

Señores:

ALCALDÍA MUNICIPAL DE LOS SANTOS – SANTANDER

secplaneacion@lossantos-santander.gov.co

TRAMITE: ARTICULO 86 LEY 1474 DE 2011
CONTRATO: CONTRATO DE OBRA No. 053 DE 2019
CONTRATANTE: MUNICIPIO DE LOS SANTOS
CONTRATISTA: CONSORCIO LOS SANTOS
ASEGURADORA: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

REFERENCIA: RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DE LA RESOLUCION No. 283 DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2024

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de **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, promuevo RECURSO DE REPOSICIÓN en contra de la Resolución No. 282 del 11 de septiembre de 2024 proferida por la Secretaria de Planeación y Obras Publicas "*Por la cual se decide la actuación administrativa sancionatoria por el presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato de obra 000053 de 2019 suscrito entre el MUNICIPIO DE LOS SANTOS y el CONSORCIO LOS SANTOS*" en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD

En la Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024, se resolvió entre otras cosas que:

“ARTÍCULO SEXTO: Notifíquese, en estrados el contenido del presente acto administrativo al apoderado y/o representante legal del contratista **CONSORCIO LOS SANTOS**, identificado con NIT. 901.260.192-9, igualmente notificar en Estrados a la apoderada de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A.**, identificada con NIT. 860.524.654-6 de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Recursos: Contra el presente acto administrativo procede el Recurso de Reposición el cual deberá ser interpuesto y sustentado en audiencia de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.”

En ese sentido, el presente recurso de reposición se presenta de manera oportuna y el mismo resulta procedente como quiera que en audiencia del 11 de septiembre de 2024 se interpuso oportunamente el recurso y se concedió por parte de la administración el termino perentorio del artículo 76 del C.P.A.C.A para su sustentación por escrito.

II. DE LOS CONSIDERANDOS CONTENIDOS EN LA RESOLUCIÓN No. 283 DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2024

La Secretaria de planeación y obras públicas del Municipio de Los Santos mediante Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar el Incumplimiento Parcial – por ausencia de funcionalidad, del Contrato de Obra Pública No. 00053 de 2019 por parte del Contratista **CONSORCIO LOS SANTOS**, identificado con Nit. No. 901.260.192-9 y representado legalmente por **JAIME OMAR GÓMEZ MANRIQUE**, por cuanto el contratista ha incumplido las obligaciones No. 7.2, 7.3, 7.9, 7.21 y 7.33 del referido acuerdo (...) por todas las razones expuestas en este acto administrativo.

SEGUNDO: Imponer y Aplicar al CONSORCIO LOS SANTOS identificado con Nit. No. 901.260.192-9 representado legalmente por **JAIME OMAR GÓMEZ MANRIQUE**, Sanción de Clausula Penal contenida en el Contrato de Obra Pública No. 00053 de 2019, equivalente a la suma de **DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS MCTE (\$225.676.679,51)**, lo anterior de conformidad con la parte motiva del presente acto administrativo.

TERCERO: Declarar el siniestro del amparo de cumplimiento de la garantía otorgada mediante la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 730 47 99400008105 del 19 de diciembre de 2023 expedida por la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A.**, identificada con NIT. 860.524.654-6, la cual se amplió conforme a la prórroga realizada al Contrato de Obra Pública No. 00053 de 2019 tal como consta en el anexo modificatorio.

ARTÍCULO CUARTO: Ordenar el pago del valor de la cláusula penal al contratista al municipio de los santos Nit 890-204-537-9 Cuenta corriente numero 060630000200 Banco agrario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo.

ARTÍCULO QUINTO: Ordenar que la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A.** identificada con NIT. 860.524.654-6 en virtud de la Póliza de seguro de Cumplimiento No. 730 47 99400008105 del 19 de diciembre de 2023, en caso de no verificarse el pago por parte del contratista dentro del plazo establecido en el artículo cuarto del presente acto administrativo, el garante deberá realizar el pago de las sanciones impuesta, equivalente a la suma de **DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS MCTE (\$225.676.679,51)** en los términos señalados en el artículo 1080 del código de comercio. Y dentro del monto del amparo de cumplimiento vigentes en la garantía única de cumplimientos de la póliza No. 730 47 99400008105...”

Para adoptar los anteriores puntos resolutivos, la Alcaldía Municipal de los Santos – Santander, se fundamentó en los siguientes aspectos:

“(...) ... luego de haberse efectuado el análisis de los argumentos defensivos, estos habrán de desecharse dada su ausencia de convicción, frente a los medios de prueba tales como el Informe de Auditoria de la Contraloría General de Santander y el Informe de Incumplimiento del Contratista Interventor, situación que no conduce a tomar otra decisión, diferente a **DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL y AUSENCIA TOTAL de FUNCIONALIDAD** de la obra realizada por **EL CONSORCIO LOS SANTOS**, dentro del COP No. 00053 de 2019 y cuyo objeto contractual obedeció a **“CONSTRUCCIÓN DE COLEGIO LA LAGUNA FASE I DEL MUNICIPIO DE LOS SANTOS, SANTANDER.”**

A través del presente recurso de reposición se demostrará como la Alcaldía Municipal de Los Santos se equivocó, primero, al declarar que el Consorcio Los Santos incumplió el contrato No. 053 de 2019; y segundo, de igual forma erró, a la hora de realizar la imposición y tasación de la cláusula penal, al no aplicar el principio de reducción de la pena y compensación, entre otros reparos que se formularan a continuación:

III. REPAROS CONCRETOS FRENTE A LA RESOLUCIÓN No. 283 DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2024

A. LA RESOLUCIÓN No. 283 DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2024 SE EXPIDIÓ MEDIANTE FALSA MOTIVACIÓN PUES NO SE REALIZA UN ANÁLISIS RIGUROSO DE LOS ARGUMENTOS Y PRUEBAS PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA Y GARANTE

La Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024, “*Por la cual se decide la actuación administrativa sancionatoria por el presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato de obra 000053 de 2019 suscrito entre el MUNICIPIO DE LOS SANTOS y el CONSORCIO LOS SANTOS*”, fue expedida mediante falsa motivación, pues no se tuvieron en cuenta los argumentos y pruebas presentadas por el contratista y el garante en sus respectivos descargos y alegatos de conclusión.

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. 714 del 11 de julio 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, 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.

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: ¹

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

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A, Sentencia del 17 de marzo de 2016, radicación 11001-03-25-000- 2012-00317-00 (1218-12)

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 [...]

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.**" ²(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 resolutive 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."³

De igual forma, la doctrina, siguiendo la jurisprudencia constitucional, 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

² 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)

³ Penagos, G. (2011). El Acto Administrativo. Tomo I. Parte General. Nuevas Tendencias (Novena ed.). Ediciones Doctrina y Ley LTDA

impone a la administración la obligación de dar cuenta en los actos administrativos de las razones por las cuales ha obrado 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.

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".⁴

Para el caso en concreto, tiene que la Alcaldía Municipal de Los Santos incurre en una falsa motivación al proferir la Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024, pues, lo cierto es que la misma no tuvo en cuenta, o, al menos no aparece un análisis detallado de los mismos en la parte de las consideraciones de la decisión administrativa, de los descargos, alegatos y pruebas presentadas tanto por el contratista como por, mi representada, Aseguradora Solidaria De Colombia E.C, que demostraban circunstancias fácticas y jurídicas diferentes a las que terminó concluyendo la Administración en la parte resolutive del acto administrativo que ahora se recurre.

La administración municipal desestimó, sin ningún fundamento sólido, las eximentes de responsabilidad argumentadas por el contratista y el garante. Entre estas, la excepción de contrato no cumplido, la fuerza mayor, el caso fortuito y la teoría de la imprevisión.

Si bien la Alcaldía señala incumplimientos por parte del Consorcio Los Santos en cuanto a calidad y programación, reconoce parcialmente su responsabilidad en la gestión de licencias y permisos. No obstante, este reconocimiento es insuficiente, ya que la falta de planeación y obtención oportuna de permisos fue un factor determinante que obstaculizó el cumplimiento de las actividades relacionadas con la infraestructura eléctrica e hidráulica. Aunque se menciona la falta de personal y materiales como causa de los retrasos, es evidente que, sin los diseños y permisos correspondientes, la ejecución de las labores era inviable, independientemente de la disponibilidad de recursos.

La resolución ignora injustificadamente los argumentos de fuerza mayor, caso fortuito e imprevisibilidad presentados por las partes. En particular, no se consideró la oposición de la comunidad local que impidió la ejecución de actividades hidráulicas críticas, un evento claramente imprevisible e irresistible para el contratista. Asimismo, se pasó por alto la teoría de la imprevisión, aplicable cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, alteran significativamente la ecuación financiera del contrato, como ocurrió al descubrirse que los diseños originales eran inadecuados para las necesidades eléctricas e hidráulicas reales del proyecto.

Esta falta de análisis exhaustivo y la omisión de consideraciones en la motivación del acto administrativo socavan la validez de la decisión tomada por la Alcaldía Municipal de Los Santos,

⁴ Ibidem. Pág. 203 – 204.

poniendo en evidencia una falsa motivación que justifica la revocación de la Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024.

B. LA RESOLUCIÓN No. 283 DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2024 SE EXPIDIÓ CON FALSA MOTIVACIÓN – SE DESCONOCIÓ EL PRINCIPIO DE COMPENSACIÓN

Mediante la Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024 se decidió declarar el incumplimiento parcial del Consorcio Los Santos y en consecuencia imponer la sanción contenida en la cláusula penal del contrato de obra No. 053 de 2019, por un valor equivalente a \$225.676.679,51. Esto se argumentó en que el valor del contrato correspondía a \$5.335.146.087 y la cláusula penal era el 20% del mismo, sin embargo según el informe de interventoría el porcentaje incumplido fue solo del 21,15%, por lo que se redujo proporcionalmente el valor de la pena. No obstante, la Alcaldía Municipal omitió tener en cuenta que debe al contratista los valores correspondientes al acta parcial de avance No. 11 por suma de \$520.000.000, razón por la cual a la indemnización debió restarse dicho valor.

La Alcaldía Municipal desconoce que como entidad contratante faltó a la cláusula cuarta – forma de pago del contrato, pues una vez recibida el acta parcial, contaba con 90 días calendario para cancelar al contratista. Está probado que el acta No. 11 fue presentada y recibida el 20 de diciembre de 2023, pero no se ha cancelado. Lo que conlleva a incumplir el numeral 1 de la cláusula 8 del contrato, que estipula la obligación en cabeza del contratante de cancelar oportunamente los dineros pactados y que corresponden para lograr el cumplimiento del contrato.

Al respecto debe señalarse lo contemplado en el artículo 1609 del Código Civil, que establece:

“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”.

Por su parte, el Consejo de Estado ha aclarado que argumento de contrato no cumplido procede en los contratos estatales aun cuando esta debe ser armonizada con las normas de derecho público y, por tanto, tienen que cumplirse ciertas características para que se configure. De este modo, se afirmó:

“El artículo 1609 del Código Civil prevé que 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 allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones”.

En pronunciamiento más reciente, esta Corporación adujo:

“En materia de contratación estatal no cualquier desatención obligacional de la entidad tiene la virtualidad de situar en estado de incumplimiento al contratista o de conjurarlo. Ello obedece a que, en atención al fin público que se encuentra ínsito en la suscripción de un contrato estatal, el contratista debe procurar satisfacer su objeto en las condiciones inicialmente convenidas, a menos que, en realidad, el apartamiento de las obligaciones a cargo de la entidad lo lleven a un estado de imposibilidad material de cumplirlo...”

La sanción impuesta por la Alcaldía Municipal de Los Santos es manifiestamente desproporcionada e ignora los principios fundamentales de reducción de la pena y compensación, pilares esenciales del derecho administrativo y contractual colombiano.

El principio de proporcionalidad, reiteradamente enfatizado por el Consejo de Estado, exige que las sanciones administrativas guarden una relación adecuada con la gravedad del incumplimiento y las circunstancias particulares del caso. En la situación presente, la Alcaldía omitió considerar el monto sustancial que adeuda al contratista y las dificultades generadas por su propio incumplimiento, resultando en una sanción excesiva que distorsiona la realidad económica del contrato.

La compensación de deudas, consagrada en el artículo 1714 del Código Civil colombiano, establece que cuando dos entidades son deudoras una de otra, se debe operar una compensación que extinga ambas deudas hasta la concurrencia de sus valores. Al imponer la sanción sin tener en cuenta su deuda pendiente con el contratista, la Alcaldía viola flagrantemente este principio fundamental, alterando injustamente el equilibrio económico del contrato.

La buena fe contractual, principio rector en la ejecución de contratos según el artículo 871 del Código de Comercio y el artículo 1603 del Código Civil, se ve comprometida cuando la administración impone una sanción sin considerar sus propias faltas y la situación económica del contratista. Esta actuación contraviene la expectativa legítima de un trato equitativo y justo en la relación contractual.

El equilibrio económico del contrato, garantizado por el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, se ve gravemente alterado por una sanción que no toma en cuenta la totalidad de las circunstancias económicas del contrato, incluyendo las deudas pendientes de la administración hacia el contratista. Además, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado enfáticamente que la administración no puede enriquecerse injustamente a costa del contratista. La imposición de una sanción sin descontar las deudas pendientes podría configurar una situación de enriquecimiento sin causa, contraviniendo principios básicos de equidad y justicia en la contratación estatal.

Finalmente, se debe mencionar que en la Alcaldía Municipal de Los Santos desconoció completamente lo consignado en el numeral 4, del capítulo III – condiciones aplicables a todo tipo de contrato, de las condiciones generales de la póliza de cumplimiento No. 994000008105: **“4. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN:** *Si el asegurado o beneficiario, al momento de tener conocimiento del incumplimiento o con posterioridad a este y anterior al pago de la indemnización, fuere deudor del contratista por cualquier concepto, se aplicará la compensación y la*

indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, según la Ley, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y subsiguientes del código civil". En este caso está probado que la entidad contratante debe al contratista los valores correspondientes al acta parcial de avance No. 11 por suma de \$520.000.000 M/Cte., razón por la cual la indemnización que eventualmente se llegará a ordenar, deberá ser sujeto de esta reducción frente al amparo de cumplimiento.

En conclusión, la sanción impuesta por la Alcaldía Municipal de Los Santos es desproporcionada, por lo que la Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024 debería revocarse y ajustarse a la realidad financiera y contractual de las partes.

C. LA RESOLUCIÓN No. 283 DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2024 SE EXPIDIÓ MEDIANTE FALSA MOTIVACIÓN EN TANTO NO PRECISÓ CUAL AMPARO PRETENDE SER AFECTADO CON LA DECLARATORIA DE SINIESTRO

La Resolución No. 153 del 15 de diciembre de 2023 se expidió mediante falta de motivación, pues, a pesar de que METRO SABANAS S.A.S., tenía pleno conocimiento de la póliza de cumplimiento junto con su clausulado general, se omitió precisar en las consideraciones y en la parte resolutive de la Resolución que ahora se recurre, el amparo afectado con la declaratoria de siniestro y su cuantía.

El H. Consejo de Estado, citando la jurisprudencia constitucional, en sentencia del 5 de julio del 2018 explicó la importancia de la motivación de los actos administrativos como elemento propio del acto y con fines de salvaguardar el debido proceso administrativo:

"...la falta de motivación es violatoria del derecho al debido proceso, como lo estableció la Corte Constitucional en un fallo de 2005, 1 basado en la Sentencia SU 250 de 1998, entre otras, y que constituye precedente aplicable al caso sub examine:

"El artículo 209 de la Constitución Política establece el principio de publicidad en las actuaciones adelantadas por la administración pública: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)" Dentro de este principio se inscribe, precisamente, el de motivación de los actos administrativos. La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual **ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido**. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.

(...)

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 tácticas y jurídicas que determinan su adopción.

Es pertinente traer a colación las observaciones al respecto del profesor García de Enterría, citadas ya por esta Corporación en sentencia SU 250 de 1998.

"La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que **la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión,** Por ejemplo: no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de "incapacidad física"; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica legalmente la resolución." (Citas del original no transcritas).

(...) **... La falta de motivación del acto administrativo es un requisito de fondo que no sólo conlleva la declaratoria de nulidad del acto administrativo, sino la violación del derecho "fundamental al debido proceso, entre otras normas constitucionales."**⁵
(énfasis añadido).

De igual forma, el profesor Gustavo Penagos ha puesto de presente las características de lo que propiamente implica motivar un acto administrativo:

"La motivación o fundamentación del Acto Administrativo, debe ser:

1. Cierta.
2. De buena fe (art. 83 de la Constitución).
- 3. Seria y adecuada.**
- 4. Suficiente e íntimamente relacionada con la decisión.**
5. Se deben evitar fórmulas de comodín, o susceptibles de ser aplicadas a todos los casos, ¿cómo decir que se ajusta en general a las reglas jurídicas? Esta modalidad, debe considerarse insuficiente, y el acto carente de motivación."⁶ (énfasis añadido).

Como se podrá observar de la jurisprudencia y doctrina traída a colación, la motivación de un acto administrativo no sólo es un elemento de toda decisión proferida por la Administración Pública, sino que, además, un elemento que en su ausencia puede causar la nulidad del mismo.

Para el caso en concreto, se configura el anterior elemento de la falta de motivación, ya que la Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024, no precisó de manera clara, detallada y específica cuál es el amparo afectado en la Póliza de Cumplimiento No. 730-47-99400008105, y mucho menos cuál es la cuantía reclamada, pues solo se menciona de manera general en la parte resolutive, sin hacer ningún énfasis en las condiciones generales y particulares de la póliza.

En conclusión, deberá de revocarse la resolución objeto de reproche y en su lugar proferir una nueva decisión que, de conformidad con los argumentos expuestos, declare terminado el

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 5 de julio de 2018. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Radicado No. 110010325000201000064 00 (0685-2010)

⁶ Penagos, G. (2011). El Acto Administrativo. Tomo I. Parte General. Nuevas Tendencias (Novena ed.). Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Pág. 202.

proceso sancionatorio y se ordene el archivo del proceso sin la imposición de ninguna multa en contra del contratista.

D. EL MUNICIPIO DE LOS SANTOS INCUMPLIÓ SU DEBER DE MANTENER EL RIESGO

La Alcaldía Municipal de Los Santos incumplió su deber de mantener el riesgo en el contrato de seguro documentado en la Póliza de Cumplimiento No. 730-47-99400008105, pues, a pesar de que al contratista se le hicieron varios requerimientos previos por presuntos incumplimientos, los mismos nunca fueron notificados a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., todo ello en desmedro e inobservancia del artículo 1060 del Código de Comercio, lo que implica la terminación del contrato de seguro y la ausencia de cobertura para el presunto incumplimiento declarado en la Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024.

Para sustentar el reparo que ahora se formula, debe tenerse en cuenta la obligación que se radica en cabeza de todo asegurado según el artículo 1060 del Código de Comercio:

“Artículo 1060. Mantenimiento del estado del riesgo y notificación de cambios.

El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella.” (énfasis añadido).

Frente al artículo que se trae a colación, la doctrina nacional ha tenido a bien en mencionar lo siguiente:

“...es una clara consecuencia del carácter de tracto sucesivo que tiene el contrato de seguro; radica en el tomador o asegurado, normalmente en cabeza de este último, la obligación de mantener en situación similar a cuando se contrató el seguro, el estado del objeto asegurado y, además, de comunicar al asegurador por escrito cualquier circunstancia que implique

agravación objetiva del mismo o “variación de su identidad local” (...)”⁷

De igual forma, frente a la aplicación de dicho artículo a los contratos de seguro de cumplimiento, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha dicho lo siguiente:

“... conviene recordar que el seguro es un contrato de ejecución sucesiva y, por tanto, durante su vigencia debe conservarse la correspondencia entre el valor de la prima y el riesgo asumido, cuya correspondencia es evaluada con la declaración precontractual que debe realizar el tomador sobre los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador, quien a partir de ese referente mide el grado de su eventual responsabilidad para calcular el monto de la prima que es la prestación cierta a cargo del asegurado o tomador.

Pues bien, a la preservación de esa proporcionalidad entre la prima y el riesgo durante la vigencia de la relación contractual provee la ley, mediante el régimen de la carga de información regulado en el artículo 1060 del estatuto mercantil, conforme al cual prescribe que el asegurador o tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo y, en tal virtud, deben notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias imprevisibles que sobrevengan con posterioridad a la suscripción del seguro y que entrañen la agravación del riesgo o la variación de su identidad local, a efecto de que éste pueda ejercer la facultad allí conferida, esto es, la de revocar el contrato o exigir el reajuste del valor de la prima. La falta de notificación oportuna de una situación de esa índole produce la terminación del contrato.

La oportunidad para cumplir con la referida carga difiere, según que la alteración del riesgo sea o no voluntaria, pues si depende del arbitrio del asegurado o tomador, la notificación debe hacerse con “antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo”, término suficiente para que el asegurador ejerza una de las dos opciones conferidas por el legislador; y si le es extraña a ellos debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a aquel en que la conozcan, conocimiento que, en todo caso, se presume luego de transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

De esa manera, el régimen jurídico de la agravación del riesgo busca restablecer la equivalencia entre la prima y la nueva declaración del estado del riesgo, ajustada a los hechos o circunstancias agravantes que sobrevengan luego de haberse ajustado el contrato; desde luego, que ella debe ser sincera y, por lo mismo, susceptible de inexactitud o reticencia que bien pueden aparejar, según el caso, la nulidad relativa del negocio jurídico, la retención de la prima a favor del asegurador o la reducción proporcional de la prestación asegurada.

El deber de comunicación en cuestión, conforme quedó dicho, recae sobre hechos y circunstancias que no eran previsibles en el momento en que se ajustó el seguro y de tal entidad que si el asegurador los hubiere conocido no lo habría celebrado, o lo hubiese concluido en condiciones más onerosas para el tomador del mismo; por tanto, de lo que se trata es de denunciar la agravación del riesgo, entendida ésta como el aumento de la probabilidad de realización del siniestro o de la magnitud de sus posibles consecuencias dañosas.

Pero las referidas circunstancias, además de agravar “el estado del riesgo”, deben ser imprevisibles, haber sobrevenido a la celebración del contrato y conocerlas el tomador o el

⁷ López Blanco, H. F. (2022). Comentarios al contrato de seguro (Séptima ed.). DUPRE Editores Ltda.

asegurado. Esas características permiten diferenciarlas de otros supuestos que no pocas veces pueden confundirse con ellas; así, no son condiciones que agraven el riesgo, las siguientes: a) Cuando el tomador o asegurador no cumple cabalmente con la declaración precontractual del estado del mismo, ya que ese deber alude a la situación existente en el momento previo a la conclusión del contrato, mientras que la agravación ha de referirse a hechos nuevos que alteran las circunstancias que sirvieron de base a la misma; b) La exclusión del riesgo, hipótesis que, conforme a la delimitación efectuada en el seguro, está fuera de la cobertura; c) El aumento del valor de las cosas aseguradas, pues éste lo que produce es el incremento del interés asegurado, que será relevante para calcular la indemnización a cargo del asegurador, la cual, en todo caso, tendrá por límite el monto asegurado; d) La provocación del siniestro por culpa grave o dolo del asegurado, por cuanto estaría excluida de la cobertura del asegurador mediante la delimitación causal del riesgo.

Desde luego, que si el riesgo es agravado por las anotadas circunstancias y éstas son notificadas al asegurador en la forma y términos establecidos por el ordenamiento jurídico, el seguro subsiste con todos sus efectos mientras el asegurador ejerce la opción prevista en el inciso 3º del citado artículo 1060, por cuanto a partir de ese momento, su existencia dependerá del arbitrio de éste, quien podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima a que hubiere lugar; empero, si no se cumple con esa carga de información se produce la terminación del contrato, y si la omisión es imputable a la mala fe del asegurado o tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.”

Vista la aplicabilidad del artículo 1060 del Código de Comercio, corresponde ahora dilucidar como la Alcaldía Municipal de Los Santos incumplió la obligación que le impone dicho artículo.

Para el caso en concreto, se tiene que en la Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024, la Alcaldía Municipal de Los Santos menciona que el contratista ya había sido renuente a cumplir las obligaciones pactadas en el Contrato No. 053 de 2019:

En el oficio UT-LAGFASE1-135 del 1 de diciembre de 2023, la interventoría informó a la Secretaría de Planeación y Obras Públicas sobre el inicio de un proceso de incumplimiento, debido a un retraso del 15% con respecto a la programación de la obra. Esto demuestra que, a pesar de los esfuerzos por ajustar los plazos y reiniciar las actividades, el contratista no logró completar el proyecto en el tiempo previsto.

Este incumplimiento del plazo es particularmente grave, ya que incluso después de haber superado las causas que llevaron a la suspensión de la obra (noviembre de 2023) y de la firma de un acta de reinicio en diciembre de 2023, el contratista no pudo cumplir con el objeto del contrato antes del 30 de diciembre de 2023, lo cual constituye un incumplimiento flagrante.

Los anteriores presuntos incumplimientos no se notificaron a la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., aún, a pesar, de que dichos requerimientos agravaban el estado del riesgo trasladado a la Compañía mediante la Póliza de Cumplimiento No. 730-47-994000008105, pues indicaban el aumento en la probabilidad de que el contratista efectivamente incumpliera.

Por todo lo anterior y en aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, se tiene que no resulta posible afectar la Póliza de Cumplimiento No. 730-47-994000008105, pues, el contrato de seguro documentado en dicha póliza terminó desde cuando la Alcaldía Municipal de Los Santos omitió notificar a la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. de los

requerimientos que se le hacían al contratista debido a su presunta renuencia al cumplimiento de sus obligaciones.

IV. PETICIONES

En consideración a lo expuesto, respetuosamente solicito, que al momento de resolver el respectivo recurso se disponga:

PRIMERO: Se **REVOQUE** en su integridad la Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024, por cuanto la misma fue expedida mediante falsa motivación al no tener en cuenta la totalidad de los argumentos y pruebas allegados al plenario y con infracción de las normas en que debería fundarse, de conformidad con los argumentos anteriormente expuestos.

En subsidio de lo anterior, solicito:

SEGUNDO: Se **REVOQUE** los artículos TERCERO y QUINTO de la Resolución No. 283 del 11 de septiembre de 2024, por cuanto ocurrió la terminación automática del contrato de seguros contenido en Póliza de Cumplimiento No. 730-47-994000008105 a la luz de lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio al no haber sido notificada a la compañía de la agravación del riesgo por los constantes requerimientos al contratista por sus aparentes incumplimientos y atrasos.

V. NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones físicas en la Carrera 11 A No.94 A – 56, Oficina 402 de la ciudad de Bogotá o en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Del Señor Contralor,

Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.