Señores
ALCALDÍA MUNICIPAL DE BOYACÁ.
contactenos@boyaca-boyaca.gov.co
planeacion@boyaca-boyaca.gov.co

TRÁMITE:	ARTÍCULO 86 LEY 1474 DE 2011.
CONTRATO:	100.17.4-02-2022.
CONTRATANTE:	MUNICIPIO DE BOYACÁ.
CONTRATISTA:	CONSORCIO PARQUE SACÚDETE BOYACÁ.
ASEGURADORA:	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

REFERENCIA: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN 100.56-232-2024 DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2024.

ANGIE KATHALINA CARPETTA MEJÍA, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 1.023.965.126 de Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 371.848 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderada sustituta de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, sociedad comercial anónima de carácter privado, legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT 860.524.654-6, tal y como consta en el expediente, mediante el presente escrito procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN,** solicitando desde ya que se profiera resolución favorable a los intereses de mi representada, conforme a los argumentos que procederá a desarrollar:

1.1. LA RESOLUCIÓN 100.56-232-2024 DE 2024 SE EXPIDIÓ CON VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSADEL CONTRATISTA Y EL GARANTE – SE INCLUYERON PRUEBAS QUE NO FUERON OBJETO DE CONTRADICCIÓN EN AUDIENCIA.

La Alcaldía Municipal de Boyacá incurrió en el vicio de nulidad relacionado con la violación a los derechos de audiencia y defensa del contratista y el garante, como quiera que al expedir la Resolución 100.56-232-2024 de 2024 que declaró el incumplimiento parcial del contrato de obra No. 100.17.4-02-2022, incluyó la valoración de elementos probatorios que no fueron debidamente incorporados en el expediente y por tanto no pueden tenerse como prueba legalmente incorporada al trámite de incumplimiento contractual.

Para iniciar con el análisis propuesto es preciso señalar que los derechos de audiencia y defensa se encuentran intrínsecamente relacionados con el debido proceso, derecho fundamental definido por el artículo 29 superior, así:

> El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y **a controvertir las que se alleguen en su contra**; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso (Constitución Política de Colombia, artículo 29).

La jurisprudencia nacional también ha dicho que cuando se aplica el debido proceso administrativo resultan consecuencias de gran relevancia tanto para los asociados, pues se despliegan garantías como:"*(i) conocer las actuaciones de la administración; (ii) pedir y* ***controvertir las pruebas****; (iii) ejercer con plenitud su derecho de defensa; (iv) impugnar los actos administrativos, y (v) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio"*[1].

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado, también ha sido categórico en señalar que el derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política rige en los procedimientos administrativos de forma general, debiéndose aplicar en ellos todos los principios que lo componen como la contradicción[2], al respecto de lo cual se ha sostenido en senda y pacífica jurisprudencia que no se encuentra amparado el debido proceso si no se garantiza que el administrado pueda aportar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra.

Así entonces el marco del derecho al debido proceso impone al funcionario el deber no solo de oír a las partes antes de tomar una decisión que los vincule o afecte, sino también de controvertir las imputaciones y acusaciones que se le hagan en el juicio o procedimiento administrativo que se le promueva o adelante. En esta dimensión, su correcta aplicación evita una decisión en contra de una parte no citada legalmente o soportada en hechos y pruebas sobre las cuales no hubiere tenido ella la oportunidad de exponer y explicar su postura y argumentos en defensa de los derechos en controversia dentro de la actuación administrativa.

En ese sentido, el artículo 40 del CPACA estableció la obligación para las entidades que se encuentren surtiendo procesos administrativos sancionatorios de brindar la oportunidad a los interesados de controvertir las pruebas, así:

> **Artículo 40. Pruebas.** Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. **El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo**.

[1] Corte Constitucional Sentencias T-391 de 1997 y T-196 de 2003.
[2] Consejo de Estado. Sección Tercera; M.P. Ruth Stella Correa Palacio. 17 de marzo de 2010. Exp 18394.

Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.

En el mismo sentido, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, señala:

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

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, **aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;** (…)

En ese sentido, es claro que la materialización del derecho al debido proceso en trámites administrativos sancionatorios contractuales se encuentra intrínsecamente ligada con la posibilidad de controvertir las pruebas por parte de los intervinientes, pues en caso de que ello no se realice, nos encontraríamos ante una de las eventualidades descritas por el artículo 137 del CPACA y, el acto administrativo que termine la actuación se encontraría viciado de nulidad por haberse expedido con desconocimiento al derecho de defensa y audiencia de los administrados.

Tal es el caso que ahora nos atañe, como quiera que la declaratoria de incumplimiento parcial se dio con ocasión de un informe contractual de la semana 77, al respecto, debe mencionarse que debe mencionarse que el numeral 27 de la Resolución 100.56-232-2024, señaló:

> **27.** Que la interventoría del contrato de obra presentó ante la Secretaría de Planeación Municipal de Boyacá un informe actualizado del estado de las obras, en el cual se señala puntualmente el retraso de la ejecución del contrato, en varios ítems, incluyendo el retraso en el cronograma de obra, el cual no se ha cumplido, al igual que el plan de choque que se implementó para buscar la posibilidad de concluir las obras dentro del plazo adicional que se pactó recientemente, lo cual avizora que las obras no se podrán concluir en dicho plazo con todas las consecuencias negativas que tal hecho conlleva, toda vez que el convenio suscrito con el Ministerio del Interior vence el próximo 12 de diciembre del presente año y las obas, según lo evidenciado por la interventoría del contrato y de la administración municipal, a través de la Secretaría de Planeación llevan un avance del 69.50%, de acuerdo al informe de interventoría de la semana 77 que va del 19 al 25 de noviembre, el cual aún no ha sido verificado por la administración municipal, por lo que se advierte que las mismas no concluirán en los escasos días que restan de ejecución del contrato.

Del texto se desprende, que el informe de la semana 77 se presentó por parte de la Interventoría a la Secretaría de Planeación, pero nada se advierte en relación con el traslado de tal documental a los intervinientes del proceso de incumplimiento, pues en efecto como puede observarse en el expediente, ello no ocurrió.

Corolario de lo anterior, conforme consta en grabación de diligencia fechada al 5 de diciembre de 2024, se puso de presente a la administración la falta de traslado del informe de la semana 77 al contratista y el garante, a lo cual la alcaldía respondió que no había necesidad de realizar el traslado por cuanto incluso este informe era más conveniente para el contratista, aceptando de manera tácita que no se dio el debido traslado ni se surtió la contradicción de esa prueba, lo que por sí solo constituye un vicio procedimental que compromete garantías constitucionales de mi prohijada y el contratista.

Es importante en este punto mencionar que el informe contractual de la semana 77 no es cualquier prueba, pues en dicho documento se fundamentó la Alcaldía Municipal para acreditar el supuesto estado actual de incumplimiento e incluso para tasar la sanción a imponer, pues como se evidencia en el numeral 37 de la Resolución, el porcentaje de avance de la obra con fundamento en el cual se sancionó, es el mismo que se determinó en el mencionado informe, situación que demuestra la importancia de tal prueba en la declaratoria de responsabilidad.

Así las cosas, es innegable la injerencia de el mencionado informe en la motivación del acto administrativo, por tanto, al ser el mismo uno de los pilares probatorios en los que se basó la Resolución, debió incorporarse dicho documento al expediente y permitir la contradicción de este en los términos del artículo 40 del CPACA y 86 de la Ley 1474 de 2011, pues no hacerlo constituyó una afrenta manifiesta contra el derecho de audiencia, defensa y contradicción de los intervinientes en el proceso administrativo sancionatorio contractual.

Lo anterior por cuanto como ya se mencionó dicho informe no fue puesto en conocimiento de los intervinientes en el procedimiento sancionatorio contractual que tuvo como resultado la Resolución recurrida, así mismo, tampoco se permitió que el garante o el contratista ejercieran su derecho de contradicción contra dicho informe.

En conclusión, la Resolución 100.56-232-2024 se encuentra viciada de nulidad como quiera que la misma se encuentra fundada en pruebas que no fueron objeto de contradicción con lo cual se trasgredió el derecho de audiencia y defensa de los intervinientes al pretermitirse el cumplimiento de la garantía del debido proceso probatorio en los términos antes señalados.

1.2. <u>LA RESOLUCIÓN 100.56-232-2024 DE 2024 SE EXPIDIÓ CON FALSA MOTIVACIÓN - INEXISTENCIA Y FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA FRENTE A LA IMPUTABILIDAD DE LOS RETRASOS AL CONTRATISTA.</u>

La Alcaldía Municipal de Boyacá incurrió en el vicio de nulidad relacionado con la falsa motivación, como quiera que en el proceso administrativo para expedir la Resolución 100.56-232-2024 de 2024 que declaró el incumplimiento parcial del contrato y el siniestro, no se acreditó probatoriamente que los retrasos fueran imputables al contratista, por el contrario, se aceptó que existieron causas extrañas, sin embargo, ello no se tuvo en consideración en la decisión, lo que de suyo encarna una clara contradicción entre la motivación del acto y la decisión adoptada mediante el mismo.

Para sustentar el reparo que ahora se propone, debe tenerse en cuenta que el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que procede la nulidad de los actos administrativos, entre los cuales, lógicamente se encuentra la Resolución No. 100.56-232-2024 del 5 de diciembre de 2024, cuando hayan sido expedidos mediante falsa motivación. Dicha causal de nulidad ha sido definida por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado de la siguiente manera:

> "La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.
>
> Entendida como el deber que tienen las autoridades de expresar las razones que conducen a la toma de una determinada decisión o a la expedición de un acto, la motivación de las decisiones judiciales y administrativas se proyecta como una manifestación y garantía del derecho fundamental al debido proceso que prevé el artículo 29 constitucional. En materia de procedimiento administrativo**<u>, el alcance de este deber no se limita a la expresión de los motivos que justifican la expedición del acto pues se entiende que, además, estos deben ser veraces y estar probados</u>**.

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó[3]:

> Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado […]

[3] Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A, Sentencia del 17 de marzo de 2016, radicación 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12)

> Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, **cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados** o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta."[4] (énfasis añadido).

De igual forma, la doctrina nacional se ha encargado de definir en qué consiste la motivación de los actos administrativos. Así, por ejemplo, el profesor Gustavo Penagos, haciendo un recuento jurisprudencial y doctrinal, menciona lo siguiente:

> "El especialista y profesor del Uruguay Luis Enrique Chase, antes citado, apoyado en Garrido Falla, dice:
>
> "… que 'por motivación del Acto Administrativo debe entenderse la exposición de las razones que mueven a la administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste'. Siguiendo este concepto podemos afirmar que la motivación viene a constituir la 'exposición de motivos' que realiza la administración para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutiva del acto o a la resolución misma.
>
> "La motivación, o mejor la 'fundamentación' del acto como prefiere el profesor Alberto Ramón Real y que acepta el tratadista Agustín Gordillo 'que es de carácter fáctico y jurídico', conque la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada":
>
> (…)
>
> La doctrina en general es unánime en aceptar que la motivación no es cuestión de forma, sino de substancia, o que se integra con la forma. "[5]

De igual forma, la doctrina, ha puesto de presente cuáles son las exigencias que se deben satisfacer por parte de la Administración para entender que ha motivado en debida forma sus decisiones. Veamos:

> "…la Corte Constitucional en sentencia de 25 de mayo de 2005 en donde siguiendo los lineamientos del profesor René Chapus en su tratado de derecho dispone que:
>
> "…el deber de motivar los actos administrativos está orientado a satisfacer tres exigencias:
>
> 1. En primer lugar, una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta en los actos administrativos de las razones por las cuales ha obrando en determinado sentido (art. 123 C.P. 'Los servidores públicos están al servicio del estado y la comunidad'. Art. 209 C.P. 'La función administrativa está al servicio de los intereses generales').
>
> 2. En segundo lugar, pone de presente la exigencia de adelantar una 'buena' administración.

[4] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 25 de noviembre de 2021. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicado No. 11001-03-25-000-2019-00763-00(5728-19)
[5] Penagos, G. (2011). El Acto Administrativo. Tomo I. Parte General. Nuevas Tendencias (Novena ed.). Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

> 3. En tercer lugar 'la motivación de los actos administrativos facilita el control de la actuación administrativa …"
>
> "Así las cosas, salvo excepciones previstas en el ordenamiento, **un acto administrativo sin motivación alguna o con una motivación manifiestamente insuficiente carece de validez constitucional y legal,** al no expresar las causas fácticas y jurídicas que determinan su adopción".[6]

Ahora, descendiendo al caso concreto encontramos que en el asunto que ahora nos atañe nos encontramos en un régimen de responsabilidad subjetiva en el cual se requiere acreditar la culpa del deudor o en este caso, la imputabilidad del contratista para poder declarar su incumplimiento. Así entonces no es posible declarar el incumplimiento del contrato sin que el mismo sea por completo imputable a la conducta del contratista, motivo por el cual es inviable y contraria al ordenamiento la aplicación de sanciones ante la ausencia de imputabilidad, la cual se excluye ante una causa extraña (caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero).

En es caso que ahora nos atañe se encuentran acreditadas dos causas extrañas o eximentes de responsabilidad, a saber, el hecho de un tercero y la fuerza mayor, situaciones que ya fueron expuestas en esta diligencia por el extremo contratista, a saber: (i) Hurtos de cable eléctrico instalado en la obra. Y (ii) Situación climática desfavorable.

Lo anterior fue incluso reconocido por la alcaldía municipal a folio 10 de la Resolución recurrida cuando señaló:

> incumplimientos si le son imputables, poque si bien hubo afectación por las lluvias y el hurto, eso solo sucedió en un mes de los muchos de ejecución del contrato y por tanto no puede tomarse como causales de exoneración.

Es decir, la administración señala que en efecto la ejecución contractual se vio interrumpida por dos causas extrañas como lo son el hecho de un tercero y la fuerza mayor de la naturaleza, sin embargo, no toma en consideración estas causales eximentes de responsabilidad como quiera que según su consideración "éstas solo ocurrieron en el último mes de ejecución".

Lo antes dicho constituiría un argumento suficiente de no ser porque el incumplimiento imputado al contratista corresponde a un retraso en el cronograma por término de 20 días, es decir, menos de un mes que es justamente el período de tiempo donde se encuentran acreditadas y aceptadas por la administración las causas extrañas.

Lo anterior resulta de la simple lectura del acto administrativo, en el cual la misma administración señaló que el retraso en la obra corresponde actualmente a solo 20 días, así:

Fecha Actual de ejecución	Duración en días desde el 16/01/24	Días de Suspensión	Duración en Días menos suspensión	Avance de la obra	Días programados Cronograma	Días de atraso del cronograma
2211/2024	308	248	60	69.50	73	20

[6] Ibidem. Pág. 203 – 204.

Es claro entonces que los días de retraso son menos de treinta, es decir el retraso es de menos de un mes, por lo que habiendo aceptado específicamente la administración que en efecto dichas causas extrañas acaecieron durante el último mes de ejecución, resulta ser un verdadero contrasentido que sostenga que dichas situaciones no eximen o cuando menos menguan la responsabilidad del contratista por cuanto ocurrieron solamente el último mes.

Es decir, la administración acepta que en los últimos 30 días de ejecución acaecieron causas extrañas y pese a que los días de retraso son solo 20, señala que no son de recibo las causales excluyentes de responsabilidad, a pesar de encontrarlas probadas, lo que implica una clara incoherencia entre los motivos expuestos en el acto administrativo y la decisión tomada por la administración en el mismo.

En conclusión, debe mencionarse que no está acreditado que el supuesto retraso sea imputable al contratista, de modo que al encontrarse que los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración en la Resolución recurrida se basaron en análisis incoherentes de la imputación del daño, debe procederse a la revocatoria inmediata del acto administrativo.

1.3. <u>LA RESOLUCIÓN 100.56-232-2024 DE 2024 SE EXPIDIÓ CON DESCONOCIMIENTO DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE – INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1088 Y 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.</u>

La alcaldía Municipal de Boyacá incurrió en el vicio de nulidad denominado desconocimiento de las normas en las normas en que debía fundarse, como quiera que al expedir la Resolución 100.56-232-2024 de 2024 declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía única de cumplimiento sin acreditar probatoriamente la cuantía del siniestro lo que redunda en la pérdida del carácter meramente indemnizatorio del contrato de seguros, pues para la tasación de la multa se valió de una prueba que no fue legalmente incorporada al expediente administrativo.

Para sustentar el reparo que ahora se propone, debe tenerse en cuenta que el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que procede la nulidad de los actos administrativos, entre ellos, lógicamente se encuentra la Resolución No. 100.56-232-2024 del 5 de diciembre de 2024, cuando hayan sido expedidos con desconocimiento de las normas en que debía fundarse. Dicha causal de nulidad ha sido definida por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado de la siguiente manera:

> La contravención legal a la que hace referencia esa causal debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: 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[7].

En el caso concreto, encontramos que como se indicó en otros cargos de este memorial, la alcaldía no acreditó probatoriamente cuál es la cuantía del supuesto e improbado siniestro, pues no presentó en el proceso administrativo que ahora nos compete pruebas concretas y debidamente incorporadas al expediente de los valores en que debe incurrir con ocasión del presunto incumplimiento del contratista.

Debe mencionarse en este punto que la interventoría a través del informe de la semana 77 en el cual se fundamentó la Resolución recurrida, tasó el porcentaje de avance de la obra y con ello se estableció la cuantía de la multa a imponer, sin embargo, como ya se señaló en este memorial, dicho informe no fue objeto de contradicción y por tanto no puede tenerse como prueba en el presente proceso de incumplimiento contractual.

Es imperativo reseñar que era a la administración a quien en el marco del trámite administrativo que ahora nos convoca le asistía la obligación de acreditar debidamente y con arreglo a las garantías propias del debido proceso y la contradicción, la cuantía de los supuestos perjuicios que le fueron irrogados por el incumplimiento del contratista, al respecto la jurisprudencia del consejo de Estado ha señalado:

> Es por ello que, para ejercer el derecho de defensa contra la decisión adoptada, **el acto declarativo del siniestro debe motivarse**, expresando los fundamentos jurídicos, fácticos, probatorios y **la cuantificación del siniestro**.
>
> (…) la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita**, deberá determinarse la cuantía del daño causado**, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial.
>
> (…)
>
> "Con esta lógica resulta claro que la Administración está investida de facultad para declarar directamente el siniestro ocurrido en relación con la ejecución del contrato estatal celebrado y hacer efectiva la garantía constituida a su favor, mediante la expedición de un acto

[7] Consejo de Estado. Sección Cuarta. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. 15 de marzo de 2012. Exp. 16660.

> administrativo, **el cual deberá contener los fundamentos fácticos y probatorios del siniestro y el monto o cuantía de la indemnización**; acto que una vez ejecutoriado permitirá exigir a la compañía aseguradora el pago de dicha indemnización, así lo ha dispuesto la ley, decisión que está sujeta al control de legalidad, tanto por vía gubernativa como por vía jurisdiccional"[8]

En el mismo sentido, el artículo 1077 del Código de Comercio señala:

> **Artículo 1077. Carga de la prueba.** Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, **así como la cuantía de la pérdida**, si fuere el caso.
>
> El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

Así entonces, al no encontrarse acreditada probatoriamente la cuantía del siniestro y haberse realizado su cuantificación con una prueba que carece de legalidad, se estima transgredido el carácter meramente indemnizatorio de los seguros de daños, el cual se encuentra consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio así:

> **Artículo 1088. Carácter indemnizatorio del seguro.** Respecto del asegurado, los seguros de daños **serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento**.
>
> La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.

Por lo anterior, es claro que, al omitir acreditar probatoriamente y en debida forma la cuantía del siniestro, la Alcaldía podría estar sobre estimando el perjuicio y por esa vía enriqueciéndose sin justa causa, situaciones estas que desconocen lo preceptuado en los artículos 1077 y 1088 del Código de Comercio y vician de nulidad la Resolución recurrida, debiéndose proceder a su revocatoria, bajo la consideración de que la carga de motivación y de prueba del siniestro era de la entidad y no de la aseguradora.

1.4. LA RESOLUCIÓN 100.56-232-2024 DE 2024 SE EXPIDIÓ CON DESCONOCIMIENTO DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE – INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. DEL DECRETO 1082 DE 2015.

La Alcaldía incurrió en el vicio de nulidad denominado desconocimiento de las normas en que debía fundarse, como quiera que al expedir la Resolución 1100.56-232-2024 de 2024 declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía única de cumplimiento sin acreditar probatoriamente la imputabilidad del incumplimiento al contratista, lo que contraviene el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015.

En primer lugar, debe señalarse que, en virtud de lo establecido en la normatividad legal que regula lo pertinente a la contratación estatal, se expidió la póliza de cumplimiento estatal a favor del

[8] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 14667, reiterada en sentencias del 23 de junio de 2010, exp. 16494; y del 7 de septiembre de 2015, exp. 45907

municipio de Boyacá. En virtud de ello, las condiciones generales aplicables al mencionado seguro que son de conocimiento y aprobacion por parte del municipio de Boyacá, establecen para el amparo de cumplimiento lo siguiente:

> EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO, ASÍ COMO DE SU CUMPLIMIENTO TARDÍO O DE SU CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO, **CUANDO ELLOS SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO**, LOS DAÑOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR ENTREGAS PARCIALES DE LA OBRA, CUANDO EL CONTRATO NO PREVÉ ENTREGAS PARCIALES, ADEMÁS DE ESOS RIESGOS, ESTE AMPARO COMPRENDERÁ EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAYAN PACTADO EN EL CONTRATO GARANTIZADO.

Asi las cosas, es necesario que se presenten los siguientes presupuestos para poder afectar la mencionada póliza de complimiento:

1. Que se genere un perjuicio a la Entidad Contratante.
2. Que exista un incumplimiento total o parcial, tardio o defectuoso del contratista garantizado .
3. Que dicho perjuicio esté directamente relacionado con el incumplimiento total o parcial, tardio o defectuoso.
4. Que dicho incumplimiento le sea imputable al contratista garantizado.

Dichos presupuestos estan directamente relacionados con los elementos esenciales de la Responsabilidad Civil Contractual que le pueda surgir a la aseguradora; Sin embargo, en el caso particular es importante volver la vista sobre la imputabilidad, pues de conformidad con el amparo de cumplimiento para proceder a su afectación, es menester que se acredite un incumplimiento que sea imputable al contratista, pues este es un elemento que claramente se incluyó en el condicionado general de la póliza y que se encuentra igualmente establecido normativamente en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, así:

> **ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. *Garantía de cumplimiento.*** La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:
>
> 1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.
>
> 2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.
>
> 3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:
>
> 3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, **cuando el incumplimiento es imputable al contratista**;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.

La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato.

Sin embargo, como se indicó en apartados previos del presente memorial, lo cierto es que la Alcaldía aún aceptando la existencia de causas extrañas que enervan la imputabilidad del incumplimiento al contratista y en contravención a la norma antes aludida por falta de aplicación, procedió a declarar el incumplimiento, lo que de suyo encarna un vicio de nulidad respecto del acto administrativo recurrido pues no aplicó la disposición normativa contenida en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015.

1.5. <u>LA RESOLUCIÓN 100.56-232-2024 DE 2024 SE EXPIDIÓ CON DESCONOCIMIENTO DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE – INAPLICACIÓN ARTÍCULO 2.2.1.2.3.2.3. DEL DECRETO 1082 DE 2015.</u>

La Alcaldía incurrió en el vicio de nulidad denominado desconocimiento de las normas en que debía fundarse, como quiera que al expedir la Resolución 1100.56-232-2024 de 2024 declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía única de cumplimiento, por cuanto pese a que aceptó que durante el último mes acaecieron causas extrañas, terminó por declarar el incumplimiento del contratista, lo que supone una evidente trasgresión al artículo 2.2.1.2.3.2.3. del Decreto 1082 de 2015.

En primer lugar, debe señalarse que, tratándose de seguros de cumplimiento, el artículo 2.2.1.2.3.2.3. del Decreto 1082 de 2015 establece taxativamente tres exclusiones del contrato de

seguros, de la siguiente forma:

> "ARTÍCULO 2.2.1.2.3.2.3. Exclusiones. La Entidad Estatal solamente admitirá las siguientes exclusiones, en el contrato de seguro que ampara el cumplimiento de los contratos que suscriba, y cualquier otra estipulación que introduzca expresa o tácitamente exclusiones distintas a estas, no producirá efecto alguno:
>
> **1. Causa extraña, esto es la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero** o la culpa exclusiva de la víctima.
>
> 2. Daños causados por el contratista a los bienes de la Entidad Estatal no destinados al contrato.
>
> 3. Uso indebido o inadecuado o falta de mantenimiento preventivo al que está obligada la Entidad Estatal.
>
> 4. El deterioro normal que sufran los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado como consecuencia del transcurso del tiempo."

En el mismo sentido se fijó en el clausulado general de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 430 47 994000055787, así:

2. EXCLUSIONES.

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

2.2. MODIFICACIONES NO INFORMADAS.
EN CASO DE PACTARSE O IMPONERSE CONDICIONES, QUE CAMBIEN LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO, QUE NO SEAN REPORTADAS DEBIDAMENTE AL ASEGURADOR, Y QUE NO SEAN ACEPTADAS EXPRESAMENTE POR ÉL, ÉSTE QUEDARÁ RELEVADO DEL PAGO DE LA PRESTACIÓN ASEGURADA, DERIVADA DE TALES CAMBIOS, PACTOS O MODIFICACIONES.

2.3. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.
ESTE SEGURO NO CUBRE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LOS RECLAMOS DE TERCEROS AJENOS AL CONTRATO, CON OCASIÓN DE EVENTUALES RESPONSABILIDADES DE CARÁCTER CIVIL EXTRACONTRACTUAL. TAMPOCO SE CUBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE CARÁCTER PATRONAL, DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO.

2.4. VICIOS POR TRANSCURSO DEL TIEMPO.
LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL SIMPLE TRANSCURSO DEL TIEMPO SOBRE BIENES Y OBJETOS.

2.5. USO INDEBIDO.
CUBRE EL USO INDEBIDO O INADECUADO O LA FALTA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO A QUE ESTÉ OBLIGADA LA ENTIDAD CONTRATANTE

Así entonces, no había lugar a amparar el cumplimiento del contrato suscrito cuando justamente su incumplimiento se encuentra mediado por una de las exclusiones de que trata el artículo antes trascrito y las exclusiones propias de la misma póliza cuya afectación se pretende; Lo anterior acontece en el caso concreto y por ende no hay lugar a afectar la póliza de cumplimiento número 430 47 994000055787.

Sea lo primero indicar que los presuntos incumplimientos que se pretenden imputar al contratista, se refieren fundamentalmente a retrasos en la ejecución de la obra, los cuales como se ha explicado y se acreditó en el caso concreto, no son en modo alguno imputables al contratista, pues ocurrieron con ocasión de dos causas extrañas que resultaron imprevisibles e irresistibles para el CONSORCIO SACÚDETE BOYACÁ, relacionadas con el hecho de un tercero y la fuerza mayor de la naturaleza.

En ese sentido, dichas causas extrañas (i) enervan la relación de causalidad entre el actuar del

contratista y el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y, (ii) de conformidad con el artículo 2.2.1.2.3.2.3. del Decreto 1082 de 2015, constituyen una exclusión a la póliza de cumplimiento número 430 47 994000055787 por lo que la misma no es afectable.

1.6. <u>LA RESOLUCIÓN 100.56-232-2024 DE 2024 SE EXPIDIÓ CON DESCONOCIMIENTO DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE – INAPLICACIÓN ARTÍCULO 1474 DEL CÓDIGO CIVIL Y 17 DE LA LEY 1150 DE 2007.</u>

La Alcaldía incurrió en el vicio de nulidad denominado desconocimiento de las normas en que debía fundarse, como quiera que al expedir la Resolución 1100.56-232-2024 de 2024 declaró el siniestro e hizo efectiva la garantía única de cumplimiento, por cuanto debió proceder a aplicar de pleno derecho la compensación en los términos del artículo 1474 del Código Civil y 17 de la Ley 1150 de 2007.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante la ejecución de un contrato estatal, en el cual aplican las normas del derecho administrativo y las normas relativas a la teoría general de las obligaciones, será tarea del Despacho entrar a establecer el estado financiero del contrato a efectos de establecer si existen saldos a favor del contratista en virtud del Convenio Interadministrativo No. 2057 de 2021.

Lo anterior, bajo el entendido que, como quiera que se desconoce el estado financiero del contrato, y como quiera que la entidad debe o debió realizar pagos al contratista, en caso de tener recursos a favor del Municipio, deberá darse aplicación al principio de la compensación, como un modo de extinguir simultáneamente y hasta la misma cuantía las obligaciones existentes entre personas que recíprocamente son acreedoras y deudoras. Esta figura está contemplada en el artículo 1714 del Código Civil, el cual señala:

> "ARTICULO 1714. COMPENSACION. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse".

Dicho mecanismo se encuentra contemplado también en el Parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece:

> "ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. (...)
>
> PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros **<u>a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista</u>** (...)" (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como puede observarse, la compensación es una de las formas de extinguir las obligaciones que se encuentra contemplada en materia civil, administrativa y comercial. Razón por la que se debe aplicar la mencionada figura respecto de las obligaciones que surjan para el contratista por el

presunto incumplimiento parcial en que haya incurrido.

En ese sentido, en caso de existencia de saldos a favor y por efecto de la compensación no habría lugar en afectar la póliza. Por lo anterior, se solicita a la entidad estatal aplicar de pleno derecho la figura que ahora se invoca, situación que no se hizo expresamente en la parte motiva de la Resolución, generando su nulidad por desconocimiento de las normas señaladas.

PETICIÓN.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente al alcalde Municipal, lo siguiente:

1.7. Comedidamente solicito se **REVOQUE** en su integridad la Resolución Número 100.56-232-2024 del 5 de diciembre de 2024 por cuanto la misma fue expedida con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa de motivación y con desconocimiento de las normas en que debía fundarse, de conformidad con los argumentos anteriormente expuestos.

En subsidio de lo anterior, solicito:

1.8. **REVOCAR** la Resolución Número 100.56-232-2024 del 5 de diciembre de 2024, por cuanto la declaratoria de siniestro no cumple con lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Cordialmente,

ANGIE KATHALINA CARPETTA MEJÍA
C.C. No. 1.023.965.126 de Bogotá D. C.
T.P. No. 371.848 del C. S. J.