regional del Valle del Cauca.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Sólo hasta el 03 de enero de 2017, mediante Auto No. 00015, la Procuradora Regional del Valle del Cauca resolvió la recusación interpuesta por el Dr. Juan Miguel Romero como apoderado de la sociedad VÍAS DE CALI S.A.S., decidiendo no separar al señor Alcalde Municipal de Cali del conocimiento de este procedimiento administrativo sancionatorio. En virtud de ello, el señor Alcalde de Cali profirió las Resoluciones No. 4112.010.21.0001 y 4112.010.21.0001 del 9 de febrero de 2017, mediante las cuales resolvió las recusaciones respecto de la Directora Jurídica de la Alcaldía, así como del Secretario de Infraestructura, decidiendo declararlas como no fundadas.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Como consecuencia de lo anterior, la Secretaría de Infraestructura de la Alcaldía de Cali mediante comunicación con radicado No. 201741510300007131 del 10 de febrero de 2017, decidió convocar nuevamente a la reanudación del procedimiento administrativo sancionatorio, fijando fecha para el día 16 de febrero de 2017, momento para el cual ya no contaba con el término para adelantar dicho procedimiento, puesto que el OTROSI No.13 en el cual se amplió el plazo hasta el 19 de febrero de 2017, se expidió viciado de nulidad y por tanto, no podía entenderse que el mismo generara los efectos jurídicos en el planteados, ya que el término contractual había fenecido el 20 de noviembre de 2016.

**VIGÉSIMO OCTAVO:** El día 16 de febrero de 2017, con violación de los derechos del concesionario VIAS DE CALI SAS, al debido proceso, a la defensa, y en ausencia misma

de la competencia para adelantar dicho trámite, se instaló nuevamente la audiencia de procedimiento administrativo sancionatorio, en la que se resolvió desfavorablemente la solicitud presentada por el concesionario Vías de Cali referida a la posibilidad de suscribir un nuevo otrosí, para prorrogar el contrato de concesión, dado que el mismo vencía presuntamente el día 18 de febrero de 2017.

**VIGESIMO NOVENO:** En la misma audiencia, se corrió traslado a las partes para presentar alegaciones de conclusión, los cuales fueron debidamente sustentados por los comparecientes, haciendo énfasis en las posibles nulidades que han ocurrido en este procedimiento. Y posteriormente, concluidas estas alegaciones, la Secretaría de Infraestructura de Cali notificó la **Resolución No. 4151.0.21.0137 de 2017** que, entre otras cosas, declaró lo siguiente:

- a. Declaró el incumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario Vías de Cali S.A.S. contenidas en el contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, y en consecuencia su caducidad y terminación.
- b. Adicionalmente, se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento del contrato en virtud de la Póliza No. 80001035590 expedida por AXA Colpatria en coaseguro con Mapfre Seguros Generales de Colombia o cualesquiera otras vigentes. En consecuencia, se ordenó hacer efectivas las garantías contenidas en esta póliza de cumplimiento.
- c. Se impuso multa por cláusula penal, obedeciendo al literal b del artículo 41 del Contrato de Concesión, la cual asciende a la suma de TRECE MIL CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TRES PESOS CON VEINTITRÉS CENTAVOS (\$13.181.894.203,23)
- d. En consecuencia, de la caducidad impuesta, la sociedad VÍAS DE CALI S.A.S. quedó inhabilitada para celebrar contratos con cualquier entidad pública por el término de 5 años.

En su parte motiva se justifica la declaratoria de caducidad, entre otros, en los siguientes argumentos:

1.- Por el eventual incumplimiento del cronograma de obra.- Este cargo no fue desvirtuado por el contratista.

2.- Eventual incumplimiento en la terminación de las obras de construcción contratadas. Este cargo no fue desvirtuado, pues al contrario fue aceptado aunque parcialmente, y no le sirve de excusa la crítica situación financiera por la que atravesaba, pues debió actuar con diligencia para haber conjurado dicha crisis.

3.- Eventual incumplimiento en la entrega en estudios y diseños con base en el numeral 5.2.5 presentación de estudios y diseños de las obras contratadas de acuerdo con la cláusula 5 del contrato de concesión. Cargo que no fue desvirtuado y al contrario reafirmado por la Interventoría en el informe respectivo.

4.- Eventual incumplimiento en la constitución y fondeo de la subcuenta de interventoría. Que una vez firmado el OTRO SI No. 12 del 18 de marzo de 2016, se estableció en su cláusula cuarta que el concesionario se obligaba a seguir fondeando la subcuenta de interventoría a más tardar el día 30 de cada mes, razón por la que el incumplimiento se presenta desde el 30 de abril de 2016, debido a que el último pago se presenta al mes de marzo de 2016. Además el mismo contratista acepta que la cuenta no fue fondeada, lo que atribuye a su difícil situación financiera a causa de embargos judiciales que han traído como consecuencia bajo rendimiento y paralización del contrato.

5.- Eventual incumplimiento en la entrega de información al interventor y al MUNICIPIO.- Este cargo no fue desvirtuado por el contratista.

6.- Eventual incumplimiento en las especificaciones técnicas en las obras de construcción y las obras para redes. Este cargo no fue desvirtuado.

7.- Eventual incumplimiento en la constitución y conservación de las garantías. Informa la interventoría que el concesionario no ha cumplido con la ampliación de la garantía de responsabilidad civil extracontractual prevista en la cláusula 8 del presente contrato, así como con la NO vigencia de este amparo, al no haber prorrogado la vigencia de las garantías de conformidad con el OTRO SI 11 y del comprendido entre abril de 2011 hasta el año de 2014, así como la entrega extemporánea del mismo amparo, referente al OTROSI No. 12.

8.- La existencia de embargos judiciales y del cumplimiento de requisitos para que el contratista se pudiera acoger al trámite de la ley 116 de 2006, permitían avizorar un estado de incumplimiento y afectación de la ejecución del contrato.

9.- Existencia de parciales incumplimientos graves.- Que se le dieron varias oportunidades de cumplimiento y especialmente para que solucionara su situación financiera pero culposamente incurrió en incumplimientos parciales pero graves. Que si bien según la interventoría el avance de la obra corresponde al 81%, el incumplimiento es grave.

**TRIGÉSIMO:** Notificado la Resolución anterior, tanto el representante legal suplente del contratista, como las compañías aseguradoras que represento, interpusieron recurso de reposición contra el mismo, de conformidad con lo dispuesto en artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. El despacho admitió el recurso, pero ordenó que el mismo fuera sustentado en la misma diligencia, teniendo hora y media para su preparación y, 20 minutos para su exposición. Esta decisión fue recurrida por los tres apoderados, aduciendo que una decisión de esta magnitud ameritaba un aplazamiento de la audiencia y un término en días para sustentar, pues el estudio debía ser riguroso. El Despacho negó la solicitud sin justificación, aduciendo que la norma contempla que en esa misma audiencia debía resolverse. De esta manera, se solicitó la intervención de la Procuraduría General de la Nación en este proceso, solicitud que aunque fue aceptada, el despacho se abstuvo de instar al Ministerio Público para que se hiciera presente, razón por la cual efectivamente no se presentó funcionario alguno.

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** A pesar de esta flagrante violación al debido proceso, tanto Vías de Cali S.A.S., como AXA Colpatria y Mapfre Seguros Generales, presentaron el respectivo recurso de reposición, siendo sustentado en la misma diligencia. Este recurso fue denegado por el Despacho mediante **la Resolución No. 4151.0.21.0139 de 2017**, acto administrativo que únicamente aclaró los Numerales 3 y 4 de la parte Resolutiva del Acto Administrativo No.4151.0.21.0137 de 2017 al afirmar que la única póliza que podría ser afectada es la garantía única de cumplimiento No. 80001035590.

De su parte motiva, se destacan los siguientes argumentos:

1.- Que no se demostró que la situación financiera del contratista constituya un caso fortuito y que deba ser tomado como un eximente de responsabilidad.

2.- Que la ley no exige que para hacer efectivas las garantías en caso de incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista, deba definirse el porcentaje de participación que a cada aseguradora le corresponde frente a la disposición de pago de las indemnizaciones por la ocurrencia del siniestro. Que por lo tanto no resulta improcedente aplicar el valor de la pena a la parte incumplida así corresponda a un valor inferior al 90% del avance de la obra el incumplimiento detectado.

3.- Que no existe norma alguna que exija la valoración del eventual perjuicio que podría ser objeto de imposición de la pena, ya que la cláusula penal constituye una valoración anticipada del perjuicio.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** En virtud de la decisión proferida, y únicamente con el ánimo de no incurrir en intereses moratorios sobre la sanción impuesta, el día 5 de abril de 2017, mis procuradas pagaron a favor de la Secretaría de Infraestructura de la Alcaldía de Cali la suma de **TRECE MIL CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TRES PESOS CON VEINTITRÉS CENTAVOS (\$13.181.894.203,23)**, con cargo a la Póliza No. 80001035590.

**TRIGÉSIMO TERCERO:** El día 15 de mayo de 2017 el suscrito, presentó en representación de ambas compañías aseguradoras, solicitud de finiquito de la obligación impuesta mediante dicho acto administrativo, petición que a la fecha no ha sido resuelta por ese Despacho.

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Adicional a todos los yerros procesales y de transgresión a las normas que gobiernan el Contrato de Concesión y a su vez el Contrato de Seguro que afianzó este primero, debe resaltarse que la Cláusula 28 del contrato de concesión establece que si se presenta algún incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO establecidas en el contrato, que afecte de manera grave y directa su ejecución, de manera tal que evidencie que pueda conducir a su paralización o se presentan las causales previstas en las leyes 40 de 1993, 80 de 1993, 418 de 1997 prorrogada por la ley 782 de 2002, 610 de 2000 y demás normas aplicables, el MUNICIPIO podrá decretar mediante acto administrativo motivado, la caducidad del contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.

Del mismo modo se precisa que, las partes entienden que son incumplimientos que afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencian que puede conducir a su paralización, entre otros, los casos en que el concesionario persista en los incumplimientos que dan lugar a la aplicación de MULTAS en los términos pactados en el contrato.

Igualmente se establece que, también es causal de caducidad del contrato, el incumplimiento no subsanable de las obligaciones de concesionario frente a sus prestamistas, siempre y cuando, entre otras razones, el incumplimiento no sea causado por el incumplimiento del MUNICIPIO en sus obligaciones de remuneración.

**TRIGÉSIMO QUINTO:** En la cláusula 27 del contrato se pactó que con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, el MUNICIPIO podrá imponer las multas que allí se enlistan, previo el adelantamiento del procedimiento que en la misma se consagra.

**TRIGÉSIMO SEXTO:** El prestamista Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A. presentó el 26 de mayo de 2017, revocatoria directa de la Resolución No.4151.0.21.0137 de 2017, aduciendo que no había sido notificada de los posibles incumplimientos del concesionario, tal como se establece en la cláusula 29.1, en la que se pactó:

***"29.1 Toma De Posesión E Incumplimiento Del Contrato De Concesión.***

*En el caso que se presente cualquier incumplimiento del Concesionario que de conformidad con la ley y este Contrato pueda conducir a la declaratoria de caducidad del presente Contrato, los PRESTAMISTAS o la entidad por ellos designada podrán asumir la continuación de la ejecución del Contrato de conformidad con los documentos de crédito, para lo cual el MUNICIPIO les notificará la ocurrencia del incumplimiento. Los PRESTAMISTAS deberán manifestar su intención de corregir los incumplimientos del Concesionario y de asumir la continuación de la ejecución del Provento dentro de los treinta (30) Días siguientes a la notificación hecha por el Municipio, caso en el cual pondrán a consideración del MUNICIPIO la información pertinente para garantizar que el nuevo Concesionario o los PRESTAMISTAS, según sea el caso, asumirán íntegramente la ejecución del Proyecto, asumiendo las mismas*



*obligaciones y prestando las mismas seguridades y garantías otorgadas por el Concesionario bajo este Contrato. La continuación de la ejecución del Proyecto por parte de los PRESTAMISTAS o la entidad por ellos designada, estará sujeta a la aprobación previa del Municipio, aprobación que en todo caso se dará siempre que la entidad designada por los PRESTAMISTAS cumpla con los requisitos mínimos que se tuvieron en cuenta para calificar como elegibles las propuestas presentadas en el marco de la Licitación. Si el MUNICIPIO no da esta aprobación o no se manifiesta al respecto dentro de un término de treinta (30) Días Hábiles o si los PRESTAMISTAS deciden no ejercer el derecho de tomar posesión del Proyecto, se podrá declarar la caducidad del Contrato".*

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO:** La anterior solicitud de revocatoria fue decidida de manera desfavorable por parte del Municipio.

**TRIGÉSIMO OCTAVO:** Posteriormente, por parte de mi procurada se radicó derecho de petición ante el Municipio de Cali solicitando información respecto del cumplimiento establecido en la Cláusula 29.1. antes traída a colación, sin embargo, al momento de la radicación del presente medio de control, no se había obtenido respuesta.

### **DISPOSICIONES VIOLADAS**

Las normas que se vulneraron con los Actos Administrativos aludidos son los siguientes:

- La Constitución Política
- Ley 80 de 1993
- Ley 1150 de 2007
- Decreto 1510 de 2013
- Decreto Reglamentario 734 de 2012
- Ley 1474 de 2011
- Código de Comercio
- Código de Comercio (art. 1036 hasta el 1162), en especial los artículos 1054, 1056, 1072 y 1088
- Código Civil
- Código Civil (art.1162 y siguientes)
- Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)

- Ley 1474 de 2011
- Código de Procedimiento Civil
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de las sentencias de constitucionalidad respecto del estudio de la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 y la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente en materia de contratación estatal.

Cabe aclarar que dando alcance a lo consagrado en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA, el concepto de la violación de cada una de las normas aquí citadas se encuentra en el acápite inmediatamente siguiente.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

#### **I.- VICIOS ATRIBUIBLES AL OTRO SI No. 13 AL CONTRATO No. 4151.1.14.26.005.10 GRUPI 1 (ZONA SUR) DEL 20 DE MAYO DE 2010, SUSCRITO ENTRE EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y LA SOCIEDAD VIAS DE CALI S.A.S.**

El artículo 40<sup>1</sup> de la Ley 80 de 1993 establece que, las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en la misma, correspondan a su esencia y naturaleza.

---

<sup>1</sup> **Artículo 40°.-** Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

*Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.*

*En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.*

**Parágrafo.-** *En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.*

*Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.*

Igualmente que las entidades públicas podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, de esa forma, podrán incluirse las modalidades, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de dicha ley y a los de la buena administración.

El artículo 3º del estatuto contractual precisa que, las entidades buscan con la contratación estatal, el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Mientras que, los particulares colaboran con ellas en el logro de tales fines cumpliendo una función social, que implica el cumplimiento de obligaciones precisas.

Así entonces, encontramos que en el presente asunto, el OTRO SI No. 13 suscrito el 17 de noviembre de 2016 por mutuo acuerdo entre las partes, si bien tuvo como objeto acordar la prórroga del término del contrato hasta el 19 de febrero de 2017, por cuanto el plazo pactado en el OTRO SI No. 12 se vencía el 20 de noviembre de 2016, sin embargo no pretendía el cumplimiento estricto del objetivo trazado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues no se buscaba *“el cumplimiento de los fines estatales”*, sino contar con tiempo extra para resolver las recusaciones presentadas por el contratista, e igualmente para imponer la sanción respectiva. Es decir, no se trataba entonces de mutuo consenso buscar el cumplimiento del objeto contractual, como así lo entendió el contratista, sino que la administración municipal buscaba tener tiempo suficiente para la finalización del procedimiento sancionatorio, viendo que la competencia para realizar el uso de las facultades exorbitantes fenecería, y así de contera proceder a la imposición de la sanción por el presunto incumplimiento detectado.

Tal situación quedó evidente en las cláusulas modificatorias del Contrato de Concesión que se introdujeron con el Otro sí en comentario, así:

*“PRIMERA: Las partes de común acuerdo determinan modificar el plazo total estimado del Contrato de concesión No.4151.1.14.26.005.10 Grupo 1, Zona Sur, en tres (3) meses más, hasta el 19 de febrero de 2017, con el fin de nombrar Alcalde de Santiago de Cali ad-hoc y Secretario de Infraestructura y Valorización Ad-hoc, sujeto de ampliación de plazo para tal fin.”*

El artículo 44 del estatuto contractual establece que el contrato es absolutamente NULO cuando, entre otras causales, cuando se celebren con abuso o desviación de poder.

En el presente caso, el contrato adicional al que alude el OTROSI No. 13 se encuentra viciado de NULIDAD ABSOLUTA por haberse celebrado con desviación de poder por parte del MUNICIPIO, al buscar un objeto distinto al previsto en la ley contractual, causal que se encuentra consagrada en el numeral 3º del artículo 44 de la misma.

En dicha línea podemos encontrar que el Consejo de Estado<sup>2</sup>, respecto de la nulidad absoluta del contrato por abuso o desviación de poder, expresó:

*“El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional<sup>3</sup> o con abuso o desviación de poder.*

*Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,<sup>4</sup> razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.*

*En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.”*

---

<sup>2</sup> Numeral 3º. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

<sup>3</sup> Numeral 2º. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en toda actuación en quienes intervengan en la actividad contractual deben regirse por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin que por ello se pueda dejar de lado su sujeción a los postulados que rigen la función administrativa, esto es, que esté al servicio de los intereses generales y que se desarrolle de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad, la elusión a dichos mandatos comporta una trasgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.

Pues bien, de todo lo anterior, se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía. En este sentido, la misma corporación expresó:

*"Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también asegura la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado."<sup>5</sup>*

Si se da lo primero, es decir que no se observa la supremacía del interés general, entonces se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; ello toda vez que, la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interés público se consolida como el sustento más importante y la justificación de la contratación administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 2015 Exp. 29.473

acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron<sup>6</sup>.

Así las cosas, si se afirma que se celebró el OTRO SI No.13 al Contrato de Concesión con vulneración al principio del interés general, la elusión de ese deber legal genera la nulidad absoluta del contrato estatal con fundamento en la causal No. 3º del artículo 44 de la ley 80 de 1993. Puesto que al tenor literal de la cláusula primera del mismo, es claro que dicho acuerdo de las partes se concertó a fin de que el municipio pudiera contar con tiempo para resolver las recusaciones presentadas por el contratista y posteriormente, hacer uso de la facultad de imponer las sanciones, como en efecto ocurrió y se puede constatar con los actos administrativos cuya nulidad aquí se demanda.

Pero adicional a lo anterior, al hablar de abuso o desviación de poder también deben tenerse en cuenta las causales de nulidad previstas en el régimen común, es decir las consagradas en los artículos 1740 a 1742 del Código Civil, así como también las de los artículos 899 y 900 del Código de Comercio.

Según lo establecen el artículo 1741 del Código Civil y el No. 2º del artículo 899 del Código de Comercio, hay nulidad absoluta en todo contrato que tenga objeto o causa ilícitos.

Luego, si se entiende que la causa es *“el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, que la causa ilícita es aquella contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley – art. 1524-.”*<sup>7</sup> y que la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley, debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común.

---

<sup>6</sup> Sentencia C-932 de 2007.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2007, Exp: 28.010.



La solicitud de nulidad es procedente, toda vez que, mis representadas, aunque no suscribieron el contrato principal, ni el OTRO SI No. 13 cuya nulidad se solicita, fungieron como partes garantistas de las obligaciones contractuales a través de una póliza de garantía de cumplimiento la que precisamente se hizo efectiva con los actos que declararon el siniestro respectivo. Por tanto, acorde con lo dispuesto en el artículo 45 de la ley 80 de 1993 y el artículo 141, inciso final del CPACA, a mis representadas les asiste interés directo en la declaratoria de nulidad deprecada.

## **II.- VICIOS ATRIBUIBLES A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ENJUICIADOS:**

A continuación, procedo a sustentar cada uno de los vicios anteriores, así:

### **1.- LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS ADOLECEN DE VICIO DE FALTA DE COMPETENCIA.**

De ser declarada la NULIDAD ABSOLUTA del OTRO SI No. 13 suscrito el 17 de noviembre de 2016, la NULIDAD de los actos administrativos enjuiciados es clara, toda vez que adolecen del vicio de INCOMPETENCIA al haberse expedido en forma extemporánea cuando ya había precluido el plazo contractual.

Sobre este tema, el Consejo de Estado ha sostenido que la declaratoria de caducidad es el medio a través del cual la entidad contratante puede liberarse de manera inmediata y anticipada -sin tener que esperar al vencimiento del plazo pactado o a que el contratista acceda a su terminación bilateral-, de la relación contractual gravemente incumplida y tomar inmediatamente las medidas que considere necesarias y suficientes con miras a obtener el bien, obra o servicio requeridos y que son objeto de ese negocio jurídico.

Por ello, aduce que esta decisión debe ser oportuna, lo que quiere decir que debe tomarse cuando sea capaz de garantizar a la administración esa libertad de acción, lo cual sucederá si durante la ejecución del contrato, de manera diligente, la administración advierte el grave incumplimiento de su contratista y procede a declarar la caducidad, caso en el cual podrá tomar en forma inmediata los correctivos pertinentes, es decir, asumir directamente la ejecución del objeto del contrato o contratarlo con un tercero o acceder a

que la aseguradora que lo garantizó sea quien lo ejecute. *Contrario sensu*, no será oportuna dicha decisión cuando el plazo del contrato ya está vencido, puesto que no se puede terminar mediante la declaratoria de caducidad, lo que ya se ha terminado por otra causa y en tal eventualidad, la decisión ya no se justificará como mecanismo para garantizar la efectiva e inmediata ejecución del objeto contractual.

De esa forma se pronunció en la Sentencia del 14 de septiembre de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de dicha Corporación, con ponencia del Magistrado DANILO ROJAS BETANCOURH dentro del Proceso con radicación No. Radicación número: 27001-23-31-000-2003-00818-01(42105), Actor: ASFALTANDO LTDA. Y OTRO, Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, de la cual se destaca lo siguiente:

*“20. La presente controversia gira en torno a un contrato de obra pública celebrado en 2001 por un establecimiento público del orden nacional, el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS-, razón por la cual se rige por las normas de la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación de las entidades estatales. El artículo 18 de la ley, consagra como facultad excepcional a favor de la administración, la declaratoria de caducidad del contrato, frente al incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista, en los siguientes términos:*

*ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.*

*Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.*

*La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.*

21. *Tal y como se desprende del tenor literal de la norma, la declaratoria de caducidad es una terminación unilateral y anticipada del contrato por parte de la administración contratante, siempre que se den las causales legalmente consagradas para ello, que en el caso de la Ley 80 de 1993, no son otras que el grave incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que amenace seriamente la correcta ejecución del objeto contractual.*

22. *En relación con la justificación de la existencia de esta facultad excepcional otorgada por el legislador a las entidades estatales, se observa que la misma va más allá de la mera sanción al contratista incumplido, como que lo importante para la administración, es la cabal y oportuna culminación del objeto del contrato celebrado, en tanto que con éste se busca el cumplimiento de los cometidos estatales y la garantía de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo.*

23. *En tal medida, se considera que la declaratoria de caducidad es el medio a través del cual la entidad contratante puede liberarse de manera inmediata y anticipada -sin tener que esperar al vencimiento del plazo pactado o a que el contratista acceda a su terminación bilateral-, de la relación contractual gravemente incumplida y tomar inmediatamente las medidas que considere necesarias y suficientes con miras a obtener el bien, obra o servicio requeridos y que son objeto de ese negocio jurídico.*

24. *Por ello, se pregona la necesidad de que esta decisión sea oportuna, lo que quiere decir que debe tomarse cuando sea capaz de garantizar a la administración esa libertad de acción, lo cual sucederá si durante la ejecución del contrato, de manera diligente, la administración advierte el grave incumplimiento de su contratista y procede a declarar la caducidad, caso en el cual podrá tomar en forma inmediata los correctivos pertinentes, es decir, asumir directamente la ejecución del objeto del contrato o contratarlo con un tercero o acceder a que la aseguradora que lo garantizó sea quien lo ejecute. Contrario sensu, no será oportuna dicha decisión cuando el plazo del contrato ya está vencido, puesto que no se puede terminar mediante la declaratoria de caducidad, lo que ya se ha terminado por otra causa y en tal eventualidad, la decisión ya no se justificará como mecanismo para garantizar la efectiva e inmediata ejecución del objeto contractual.* (Sublínea fuera de texto)

En este caso, el OTRO SI No. 13 de noviembre de 2016, tuvo causas distintas a las de cumplir los intereses estatales, es decir remover los obstáculos para cumplir con el objeto contractual, como lo exige el artículo 40 del estatuto contractual, como si lo tuvo el OTRO SI No. 12 suscrito por las partes el 18 de marzo de 2016. En efecto, en esta modificación contractual, se consignó entre otras motivaciones, la liberación de las limitaciones prediales y jurídicas del Proyecto de la Ampliación y construcción de la carrera 80 entre calles 2 Oeste y calle 5 calzada sur (MEG-04) de la ciudad de Santiago de Cali, al haberse entregado por parte del MINISTERIO DE DEFENSA, la franja de terreno del predio identificado con el número de matrícula inmobiliaria 370-34811, requerido para la ejecución de la obra, lo que ocurrió el 17 de marzo de 2016; circunstancia que motivó la ampliación del plazo contractual por ocho meses más, hasta el 20 de noviembre de 2016.

Mientras que el OTRO SI No. 13 del 17 de noviembre de 2016, tuvo como objetivo la ampliación del plazo contractual, ya no para lograr la terminación de la obra faltante, sino para tener tiempo para resolver las recusaciones formuladas por el contratista dentro del procedimiento sancionatorio, dentro de la audiencia celebrada el 17 de noviembre de 2016, es decir 3 días antes del vencimiento del contrato. Todo lo cual, indica con claridad que el OTRO SI No. 13 celebrado, no tenía como fin cumplir con el objeto del contrato de Concesión No. GRUPO No. 1 (zona Sur), sino que sirvió indebidamente al ente municipal como instructor del procedimiento sancionatorio, para tener tiempo para imponer la sanción de caducidad antes del vencimiento del plazo contractual. En otras palabras, ejerciendo su poder de director de la gestión contractual utilizó el mecanismo de la ampliación contractual para fines distintos a los previstos en el estatuto contractual, facilitando su papel como instructor del procedimiento sancionatorio, acomodando en forma velada e indebida el plazo contractual a sus propios fines, diferentes se repite, al cumplimiento de los fines estatales, es decir, los del contrato de concesión.

Así pues, la ampliación del plazo consignada en el OTRO SI No. 13, sin duda alguna adolece de vicios que lo convierten en ineficaz y contrario al ordenamiento jurídico, razón por la cual, no sólo debe declararse NULO absolutamente, sino que debe considerarse sin eficacia alguna para entenderse prorrogado el plazo contractual hasta el 19 de febrero de 2017.

Lo anterior, permite además concluir que, las **Resoluciones Nos. 4151.0.21.0137 y 4151.0.21.0139 del 16 de febrero de 2017** demandadas, fueron expedidas

extemporáneamente cuando el plazo contractual se encontraba vencido desde el 20 de noviembre de 2016, y por tanto se encuentran viciadas de nulidad por haber sido emitidas sin competencia por parte de la autoridad municipal, es decir, por parte del Secretario de Infraestructura del Municipio de Santiago de Cali.

Para concluir y soportar el anterior yerro que afecta evidentemente los actos administrativos demandados, encontramos que el Consejo de Estado, acerca de la afectación de validez de los actos administrativos por vicios de competencia ha manifestado<sup>8</sup>:

*"(...) Ese marco de la actuación de las autoridades que define la Constitución Política debe observarse desde los ámbitos material, temporal y territorial, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico positivo, pues estos factores determinan la esfera de atribuciones que las entidades y órganos del Estado pueden y deben ejercer legítimamente; por lo mismo, **la competencia está delimitada por normas de orden público, de carácter imperativo, las cuales constituyen garantía para los administrados frente a los posibles abusos o excesos de poder de las autoridades públicas. Así, la competencia constituye un presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos, de manera que, al hallarse afectado el acto por la ausencia de la misma, la nulidad emerge sin que exista posibilidad de ser saneada.***

***El vicio por incompetencia es, pues, el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos y, por tal razón, esta Corporación ha sostenido que, en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso.*** Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, en principio, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección del citado derecho fundamental de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política." (Negrilla y Sublínea fuera de texto)

<sup>8</sup> Sentencia del 3 de octubre de 2012, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho con Radiación No. 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140), Mag. Ponente: Hilda Hoyos de Rodríguez, Subsección A de la Sección Tercera de Consejo de Estado.

Así las cosas, encontrándose configurada la presente causal de ilegalidad de los actos administrativos atacados, necesariamente se debe declarar la nulidad de los mismos.

## 2.- DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL CONTRATISTA Y DE LAS ACTORAS EN SU CALIDAD DE GARANTES, AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA Y A LA BUENA FE.

Debo iniciar este acápite recordando la definición de la Corte Constitucional sobre el debido proceso, y las garantías generales que lo integran, entre esas, el derecho de defensa, de la siguiente manera:

*La Corte Constitucional ha definido este derecho, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Entre las garantías generales que hacen parte del derecho al debido proceso, pueden citarse, siguiendo en gran medida la sentencia C-341 de 2014, entre otras, las siguientes: (...) (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa, los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas, a la buena fe y a la lealtad procesal. (...)”*  
(Negrilla y Sublínea fuera de texto)

Igualmente sobre el mismo tema, merece tenerse en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en sentencia de Constitucionalidad C- 499 del 5 de agosto de 2015, al someter a control constitucional el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción, en el que se sostuvo:

(...)

### 5.2. El derecho a un debido proceso.

5.2.1. El derecho fundamental a un debido proceso, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, se aplica tanto en los procesos judiciales como en las



actuaciones administrativas. Este derecho comprende una serie de garantías, conforme a las cuales las actuaciones ante los jueces o ante las autoridades administrativas, en su trámite, deben respetar los derechos de las personas involucradas y facilitar que se logre la aplicación correcta de la justicia.

5.2.2. Hacen parte de las antedichas garantías: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) **el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;** (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo; y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas<sup>35</sup>

En cuanto a la observancia del derecho al debido del contratista dentro de un procedimiento administrativo, el Consejo de Estado ha sostenido que el mismo se traduce en los siguientes derechos, entre otros:

- A) Que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
- B) El derecho a que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”.
- C) En las actuaciones contractuales también rige el derecho a que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa”, así como la garantía “a presentar pruebas

y a controvertir las que se alleguen en su contra”, del mismo modo que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”,  
D) El derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”.

De esa forma se pronunció en providencia del 1 de junio de 2015, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera, con ponencia de la Magistrada OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, dentro del Proceso con Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02244-01(28950), Actor: GUSTAVO MUÑOZ Y CIA. S.C.A., Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, de la cual se destaca lo siguiente:

Siguiendo el anterior orden de ideas, la Sección Tercera de ésta Corporación, tiene sentado en materia de debido proceso, lo siguiente *in extenso*<sup>9</sup>:

**“...c) El derecho a que el procedimiento administrativo se adelante con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio también tiene raigambre en la contratación estatal.**

*En general, proscribe las sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, porque esto atenta contra el procedimiento a través del cual el contratista puede participar en las etapas y momentos oportunos para defender sus intereses y expresar su criterio sobre el asunto que se debate. La Corte Constitucional expresa al respecto, en defensa del derecho, que “Sin embargo, bajo la consideración de que la prestación de servicios públicos domiciliarios involucra derechos de rango fundamental, esta Corporación precisó que una decisión en tal sentido no puede adoptarse por la empresa de manera automática, es decir, una vez se den las circunstancias objetivas que establece la norma, sino que ella debe estar precedida de un debido proceso que le permita al usuario conocer sobre la eventual adopción de estas medidas, ejercer su derecho a la defensa y controvertir la decisión.”.*

*Desde este punto de vista, la Constitución exige a la administración, previo a adoptar una decisión sancionatoria, adelantar un procedimiento que garantice el derecho a que de manera pausada y tranquila se debata el asunto en cuestión. En este sentido, debe destacarse –como lo señala Juli Ponce Solé– que el debido proceso, aplicado a la administración, garantiza dos cosas. De un lado, que la administración queda mejor equipada para adoptar decisiones administrativas, pues “... facilita a priori la investigación y toma en consideración los datos e intereses relativos a un caso concreto... a fin de proceder a la ponderación para la adopción de las futuras decisiones adecuadas en su servicio de interés general...”<sup>1</sup>. De otro lado, contribuye a la legitimación de la administración pública, pues en el modelo de Estado actual ya no basta el qué o el cuánto de las cosas, sino el cómo de ellas, lo cual se garantiza con el procedimiento administrativo debido, es decir “... con un reforzamiento de la racionalidad procedimental: el procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final...”<sup>1</sup>. Agrega que el procedimiento permite la discusión pública, fomenta la existencia de una democracia*

<sup>9</sup> Obsérvese precedente reiterado: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01993-01(23517), Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013).

deliberativa e influye en la legitimidad, desde la perspectiva de la equidad, con lo que incide favorablemente en el adecuado cumplimiento del deber de realizar una buena administración pública.

Por ello la Sala ha sostenido –auto de 24 de septiembre de 1998. Exp. 14.821-, en defensa de este derecho y fustigando las sanciones de plano, que:

“Como quiera que el cargo formulado por la demandante se concreta en la ausencia de una oportunidad para conocer las razones de incumplimiento alegadas por la entidad contratante para poder justificarlas, lo cual en su criterio respondía a una defensa adecuada y necesaria para la expedición del acto, el punto central de análisis por parte de la Sala será determinar si es suficiente la expedición de un acto debidamente motivado como lo señala el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, o si por el contrario, antes de la expedición del acto debe agotarse un procedimiento administrativo concreto que garantice el derecho de defensa y el debido proceso.

(...)

“De la doctrina constitucional citada merece destacarse el hecho de que en los procedimientos administrativos sancionatorios debe darse la oportunidad al interesado para expresar su puntos de vista antes de tomarse la decisión, como una manera de garantizar el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitución Política) para así hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción. **De ahí que no basta con que esas decisiones estén debidamente motivadas y sean notificadas con el fin de que el particular pueda agotar los recursos gubernativos y judiciales en defensa de la legalidad** o de los derechos que considera desconocidos por la actuación pública.

(...)

“Aplicados los razonamientos anteriores al caso que se examina se tiene que la entidad demandada declaró la caducidad administrativa del contrato que celebró con la demandante para la prestación de servicios profesionales como instrumentadora quirúrgica a través de la resolución 291 de 2 de abril de 1997 y le imputó como causal de incumplimiento hechos que ocurrieron el mismo día de la expedición del acto -participación en el cese de actividades del personal de la salud que constituyeron riesgos y perjuicios en la vida e integridad de pacientes...- de acuerdo con informes que la contratista no pudo conocer para controvertir antes de que se tomara la decisión.

“La entidad demandada actuó con fundamento en un hecho que calificó de inmediato como de incumplimiento grave. **En estas condiciones, la contratista fue sorprendida con la terminación del contrato sin que hubiera mediado procedimiento administrativo alguno sobre su conducta.** Distinto sería el caso cuando el contratista incumplido al menos está advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso.

“Esto hace que el proceder de la administración no se ajuste a los procedimientos que establece el Código Contencioso Administrativo, de obligatorio cumplimiento por disposición del art. 29 de la Carta y 77 de la Ley 80 de 1993 y que con ello desconoció y vulneró fundamentalmente el derecho de defensa que estatuye el art. 35 de la normatividad examinada.”

Esta garantía, sin embargo, tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso.

El artículo 17 de la ley 1.150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que “Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista.” Sobra insistir en que este derecho no sólo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía in bonam partem- y por aplicación directa del art. 29 CP. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente.

Ahora, la siguiente disyuntiva surge ante la cuestión de si las formas propias de cada juicio deben regularse por ley, o si también un reglamento ordinario puede ocuparse del tema. Recientemente esta Sala definió el problema, al juzgar la validez del art. 87 del decreto 2.474 de 2008<sup>1</sup>, señalando que sólo el legislador puede hacerlo, porque en este aspecto existe una reserva de ley, derivada del art. 29 CP.:

“Es necesario advertir, que con la expedición del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, no hay lugar a dudas respecto de la capacidad de la Administración de imponer unilateralmente las multas pactadas en el contrato, como una forma de conminar al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En virtud, del mismo precepto legal, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, al tratarse de la imposición de una sanción, la autoridad administrativa deberá asegurar en su actuación las garantías propias del debido proceso, razón por la cual, la decisión que se asuma deberá estar precedida de “audiencia del afectado, que deberá contar con un procedimiento mínimo.”

“(…)

**e) El derecho a que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” también rige en la contratación estatal.**

Su espacio de aplicación se expresa en el deber que asume la administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, como quiera que la presunción de que no es responsable lo protege.

En esta perspectiva, la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la administración, como titular del ius puniendi administrativo, y por eso requiere pruebas al interior del respectivo proceso para desvirtuar la presunción que el contratista tiene en su favor, por disposición constitucional.

**f) En las actuaciones contractuales también rige el derecho a que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa”, así como la garantía “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, del mismo modo que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, pero se requiere hacer dos**



precisiones. De un lado, y en armonía con la garantía inmediatamente analizada, la necesidad de la prueba de los hechos que se imputan es *conditio sine qua non* de la validez de la decisión administrativa, porque sólo así se legitima la misma, y se contrarresta la arbitrariedad y el abuso del poder, que fácilmente se esconde tras una medida sin soporte en hechos demostrados. En esta perspectiva, la Corte Constitucional ha manifestado: "En conclusión, en toda actuación administrativa la apreciación de las pruebas por parte del funcionario deberá ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del principio constitucional del debido proceso en actuaciones administrativas." (Sentencia T-011 de 1993)

De otro lado, el derecho de defensa también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía, que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 CCA. Protege, incluso, a las personas que pudieran verse afectadas con la decisión<sup>1</sup>, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte.

Así mismo, el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes, ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica.

**g) El derecho "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas" tiene innegable aceptación en materia contractual.**

En realidad se trata de dos garantías. Una consiste en que la publicidad de todos los actos y las actuaciones constituye la regla general del procedimiento. En este sentido, la publicidad garantiza al implicado –contratista, aseguradora, oferente, etc.- el acceso a la información –lo que es obvio-; pero, además, ampara a cualquier persona que desee acceder a ella, aún durante el trámite del procedimiento.

El derecho a que la actuación se adelante y decida en un tiempo prudente es la otra garantía que tiene protección en la contratación estatal, y exige de la administración la adopción de decisiones no sólo correctas sino también oportunas.

"(...)"<sup>10</sup>

Respecto al derecho fundamental al debido proceso el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 9 de mayo de 2012 exp. (22395) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, argumentó lo siguiente:

*"En las actuaciones contractuales también rige el derecho a que "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa", así como la garantía "a presentar*

<sup>10</sup> Sentencia de octubre 19 de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082). M.P. Enrique Gil Botero.

*pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, del mismo modo que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, pero se requiere hacer dos precisiones.*

*De un lado, y en armonía con la garantía inmediatamente analizada, la necesidad de la prueba de los hechos que se imputan es conditio sine qua non de la validez de la decisión administrativa, porque sólo así se legitima la misma, y se contrarresta la arbitrariedad y el abuso del poder, que fácilmente se esconde tras una medida sin soporte en hechos demostrados. En esta perspectiva, la Corte Constitucional ha manifestado: “En conclusión, en toda actuación administrativa la apreciación de las pruebas por parte del funcionario deberá ceñirse a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del principio constitucional del debido proceso en actuaciones administrativas.” (sentencia T-011 de 1993)*

*De otro lado, el derecho de defensa también garantiza que se vincule al afectado con el procedimiento sancionatorio, para que exponga las razones que explican su percepción de los hechos investigados. Es tan arraigada esta garantía, que el Código Contencioso Administrativo ya aseguraba su defensa desde 1984. Sobre el particular, el art. 28 del C.C.A. protege, incluso, a las personas que pudieran afectarse con la decisión<sup>11</sup>, de manera que ordena hacerlas parte del procedimiento administrativo. Y si esto acontece con los terceros, con mayor razón aplica para quien es parte<sup>12</sup>.*

*Así mismo, el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes<sup>13</sup>, ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es*

<sup>11</sup> Dispone el art. 28 CCA. “DEBER DE COMUNICAR. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

<sup>12</sup> Entre otras cosas, la aplicación del CCA al procedimiento contractual, y los demás que se deriven de él, se fundamenta en el art. 77 de la ley 80: “DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. **En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales.** A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

“Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.” (Negrillas fuera de texto)

<sup>13</sup> Discurre la Corte al respecto, en la sentencia T-796 de 2006, del siguiente modo: “6.1. En esta oportunidad las sociedades... consideran que el Inviás incurrió en una vulneración a sus derechos fundamentales, al resolver los recursos de reposición interpuestos contra los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato de concesión N° 388/97, pues no se les permitió objetar el dictamen pericial decretado por la administración, y en el cual se basó la



*decir, en síntesis, que se respete su derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte, y en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica".<sup>14</sup>*

***En cuanto a la imposición de sanciones administrativas de plano y el derecho al debido proceso esta misma Corporación ha dicho que:***

*"El constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (C.P. art. 29). Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias. En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva -nulla poena sine culpa-, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in idem y de la analogía in malam partem, entre otras.*

*(...)*

---

liquidación del contrato. Si bien solicitaron su aclaración o complementación, los peritos se negaron a ello, y además, tampoco se les corrió traslado de dicha respuesta dada por los peritos.

*(...)*

*"A juicio de la Sala, como lo consideraron los jueces de instancia, la anterior situación trasgrede el derecho fundamental al debido proceso en cabeza de las sociedades..., por cuanto no pudieron contradecir el dictamen pericial. En primer lugar, los peritos se negaron a aclarar o complementar el dictamen pericial rendido sin que la administración hiciera nada al respecto, pues ni exigió que los peritos cumplieron con su deber ni corrió traslado a las partes para que pudieran pronunciarse objetándolo por error grave, en los términos del numeral 4° del artículo 238 del C.P.C., norma que se aplicaba al caso concreto dadas las razones desarrolladas en la parte dogmática de esta providencia.*

*(...)*

*"Así las cosas, no existe razón válida para que el Invías no haya corrido traslado a la respuesta de solicitud de aclaración o complementación al dictamen pericial que elevaron las sociedades accionantes en escrito radicado ante la entidad el 9 de agosto de 2005 (folio 143 a 146 del cuaderno de primera instancia), sin importar en que sentido lo hayan hecho los peritos, y que en el caso concreto se traduce en la negativa de proferir la aclaración. Por lo que el Invías al resolver los recursos de reposición, pretermitiendo el mencionado trámite, desconoció el derecho al debido proceso de las sociedades actoras, máxime cuando se trataba de un caso en que los peritos se negaron a la aclaración o complementación solicitada sin que al respecto la administración tampoco tomara alguna decisión."*

<sup>14</sup> Sentencia del 23 de julio de 2010 (expediente 16337).

*El principio de legalidad que inspira el derecho penal y administrativo comprende una doble garantía: la seguridad jurídica y la preexistencia de preceptos jurídicos (lex previa) que establezcan de manera clara (lex certa) las conductas infractoras y las sanciones correspondientes. Así sean admisibles en el ámbito administrativo algunas restricciones en el ejercicio de los derechos, dada la especial relación de sujeción del particular frente al Estado -v.gr. existencia de facultades exorbitantes o poder disciplinario-, los principios constitucionales del debido proceso (C.P. art. 29) deben ser respetados en su contenido mínimo esencial, particularmente en lo relativo a los requisitos de legalidad formal y tipicidad.*

*De otra parte, la legislación preconstitucional contencioso-administrativa recoge en sus principios orientadores la imparcialidad, publicidad y contradicción de todas las actuaciones administrativas (D. 001 de 1984, art. 3º). La potestad sancionatoria de la administración debe ceñirse a los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien o de un derecho: revocación de un acto favorable, imposición de una multa, pérdida de un derecho o de una legítima expectativa, modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto, etc. En tales casos, la pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja debe ser consecuencia de una conducta ilegal y culposa cuya sanción sea impuesta al término de un procedimiento en el que esté garantizada la participación del sujeto y el ejercicio efectivo de su derecho de defensa.*

*(..)*

*Toda persona tiene derecho a que antes de ser sancionada se lleve a cabo un procedimiento mínimo que incluya la garantía de su defensa. La sola exigencia de una certificación secretarial o de una declaración de dos o más testigos presenciales para sancionar al acusado, prescindiendo de que éste pueda contradecir la veracidad de las pruebas, constituye una acción unilateral de la administración contraria al estado de derecho democrático y participativo y a la vigencia de un orden jurídico justo.*

*Con fundamento en lo anterior, no es de recibo el argumento según el cual comprobada la inexactitud de la documentación fundamento de una decisión administrativa procede automáticamente la imposición de la sanción -en este caso la cancelación de la inscripción en el registro de constructores-, quedándole al afectado la posibilidad de ejercer su defensa mediante el ejercicio oportuno de los recursos de reposición y apelación. Si*

bien la presunción de legalidad de los actos administrativos y los principios de celeridad y eficacia (D.001 de 1984 art. 3º.) podrían respaldar la imposición de sanciones de plano en defensa del interés general (C.P. art. 1), la prevalencia de los derechos fundamentales (C.P. arts. 85 y 86) y la especificidad del principio de presunción de inocencia aplicable al ámbito de las actuaciones administrativas (C.P. art. 29), hacen indispensable que la sanción sólo pueda imponerse luego de conceder al interesado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

En el caso que se revisa por la vía de la apelación la autoridad pública adelantó una investigación mínima para demostrar la ocurrencia del presupuesto fáctico de una infracción administrativa -presentación de una información falsa e inexacta- con lo cual habría cumplido con los principios de legalidad y tipicidad. No obstante, la no vinculación del interesado al procedimiento que llevaría a modificar su situación jurídica de favor y permitirle ejercer los derechos a ser oído y a controvertir las pruebas que obraban en su contra, desconoce el principio de presunción de inocencia e invierte la carga de la prueba y termina por colocarlo en situación de indefensión.

La notoriedad de la infracción y la posible prueba objetiva de la misma no justifica una sanción que prive de cualquier elemental garantía de defensa al inculpado, quedando ésta reducida al mero ejercicio posterior de los recursos administrativos. Estos están instituidos en favor de la administración para darle la ocasión de enmendar errores con virtualidad de desencadenar la responsabilidad patrimonial del Estado y no son propiamente una oportunidad procesal imparcial y previa para el ejercicio del derecho de defensa. Pese a que la prevalencia del interés general y la eficacia de su protección permiten la omisión de ciertas formalidades típicas del proceso penal -nombramiento de apoderado, formulación de pliego de cargos-, deben en todo caso constar como mínimo en el trámite administrativo las pruebas directas e incontrovertibles de los hechos imputados y garantizarse el ejercicio de los medios normales de defensa.  
(..)

En consecuencia, carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, en razón del desconocimiento que ello

*implica de los principios de contradicción y de presunción de inocencia, los cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso”.*<sup>15</sup>

Del mismo modo que la apreciación concreta que el juzgador debe hacer sobre el presupuesto del debido proceso en la expedición del acto administrativo mediante el cual se impone la caducidad, es independiente de la estimación de la prueba acerca del requisito del incumplimiento grave de las obligaciones contractuales en el cual se debe fundar la respectiva sanción, toda vez que se trata de presupuestos de legalidad diferentes, requeridos ambos para la validez del acto administrativo con arreglo a la ley.

De esa forma se pronunció en la Sentencia del 29 de abril de 2015, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera, con ponencia del Magistrado HERNAN ANDRADE RINCON, dentro del Proceso con radicación No. Radicación número: 63001-23-31-000-2005-01919-01(37607); Actor: TALLER ELECTROMECANICO EMPRESA UNIPERSONAL; Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO SAN JUAN DE DIOS DE ARMENIA, de la cual se destaca lo siguiente:

*“La apreciación concreta que el juzgador debe hacer sobre el presupuesto del debido proceso en la expedición del acto administrativo mediante el cual se impone la caducidad, es independiente de la estimación de la prueba acerca del requisito del incumplimiento grave de las obligaciones contractuales en el cual se debe fundar la respectiva sanción, toda vez que se trata de presupuestos de legalidad diferentes, requeridos ambos para la validez del acto administrativo con arreglo a la ley.*

*Se precisa sobre ello que no se puede pasar por alto el debido proceso, por razón de la pretendida existencia real del incumplimiento, toda vez que la potestad sancionatoria implícita en la decisión de imponer la caducidad del contrato y los efectos que la ley atribuye a este acto administrativo, van más allá del incumplimiento en el seno contractual, afectan no solo la continuidad del contrato en cuestión, sino también, la habilitación del contratista para realizar nuevos contratos con el Estado,*

*Para ilustrar el asunto resulta útil invocar la siguiente apreciación de esta Subsección, en torno a un caso de nulidad de la decisión de caducidad de un contrato que habría sido incumplido por el contratista:*

*“El Tribunal a quo pasó por alto el cargo presentado por el demandante en cuanto a la violación del debido proceso y se apoyó en que se encontraba plenamente acreditado el incumplimiento de la distribuidora en el pago de sus obligaciones tributarias, razón que consideró más que suficiente para proceder a la declaratoria de caducidad del contrato.*

*Sin embargo, para la Sala lo expuesto no constituye un argumento válido para desconocer el deber de respetar el debido proceso en la actuación previa a la expedición del acto de caducidad del contrato, máxime cuando es bien sabido por las entidades estatales contratantes que dicha decisión es la más severa sanción de que puede ser objeto un*

---

<sup>15</sup> Sentencia T-145/93.

*colaborador de la Administración en sede administrativa, pues no solamente comporta la ruptura del vínculo contractual, sino que además implica que por tal decisión no hay lugar a reconocimiento económico alguno en favor de la contratista, se le priva de ejecutar el contrato por la totalidad del plazo establecido, se da lugar a hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y adicionalmente ello entraña para dicha contratista la carga de asumir una inhabilidad para contratar con el Estado por los siguientes cinco años.*

*Así pues, tratándose de una cláusula de aplicación excepcional, no cabe duda de la exigencia extrema que debe observarse en la protección de los derechos de contradicción y de defensa de la contratista, los cuales fueron pretermitidos en el presente caso, sin que la entidad estatal contratante hubiere ofrecido algún tipo de explicación que justificara tal omisión, puesto que en su defensa sencillamente sostuvo que el incumplimiento de la contratista resultaba de tal gravedad que no le quedó otra opción, razones que por ciertas que fuesen, en criterio de la Sala, en modo alguno la relevaban del deber de brindarle a la distribuidora la posibilidad de conocer previamente los cargos que se le endilgaban, de darle traslado de las pruebas que soportaban los argumentos de la entidad contratante para que aquella pudiera contradecirlas y de ejercer en debida forma su derecho de defensa.”<sup>16</sup>*

Así mismo, en cuanto al principio de la buena fe contractual, ha sostenido el Consejo de Estado, que es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia.

Además que, no es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del Estado sino el principio de buena fe objetiva que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial.

De esa forma se pronunció en Sentencia proferida el 1º de abril de 2016, por la Sección Tercera, Subsección C, con ponencia del Magistrado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, dentro del Proceso con Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00611-

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 30 de abril de 2014, radicación: 500012331000200000467 01, Expediente: 33337, actor: María del Carmen Isaza de Pinzón, Demandado: Departamento del Meta - Empresa Licorera del Meta, referencia: contractual – apelación sentencia.



01(52532); Actor: ASOCIACION PARA LA OBTENCION DE TECHO, TIERRA, EMPLEO, EDUCACIÓN Y SALUD – TTES DE COLOMBIA; Demandado: SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA, CURADURIA URBANA NO. 5, CAMARA DE PROPIEDAD RAIZ -LONJA INMOBILIARIA Y LA ALCALDIA LOCAL DE SUBA, de la cual se destaca lo siguiente:

#### **4. El principio de buena fe contractual<sup>17</sup>**

*Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:*

*"De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe."<sup>18</sup>*

*En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben "celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."*

*Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que "las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa"<sup>19</sup> en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen", precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.<sup>20</sup>*

*Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general,*

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 48.061, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>18</sup> Aunque el artículo 1603 sólo expresa que "deberán ejecutarse", el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el iter contractual. (La cita es del texto citado).

<sup>19</sup> Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión "exenta de culpa" vid.: M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. (La cita es del texto citado).

<sup>20</sup> Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: "Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. (La cita es del texto citado).



*en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.*

*Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, "consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia",<sup>21</sup> es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho"<sup>22</sup> o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido."<sup>23</sup>*

*De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia<sup>24</sup>.*

*Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es*

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

<sup>22</sup> *Ibidem*. (La cita es del texto citado).

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. (La cita es del texto citado).

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

*extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual<sup>25</sup>.*

*Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del estado sino el principio de buena fe objetiva que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial.*

*Y es que, se itera, el principio de la buena fe objetiva impone fundamentalmente que las partes contratantes respeten y acaten en esencia lo pactado, razón por la cual cualquier actuación desplegada por una de ellas tendiente a interpretar unilateralmente las reglas inicialmente convenidas en perjuicio o desmedro de los intereses de su cocontratante se tornaría totalmente contraria a dicho principio.*

*Sobre éste punto es necesario precisar que si bien, por regla general, las partes en un determinado contrato o negocio jurídico de carácter estatal pueden de común acuerdo interpretar las cláusulas allí convenidas con sujeción a las reglas de interpretación previstas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil<sup>26</sup> en aras de procurar la adecuada y oportuna ejecución del objeto contractual así como la satisfacción de los intereses*

<sup>25</sup> Esta postura se encuentra consolidada de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto ver: sentencia del 23 de junio de 1992, Exp. 6032; Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080; Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. y sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648.

<sup>26</sup> ARTICULO 1618. Prevalencia de la intención. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

ARTICULO 1619. Limitaciones del contrato a su materia. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

ARTICULO 1620. Preferencia del sentido que produce efectos. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

ARTICULO 1621. Interpretación por la naturaleza del contrato. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

ARTICULO 1622. Interpretación sistemática, por comparación y por aplicación práctica. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

ARTICULO 1623. Interpretación de la inclusión de casos dentro del contrato Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

ARTICULO 1624. Interpretación a favor del deudor. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

*generales, dicha facultad no puede ser ejercida por el contratista de forma unilateral y arbitraria.*

Así las cosas, teniendo en cuenta los anteriores pronunciamientos en la materia, se encuentra que en este caso, se les desconocieron los derechos al debido proceso, a la defensa y a la buena fe del contratista y de las actoras en su calidad de garantes, por las siguientes razones:

1.- LOS ANTECEDENTES DE LOS ACTOS IMPUGNADOS DEMUESTRAN UN FALTA DE UNIFORMIDAD DE LA CONDUCTA DE LA ENTIDAD PUBLICA DENTRO DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL CON DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE BUENA FE Y CONFIANZA LEGITIMA DEL CONTRATISTA Y SUS GARANTES.

En efecto, pues pese a las contingencias y tropiezos que se presentaron durante la ejecución del contrato, lo que dio lugar a la apertura de varios procedimientos administrativos en contra del contratista, lo cierto es que se le había exonerado de responsabilidad por los cargos de incumplimiento que se le imputaban. Claro ejemplo de esto, es la motivación contenida en la Resolución No. 4151.0.21.9314 de marzo 16 de 2016, mediante la cual se da por terminado un procedimiento administrativo sancionatorio por multa, al concesionario por haber cesado la situación de incumplimiento en virtud del acuerdo de ejecución suscrito en esa misma fecha.

Dicho Acuerdo de Ejecución comprendía, entre otros compromisos, los siguientes:

- La ampliación del plazo de ejecución por ocho meses, lo que se hizo mediante el OTRO SI No. 12 del 18 de marzo de 2016.
- El fondeo durante los siguientes tres meses la subcuenta de la interventoría por valor de \$92.031.896
- La renuncia del contratista a reclamar por mayor permanencia en la obra por el retraso en el inicio de la ejecución del contrato.

El contenido del Acuerdo anterior, así como el OTRO SI No. 12 suscrito y la Resolución No. 4151.0.21.9314 de marzo 16 de 2016, crearon una situación de confianza en el contratista de que los inconvenientes presentados ya se habían superado definitivamente.

Sin embargo a escasos dos meses, mediante oficio de fecha 16 de mayo de 2016, se citó a las partes por parte del MUNICIPIO, para audiencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, dando inicio al procedimiento sancionatorio por grave e injustificado incumplimiento la que se llevaría a cabo el 20 de mayo siguiente.

En dicho memorial citatorio, el MUNICIPIO, a través del Secretario de Infraestructura y Valorización, procede a enunciar cada uno de los presuntos incumplimientos imputados al contratista, y entre ellos, hace referencia a un incumplimiento del cronograma de obra, pues pese a que el OTRO SI No. 12 suscrito hacía referencia a ocho meses, sin embargo debía entenderse que eran TRES MESES y no ocho, que fue el plazo inicial sugerido por la Interventoría, por tanto el plazo de vencimiento ya no sería en noviembre de 2016, sino el 20 de junio de 2016.

Sin perjuicio de las observaciones sobre la modificación del OTRO SI No. 12 que se produjo en ese memorial citatorio, de manera arbitraria y por demás ilegal, debo anotar para los efectos de lo alegado en este acápite que, el principio de BUENA FE y de contera el de CONFIANZA LEGITIMA del concesionario y de mis representadas fue seriamente quebrantado, con el singular inicio del procedimiento sancionatorio anunciado.

A partir de ese momento, podría con facilidad vislumbrarse la forma como se adelantaría el procedimiento administrativo sancionatorio, es decir con abierta violación de los derechos del contratista y de sus garantes.

## 2.- VIOLACION DEL DERECHO DE DEFENSA DEL CONTRATISTA Y DE LOS GARANTES DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Refiriéndome puntualmente al sub examine, resultaba menester que a los involucrados, se les concedieran las oportunidades del caso para su ejercicio pleno de la defensa, para que hicieran los pronunciamientos que a bien tuvieran en cada una de las etapas procesales, pidieran las pruebas que requieran para demostrar los hecho de su interés, así como también, para que pudieran controvertir todo aquello que los afectara o no fuera de su recibo, conforme a su derecho; pues de lo contrario, se estaría ante una inminente vulneración de su derecho a la defensa, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

Así entonces, dentro del procedimiento sancionatorio para la declaratoria de caducidad del contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, adelantado por la Secretaría de

Infraestructura y Valorización, el contratista Sociedad Vías de Cali SAS, coadyuvada por AXA Colpatria Colpatria Seguros S.A., entre otras, solicitó como pruebas el decreto de dos dictámenes periciales. El primero, para demostrar con el registro en la contabilidad de la contratista la manera extemporánea e incompleta de los pagos que estaban a cargo del municipio, la forma en la que esa empresa se vio afectada, determinar el porcentaje de ejecución del contrato, la afectación en la caja o liquidez de la compañía por causa de eso incumplimientos en los pagos, dado su efecto en el flujo requerido para la obra. Y el segundo dictamen pericial, se requería para demostrar, con medición técnica – en ingeniería y arquitectura- cuál era el porcentaje que había alcanzado la ejecución del contrato, con lo cual se pretendía desvirtuar lo afirmado por la contratante y por la interventoría, teniendo en cuenta la evidente contradicción entre ellas, como se observa en la resolución de caducidad, con respecto de la cantidad de obra realizada.

Así mismo, se pretendía demostrar lo que se encontraba pendiente, lo cual era fundamental para la comprobación del avanzado nivel de ejecución del contrato por parte de la contratista. Adicional a lo expuesto, estas pericias hubieran permitido comprobar que las obras satisfacían las especificaciones técnicas previstas en los pliegos, la licitación y el contrato en general, incluida la propuesta respectiva.

Sin embargo, pese a que tales pruebas eran esenciales para la adopción de la decisión final, injustificadamente fueron negadas. Lo mismo ocurrió con las pruebas solicitadas por que las aseguradoras que represento, las que fueron rechazadas sin argumentos válidos o sin fundamentos.

En efecto, pues el municipio se limitó a sostener, sin razón y escuetamente, que desconocía o incluso que, no entendía lo que con ellas se pretendía probar por parte del Concesionario Sociedad Vías de Cali SAS, y lo propio sucedió con respecto a los peritazgos pedidos por Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., y la petición o coadyuvancia por parte de AXA Seguros Colpatria, S.A..

Efectivamente, pese a las sendas peticiones de pruebas que se hicieron, y que ellas fueron suficientemente fundamentadas, no fueron decretadas, configurándose la vulneración a los derechos al debido proceso y a la defensa, ya que se les frustró su intención de controvertir las pruebas obrantes o esgrimidas por la contratante en el proceso que estaba adelantando, en particular el citado informe de interventoría, por tanto



se resalta que la actuación de la administración al declarar la caducidad del contrato, se hizo en detrimento de la verdad.

Sobre la observancia del debido proceso en este tipo de procedimientos sancionatorios, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

*"(...)En efecto, la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas, incluyendo la contractual, es de tal trascendencia para la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material, que su proyección en ellas tiene los siguientes alcances: [i] ser oído antes de que se tome la decisión; [ii] participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; [iii] ofrecer y producir pruebas; [iv] obtener decisiones fundadas o motivadas; [v] recibir notificaciones oportunas y conforme a la ley; [vi] tener acceso a la información y documentación sobre la actuación; [vii] **controvertir los elementos probatorios antes de la decisión**; [viii] obtener asesoría legal; [vii] tener la posibilidad de intentar mecanismos contra las decisiones administrativas (...) Conocidas en forma sucinta la noción y condiciones materiales de configuración de la facultad exorbitante de declarar la caducidad de un contrato, y teniendo en cuenta que se trata de una sanción cuya imposición tiene la potencialidad de lesionar derechos subjetivos de los contratistas, es indiscutible, según se vio, que su ejercicio implica que se garantice el derecho constitucional al debido proceso (...)"*.<sup>27</sup>.

En resumen, lo pretendido con las aludidas pruebas, injustamente rechazadas, era la demostración de los siguientes aspectos:

**1.- Con la prueba pericial o de inspección a los libros de contabilidad del concesionario,** se hubiera podido identificar si efectivamente, tal y como lo argumentó el contratista en su defensa, la situación financiera del concesionario en ese momento, se debía al incumplimiento del pago oportuno de los recursos que le correspondía entregar al Municipio de Santiago de Cali en ejecución del contrato, situación de gran relevancia, pues necesariamente la comprobación de tal situación, habría generado la modificación de los planteamientos del municipio de

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18394.



Santiago de Cali respecto de la responsabilidad que se le atribuyó al contratista respecto del presunto incumplimiento del contrato, constituyéndose no solo en un hecho irresistible catalogado como fuerza mayor, como se explicará más adelante, sino precisamente como el incumplimiento que se encuentra demostrado en cabeza de la entidad convocada, quien ante su desatención de las obligaciones económicas que le correspondían, precisamente generó el retraso en las obras que posteriormente presentó como imputables al contratista afianzado por las aseguradora que represento. Retraso que en efecto incidió en la situación del consorcio.

Es de anotar que, en estricto sentido esta prueba debía referirse a la designación de un perito que revisara y verificara los libros del contratista, y los antecedentes administrativos y de ejecución del contrato, para que determinara los incumplimientos del contratante en la ejecución del contrato.

Del mismo modo, era útil dicha prueba, para determinar si el presunto incumplimiento del contratante generaba una agravación del hecho asegurado, ya que el amparo otorgado por las aseguradora que represento en virtud de la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 8001035590, se generó bajo el entendido de que el contratista contaría con los pagos puntuales que la administración ofreció y pactó en el contrato, situación que no ocurrió.

En ese sentido, el incumplimiento de las obligaciones económicas por parte del municipio convocado durante la ejecución del contrato, las cuales fueron reiteradas, deja en evidencia que la administración puso al contratista en la situación de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que conlleva a su vez, necesariamente a la terminación del contrato de seguro, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de Comercio; situación que genera la nulidad de los actos administrativos que se demandan, pues la desatención por la administración de dicha disposición normativa, genera su quebrantamiento, tal como se explicará más adelante.

**2.- La prueba pericial al avance de ejecución del contrato**, que tampoco fue decretada, pretendía demostrar el porcentaje de ejecución del contrato y su consecuente porcentaje presuntamente incumplido, lo cual era indispensable para la aplicación correcta de la sanción que finalmente la convocada terminó

imponiendo de manera ilegal, es decir, no solo para cuantificar la pena, sino para cumplir con los presupuestos legales que exige el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que fueron obviados en el trámite sancionatorio adelantado por la Secretaría de Infraestructura y Valorización.

Sin embargo, en toda la actuación administrativa se insistió por el Municipio convocado en la negación de dichas pruebas por considerarlas impertinentes e inconducentes, lo cual resulta absurdo porque se da fe y valor de testimonios de personas involucradas en los proyectos, pero no se trata con la misma proporcionalidad pruebas de carácter técnico-científico que hubieran podido arrojar más luces al caso. Es decir, la Secretaría de Infraestructura basó el material probatorio de este proceso bajo un esquema de tarifa legal, dándole más valor a unas pruebas que a otras, sistema que como lo ha dejado en claro la jurisprudencia, está totalmente proscrito de nuestro ordenamiento jurídico. Y peor aún, rechazando nuestras peticiones sin justificación pertinente alguna.

Dicha situación, puede advertirse en uno de los apartes de la Resolución No. 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017, aquí atacada, en el que se expresó:

*“Una vez analizada la solicitud de pruebas, la Secretaria decretó parcialmente la prueba testimonial y denegó motivadamente por inconducentes e impertinentes demás. Luego de la decisión de las pruebas a practicar, se señaló fecha para la continuación de la audiencia para el día 18 de julio de 2016 a las 9:00 a.m. citándose igualmente en esa fecha a los testigos.”*

El mismo acto administrativo deja en evidencia la vulneración de derecho de defensa de las aseguradoras que represento y el contratista, quienes no tuvieron la oportunidad de que las pruebas solicitadas fueran decretadas y practicadas, puesto que bajo los criterios infundados de la administración, se consideró que eran inconducentes e impertinentes, situación que como se explicó en párrafos anteriores, dista de la realidad, puesto que la necesidad de la práctica de las mismas era imprescindible para el esclarecimiento de los hechos que se le estaban imputando al contratista, quien al contrario de lo que afirmó la Alcaldía aquí convocada en su momento, se encontró respecto de un contratante que incumplió sus obligaciones económicas y precisamente generó las consecuencias

nefastas para la cabal ejecución y cumplimiento del objeto concertado, además de las graves afectaciones al bien e interés común que con dicho contrato se quería beneficiar.

Aunado a lo anterior, y contrario a las falsas afirmaciones de la Secretaría de que nuestra actuación fue extemporánea, insistimos durante todo el procedimiento para la práctica de las mismas, e inclusive, en la diligencia del 16 de febrero de 2017, se insistió en el acompañamiento del Ministerio Público para acreditar las garantías procesales pertinentes, pero esto nunca se materializó, lo cual constituye un flagrante atentado contra el debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa.

De acuerdo a lo expuesto es claro que la Secretaria de Infraestructura y Valorización restringió y vulneró el derecho de defensa y al debido proceso de mis representadas al no haber decretado y practicado las pruebas solicitadas en su debido tiempo, las cuales, contrario a lo aducido por la administración eran pertinentes y conducentes, debiéndose observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, en concordancia con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas del orden constitucional y legal. En ese sentido, la norma contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, es aplicable a los procesos sancionatorios adelantados por la administración, en cuanto a la observancia y aplicación de las siguientes garantías sustanciales y procesales: derecho de defensa (derecho a ser oído, a presentar y controvertir pruebas).

Corolario de lo anterior, nótese que hacen parte del derecho a la defensa, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa, aspecto que también fue trasgredido por el Municipio de Santiago de Cali quien pese a la complejidad de la decisión adoptada en el acto administrativo sancionatorio, fue renuente a la solicitud de aplazar la audiencia para presentar los respectivos recursos de reposición, para lo cual, se solicitó diferir la sustentación de los mismos para el día siguiente. Empero, la Secretaria de Infraestructura y Valorización desecho sin ningún argumento jurídicamente válido la petición efectuada, lo que en efecto, impidió al consorcio como a las garantes ejercer plenamente su derecho a la defensa, máxime cuando el término para sustentar

los respectivos recursos de reposición se limitó a tan solo 20 minutos por cada interviniente, término que en atención a la importancia del asunto resultaba insuficiente e irrisorio.

Aunado al tiempo que había transcurrido en el desarrollo de la misma, tal como puede constatare en el audio que se aporta como prueba, ya que fue a altas horas de la noche (media noche) que se presentaron los recursos de reposición, habiendo iniciado la misma a las 9:00 de la mañana, Así el término concedido por la administración de hora y media para preparar el recurso resultó inane para realizar una defensa adecuada, acorde con los reparos consignados en el acto administrativo sancionatorio, cuando el mismo consta de 54 hojas, para lo cual se requería de un análisis minucioso, en particular, por las consecuencias que genera la declaratoria de una caducidad, entre ellas, la muerte contractual del concesionario, quien queda inhabilitado para contratar con el Estado por el término de cinco (5) años.

Respecto de la aplicación del principio de prevalencia de los derechos fundamentales en las actuaciones administrativas, el Consejo de Estado en Sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente (22395), con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio, se pronunció de la siguiente manera:

*"Si bien la presunción de legalidad de los actos administrativos y los principios de celeridad y eficacia (D.001 de 1984 art. 3º.) podrían respaldar la imposición de sanciones de plano en defensa del interés general (C.P. art.1), la prevalencia de los derechos fundamentales (C.P. arts. 85 y 86) y la especificidad del principio de presunción de inocencia aplicable al ámbito de las actuaciones administrativas (C.P. art. 29), hacen indispensable que la sanción sólo pueda imponerse luego de conceder al interesado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.*

(..)

En consecuencia, carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, en razón del desconocimiento que ello implica de los principios de contradicción y de presunción de inocencia, los

cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso".<sup>28</sup>

(Subrayas propias).

En virtud de lo anterior, se concluye que el Municipio de Santiago de Cali – Secretaria de Infraestructura y Valorización, vulneró el derecho a la defensa y al debido proceso al:

1. Negarse a práctica de pruebas periciales solicitadas dentro del término legal, las cuales resultaban necesarias, pertinentes y conducentes para controvertir los distintos informe de interventoría, pruebas que además darían cuenta del porcentaje real de ejecución del contrato, así como, dejarían en evidencia el incumplimiento por parte del Municipio de Santiago de Cali de los cronogramas de pagos, lo cual, en efecto incidió en las finanzas del Consorcio, como se expondrá más adelante.
2. El derecho de defensa y contradicción no puede entenderse solo desde el punto de vista netamente formal, por el contrario, debe garantizarse su ejercicio material. Entonces, no basta con anunciar una etapa probatoria, cuando no se le permite al contratista o a las garantes controvertir las pruebas, que para el *sub examine*, corresponde particularmente al informe de interventoría, el cual se erige como fundamento para la declaratoria de la caducidad, si ello es así, nos encontramos ante una evidente vulneración de los derechos enunciados.
3. La negativa a otorgar el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa de mis representadas al momento proponer los recursos de reposición contra la resolución que declaró la caducidad del contrato, sin duda alguna constituye una transgresión al derecho en mención, cuando tan solo se otorgó hora y media para preparar y sustentar el recurso, para lo último tan solo se concedió 20 minutos, pese a la complejidad del asunto, a lo gravoso de las consecuencias de su declarativa al tiempo duración de la audiencia la que inicio a las 9 de la a.m. y terminó en la madrugada.
4. La protección del interés público que gobierna la contratación estatal no puede servir de justificación para que la administración vulnere los derechos fundamentales como el derecho de defensa, contradicción y debido proceso. Pues si bien, la potestad sancionadora de la administración pública, se enmarca en la

---

<sup>28</sup> Sentencia T-145/93.

prerrogativa del poder que se le *otorga* a la autoridad de la entidad estatal para la consecución de sus intereses generales, sin embargo no le está permitido desconocer derechos de estirpe constitucional.

En consecuencia, resulta evidente la vulneración del derecho a la defensa y debido proceso de las convocantes, razón por la cual, los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad al haberse desvirtuado su presunción de legalidad.

**3.- LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS SE EXPIDIERON CON FALSA MOTIVACIÓN, POR VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL AL HABERSE IMPUESTO LA CADUCIDAD COMO SANCIÓN ADMINISTRATIVA CUANDO NO EXISTÍAN CAUSALES PARA DETERMINAR LA MISMA; E IGUALMENTE POR INOBSERVANCIA DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011; ASI COMO POR DESVIACIÓN DE PODER.**

**3.1.- LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS SE EXPIDIERON CON FALSA MOTIVACIÓN QUEBRANTANDO LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL AL HABERSE IMPUESTO LA CADUCIDAD COMO SANCIÓN ADMINISTRATIVA CUANDO NO EXISTÍAN CAUSALES PARA SU IMPOSICIÓN:**

Los actos administrativos demandados adolecen de nulidad al haberse declarado la caducidad sin la observancia de los requisitos contemplados en el artículo 18 de la ley 80 de 1993. En efecto, la Resolución mediante la cual se declaró la caducidad del contrato de concesión se encuentra falsamente motivada, por cuanto los supuestos incumplimientos no afectaban de manera grave y directa la ejecución del contrato estatal, los que, eran claramente imputables al incumplimiento del mismo MUNICIPIO de sus obligaciones contractuales, situación que contribuyó en gran medida a que tales incumplimientos se presentaran.

En el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, el legislador establece los presupuestos que deben acreditarse a efectos de la procedencia de la declaratoria de caducidad, en la aludida disposición normativa se señala:



*“(...) De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, **si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización**, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre (...)”* *negrillas fuera de texto.*

Del contenido de la aludida disposición es claro que se requiere para la imposición de la mentada sanción: (i) Que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que se puede conducir a su paralización, y (ii) Que dicho poder exorbitante se aplique en protección del interés general.

Sobre este tema, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado Sección Tercera<sup>29</sup>, se ha pronunciado así:

*“En síntesis, dentro de los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad de un contrato estatal se encuentran: i) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); ii) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); iii) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); **iv) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento**, y v) que se haya agotado el debido proceso, esto es, que su ejercicio esté precedido de audiencia del contratista”* *(Subrayas fuera de texto)*

Por otro lado esa misma Corporación<sup>30</sup>, manifestó:

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacios, 20 de noviembre de 2008, Radicación número: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031)

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente Eduardo Gil Botero, 24 de octubre de 2013, Radicación número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697)

*“Ahora bien, la caducidad comparte con los demás poderes exorbitantes la teleología de la protección al interés colectivo, de ahí que se trate de una prerrogativa a favor de la administración, cuya finalidad siempre será el beneficio general en la celebración de un contrato estatal. En ese orden de ideas, su declaración no puede ser arbitraria, ni constituir un mecanismo de protección y coerción de los servidores públicos. De hecho, sobre su finalidad se pronunció la Subsección B, de la Sección Tercera, en sentencia del 10 de marzo de 2011 -exp. 16.856-: “Para realizar los fines del Estado las autoridades públicas gozan de potestades constitucionales, legales y reglamentarias, entre ellas de la potestad de declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, por incumplimiento del contratista y en orden a la satisfacción del interés general comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual.” (...)” (negritas fuera de texto.)*

En el presente asunto resulta que la administración declaró la caducidad del contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.005-10, sin la observancia de los requisitos establecidos en el artículo 18 de la ley 80 de 1993, razón por la cual, dicho acto administrativo se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación, pues se itera, la administración Municipal desconoció las normas y parámetros que imperan en lo concerniente a la contratación estatal, aunado a la vulneración del derecho al debido proceso y defensa. Veamos:

**(i) Que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que se puede conducir a su paralización:** Pese a que no era claro el porcentaje de ejecución del contrato, tal y como ya se explicó dentro del trámite administrativo que se adelantó, para el ejercicio que se planteó ante las autoridades que finalmente suscribieron y emitieron los actos administrativos demandados, y que se plantea ahora en este escenario judicial, se toma como base lo indicado por la interventoría del contrato, quien estableció en una de sus tantas intervenciones en el procedimiento por caducidad que se adelantó, que el porcentaje pendiente por cumplir, correspondía al diez por ciento (10%) del total del contrato, porcentaje que a todas luces no constituyó un incumpliendo de gran magnitud, ni afectó gravemente la ejecución del contrato. Ese 10% sobre el 100% por ciento del contrato, se constituye como la parte final del contrato, por lo tanto, la administración no

podía afirmar que se estaba ante un incumplimiento grave que impidiera el desarrollo del mismo, cuando casi la totalidad de las obras que componían el objeto contractual, se encontraban terminadas y al servicio de la ciudad de Santiago de Cali.

En cuanto a las actividades que la entidad determinó como incumplidas y que fue la causa aparente de la declaratoria de caducidad, se debe advertir que las mismas no eran graves ni conllevaban a la paralización total del contrato, ni daban lugar a la medida extrema de imponer la pena máxima al contratista, además, por cuanto las obligaciones presuntamente incumplidas se reducían a las actividades previstas en el último de los OTRO SI suscritos por las partes del contrato, y no a la totalidad del mismo.

Lo anterior es relevante, por cuanto la caducidad se aplica respecto de la totalidad del contrato, siendo desproporcionado haber aplicado la muerte al contratista y al contrato mismo, cuando éste se encontraba cumplido por lo menos entre un 90% y 95%, y cuando las obligaciones en que se sustentó la sanción, correspondían a actividades establecidas en un OTRO SI al contrato y no a las previstas en el contrato inicial, lo que permite deducir su improcedencia. Así mismo, resultaba evidentemente desproporcionada la sanción de caducidad aplicada, cuando ya el objeto del contrato había avanzado casi en su totalidad (90%).

Para mayor sustento de lo señalado en el párrafo precedente, me remitiré a las actividades que señaló incumplidas la Secretaría de Infraestructura y Valorización, así:

- a. **Eventual incumplimiento del cronograma de obra.** Al respecto, es preciso señalar que si existió un cronograma de obra del contrato, y lo que quedaba pendiente era la discusión sobre los ajustes frente al cronograma del Otrosí No. 12 al contrato, por parte del concesionario y la interventoría.
- b. **Eventual incumplimiento en la terminación de las obras de construcción contratadas. Eventual incumplimiento en la entrega de estudios y diseños de las obras contratadas. Eventual incumplimiento en la constitución y fondeo de la subcuenta de la interventoría. Eventual incumplimiento en la entrega de información al interventor y al municipio. Eventual incumplimiento en las especificaciones técnicas en las obras de construcciones y las obras para redes.** En similar sentido que el anterior, todas estas actividades fueron establecidas

en el OTRO SI No. 12 al contrato de concesión, que se constituye como un último capítulo del contrato de concesión, que estaba cumplido en un 90%.

**c. Eventual incumplimiento en la constitución y conservación de las garantías.**

Para el mes de octubre de 2016, ya existía un certificado de la aseguradora en el que indica que se cuenta con la cobertura exigida de RCE. Por lo tanto, se constituyó en un hecho superado.

Queda demostrado entonces que, las actividades y el porcentaje pendiente por cumplir, no ameritaba la caducidad como sanción administrativa, pues dichos incumplimientos no tenían la entidad suficiente para paralizar el contrato o de inviabilizar su ejecución. Sin perjuicio del hecho claro de la inexistencia de los deprecados incumplimientos, debe resaltarse que fue la administración quien incumplió las obligaciones pactadas contractualmente, concretamente en lo referente al cronograma de pagos, tanto en la etapa preconstrucción, construcción y de conservación, lo que en efecto incidió en las finanzas del Consorcio, configurándose la excepción de contrato no cumplido, la que según el Consejo de Estado ha permitido su aplicación trayendo como consecuencia que se desdibuje el incumplimiento del contratista, lo cual, necesariamente deviene en la imposibilidad de declarar la caducidad al desaparecer unos de los requisitos que exige el artículo 18 de la ley 80 de 1993 para su procedencia.

**(ii) Que dicho poder exorbitante se aplique en protección del interés general:** El artículo 3 de la Ley 80 de 1993, establece: *"(...) Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines."*

En este punto, haré referencia a la inconveniencia de la caducidad como sanción en el caso concreto, además de la flagrante vulneración y quebrantamiento del interés general como pilar de la contratación estatal, pues no obstante estar demostrada la inviabilidad de la caducidad como sanción en el presente caso, es pertinente exponer a continuación los argumentos de inconveniencia de la aplicación de esta pena máxima al contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, en los siguientes términos:

Como era de conocimiento de la administración contratante, la consecuencia inmediata de la aplicación de la caducidad como sanción equivale a la muerte no solo del contratista sino del contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, lo que implicaba para la

60

Secretaría de Infraestructura y Valorización, abrir un nuevo proceso de selección, lo cual procesalmente no cumple con el principio de economía, y tampoco es favorable a los intereses económicos del Municipio. Máxime cuando el contratista estaba presto para agotar el objeto contractual.

Sin embargo, absurda fue la afirmación de la administración al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo declaratorio de caducidad, en relación con la manifestación respecto a lo costoso que puede resultar para la ciudad adelantar un nuevo trámite licitatorio, cuando manifestó que eran *"apreciaciones subjetivas sin ningún soporte que establezca el costo para el municipio"*. De ella puede interpretarse que al contrario, esta caducidad era conveniente porque sería mucho menos costosa para el Municipio. Sin embargo se desconocen los presupuestos serios de dicha afirmación, pues la secuencia fáctica indica lo contrario.

Lo anterior, sin contar que existe gran dificultad en encontrar un contratista que quiera desarrollar un contrato que le falta máximo un 10% de ejecución, y responder por el 90% ya ejecutado y sus ajustes finales; situación que sin duda puede tornarse más onerosa, a la vez que, la materialización de dicha dificultad en la consecución de los proveedores interesados, sí conduciría a la paralización de las obras.

Por lo tanto, es el Municipio de Santiago de Cali a través de la Secretaría de Infraestructura y Valorización, quien con la adopción de la medida tomada dentro de los actos administrativos demandados, ciertamente no cumplió con la obligación de velar por el interés general, generando la efectiva paralización de las obras, al incurrir en sobrecostos y someter a la administración pública a mayores trámites administrativos, lo cual está en contra de los principios de economía y celeridad, que deben regir las actuaciones administrativas.

Así pues, pese a la decidida intención del Consorcio de terminar la ejecución del contrato, para lo cual en todo momento presentó fórmulas de arreglo, la administración decidió confirmar la decisión, quebrantando de manera grave y flagrante el interés general y con ello los fines estatales que se pretendían cumplir con el contrato de concesión.

Por el contrario, las motivaciones plasmadas en los actos administrativos atacados no se acompañan con la realidad contractual, avizorándose una evidente falsa motivación. Además la misma se declaró a tan solo dos días de vencer el plazo contractual, lo que

hace inferir que las razones por las cuales la administración expidió los actos administrativos que se demandan con vulneración al derecho de defensa y al debido proceso más que los incumplimientos que supuestamente paralizarían la ejecución del contrato sería la pérdida de competencia para su declaratoria, máxime cuando administración había hecho pública la decisión de declarar la caducidad del contrato, sin que se hubiese concluido el trámite del proceso sancionatorio.

### **3.2.- FALSA MOTIVACIÓN: INOBSERVANCIA DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011:**

Las Resoluciones objeto del presente medio de control se encuentran incursas dentro de la causal de nulidad de falsa motivación, al haberse expedido omitiendo lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, el cual en su aparte pertinente, dispone:

***Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.** Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...)*

*NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-499 de 2015.*

Nótese que la disposición normativa establece como requisito para adelantar dicho procedimiento, la necesaria cuantificación de los perjuicios. Empero, la administración Municipal olvidó realizar la cuantificación de los supuestos perjuicios en la citación a la audiencia de declaratoria de caducidad, no siendo de recibo lo argüido en la Resolución No. 415.1.0.21.0137 de febrero 16 de 2017 en lo referente a la solicitud de nulidad presentada ante la omisión de cuantificar los perjuicios en la aludida situación. En efecto, en el referido acto administrativo se consignó:

*“(…) Aunque la nulidad no aparece consagrada de manera expresa por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1474 del 2011, lo que lleva a entender que la administración carece de competencia para hacer un pronunciamiento en esa dirección,*



*conviene dejar dicho a manera de conclusión que no se observan irregularidades que puedan comprometer desde el punto de vista formal las actuaciones desplegadas hasta la fecha, ni motivos para sostener que se esté afectando el derecho de defensa de las partes interesadas. (...)” (Subrayas fuera de Texto)*

Es completamente falaz dicho argumento, en tanto que la administración no carece de competencia para efectuar pronunciamiento frente a la solicitud de nulidad, pues si bien dentro del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, no se encuentra expresamente consignado y en la ley 80 de 1993, no consagra un procedimiento expreso para declarar la caducidad, no puede olvidarse que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció un procedimiento administrativo Sancionatorio general, el cual será aplicable a los procedimientos especiales en lo no previsto en aquellas normas. Lo anterior significa que, ante los vacíos o lagunas que se presenten en las actuaciones contractuales de carácter sancionatorio (en este caso la declaratoria de caducidad) la autoridad administrativa debe llenarlos, en primer lugar, con las disposiciones de la ley 1437 de 2011 que regulan lo referente al procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 47 a 52) y, sólo en aquellos eventos en los que las lagunas sigan presentándose, acudir al procedimiento administrativo general consagrado en el mismo cuerpo normativo.<sup>31</sup> Luego, en atención a lo dispuesto en el primer inciso del artículo 47 de del CPACA, resulta viable dar aplicación a la primera parte de dicho código.

La cuantificación que se echa de menos, constituye sin duda alguna una irregularidad que bien pudo subsanarse según lo dispone el artículo 41, ibídem que estatuye *“la autoridad, en cualquier momento anterior de la expedición del acto de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirarla.”* Por ello se considera que la administración si podía pronunciarse frente a la solicitud de nulidad, la cual se presentó con fundamento en el debido proceso que debe imperar en toda actuación administrativa. Máxime cuando se está frente a la potestad sancionatoria del Estado, para así evitar la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de los implicados.

---

<sup>31</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 22 de octubre de 2012 C.P Enrique Gil Botero. Exp. 20738

Es claro que la citación a la audiencia donde se establece el pliego de cargos, nunca se identificó de forma clara, precisa, técnica y más allá de toda duda razonable, el porcentaje de incumplimiento por parte de la Entidad, y tal y como se demostró en las pruebas testimoniales rendidas dentro del proceso, existió una diferencia de criterio del interventor y del contratista sobre el porcentaje de obra ejecutado a la fecha, ya que el primero señaló que se había ejecutado el noventa por ciento (90%) del total del contrato, mientras que el segundo manifestó que el noventa y seis por ciento (96%) del total del contrato. Así mismo, existen discrepancias de carácter técnico frente a los parámetros que cada una de las partes en mención, utilizó para dicha medición porcentual.

Sin embargo, y de una forma muy pintoresca, la Secretaría de Infraestructura concluyó en la página 52 de la Resolución No. 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017, lo siguiente:

*“Es importante resaltar que en el día de hoy la interventoría reiteró que el porcentaje de avance de obra en términos globales, teniendo en cuenta todas las obras contratadas, **corresponde al 81%**, desvirtuándose técnicamente la tesis que sostiene que las obras construidas corresponden a un porcentaje igual o superior al 90%.”*

Así las cosas, podemos analizar dos puntos relevantes: el primero, es que el interventor nunca, durante este proceso, fue un participante imparcial, ya que siempre estuvo a la expectativa de tomar todos los elementos suficientes con el fin de declarar la caducidad de este contrato, objetivo que claramente se vio materializado por parte de la Secretaría de Infraestructura; en segundo lugar, podemos ver que esta entidad tomó únicamente el criterio del interventor, quien a pesar de entregar sus informes, no manifestó en ningún momento de forma técnica, científica, comprobable y sobre todo, imparcial, que evidentemente, el cumplimiento de obras había sido del 81%.

Ahora, es menester traer a colación lo aducido en lo referente a la cuantificación del perjuicio por la Corte Constitucional, Sentencia C-499 de 2015 con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, en la que al evaluar la constitucionalidad del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, señaló:

*“(…) el derecho a un debido proceso, para destacar su aplicación en las actuaciones judiciales y administrativas, con las particularidades de cada una de ellas conforme a su finalidad; el principio de buena fe, para precisar su sentido y señalar que la presunción de buena fe admite prueba en*

contrario y que en algunos casos excepcionales es posible presumir la mala fe; y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, para poner de presente la función instrumental que tienen éstas respecto de aquél. A partir de estos parámetros, se descendió al caso concreto (i) para advertir que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato estatal debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal, luego haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra; (ii) **para indicar que ni la existencia de los perjuicios ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio, que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe;** (iii) **para constatar que, al fundarse en pruebas, la cuantificación de los perjuicios obedece a la realidad de la ejecución del contrato y, en modo alguno, comporta la prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial;** y (iv) para destacar que el procedimiento administrativo en su trámite y, en especial, en cuanto atañe a la práctica, controversia y valoración de las pruebas, no desconoce el derecho a un debido proceso.”

En consecuencia, tanto la resolución que declaró la caducidad del contrato, como la que resolvió el recurso de reposición se encuentran viciadas de nulidad por falsa motivación al desconocer lo estipulado en el artículo 86 Ibídem, en el entendido que la cuantificación de los perjuicios se hizo sin considerar la realidad de la ejecución del contrato al impedirse a los sujetos pasivos de la sanción controvertir la prueba en la cual se basó la entidad al momento de imponer la sanción, desconociendo a su vez el contenido del artículo 40 del CPACA “Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales (...) al igual que el literal d del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En ese orden de ideas, resulta infundado y contrario a derecho el argumento esgrimido por el Municipio de Santiago de Cali en lo referente a la supuesta extemporaneidad en la solicitud de pruebas y por demás, contrario a derecho, quien alude que el debate probatorio cerró el 17 de noviembre de 2016, desatendiendo las normas en comento, las cuales, son diáfanas al establecer que podrá solicitar la práctica de pruebas hasta antes

que se profiera decisión de fondo, esto es, hasta momentos antes que se dicte el acto administrativo que declare la caducidad del contrato. En otras palabras, nos encontramos bajo la causal de nulidad de falta de aplicación del artículo 40 del CPACA y literal D del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.<sup>32</sup>

Con la falta de aplicación de las referidas normas, se itera se incurrió en una falsa motivación, tornándose la decisión adoptada en absurda, intransigente y sin ningún presupuesto fáctico o jurídico relevante, pues daba a entender que todo concepto del interventor del contrato se materializaba en verdad irrefutable.

En este orden de ideas, era indispensable que la administración hubiera concedido la prueba pericial solicitada por el Concesionario y por AXA COLPATRIA, a efectos de determinar el porcentaje de ejecución del contrato y consecuentemente el porcentaje de obra incumplido, no solo con el fin de atender lo ordenado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sino para que la cláusula penal pudiera graduarse en virtud de la proporcionalidad derivada de la cuantificación exigida por la norma en mención.

En cuanto a la cláusula penal, esta se constituye en principio en la tasación anticipada de los perjuicios en virtud de la declaratoria de caducidad o incumplimiento definitivo de un contrato. Frente a la tasación de la cláusula penal el Consejo de Estado, expresó:

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

---

<sup>32</sup>Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

*de perjuicios, y que la entidad esté exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene lla competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen. (...)*<sup>33</sup>

De esta manera, si la entidad sancionadora ni siquiera tenía claro un porcentaje de incumplimiento, mucho menos podía cuantificar los perjuicios del procedimiento, pues ¿con base en qué se iba a calcular un perjuicio que no se logró comprobar de forma técnica? Por tal razón, la administración incurrió en una falsa motivación, al no haber cumplido todos y cada uno de los requisitos exigibles por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, especificándose en la cuantificación del perjuicio, por lo que solicitamos que este reparo se tenga en cuenta para la revocatoria de los citados actos administrativos.

En consonancia con lo anterior, y a fin de dejar total claridad sobre la falsa motivación de la que adolecen los actos administrativos demandados, es preciso recordar que la Constitución Política en su artículo 29 consagra el derecho fundamental al debido proceso, que debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Derivado de lo anterior, los actos administrativos tienen presupuestos de existencia y validez so pena de ser declarados nulos conforme al artículo 138 del C.P.A.C.A. Estos elementos son clasificados en internos y externos. Los primeros se refieren a las formalidades que debe tener todo acto administrativo y, los segundos, pretenden dar a conocer los motivos, objeto y finalidad, lo que hace que el administrado pueda controvertir o acoger lo expresado en ellos.

La exposición de motivos es una exigencia que se deriva del debido proceso y el derecho de defensa que garantiza la transparencia del ejercicio de la actividad pública, y permite al afectado conocer lo que se pretende con el acto notificado. En consonancia con ello, el artículo 42 del C.P.A.C.A. dispuso al respecto:

*“Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, **se tomará la decisión, que será motivada.***

---

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)



*La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.”*

De conformidad con la disposición en cita, los actos administrativos que contengan decisiones que afecten a los particulares deben motivarse al menos de forma sumaria, pues el análisis de los hechos y razones que fundamentan la decisión garantizan el derecho de defensa y de audiencia en contra de quien se profiere la providencia y enmarcan en este caso, el contenido de la discusión. Por lo tanto, los motivos de los actos administrativos constituyen un elemento estructural y su ausencia o la falsa motivación generan la nulidad del acto, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A.

Sobre esta causal de anulación el Consejo de Estado ha precisado que “(...)es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad.”<sup>34</sup>

Ahora bien, tal y como se explicó en líneas precedentes al inicio de este acápite, encontramos que tanto la Resolución No. 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017, como la Resolución No. 4151.0.21.0139 del 16 de febrero de 2017 proferidas por la Secretaría de Infraestructura y Valorización de la Alcaldía de Santiago De Cali, son actos administrativos nulos ya que en ninguno de sus manifestaciones de la parte considerativa de los actos administrativos se deja expresa constancia por parte de la Alcaldía de Santiago de Cali – Secretaria de Infraestructura de respecto de las razones que llevaron a considerar que definitivamente el porcentaje de avance de las obras correspondió al 81%, puesto que como se plasma precisamente en la Resolución No. 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017, se deja en evidencia no sólo la ligereza con la cual se estableció que ese era el supuesto avance de porcentaje de la obra, sino también la falta de rigor científico con el que se aceptó únicamente el criterio expresado por el interventor, desechando completamente las solicitudes de pruebas presentadas por el contratista, así como los argumentos expuestos sobre el particular.

---

<sup>34</sup> Sentencia del 8 de febrero de 2007, expediente 15298, CP. María Inés Ortiz Barbosa.



Así entonces, se puede vislumbrar que el procedimiento que debió seguir la entidad administrativa para declarar el incumplimiento del Contrato era el plasmado en las normas imperantes en la materia, y no el actuar desprovisto de cuidado, oportunidad y respeto al debido proceso que adelantó la entidad territorial convocada, expidiendo entonces actos administrativos que carecen de la motivación suficiente para generar los efectos jurídicos que se pretendieron.

### **3.3.- LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS FUERON EXPEDIDOS CON DESVIACIÓN DE PODER POR PARTE DE LA AUTORIDAD MUNICIPAL**

Tal como se ha mostrado en líneas anteriores, el Municipio de Santiago de Cali al proferir los actos administrativos contractuales derivados del Contrato de Concesión No.4151.1.14.26.005.10, incurrió en sendos yerros y transgresiones no sólo de las normas en materia procesal, sino también en la violación de diferentes disposiciones normativas que gobiernan tanto los procesos contractuales, como lo concerniente al contrato de seguro. A ello se le suma la flagrante violación de los derechos fundamentales del debido proceso y el derecho de defensa de los sujetos procesales que se vieron inmersos dentro de la acción en comento.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha definido la “Desviación de poder” como causal de nulidad de los actos administrativos, de la siguiente manera:

#### *“DESVIACION DE PODER-Naturaleza*

*El vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia.”<sup>35</sup>*

---

<sup>35</sup> Sentencia C-456/98

Así entonces, encontramos que todas las anteriores situaciones de hecho y derecho que se han puesto de presente en anteriores acápite, configuran por sí solas las causales de nulidad que se han explicitado, pero no puede dejarse de lado que también se erige de manera clara y contundente la desviación de poder en la que incurrió el ente de control con la expedición de dichos actos administrativos, puesto que en ejercicio de sus poderes o atribuciones fiscales, actuó en contravía del propósito que le ha sido encomendado constitucionalmente, es decir, contrario a los intereses públicos y sociales; máxime que la argumentación presentada dentro de tales providencias, están viciadas por la falta de motivación que se explicitó en líneas anteriores.

En otras palabras, la transgresión de los principios que orbitan respecto de la contratación estatal, especialmente en lo referente a la prevalencia del interés público, se observa claramente al aplicarse la sanción de caducidad del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.005-10, sin argumentos suficientes para ello, cuando la intención del contratista era terminar el 10% restante del objeto del mismo.

#### **4.- VULNERACION DEL ARTÍCULO 1609 DEL CÓDIGO CIVIL “EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS”**

El artículo 1498 del Código Civil establece que los contratos de carácter conmutativo o sinalagmático son aquellos en los cuales cada una de las partes se obliga frente a la otra a dar o hacer una cosa que se considera equivalente a lo que ésta debe dar o hacer a su vez.

De ésta forma y teniendo en cuenta que éste tipo de relaciones negociales se funda en la equivalencia o reciprocidad de las prestaciones a cargo de cada una de las partes contratantes, lo que se procura es mantener el equilibrio y la simetría de los intereses de cada una de ellas, para lo cual se han creado algunos mecanismos <sup>36</sup> que pueden ser empleados ante un incumplimiento contractual.

---

<sup>36</sup> Como medios de defensa de las partes en los contratos de carácter sinalagmático o conmutativo se encuentran la resolución del contrato por incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido, mecanismos cuya existencia no podía ser concebida por los romanos, quienes no consideraban que ante el incumplimiento contractual de una de las partes se pudiera ordenar la ejecución forzada o *in natura* de la prestación debida, razón por la cual ante el incumplimiento contractual el acreedor únicamente podía pretender una indemnización de carácter económico.

Así, se ha considerado que estas dos figuras son relativamente nuevas al señalar “(...) se remiten al bajo medioevo, cuando se hizo presente la consideración del equilibrio en la ejecución de los contratos innominados: los canonistas adujeron el principio *non servanti fidem non est fides servanda* en tanto que los postglosadores se remitieron a la teoría

Así las cosas, en el evento en que en un contrato sinalagmático el contratante y el contratista incurran en incumplimientos recíprocos, es decir, que ambas partes no realicen las obligaciones contractualmente pactadas, se configura la excepción de contrato no cumplido o "*exceptio non adimpleti contractus*".

En efecto, al haberse establecido esta excepción en un mecanismo de defensa que puede ser esgrimido por cualquiera de las partes integrantes del contrato, en la que el uno de los contratantes deja de cumplir lo pactado mientras que el otro no se allane a cumplir su parte, presentándose entre los contratantes un mutuo incumplimiento.

Es fundamental manifestar que el H. Consejo de Estado en senda Jurisprudencia en tratándose de la declaratoria de la caducidad de un contrato estatal ha permitido la aplicación de la excepción de contrato no cumplido contenida en el artículo 1609 del Código Civil, así las cosas, en el evento que se acrediten las condiciones que den lugar a la excepción se desvanece el incumplimiento del contratista que fundamenta la declaratoria de la caducidad.

La excepción de contrato no cumplido "*exceptio non adimpleti contractus*" consagrada en el artículo 1609 del ordenamiento jurídico civil a su tenor literal reza:

**"ARTICULO 1609. MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES.** *En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*"

En virtud de lo dispuesto en el artículo anteriormente transcrito en un contrato bilateral el contratista no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando el co-contratante incumplió con las suyas. *Es decir, dentro de los efectos que produce la presencia de la excepción*

---

*de las excepciones...Se atribuye, con razón, al derecho canónico el origen de la excepción de inejecución, con pie en el brocárdico non servanti fidei non est fides servanda, en el que apoyaron BARTOLO y los demás postglosadores canonistas y civilistas para construir la figura de la exceptio non adimpleti contractus, que solamente sería afinada al término del siglo XVI", Hinestroza Fernando en "Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico" Vol. II, Ed. Universidad Externado de Colombia 2015, Págs 931 y 932.*

*de contrato no cumplido, está la imposibilidad para la Administración de ejercitar los poderes exorbitantes, como es el de declarar su caducidad*<sup>37</sup>.

En efecto, en el presente asunto el Municipio de Santiago de Cali incumplió con sus obligaciones propias, tanto en la etapa de pre construcción, construcción y conservación al no realizar los pagos trimestrales de conformidad con lo establecido en la cláusula 13.1.5.1, cláusula 13.1.5.2 y La cláusula 13.1.5.3 del Contrato, en el que se establece el cronogramas de pagos a cargo de la administración Municipal.

Así las cosas, resulta pertinente precisar que el Consorcio siempre estuvo dispuesto a cumplir sus obligaciones pese a la demora injustificada del Municipio de Santiago de Cali al momento de efectuar los pagos trimestrales. Entonces, la supuesta inejecución de las obligaciones a cargo del Consorcio no le son imputables a su responsabilidad, sino al MUNICIPIO convocado, quien con la mencionada dilación en los pagos contribuyó a la situación financiera del contratista, puesto que el retraso en los pagos efectivamente contribuyó a los retrasos en las obras, atraso que tienen sustento en unos hechos constitutivos de caso fortuito y fuerza mayor, al igual que a unas alteraciones y modificaciones en las cláusulas contractuales, como fue la negociación del terreno adjunto al Batallón Pichincha, las exigencias de los castrenses no contempladas inicialmente en el contrato, tales como, las condiciones especiales que debían adoptarse en el cerramiento de la vía, en atención a la seguridad del cantón milita. Aunado a estas exigencias, también se modificó las especificaciones técnicas del cerramiento para la ejecución de la obra, como el cerramiento que remplazaría el ya existente en el terreno del cantón militar, el cual debía hacerse por tramos no mayor a 100 metros. El Consorcio Vías de Cali a pesar del incumplimiento previo del Municipio de Santiago de Cali – Secretaria de Infraestructura y Valorización, de todas maneras estuvo presto y decidido a cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10 (Zona Sur), tal como se encuentra acreditado en el tramite sancionatorio, en el cual el contratista presentó diversas fórmulas encaminadas a concluir el objeto contractual.

Luego, al acreditarse que el incumplimiento de las obligaciones en principio del Municipio de Santiago de Cali, lo que, sin duda alguna incidió en el retraso de las obligaciones

---

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de marzo de 2001, Exp. 13415. La Sala también ha explicado que la mora de la entidad, como aquella que deriva del no pago oportuno del anticipo, le impide imponer multas y declarar la caducidad del contrato, Sentencia de 12 de diciembre de 1996, Exp. 9964; o el incumplimiento por falta de entrega de los planos de la obra por la entidad, Sentencia de 3 de marzo de 1994, Exp. 7223. Ellas reiteran la pauta jurisprudencial contenida en la Sentencia de 7 de abril de 1978, Exp. 1870.

asumidas por el Consorcio Vías de Cali, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1609 de Código Civil, en el que se trae como consecuencia al incumplimiento mutuo de las partes, que ninguno este en mora y por consiguiente ninguna pueda solicitar los perjuicios ni la cláusula penal que se haya estipulado ya que, como se deduce de los artículo 1594 y 1615 ibídem, para poder exigir perjuicios o la cláusula penal se requiere que el deudor incurra en mora, lo que en efecto en el caso que hoy nos atañe no sucede.

**5.- LA DIFÍCIL SITUACIÓN FINANCIERA DEL CONSORCIO VÍAS DE CALI S.A.S. SÍ SE CONFIGURÓ COMO UN MOTIVO DE FUERZA MAYOR QUE EXIME DE TODA RESPONSABILIDAD AL CONCESIONARIO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.**

La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista. El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.

En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue irresistible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado.

Sobre este particular, se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“En este contexto, entiende la Sala que para que se configure la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad contractual, en los términos del art. 1, de la ley 95 de 1890, es necesario que se trate de “... el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” Hay que anotar que, si bien la partes de un contrato pueden contemplar supuestos adicionales, no contenidos en la ley, constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, las de éste contrato decidieron acogerse a lo contemplado en dicha ley para efectos de determinar los supuestos configurativos de este fenómeno jurídico. De manera que la irresistibilidad y la imprevisibilidad del fenómeno, definen su configuración, exigencias a las cuales se debe agregar el hecho de que éste no resulte imputable a una de las partes del contrato, aspectos que se deben analizar en cada caso concreto. También resulta importante anotar que las causas constitutivas de la fuerza mayor bien pueden provenir de la naturaleza o de un hecho del hombre; lo importante es que cualquiera de ellos reúna las tres exigencias que se acaban de mencionar.”<sup>38</sup>*

La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes de carácter irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo. Es decir, que para el caso que nos ocupa, no le es imputable dicho incumplimiento a VÍAS DE CALI S.A.S. por dolo o culpa grave, pues la difícil situación financiera que afrontó el consorcio no obedeció a comportamientos negligentes, dolosos o gravemente culposos, sino que obedeció al incumplimiento del cronograma de pagos a cargo del ente territorial convocado tanto en la etapa de preconstrucción, construcción y conservación de las obras, así como la demora en la negociación del predio “Lote terreno 143 Plazas aproximadamente correg. Meléndez Napoles” el cual estaba a cargo del Municipio de Santiago de Cali, la cual, como consta en el acta No. 0495 del 17 de marzo de 2016, suscrita por el Comandante de la Tercera Brigada, que en el aparte pertinente me permito transcribir. “2. Que la alcaldía de Santiago de Cali, secretaria de infraestructura y valorización, mediante la resolución NO. 4151.0.21.1980, de fecha 15 de Agosto de 2013, aclarada mediante resolución No. 4151.0.21.2877 del 19 de noviembre de 2013 y modificada por la resolución No.

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Radicación 14781



4151.0.21.24626 del 23 de septiembre de 2015, por medio de la cual realiza una oferta de compra parcial de terreno y construcciones en el levantada por el concesionario vías de Cali SAS y gestiopolis SAS, para tal efecto se dispone la adquisición mediante enajenación voluntaria directa, después de tres años de negociaciones entre la administración del Municipio de Santiago de Cali y representantes del Ministerio de Defensa, en reunión realizada el 25 de agosto de 2015, se llevó al final del acuerdo de suscribir contrato de compraventa parcial de una área de terreno y construcciones afectadas por las obras de la ampliación y construcción de la carrera 80." Es de anotar sobre este aspecto que, en primer lugar que la negociación de la adquisición del terreno se encontraba a cargo del Municipio de Santiago de Cali, y en segundo lugar que, dicha negociación duró tres años, demora que de ninguna forma puede ser atribuida al Contratista.

Así mismo derivado de los sobrecostos de administración, personal y maquinaria, en los que afirma haber incurrido por la mayor permanencia en obra originada en hechos sobrevinientes que no le resultan imputables y que se presentaron por la falta de diseños y planos de la vía a construir (construcción del alcantarillado de aguas lluvias, imprevista realización de trabajos de protección de un poliducto, modificación a las redes de servicios públicos, construcción del colector final del alcantarillado y reparación de daños).

En virtud de las fluctuaciones del mercado (que a veces se constituyen en eventos irresistibles) constituyen a todas luces un motivo de fuerza mayor que no pueden desconocer. Solamente para tomar un ejemplo, podemos afirmar que la negociación de lotes en el Batallón Pichincha se convirtió en un fuerte punto de inflexión que no permitió el desarrollo de obras en esa zona.

Este fenómeno fue definido por el legislador como "...el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." - art. 1o de la Ley 95 de 1890 – La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que son normalmente previsibles los hechos "*que suceden en el curso ordinario de la vida*"

(sentencia del 31 de mayo 1965, G.J. CXI-CXII, pag. 126), o las “...*circunstancias normales de la vida*” (Sentencias del 13 de noviembre de 1962 y del 20 de noviembre de 1.989), o el que no sea “...*lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él*” (Sentencias del 5 de julio de 1.935 y del 7 de octubre de 1.993). El otro supuesto configurativo de la fuerza mayor, la irresistibilidad, se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto.

Sobre este particular, es claro que una crisis financiera, que no se veía venir (tanto así que se licitó y adjudicó bajo la modalidad de concesión, confiando la entidad que su inversión se vería reflejada positivamente) hicieron imposible la ejecución de la misma. Como prueba de ello se tiene los numerosos elementos probatorios que presentó la sociedad VÍAS DE CALI S.A.S., durante el trámite (contrario sensu a las falaces afirmaciones de la Secretaría que indicaba que nunca se probó esta crisis financiera) y los cuales se solicitaran como prueba en un eventual proceso judicial.

Lo anterior coloca al contratista en una causal eximente de responsabilidad denominada fuerza mayor y de igual manera opera unas de las exclusiones previstas en las condiciones generales de la póliza de Cumplimiento en favor de entidades estatales. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha establecido:

*“En la legislación Colombiana la ley 95 de 1890 define el caso fortuito junto con la fuerza mayor como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc” Esta disposición se redactó, como lo dice la doctrina, bajo el concepto de la teoría unitaria de la causa extraña, esto es, la tendencia que acepta la identidad entre el caso fortuito y la fuerza mayor, utilizada por nuestra jurisprudencia civil – mayoritaria – al considerar (sic) que no son conceptos separados “sino elementos de una noción. El casus fortuitos indica la imprevisibilidad del acontecimiento, y la vis (sic) mayor su irresistibilidad.*

*En esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a diferencia de lo anterior, la aplicación y el tratamiento de ambas figuras no ha sido monista sino dual, esto es bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídicas hasta el punto de considerar que de éstas sólo*

estructura causa extraña a la fuerza mayor. La doctrina frente a la evolución en la aplicación de ambas tendencias (unitaria y dualista) ha explicado: "En el derecho romano, sobre todo en la época clásica (...) se establecía alguna distinción entre ambas nociones pero en general se entendía que los efectos de una y otra eran, desde el punto de vista práctico, idénticos. Este temperamento pasó al derecho posterior en el cual los viejos autores aún cuando terminológicamente intentaron fundar distinciones inoportunas y artificiales, siempre entendieron que existía una identidad sustancial entre ambas nociones. Esta idea de la identidad radical entre el caso fortuito y la fuerza mayor, al menos en cuanto a sus efectos se refiere, subsistió hasta fines del siglo pasado, época en la cual hacen aparición las llamadas tesis dualistas (...) se trató de distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor a los efectos de negar trascendencia exoneratoria al primero, y reservarla exclusivamente para el segundo". Y frente a la diferenciación entre ambas figuras han sido variados los criterios, en efecto: -Criterio material de "Exner" (cualificación y cuantificación): Planteó una concurrencia de factores; uno cualitativo referente a si el hecho es o no exterior a la víctima y otro cuantitativo en tanto se trate de un hecho con cierta entidad, evidente, real, indudable e insuperable o sea un hecho sin entidad decisiva o previsible. Por consiguiente si el hecho es exterior y tiene cierta entidad se trata de una fuerza mayor y exime de responsabilidad, si por el contrario el hecho no se exterioriza, no es decisivo y es previsible, es caso fortuito, no exime de responsabilidad. Dentro de ese criterio, Josserand consideró que no necesariamente el hecho es exterior por provenir materialmente de un sitio por fuera del dominio del ofensor sino que realmente lo es si está dotado de fuerza destructora absoluta sin determinación del ofensor (fuerza mayor) pero si el hecho se desencadenaba directa o indirectamente por iniciativa humana era caso fortuito. -Criterio de imposibilidad (Colin y Capitant): Basándose en la noción de culpa, la fuerza mayor presupone la imposibilidad absoluta de ejecución mientras que en el caso fortuito esa imposibilidad es relativa. -Criterio de las características: Irresistibilidad para la fuerza mayor e imprevisibilidad para el caso fortuito.<sup>39</sup>"

<sup>39</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 2 de mayo de 2002 C.P MARIA ELENA GIRALDO. Exp. 13477

A manera de conclusión no puede decirse otra cosa distinta que, la situación financiera crítica y constante del contratista, de la que siempre se mantenía informado al Municipio de Cali, es suficiente para configurar el eximente de responsabilidad aquí descrito, y es por ello que no se le puede endilgar responsabilidad alguna al contratista por el incumplimiento y mucho menos a mis representadas como aseguradoras suyas, puesto que fue por el contrario la administración quien incumplió las obligaciones económicas de dicho contrato de concesión y generó consecuentemente la crisis financiera que afrontó el Consorcio en comento.

**6.- INDEBIDA APRECIACION DEL EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD DENOMINADO CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR, QUE CONFIGURÓ UNA DE LAS EXCLUSIONES EXPRESAMENTE CONSAGRADAS EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES.**

Sobre este particular es válido establecer, tal como se ha mostrado en líneas precedentes, que quien incurrió primeramente en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, fue precisamente el contratante, es decir, Municipio de Santiago de Cali, quien al no realizar los pagos trimestrales de conformidad con lo establecido en la cláusula 13.1.5.1, cláusula 13.1.5.2 y La cláusula 13.1.5.3 del Contrato, en el que se establece el cronograma de pagos a cargo de la administración Municipal, desencadenó precisamente la crisis financiera en que se vio inmerso el contratista, VIAS DE CALI S.A.S, puesto que el retraso en los pagos efectivamente contribuyó a los retrasos en las obras, atraso que tienen sustento en unos hechos constitutivos de caso fortuito y fuerza mayor, al igual que a unas alteraciones y modificaciones en las cláusulas contractuales, como lo fue la negociación del terreno adjunto al Batallón Pichincha, y las exigencias de los castrenses en cuanto al cerramiento de la vía, a las que se hizo referencia en el acápite anterior.

El Consorcio Vías de Cali a pesar del incumplimiento previo del Municipio de Santiago de Cali – Secretaria de Infraestructura y Valorización, de todas maneras estuvo presto y decidido a cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10 (Zona Sur), tal como se encuentra acreditado en el trámite sancionatorio, en el cual el contratista presentó diversas fórmulas encaminadas a concluir el objeto contractual.

Así pues, se encuentra entonces que con ocasión del contrato de seguro, la estructuración de la fuerza mayor como como causal exonerativa, genera necesariamente la imposibilidad de mis representadas de hacerse cargo de la indemnización concertada en la póliza, puesto que precisamente tal situación se contempló en los condicionados que rigen el contrato en comento, como causal de exclusión como se muestra a continuación y se encuentra acreditado con las documentales que se aportan, de las que, también conoció la administración antes de la expedición de los actos administrativos viciados de nulidad que aquí se demandan.

Sobre este particular, es pertinente observar el clausulado general de la póliza No. 8001035590, el cual dentro de sus condiciones y exclusiones consagra de manera expresa lo siguiente:

*"SEGUROS COLPATRIA S.A. (...) CON SUJECCIÓN A LAS CONDICIONES Y LÍMITES DE VALOR ASEGURADO CONSIGNADOS EN LA CARATULA DE LA PÓLIZA ASÍ COMO DE LAS COBERTURAS CONTRATADAS, INDEMNIZARÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA, OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA DE ACUERDO CON LOS SIGUIENTES AMPAROS, SALVO LO DISPUESTO EN LA CONDICIÓN 1.9 "EXCLUSIONES". (...)*

*1.9. EXCLUSIONES:*

*COLPATRIA QUEDARÁ LIBERADA DE TODA RESPONSABILIDAD BAJO EL PRESENTE CONTRATO DE SEGURO CUANDO EL SINIESTRO SE CAUSE O SE PRESENTE POR ALGUNO DE LOS SIGUIENTES HECHOS:*

*1.9.1. CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA".*

Vemos entonces que de manera expresa el mismo contrato de seguro excluye la cobertura para casos donde se configure la fuerza mayor como eximente de responsabilidad del concesionario, razón por la cual y en atención a lo preceptuado en el

artículo 1602 del Código Civil, mi representada tampoco está llamada a responder por el pago de la citada cláusula penal, pues está absolutamente configurada la causal de exclusión consagrada en la póliza.

Ante dicha barrera cualitativa estipulada en el contrato de seguro en comento, la administración debió no sólo haber reconocido la configuración del eximente de responsabilidad conocido como fuerza mayor, sino también lo concerniente a la exclusión en comento, puesto que las aseguradoras que represento no podían haber sido obligadas a cancelar la indemnización cuando se encontraba acreditada la exclusión en comento.

De tal suerte que es evidente la ilegalidad de los Actos Administrativos que aquí se está solicitando, por lo tanto, en un eventual proceso judicial, será probada con suficiencia, todos los elementos constitutivos del eximente de responsabilidad que aquí se está alegando.

#### **7.- QUEBRANTAMIENTO DE LA NORMA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, ANTE LA AUSENCIA DE APLICACIÓN DE LA MISMA RESPECTO DE LA AGRAVACIÓN DEL RIESGO EN LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO No. 8001035590.**

El artículo 137 del C.P.A.C.A. consagra, entre otras causales de nulidad, la derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo o mejor, la nulidad por violación de una norma superior, como se conoce genéricamente a esta causal de nulidad. La contravención legal a la que hace referencia esa causal debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones tal como se ha pronunciado el Consejo de Estado:

*“(...) i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve,*



*evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso. Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2.- Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde<sup>40</sup>*

De acuerdo con la anterior clasificación de las modalidades en las cuales puede ocurrir dicha causal de nulidad, se mostrará respecto de las siguientes normas, las circunstancias en las que se configura la mentada causal:

Así entonces se encuentra que en los actos administrativos demandados, respecto de la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal de marras, no se tuvo en cuenta circunstancias acaecidas y concertadas dentro de las partes dentro de la ejecución del contrato de Concesión, que necesariamente desencadenaron la variación y/o agravación del riesgo asegurado en las condiciones que se pactó por VIAS DE CALI S.A.S. y las aseguradoras que represento; más aun cuando tales situaciones no fueron informadas o trasladadas a la compañía de manera inmediata luego de su acontecimiento.

Recordemos que, en materia de contratación estatal, la terminación del contrato por la falta de notificación, comunicación y/o discusión de la agravación del riesgo del artículo 1060 del Código de Comercio, es perfectamente aplicable como lo ha desarrollado el Consejo de Estado en su jurisprudencia así:

---

<sup>40</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas Bogotá, D.C., Quince (15) de Marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660).

*“Como se puede apreciar, cuando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento, el mismo, en cuanto conste por escrito, corresponderá a la clasificación de los contratos estatales, de conformidad con las exigencias del criterio subjetivo u orgánico adoptado por la Ley 80 como elemento diferenciador específico de esa clase de contratos, en la medida en que aquella estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos, sin que ello signifique, dadas las especialísimas características que individualizan a esta clase de contratos de seguros, que a la entidad estatal le corresponda cumplir con las obligaciones propias de cualquier tomador ordinario como las de declarar el estado del riesgo (artículo 1058 C. de Co.), pagar la prima (artículo 1066 C. de Co.), mantener el estado del riesgo (artículo 1060 C. de Co.), notificar sobre circunstancias sobrevivientes que agraven o varíen el riesgo (artículo 1066 C. de Co.), dar aviso del acaecimiento de un siniestro (artículo 1075 C. de Co.), etc., como tampoco cabe en esta relación la revocatoria del seguro por voluntad de la aseguradora (artículo 1071 C. de Co.).”<sup>41</sup>*

Sobre este tema, ha expresado la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, afirmando que el tomador o asegurado están obligados a mantener el estado del riesgo, exprese o no en la póliza, de acuerdo al artículo 1060 del Código de Comercio y tienen el deber inexorable de notificar al asegurador las circunstancias imprevisibles que sobrevengan al contrato y agraven el riesgo asegurado.<sup>42</sup>

Igualmente, esta corporación ha señalado que el seguro es un contrato de ejecución sucesiva y por tanto durante su vigencia debe conservarse la respectiva correspondencia entre el valor de la prima y el riesgo asumido, dicha correspondencia es evaluada con la declaración que debe realizar el tomador sobre los hechos y circunstancia determinantes del estado del riesgo.

Lo anterior, con el fin de mantener esa proporcionalidad entre la prima y el riesgo, provee la ley mediante el artículo 1060 del Código de Comercio, la carga e información por parte del tomador o asegurado, los cuales están obligados a mantener el estado del riesgo y

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 30 de enero de 2008. Exp: 32.867 C.P. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>42</sup> Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Febrero 28 de 2007. Referencia: 00133-01. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo

en tal virtud, deben notificar al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan con posterioridad a la suscripción del seguro y signifiquen una agravación del riesgo o la variación de su identidad local, con el fin que el asegurador pueda revocar el contrato o exigir un reajuste del valor de la prima.

La oportunidad para cumplir con la carga de información difiere, si la alteración del riesgo es voluntaria o no; la notificación debe hacerse con "antelación no menor a diez días a la fecha de la modificación del riesgo" y si le es extraña debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a la modificación.

El régimen jurídico de la agravación del riesgo<sup>43</sup> busca establecer la equivalencia entre la rima y la nueva declaración del estado del riesgo, ajustada a los hechos o circunstancia agravantes. El deber de comunicación recae sobre hechos o circunstancias que no eran previsibles al momento de perfeccionar el contrato, como en este caso, obedece a una crisis financiera que no ha permitido la culminación del mismo.

De esta manera el asegurador tiene pleno derecho en conocer cualquier hecho o circunstancia previsible que modifique el estado del riesgo y cambie las condiciones contractuales estipuladas en un principio, con el fin que al conocer las nuevas eventualidades pueda revocar el contrato o ajustar la prima, para que esta sea suficiente en caso que deba cubrir el siniestro, debe existir un equilibrio económico.

Es por eso que a cada riesgo, en principio, corresponde una prima, calculada sobre su mayor o menor probabilidad siniestral y su intensidad presumida, si después se agrava por el aumento de estos factores, se modifica las primeras condiciones y la prima pactada no responde a la nueva realidad del riesgo cubierto.

Así entonces, descendiendo al caso que nos ocupa, encontramos que entre las partes que intervinieron dentro del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.005-10 (Zona Sur), suscribieron el día 5 de octubre de 2016, Acta de Mutuo Acuerdo, en la que concertaron formas de pago y diferentes variaciones respecto del contrato afianzado. Sin embargo, de tal situación mis procuradas no fueron informadas en el momento de su celebración, ni en los días siguientes, y sólo fue con ocasión del trámite de las audiencias para la declaratoria de incumplimiento, que se hizo alusión al mismo, sin que se hiciera el

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Marzo 3 de 2009. Referencia: 01682-01. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena

respectivo traslado a las compañías aseguradoras para el conocimiento y estudio de tal determinación de las partes contratantes.

En este caso, las aseguradoras tenían el derecho a terminar o reajustar la prima a sabiendas del inminente riesgo que implicaría el incumplimiento del concesionario, situaciones que durante el desarrollo de este procedimiento administrativo sancionatorio, nunca fueron tenidas en cuenta, pues era apenas obvio que existía una altísima probabilidad de que se materializara el riesgo de incumplimiento, y aun así, ni la sociedad afianzada, ni el asegurado (la administración) realizaron un traslado formal a las aseguradoras para que analizaran este aspecto.

Adicional a lo anterior, debe considerarse que también se generó una alteración y modificación en las cláusulas contractuales, como lo fue la negociación del terreno adjunto al Batallón Pichincha, las exigencias de los castrenses no contempladas inicialmente en el contrato, tales como las condiciones especiales que debían adoptarse en el cerramiento de la vía, esto en atención a la seguridad del cantón militar, aunado a esta exigencias, también se modificó las especificaciones técnicas del cerramiento para la ejecución de la obra, como el cerramiento que remplazaría el ya existente en el terreno del cantón militar, el cual debía hacerse por tramos no mayor a 100 metros. Tales circunstancias, modificaron el contrato afianzado, incrementándose necesariamente el riesgo asegurado por mis procuradas, situación que no fue de conocimiento de las aseguradoras, quienes no fueron notificadas de dichas negociaciones y mucho menos de las nuevas condiciones impuestas sobre el contrato afianzado, lo que desencadenó sin duda el cambio de las condiciones contractuales, y necesariamente las consecuencias derivadas del artículo 1060 del C.Co., situación que no fue tomada en cuenta por el Municipio al momento de proferir los actos administrativos aquí demandados.

### **JURAMENTO**

En representación de las sociedades **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. Y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, respetuosamente me permito manifestar bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado demanda o solicitud alguna por los mismos hechos y pretensiones.

### AGOTAMIENTO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Se agotó el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017, interpuesto el mismo día de la diligencia por ambas representadas, recurso que fue resuelto mediante la Resolución No. 4151.0.21.0139 del 16 de febrero de 2017, en la cual se negó la revocatoria del acto administrativo impugnado, pero se aclararon los Numerales 3 y 4 del mismo, relacionados con la efectividad de la Garantía Única de Cumplimiento.

### COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

La competencia en caso de que se declare fallida esta audiencia de conciliación, será del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 156, 157 y numeral 2 del artículo 152 del CPACA, pues tanto por el factor territorial como por la cuantía del mismo, corresponde su conocimiento a esta corporación.

Con respecto a la cuantía y dando alcance al numeral 5 del artículo 152 del CPACA es evidente que la cuantía excede los 500 SMMLV que exige dicha norma para que sea el asunto de competencia del Honorable Tribunal Contencioso administrativo en primera instancia.

### ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

La cuantía de este proceso deberá estimarse de conformidad a la sanción que impuso la **SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN DE LA ALCALDÍA DE CALI**, al declarar el siniestro de incumplimiento del referido contrato de concesión y ordenar al hacer efectiva la cláusula penal y las garantía de la citada póliza, es decir, por el 6% del valor total del contrato.

Teniendo en cuenta que el contrato suscrito entre el **LA ALCALDÍA DE CALI** y la sociedad **VÍAS DE CALI S.A.S.**, fue asegurado por mis representadas, y en dicha póliza se otorgó una cobertura de la cláusula penal, la cual era del 6% del presupuesto oficial o valor total del contrato. Se debe tener en cuenta que el presupuesto oficial del contrato



era de **CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL NOVENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS ONCE MIL NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$179.091.211.098)**, es por ello que la cuantía de este eventual proceso, debe estimarse en el 6% de ese valor, pues ese es el valor de la eventual sanción que le impuso los actos administrativos de cuya nulidad se pretende, por lo tanto se estima la cuantía en **TRECE MIL CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOCIENTOS TRES PESOS CON VEINTITRES CENTAVOS M/CTE (\$13.181.894.203,23)**. Ello sin perjuicio del eventual restablecimiento del derecho que logre probarse en caso de que las pretensiones sean concedidas en un eventual proceso judicial o por esta vía en sede conciliación.

#### **OPORTUNIDAD PARA INTERPONER EL MEDIO DE CONTROL**

La Resolución No.4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017, proferida por la Secretaria de Infraestructura y Valorización de Santiago de Cali, fue confirmada mediante la Resolución No.4151.0.21.0139 de la misma fecha, seguidamente el 03 de marzo de 2017, mediante la Resolución No.4151.0.21.163 del 3 de marzo de 2017, se corrigió un error formal de la Resolución No.4151.0.21.0139. Por parte de las aseguradoras que represento, se presentó solicitud de conciliación el día 29 de septiembre de 2017 que fue de conocimiento de la Procuraduría 19 Judicial II para asuntos administrativos del Valle del Cauca, suspendiendo así el término de caducidad (2 años). La audiencia de conciliación, así como la constancia de tal agotamiento de tal requisito fue celebrada el día 22 de enero de 2018, y la constancia fue expedida el mismo día, por lo tanto, este medio de control se presenta dentro del término para interponerlo.

#### **PRUEBAS**

De manera respetuosa solicito al Señor Juez se decreten como pruebas las siguientes:

##### **DOCUMENTALES:**

- a. Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali, tanto de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, como de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**

- b. Poder otorgado en mi favor por parte del representante legal de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**
- c. Copia del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.005-10 Grupo No. 1 (Zona Sur) para la financiación, ajustes y/o realización completa y suficiente de los diseños que se requieran, gestión social, predial y ambiental, construcción, conservación y transferencia de obras de infraestructura, espacio público y recuperación de la malla vial arterial y local para la movilidad del Grupo 1, para el municipio de Santiago de Cali.
- d. Copia de los Otrosíes No. 1 al 13, efectuados al Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.005-10 Grupo No. 1 (Zona Sur) descrito anteriormente.
- e. Copia de la Garantía Única de Cumplimiento No. 8001035590 expedida por AXA Colpatria Seguros S.A., en coaseguro con Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., la cual incluye los anexos 0 al 17, así como su condicionado particular y general.
- f. Copia de todas y cada una de las actas de audiencia de procedimiento administrativo sancionatorio y de declaratoria de caducidad, llevadas a cabo entre los años 2013 y 2017.
- g. Copia del Acta de Mutuo Acuerdo suscrita entre la Secretaría de Infraestructura y Valorización y el contratista Vías de Cali S.A.S., sobre la ejecución y terminación del contrato No. 4151.1.14.26.005.10 Grupo 1 (Zona Sur) de fecha 5 de octubre de 2016.
- h. Copia en medio magnético de la audiencia de procedimiento administrativo sancionatorio y de declaratoria de caducidad llevada a cabo el día 16 de febrero de 2017, en las instalaciones de la Secretaría de Infraestructura de la ciudad de Cali.
- i. Copia de la Resolución No. 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017, proferida por la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN de la ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI *"Por la cual se declara el incumplimiento de obligaciones a cargo del concesionario Vías de Cali S.A.S. contenidas en el contrato de concesión No. 4151.1.14.26.005-10, se declara su terminación y la caducidad, se afectan las pólizas y se ordena el pago de la cláusula penal a favor del Municipio de Santiago de Cali"*, cuyo objeto es: *"el otorgamiento de la concesión para que, de conformidad con lo*

*previsto en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, realice por su cuenta y riesgo la financiación, ajustes y/o realización completa y suficiente de los Diseños que se requieran, Gestión Social, Predial y Ambiental, Construcción, Conservación y Transferencia de obras de infraestructura, Espacio público y Recuperación de la mala vial arterial y local para la movilidad del Grupo 1 (Zona Sur) para el Municipio de Santiago de Cali, así mismo, para que ejecute las obras para redes necesarias para el traslado, modificación, preparación, reposición y extensión de las redes y/o accesorios de servicios públicos domiciliarios que sean necesarios”.*

- j. Copia de la Resolución No. 4151.0.21.0139 del 16 de febrero de 2017 proferida por la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN de la ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, por medio de la cual se confirma íntegramente la resolución No. 4151.0.21.0137 del 16 de febrero de 2017.
- k. Copia de la Resolución No. 4151.0.21.163 del 3 de marzo de 2017, proferida por la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN de la ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, por medio de la cual se corrige un error formal contenido en la resolución No. 4151.0.21.0139 del 16 de febrero de 2017.
- l. Copia de los informes de interventoría realizados durante los diferentes procedimientos administrativos sancionatorios adelantados.

- **ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS.**

- Dando alcance a lo establecido en el artículo 175 Parágrafo 1 del CPACA, solicito se requiera a la entidades demandada para que en la contestación de la presente demanda, allegue al proceso todos los antecedentes administrativos de la actuación objeto de este medio de control que se encuentren en su poder, la cual reposa dentro del expediente relacionado con el No. 4151.1.14.26.005.10 Grupo 1 (Zona Sur) de fecha 5 de octubre de 2016 celebrado entre la administración y la sociedad VIAS DE CALI S.A.S.

### ANEXOS

- Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.
- Copia para el traslado a la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN DE LA ALCALDÍA DE CALI, y a los litisconsortes necesarios sociedad VIAS CALI S.A.S y BANCO COLPATRIA MULTIBANCA DEL GRUPO SCOTIABANK.
- Copia magnética del medio de control y todas las pruebas para los traslados y el archivo del juzgado.
- Copia de la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad ante la Procuraduría Judicial para asuntos administrativos.

### NOTIFICACIONES

A mi mandante **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, en la Carrera 7 # 24-89 - Piso 2 en la ciudad de Bogotá D.C.

A mi representada **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** en la Carrera 14 # 96-34 en la ciudad de Bogotá D.C.

Al suscrito apoderado en la Avenida 6A BIS # 35 N 100, Oficina 212 del Centro Empresarial Chipichape de la ciudad de Cali. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el artículo 162 Numeral 7 del CPACA, la dirección electrónica es: [gherrera@gha.com.co](mailto:gherrera@gha.com.co)

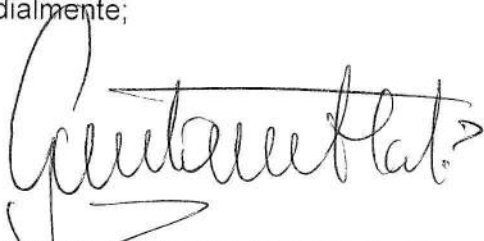
A la administración Pública representada por la **SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACIÓN** de la **ALCALDÍA DE CALI** en el Centro Administrativo Municipal CAM-Torre Alcaldía piso 12 de la ciudad de Cali, y a la dirección de correo electrónico para efectos de Notificación electrónica [marcial.quinones@cali.gov.co](mailto:marcial.quinones@cali.gov.co)

A la sociedad **VÍAS DE CALI S.A.S.** como litisconsorte necesario en la dirección Calle 1 A No. 69-38 Barrio Lourdes de la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

Al **BANCO COLPATRIA MULTIBANCA** como litisconsorte necesario en la dirección Carrera 7 No. 24 – 89, Piso 12

A la oficina de la Agencia Nacional de Defensa Judicial a la Carrera 7 No.75-66 Piso 2 y 3, en Bogotá D.C.

Cordialmente;



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA**  
C.C. N° 19.395.114 de Bogotá D.C.  
T.P. N° 39.116 del C. S. de la J.

