Doctor
JUAN MIGUEL MARTÍNEZ LONDOÑO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE GUADALAJARA DE BUGA (V.)
j02adtivobuga@cendoj.ramajudicial.gov.co

PROCESO:	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
RADICACIÓN:	76-111-33-33-002-**2020-00012**-00
DEMANDANTES:	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y OTRO
DEMANDADOS:	MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, procedo a interponer **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la Sentencia de primera instancia S/N del 16 de diciembre de 2024, de conformidad con lo expuesto a continuación:

I. OPORTUNIDAD

Mediante Sentencia S/N o. 199 del 16 de diciembre de 2024, el despacho resolvió en primera instancia el proceso de controversias contractuales de la referencia. Dicha providencia fue notificada por correo electrónico el 18 de diciembre de 2024, tal como se observa:

RV: Notificación Sentencia RAD: 2020-00012

050Sent...s.pdf | PRESCRI...IENTO.pdf | Sentencia...(1).pdf | 293_410...71948.pdf | CE 2023...IENTO.pdf

De: Juzgado 02 Administrativo - Valle del Cauca - Guadalajara De Buga <jadmin02bug@notificacionesrj.gov.co>
Enviado: miércoles, 18 de diciembre de 2024 14:20
Para: Viviana Eugenia Agredo Chicangana <vagredo@procuraduria.gov.co>; notificaciones judiciales <notificacionesjudiciales@defensajuridica.gov.co>; Notificaciones GHA <notificaciones@gha.com.co>; Luz Amparo Riascos Alomia <lriascos@gha.com.co>; valenjaque@hotmail.com <valenjaque@hotmail.com>; juridico@bugalagrande-valle.gov.co <juridico@bugalagrande-valle.gov.co>
Asunto: Notificación Sentencia RAD: 2020-00012

	RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUGA	NOTIFICACIÓN SENTENCIA
Código: JAB-FT- 71	Versión: 2	Fecha de Aprobación: 16/01/2019

NOTIFICACIÓN SENTENCIA

El suscrito Secretario del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Buga, le notifica **A USTED**, mediante mensaje de datos dirigido al buzón de correo electrónico, el contenido de la Sentencia proferida el día **16 de diciembre de 2024**, dentro del medio de control **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** radicada bajo el N.° 76-111-33-33-002-**2020-00012**-00, instaurada por **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA** contra **FUNDACIÓN AMIGOS DE COLOMBIA (FUNDACOL) - MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE**

Se anexa al mensaje de datos, copia de las Sentencia notificada en archivo PDF.

De conformidad con el artículo 247 de la Ley 1437 del 2011, el término para interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia será de diez (10) días siguientes a la notificación. En este sentido, la Sentencia fue notificada el 18 de diciembre de 2024, por lo que el término comenzó a correr desde el 19 de diciembre de 2024, así 19 y 20 de diciembre, 13, 14, 15, 16, 17, 20,21 hasta el **22 de enero de 2025**[1]. Por lo anterior, el presente escrito se radica dentro del término previsto.

[1] Téngase en cuenta que en este lapso se presentó la vacancia judicial de 2024, por lo que los términos se suspendieron entre el 20 de diciembre de 2024 y el 10 de enero de 2025, retomando el conteo el 13 de enero de 2025. Entonces fueron días no hábiles el 21, 22,23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de diciembre de 2024 y 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18 y 19 de enero de 2025

II. FRENTE A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga Valle del Cauca, mediante Sentencia S/N del 16 de diciembre de 2024, resolvió:

PRIMERO. - Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. - Condenar en costas de esta instancia a la parte vencida en el proceso, en el evento de haberse causado y en la medida de su comprobación, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de este Despacho siguiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO. - Fijar como agencias en derecho el 4% de lo pedido, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 366 del C.G.P. en concordancia con el Acuerdo 10554 del 2016.

Lo anterior, con fundamento en lo siguiente:

"(…) las partes, haciendo uso de su autonomía, fijaron un primer plazo de dos (2) meses siguientes a la terminación para liquidar de mutuo acuerdo el convenio. Si no hubiere acuerdo en dicho lapso, acordaron acogerse a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, es decir, a los plazos de dos (2) meses más para que el Municipio liquide unilateralmente el contrato y dos (2) años a partir del vencimiento de este para liquidarlo en cualquiera de las dos modalidades.

En el presente caso las partes fijaron el término de liquidación bilateral o de mutuo acuerdo, por tanto, no resulta aplicable el plazo supletorio de los cuatro (4) meses y en consecuencia los términos para liquidar el contrato de manera unilateral serán el de dos (2) meses que otorga la ley a las entidades estatales y el subsiguiente de dos (2) años que igualmente establece la norma para liquidar el contrato en cualquiera de las dos modalidades.

Las partes no suscribieron acta de terminación que dejara constancia de tal evento, razón por la cual, de acuerdo con el artículo 1551 del Código Civil según el cual "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación", la fecha de terminación del convenio realmente sería el 10 de junio de 2015 por vencimiento del plazo; por lo tanto, tomando en cuenta los términos establecidos en la cláusula decima primera del convenio el primer término para liquidar de mutuo acuerdo, es decir, los dos (2) meses fijados por las partes venció el 10 de agosto de 2015 y, posteriormente, el 10 de octubre de 2015 expiró el plazo para liquidar unilateralmente el convenio. A partir de esa fecha inicia el conteo de los dos años (2) que vencieron el 10 de octubre de 2017. Así las cosas, la Resolución 465 de 17 de agosto de 2017 que declaró la liquidación unilateral del convenio, resulta expedida dentro del término previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, por lo tanto, el Municipio conservó la competencia para la expedición del acto administrativo.

(…)

En cuanto a la declaratoria del siniestro de incumplimiento y efectividad de la póliza y cláusula penal, como se expuso ampliamente con la jurisprudencia citada en líneas precedentes, ***no requieren*** *del procedimiento sancionatorio. Por lo tanto, no viene al caso la aplicación del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ni la exigencia de la citación a la aseguradora como garante del convenio, pues, se itera, en este caso, no se trata de un procedimiento sancionatorio, sino de la liquidación del convenio, cuya realización no precisa de la presencia del garante, solo concierne a las partes contractuales"* (Negrillas del despacho)

Conforme a lo anterior, no están llamados a prosperar los cargos alusivos al incumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a la falta de competencia de la entidad para efectuar la liquidación unilateral del convenio interadministrativo y a la no citación del garante.

(…)

Necesario resulta también pronunciarse frente a la acusación que el demandante hace sobre la indebida notificación del acto administrativo, que si bien es cierto, obran en el expediente citaciones para notificación personal y notificación por aviso, no se logra establecer si en dichas diligencias se hizo la entrega de copia íntegra, auténtica y gratuita de la Resolución 465 de 14 de agosto de 2017, lo que deja ver que la falta de este requisito invalida la notificación en los términos establecidos en el artículo 67 de la ley 1437 de 2011. ***De la misma manera no se evidencia la publicación del aviso con copia del acto administrativo en la página electrónica del Municipio, tal como lo ordena el artículo 69 ídem****.* (Negrillas y resaltado fuera del texto original)

(…) ha dicho la jurisprudencia que el acto administrativo notificado irregularmente o no notificado sigue siendo "existente y valido" pero queda viciada de ilegalidad la operación administrativa contra la cual procede la acción de reparación directa.

Descendiendo al caso concreto, el actor si bien acudió al medio de control de controversias contractuales lo hizo con el fin de declarar la nulidad del acto administrativo Resolución 465 de 14 de agosto de 2017, más no atacó la legalidad de la operación administrativa que finalmente derivó en la conminación a efectivizar la póliza y la cláusula penal.

Esta causa petendi, por sí sola, determina, de conformidad con lo anteriormente expresado, que el cargo de nulidad por indebida notificación esté destinado a fracasar. Esto se debe a que la notificación de un acto administrativo es un presupuesto de eficacia final y, por ende, los vicios en su publicidad no afectan su existencia ni su validez, y, por lo tanto, no conducen a su nulidad. Además, el medio de control para atacar la legalidad de la operación administrativa se establece mediante la reparación directa y no por el medio de control que revisa el Despacho.

(…)

Respecto a la disminución judicial de la cláusula penal pecuniaria, el Consejo de Estado ha establecido que cuando se pretenda la disminución de la misma, las partes deben ***solicitar*** *al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra.* (Negrillas del despacho)

En este caso, la parte actora no solicitó la disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria. Por consiguiente, en lo que concierne a la configuración de falsa motivación, en este caso está demostrado en el plenario que la decisión se fundamenta en el incumplimiento del contratista, el

cual está demostrado en los informes de interventoría que relaciona el acto acusado y en la aceptación que de ello hizo el contratista en las diferentes diligencias previas a la liquidación unilateral del convenio, por lo cual el cargo no está llamado a prosperar.

Según lo manifiesta la parte demandante, es en la fecha de vencimiento del plazo del contrato, el 10 de junio de 2015, cuando el demandado "tuvo o debió tener conocimiento del incumplimiento". Sin embargo, teniendo en cuenta ***los informes de visita técnica a la obra realizados por la interventoría, se tiene que formalmente el Municipio conoció del estado de ejecución del proyecto el 2 y 17 de diciembre de 2015****. Esto significa, en primer lugar, que el siniestro debió ocurrir dentro de la vigencia de la póliza, es decir, hasta el 4 de junio de 2016, y que la declaración del siniestro, aunque posterior a la vigencia de la garantía, se produzca dentro de los dos (2) años siguientes, como lo establece la ley comercial*. (Negrillas y resaltado fuera del texto original)

(…)

En este caso concreto, ***la vigencia de la póliza iba hasta el 4 de junio de 2016, el siniestro – incumplimiento ocurrió bajo su vigencia, cuando venció el plazo del convenio -10 de junio de 2015- , el Municipio conoció del estado de ejecución del proyecto el 2 y 17 de diciembre de 2015 y la Resolución 465 es del 17 de agosto de 2017, lo que permite inferir con claridad que no se encuentra prescrita la garantía****.* (Negrillas y resaltado fuera del texto original)

Conforme a lo anterior, no está llamado a prosperar el cargo alusivo a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

(…)

Frente al planteamiento del *a quo*, es necesario manifestar que el despacho incurrió en diferentes yerros al desatender los planteamientos hechos por la parte demandante, por cuanto, incluso en sus propios argumentos deja en evidencia que en el proceso quedó acreditado que la entidad demandada no contaba con la facultad de declarar el incumplimiento y de exigir la garantía de manera unilateral porque el asunto de marras gira en torno a la figura del convenio interadministrativo, el cual difiere tanto en su esencia como en sus finalidades del contrato interadministrativo, de igual manera yerra al desatender los planteamientos expuestos sobre la indebida notificación del acto administrativo, pues desconoce que la misma está ligada a uno de los principios que rige la contratación estatal en particular y el derecho colombiano en general, como es el del debido proceso, y finalmente yerra de igual manera al desatender los argumentos frente a la prescripción del contrato de seguro, pues amplía el término de contabilizar la figura prescriptiva basándose en que la entidad conoció del siniestro mucho después de la finalización del plazo debido a los informes de interventoría, cuando los mismos estaban a cargo del en territorial y eran su obligación.

Las situaciones anteriormente referenciadas permiten determinar sin lugar a miramientos que la decisión del *a quo* adolece de defectos que afectan directamente tanto su forma como su fondo, y es por ello que resulta imperativo alejarse de los planteamientos expuestos en la determinación tomada por el despacho en el asunto que nos ocupa, y en su lugar considerar los argumentos que sustentan la posición del suscrito, que justifican el señalamiento que se hace a los yerros referidos anteriormente y que a continuación se presentan:

I. AL TRATARSE DE UN CONVENIO INTERADMINISTRATIVO EL MUNICIPIO DE BUGALAGRANDE NO TENÍA FACULTAD PARA LIQUIDAR EL CONTRATO UNILATERALMENTE, DECLARAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO UNILATERALMENTE NI HACER EFECTIVA LA GARANTÍA UNILATERALMENTE

Lo primero que se debe tener en cuenta en el presente asunto es que el despacho ha realizado una valoración equivoca de los supuestos de hecho y de derecho, toda vez que salta a la vista de sus argumentos y consideraciones en la demanda, que desconoce la naturaleza particular de la figura utilizada para adelantar el acuerdo que nos ocupa, y ello es porque como bien se puede observar del material probatorio, el caso gira en torno a un **convenio** interadministrativo el cual difiere en su naturaleza, alcance, finalidades y características de un **contrato** interadministrativo, que es la figura respecto de la cual el despacho ha hecho el análisis del caso para fallar. En este sentido entonces es indispensable conceptualizar las diferencias entre ambas figuras contractuales para exhibir el porqué yerra el despacho al considerar procedente que se haya liquidado el contrato, declarado la ocurrencia del siniestro y hecho efectiva la garantía, y todo ello de manera unilateral por parte del municipio de Bugalagrande.

Sobre el convenio interadministrativo, Menéndez Rexach afirma que la "*singularidad de los convenios interadministrativos de naturaleza contractual radica en que en ellos se mantiene plenamente la igualdad jurídica y la coordinación entre las partes, justamente porque esas relaciones no se insertan en el marco de la relación general de subordinación administración - administrado sino que se producen entre dos sujetos jurídicos que están en plano de igualdad porque ambos actúan en ejercicio del poder público*[2]" (Subrayado fuera del texto original).

En consonancia con lo anterior el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa acerca de la diferencia entre contrato interadministrativo y convenio interadministrativo, ha dicho:

> *(…) En consecuencia, los convenios y los contratos interadministrativos se distinguen por su naturaleza y finalidad. Ambas figuras son especies del género contrato estatal que como nota común tienen la de ser acuerdos de voluntades generadores de obligaciones entre dos entidades estatales (artículo 2, numeral 1, de la Ley 80 de 1993) y de ahí la locución formal "interadministrativos". De esos acuerdos* ***unos tienen por objeto y finalidad "constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial", en los términos del artículo 864 del Código de Comercio y, por lo mismo, son contratos, y otros, son "acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad" celebrados entre entidades estatales para el cumplimiento de fines que les son propios (fines estales) que no involucran una interlocución negocial fundada en un carácter patrimonial, los cuales conformarían la especie convenios***[3]*.* (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

Dicha distinción que era necesaria traerla a la discusión, la atendió el legislador cuándo, respecto de la segunda categoría, verbigracia -convenios interadministrativos- al no concurrir como tal posición de subordinación por ninguna de las partes, consideró que no pueden gozar de los mimos privilegios de que gozan los contratos estatales en general, en el entendido de que las prerrogativas que caracterizan a la contratación estatal, tienen su fundamento en la necesidad de proteger -en términos generales- la prestación eficiente del servicio, situación que no se aplica si lo que se da es

[2] MENÉNDEZ Rexach, Ángel. Los convenios entre comunidades autónomas IEAL, Madrid, 1982, págs. 78 y 79.
[3] Concepto Sala Consulta y Servicio Civil Consejo de Estado 26 de julio de 2016 radicación interna 2257, Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

una acuerdo en que dos entidades aúnan esfuerzos para un logro de común beneficio, como es el caso del "*Convenio Interadministrativo de Cooperación y Construcción suscrito entre el Municipio de Bugalagrande y la Fundación de Amigos de Colombia -FUNDACOL-*", en tal sentido establece el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que:

> ***En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos****; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales,* ***se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales****.* (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

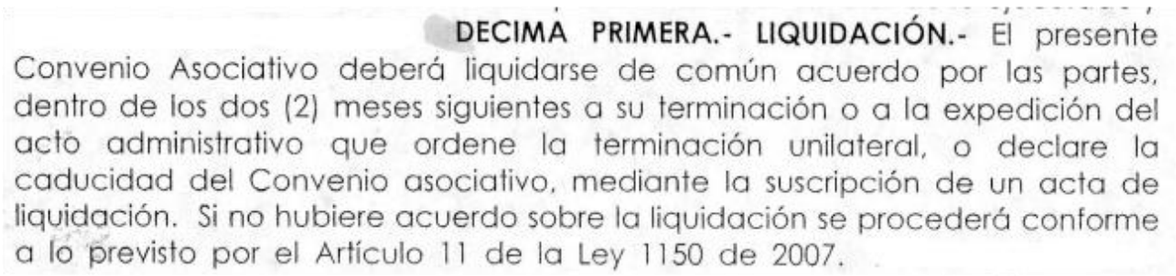
Dicho lo cual, es claro que nos encontrarnos en un caso en el que no era posible, por expresa prohibición legal, pactarse clausulas o estipulaciones excepcionales, entiéndase las de aplicación unilateral. Corolario de lo cual es menester traer a colación el concepto ibidem, el cual explica de manera clara que:

> *(…) históricamente, según la comprensión de un sector de la doctrina y la jurisprudencia, se consideró que la restricción del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 de pactar cláusulas excepcionales y ejercer las potestades derivadas de las mismas, abarcaba no solo las referidas en el texto del citado artículo, sino la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal, la liquidación unilateral y la imposición de multas, entre otras; mientras, otro sector sostuvo que la cláusula penal y las multas no son cláusulas excepcionales y, por lo mismo, estaban excluidas de la prohibición contenida en el artículo 14 de la Ley 80, razón por la cual su estipulación y aplicación se regía por las normas del derecho privado y, por tanto, no podían hacerse efectivas unilateralmente mediante acto administrativo, "salvo que se haya pactado expresamente entre las partes esa posibilidad". Menciona que, una tercera posición sobre la materia coincide en que la cláusula penal y las multas se rigen por el derecho privado pero su efectividad solo podría exigirse ante el juez del contrato, tal como lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia de 20 de octubre de 2005, expediente 14.579.*
>
> *(…)*
>
> *Si bien las obligaciones que surgen de los contratos y convenios son vinculantes, los medios con los que se cuenta para hacerlas efectivas difieren, en la medida en que* ***en los convenios, en virtud del plano de igualdad en que se ejecutan, no pueden existir cláusulas excepcionales al derecho común (artículo 14 parágrafo, Ley 80 de 1993), ni potestades unilaterales para una de las partes****, mientras que en los contratos, dado el ámbito de subordinación, no puede descartarse prima facie el ejercicio de potestades autorizadas por la ley a favor de la entidad estatal contratante.* (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

Lo cual indica que el despacho no advirtió que en el caso de marras el ente territorial no podía incluir cláusulas excepcionales en el convenio, y en suplemento de ello, para poder ejercer potestades excepcionales -como finalmente lo hizo- las mismas debían pactarse expresamente, omisión que constituye un error de fondo en la decisión que nos ocupa, porque para el efecto, ninguna de las dos posibilidades era válida, las primeras porque expresamente la ley las prohíbe para los asuntos negociales interadministrativos como los convenios, y las segundas porque debían pactarse

expresamente, y ello no se da.

Véase que el único pacto relacionado a la liquidación del contrato se da en la cláusula décimo primera, en la que lo único -válido[4]- que se indica, es que la liquidación tendrá que hacerse conforme lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007:



DECIMA PRIMERA.- LIQUIDACIÓN.- El presente Convenio Asociativo deberá liquidarse de común acuerdo por las partes, dentro de los dos (2) meses siguientes a su terminación o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación unilateral, o declare la caducidad del Convenio asociativo, mediante la suscripción de un acta de liquidación. Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación se procederá conforme a lo previsto por el Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

De dicho contenido se extrae claramente que, en primer lugar, se hace mención a facultades exorbitantes prohibidas para este tipo de acuerdos (terminación unilateral y la declaración de caducidad) y en segundo lugar que no se pactó que la entidad tuviese la posibilidad de ejercer potestades excepcionales -verbigracia liquidación unilateral, declaración unilateral de la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y el hacer efectiva de manera unilateral la cláusula penal-. Todo lo anterior implica que estás últimas acciones debían ser declaradas por el juez del contrato, y por tanto no le correspondía tal facultad a la entidad, porque ella no contaba con la atribución para ello, por expresa prohibición legal y por ausencia de pacto contractual como ya se dejó en evidencia.

Ahora bien, como las anteriores precisiones recalan de manera directa y relevante en el punto uno de la decisión acerca de la competencia para liquidar el convenio, ha de decirse que todo aquel argumento también pierde sus bases, pues como resulta palmario de las consideraciones del despacho, éste utilizó el criterio de que no había pérdida de competencia para la liquidación sino extemporaneidad de ella, porque en su criterio, aunque la liquidación se realizó vencidos los términos convencionales o supletorios, pero dentro del límite de los dos años que tiene la entidad para hacerlo unilateralmente, la misma se devenía en extemporánea y no en nula por falta de competencia, sin embargo como ya se explicó, la entidad, independientemente del criterio utilizado para el cálculo de términos convencionales o supletorios, no tenía la competencia para liquidar el convenio unilateralmente, ello le corresponde al juez del contrato, por lo tanto, Resolución 465 de 14 de agosto de 2017 mediante la cual el Municipio de Bugalagrande liquidó unilateralmente el convenio interadministrativo de cooperación y construcción con la fundación amigos de Colombia FUNDACOL, declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y ordenó hacer efectivas la cláusula penal y la garantía No. 500-47-994000005451, estaba viciado de nulidad por haberse expedido con infracción de las normas en que debería fundarse.

Concluyendo entonces, como el Despacho omitió su deber de determinar las características especiales de la figura contractual -convenio interadministrativo-, el régimen y la normatividad aplicable al caso para sustentar el sentido de la decisión, resulta claro que incurrió en un error de hecho y en un error en la motivación, lo que desencadena indefectiblemente, en que proceda la revocatoria de la decisión tomada, en los términos expuestos.

[4] Debe recordarse que al existir prohibición legal para el pacto de cláusulas excepcionales como la de terminación unilateral o declaración de caducidad unilateral, la misma se entenderá como no escrita

II. SE DEMOSTRÓ LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINSITRATIVO QUE DECLARÓ EL INCUMPLIMEINTO

Partiendo del criterio de que hay un yerro del *A quo* porque dice en su exposición que al existir diferencia entre el proceso sancionatorio y la declaratoria de incumplimiento, le era dable a la entidad emitir este último sin la observancia de cumplir con las obligaciones del debido proceso. En primera medida, debe reiterarse que como ya se explicó, la entidad ni siquiera tenía la facultad de declarar el incumplimiento del contrato de manera unilateral, por lo que ya la actuación de por sí se encuentra viciada de nulidad, pero sumado a ello resultan incomprensibles los argumentos expuestos por el despacho, pues entre las citas del punto en cuestión, se encuentran pronunciamientos que justamente desacreditan la posición tomada. Para el ejemplo se puede advertir que el despacho acerca el siguiente criterio jurisprudencial emitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia de 24 de enero de 2024, con Radicación 53.674, que dice:

> *"Ahora bien, en lo que concierne a la declaratoria de ocurrencia del siniestro de calidad y correcto funcionamiento de los bienes -que no tiene carácter sancionatorio-, es importante precisar que, derivado de su naturaleza eminentemente indemnizatoria, no es menester que las entidades públicas, previo a la adopción de su decisión, adelanten una actuación administrativa contractual o un procedimiento administrativo en estricto sentido.* ***Al contratista y a la compañía de seguros, con el propósito de garantizar su derecho al debido proceso, se les debe permitir impugnar el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro a través de la interposición del recurso de reposición, para que puedan controvertir las razones aducidas por la Administración, así como las pruebas que las sustentan y también para que aporten las que estimen convenientes****"* (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

Del texto en mención salta a la vista que el acto que declara la ocurrencia del siniestro -de incumplimiento- se debe notificar al contratista y a la compañía de seguros, por lo que más allá de si el procedimiento sancionatorio sí tiene etapas y la declaratoria de incumplimiento no, no es óbice para que la entidad omitiera su deber de darle pleno cumplimiento al principio del debido proceso y notificará en debida forma el acto administrativo, pues entonces les sería imposible tanto al contratista como a la compañía aseguradora el poder impugnar el acto en sede administrativa, situación que no se pudo dar por la omisión de la entidad, la cual el despacho justifica con el argumento de una diferenciación entre proceso sancionatorio y declaratoria de incumpliendo que nada tiene que ver con los deberes procedimentales del ente territorial.

Igual suerte lleva el argumento expuesto por el juzgado cuando cita al artículo 7 de la ley 1150 de 2007, que en su inciso cuatro establece que: "*El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare*", texto que claramente indica que la acción arbitraria ejercida por el municipio de Bugalagrande de declarar el siniestro de incumplimiento sin haberlo notificado en debida forma, efectivamente vulnera el debido proceso del contratista y de la aseguradora, pues les impidió ejercer a su vez la defensa y contradicción del acto.

Tales consideraciones las comparte el Consejo, que en el plurimencionado Concepto de la Sala Consulta y Servicio Civil Consejo de Estado 26 de julio de 2016 radicación interna 2257, Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00, indica que:

En suma, teniendo en cuenta que el amparo principal que cubre la garantía es el de cumplimiento de las obligaciones, la Sala concluye que, de una parte, una vez declarado el incumplimiento en los contratos interadministrativos, se tendrá como acaecido el siniestro y, por lo mismo, el acto administrativo correspondiente deberá ser notificado al respectivo asegurador, por expresa disposición de los artículos 7 y 17 de la Ley 1150 y 86 de la Ley 1474 de 2011; y de otra, que respecto de los convenios interadministrativos, si se ha pactado como garantía una póliza de cumplimiento, al no resultar procedente el ejercicio de potestades unilaterales, deberá realizarse la correspondiente reclamación a la aseguradora siguiendo para el efecto las normas pertinentes del Código de Comercio y las reglas particulares de la póliza expedida.

Como resulta tan evidente que el juzgado incurrió en un error en la motivación de su decisión, procede la revocatoria de la decisión sentencia, en los términos expuestos.

III. LA INDEBIDA NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINSITRATIVO AFECTA LA EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN

Aunque el despacho hace uso del criterio de que la indebida notificación del acto administrativo no afecta su validez sino su eficacia, desconoce que en cualquier sentido la afectación de la eficacia del mismo, trae como efecto para los intereses del caso de marras, que la estipulación contenida en la Resolución demandada, relacionada con hacer exigible la garantía a mi apoderada, carece de sustento, pues como el acto administrativo no se expidió con observancia del principio de publicidad, dado que la debida notificación se constituye en un requisito indispensable para revestir de obligatoriedad las decisiones de la administración, las determinaciones de tal decisión no podrían hacerse efectivas.

Al no contener la Resolución No. 465 de 14 de agosto de 2017 la característica de obligatoria no podía la entidad territorial hacer uso de su contenido para ejecutar en contra de la compañía aseguradora, la garantía acordada en el contrato de seguro representado en la Póliza de Cumplimiento No. 500-47-994000005451.

En tal sentido es posible afirmar que, aun cuando un acto administrativo se encuentre investido de la presunción de legalidad, ello no resulta ser suficiente para que pueda ser oponible al administrado, sino que, por el contrario, se hace necesario que el mismo le haya sido puesto en conocimiento en la forma señalada por la ley, precisamente porque la exigibilidad de las obligaciones contenidas en él solamente puede predicarse a partir de su publicidad.

Lo anterior porque es obligación de la administración el dar aplicación al principio de publicidad consagrado en el artículo 209 Constitucional, que debe regir para las actuaciones administrativas como judiciales.

Ahora bien, en su exposición de argumentos el despacho de primera instancia hace uso de lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia de 8 de agosto de 2012 con Radicación 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358) respecto de las consecuencias negativas de la aplicación de un acto administrativo sobre el cual recae una indebida notificación, la misma se debe atender como una operación administrativa y en tal sentido ventilarse conforme los postulados de la acción de reparación directa, situación que resulta inaplicable al caso porque bajo esa premisa el despacho desconoce en primera medida que la sentencia que usa de base, hace referencia a los actos

administrativos de ejecución, véase:

> **NOTIFICACION - Su ausencia hace que el acto administrativo de ejecución tenga efectos de una operación administrativa / ACTO DE EJECUCION - Indebida notificación. Produce efectos de una operación administrativa, es decir, daños causados por éste deben ser reclamados mediante la acción de reparación directa / INDEBIDA NOTIFICACION - Acto de ejecución. Efectos asimilables a una operación administrativa / INDEBIDA NOTIFICACION - Acto de ejecución. Daños deben ser reclamados mediante acción de reparación directa / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procede contra actos de ejecución que no han sido notificados debidamente**
>
> Si el acto administrativo que se encuentra viciado en su publicidad no le produce efectos al destinatario, es conclusión obligada que si lo en él previsto de todas maneras se ejecuta o se lleva a efecto, tal situación no puede tenerse como la consecuencia de un acto administrativo sino como el resultado de una operación administrativa que será ilegal por consistir en la ejecución de un acto que aún no puede producir sus efectos por haberse omitido la notificación o por haber sido ésta indebidamente realizada. Siendo la existencia y la validez del acto cuestiones diferentes a su ejecución, es también lógico concluir que la ilegalidad de ésta no determina la invalidez de aquel y por ende lo que procede en ese caso es cuestionar el acto de ejecución pues es éste quien ostenta el vicio de ilegalidad y con fundamento en ello solicitar la reparación del daño que con él se hubiere causado. Y la acción procedente no es otra que la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, si es que con esa operación administrativa se causó un daño.

Mientras que el caso que nos ocupa se refiere claramente a un acto administrativo definitivo, y en segunda medida yerra en interpretación el despacho, porque el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 señala con claridad que las diferencias que se susciten respecto de la ejecución de un contrato del estado, deberán ser ventiladas mediante la acción de controversias contractuales, motivo por el cual no es viable la apreciación del despacho de considerar que se eligió la vía jurídica equivocada para pretender la solución del conflicto suscitado respecto del Convenio de Colaboración suscrito entre el municipio de Bugalagrande y la Fundación de Amigos de Colombia “FUNDACOL”.

Previsto todo lo anterior, no puede existir otra alternativa más que la de revocar la decisión tomada en primera instancia y en su lugar conceder todas las pretensiones incoadas en la demanda.

IV. SE LOGRÓ DEMOSTRAR LA CONFIGURACIÓN DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN DERIVADA DE LAS ACCIONES DEL CONTRATO DE SEGURO

Dentro de sus argumentos el despacho desconoce los planteamientos relacionados con la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros, y manifiesta que la entidad ejerció la acción dentro de los términos adecuados para ello, y en tal sentido manifiesta lo siguiente:

> En este caso concreto, la vigencia de la póliza iba hasta el 4 de junio de 2016, el siniestro –incumplimiento- ocurrió bajo su vigencia, cuando venció el plazo del convenio -10 de junio de 2015- , el Municipio conoció del estado de ejecución del proyecto el 2 y 17 de diciembre de 2015 y la Resolución 465 es del 17 de agosto de 2017, lo que permite inferir con claridad que no se encuentra prescrita la garantía.

Dicha concepción otorga al ente territorial de manera arbitraria e injustificada la facultad de poder ejercer acciones en desconocimiento de los términos contractuales del acuerdo aseguraticio y del principio general que nadie puede alegar en su favor su propia culpa o negligencia. Lo anterior se sustenta porque dice el juzgado que la fecha que se debe atender para determinar la contabilización de términos para la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros no es -como máximo- la finalización del plazo contractual sino los informes de interventoría que se presentaron meses después de término del contrato lo cual tuvo lugar el 10 de junio de 2015.

Dicha consideración tiene matices que requieren indispensable análisis, el primer punto es que el juez releva de sus obligaciones y las carga tanto al contratista como a la aseguradora, y ello es así porque el convenio suscrito entre las partes indica con claridad que la interventoría estará a cargo del Municipio de Bugalagrande, en tal sentido el documento indica:

> *"CUARTA.- DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES:*
>
> *(…)*
>
> *DEL ASOCIADO MUNICIPIO.- Son deberes y derechos del Asociado Municipio además de los contenidos en la Ley de Contratación de la Administración Pública, los siguientes: (…) c)* ***Verificar la ejecución y desarrollo del Convenio Asociativo con la participación de la secretaría de Planeación****. (…) f)* ***Ejercer la interventoría del convenio Asociativo a través de la Secretaría de Planeación del municipio o a quién para el caso de este convenio se delegue****.* (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

De los anteriores términos se extrae claramente que el ente territorial faltó a su obligación contractual de verificar la ejecución del proyecto y de ejercer la interventoría, pues resulta ilógico que si se hubiese dado una actuación diligente estos puntos, no se hubiese detectado los inconvenientes que sí se detectaron tras haber fenecido el plazo de ejecución del contrato, situación que indudablemente implica que la entidad debió conocer del siniestro hasta máximo el momento en que finalizó el plazo contractual que fue el 10 de junio de 2015, y que si no lo conoció en esa fecha fue porque claramente incumplió con lo estipulado en la cláusula cuarta del convenio. En tal contexto atender el criterio desatinado del a quo implicaría que, si es voluntad de la entidad presentar informes de auditoría dos, tres, cuatro o cinco años después de finalizado el plazo contractual, igual le facultaría para acudir a afectar la póliza porque en su teoría sería el momento oportuno de conocer el siniestro. La anterior concepción carece de sentido y es por ello por lo que debe entenderse, más allá de cualquier interpretación errada que quiera hacer el juzgado de primera instancia, que el momento máximo en que la entidad **debió** conocer del daño, fue en el momento de terminación del contrato y no con los informes de auditoría que ellos mismos debían realizar y que no realizaron en su debido momento.

Así lo ha entendido la sección tercera del Consejo de Estado, quién en Sentencia reciente del 01

de marzo de 2023 con radicación No. Expediente: 25000-23-36-000-2013-00945-01 (57.276), decidió sobre un asunto análogo relacionado con la prescripción del contrato de seguro, y conceptúo lo siguiente:

> *(…)*
>
> *6) En este caso particular, la prescripción que opera en relación con el beneficiario es la ordinaria, toda vez que tenía la carga de verificar el cumplimiento cabal y oportuno de las obligaciones de su contratista.*
>
> *7) La Sala no comparte la afirmación del tribunal según la cual la prescripción debe contabilizarse en este caso desde la realización de la audiencia de descargos porque, en su criterio, ese fue el momento en el cual se tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro correspondiente al incumplimiento derivado del no pago de las obligaciones parafiscales por parte del contratista; por el contrario, es evidente que desde la citación a descargos la entidad conocía de los hechos en los cuales se fundamentó, pese a lo cual este tampoco ha de ser el referente para la contabilización del término extintivo.*
>
> *8) Con independencia del momento en el cual se adelantó el procedimiento administrativo sancionatorio, lo cierto es que los aportes parafiscales y al sistema de seguridad social, así como las obligaciones de índole laboral, debían realizarse y cumplirse en forma sucesiva, por lo cual,* ***a más tardar a partir del vencimiento del plazo contractual (29 de octubre de 2010), la contratante tuvo conocimiento cierto e inequívoco del incumplimiento definitivo de esta obligación y, por ende, inició a contabilizarse la prescripción****.*
>
> *9) Similar situación ocurrió con la no entrega oportuna del autenticador electrónico del ciudadano, solución informática que no se entregó dentro del plazo contractual y, por el contrario, fue recibida por la entidad por fuera de este (7 de diciembre de 2010),* ***lo cual no desdice del hecho consistente en que FONTIC tuvo conocimiento pleno de la configuración del siniestro de incumplimiento a partir de la expiración del plazo contractual****, en efecto, extinguido este el 29 de octubre de 2010 sin la entrega del AEC, se configuró el siniestro de incumplimiento y FONTIC tuvo certeza de ello, por lo cual a partir del día siguiente inició a contabilizarse la prescripción de los derechos derivados del contrato de seguro, en lo relativo al amparo de cumplimiento.* (Negrillas y subrayado fuera del texto original)

Dicho todo lo cual, la contabilización de términos debe hacerse entonces entre el 10 de junio de 2015 y el 10 de junio de 2017, fecha esta última en la que feneció la posibilidad de afectar el seguro, y como la Resolución demandada se expidió el 14 de agosto de 2017, tenemos que se configura el fenómeno prescriptivo al tenor de lo preceptuado en el artículo 1081 del Código de Comercio.

En ese orden de ideas corresponde al *ad quem* revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar conceder las pretensiones denegadas por el *a quo*.

V. PETICIÓN

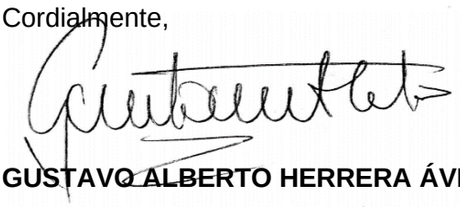
PRINCIPAL. REVOCAR la Sentencia de primera instancia S/N del 16 de diciembre de 2024 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga, y en su lugar CONCEDER todas las pretensiones solicitadas por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE

COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

VI. NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, o en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. No.19.395.114 de Bogotá D.C.
T. P. No. 39.116 del C.S. J.