

Bogotá, 22 de septiembre de 2023

237476

Señor
DIEGO SÁNCHEZ FONSECA
Director General
INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU
E. S. D.

REF: CITACIÓN INICIO DE DECLARATORIA DE SINISTRO DE CALIDAD CONFORME CON EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 POR EL CONTRATO N° IDU-1106-2016 CON PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO No. 05 GU132524 EXPEDIDA POR ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA – COMUNICADO DG 202310501441261

Cordial saludo,

Acusamos recibo citación en referencia por medio del cual se anuncia el inicio de una actuación administrativa tendiente a declarar el siniestro de calidad; no obstante, lo anterior, se invoca como fundamento de esta el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 sobre lo cual queremos llamar la atención, pues la potestad y el procedimiento regulados por dichas normas no resulta aplicable al caso concreto.

La declaratoria de siniestro frente a un amparo post contractual como lo es el de calidad no conlleva el ejercicio de potestad sancionatoria, y así lo ha reconocido pacíficamente la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, quien ha señalado que **el ejercicio de la potestad unilateral de declaratoria de siniestro, -que se indica es el objeto del procedimiento convocado y la consecuencia (ver acápite V. POSIBLES CONSECUENCIAS QUE PUEDEN SURGIR PARA EL CONTRATISTA del Comunicado DG202310501441261- no tiene naturaleza sancionatoria.** Sobreabunda al respecto dicha Corporación para precisar que “... **el carácter sancionatorio no se encuentra presente en aquel acto a través del cual se decide hacer efectiva la garantía, en tanto se refiere al ejercicio del derecho contractual de hacer valer las garantías del contrato, frente a un tercero, distinto del contratista incumplido**”.

Si ello es así, la citación en comentario incurre en una de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 del CPACA **al desconocer o infringir las normas en que debía fundarse**, pues, al no encontrarnos frente a una potestad sancionatoria, mal pueden aplicarse los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la

Ley 1474 de 2011. Si acudimos a las normas en comentario, la primera de ellas desarrolla el debido proceso **en materia sancionatoria contractual**²; a su turno la segunda, desarrolla

¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Sentencia de fecha 5 de julio de 2018. Rad. 52495.

² ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un

el procedimiento administrativo **sancionatorio** en materia contractual³. Así mismo desconoce el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 3º del CPACA, conforme al cual *“Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del **debido proceso**, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, **eficacia**, **economía** y **celeridad**”*.

En desarrollo del principio del debido proceso, el numeral 1º de la norma en comento, señala que *“... **las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción**”*.

Ahora bien, si **no estamos frente al ejercicio de una potestad sancionatoria** no se puede dar aplicación ni al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 ni al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues hacerlo implica **vulnerar el debido proceso y en especial las formas propias de cada juicio**. Las normas aplicables al caso concreto, en gracia de discusión serían el artículo 7º de la Ley 1150 de 2007⁴ y el

artículo 34 y siguientes del CPACA⁵, al no encontrarse regulado un procedimiento especial para ejercer la potestad unilateral de declaratoria de siniestros. Es decir, la potestad a ejercer conforme a la finalidad y consecuencias indicadas en la citación **es la potestad unilateral de declaratoria de siniestro** -la cual se rige por el principio indemnizatorio- **y no la potestad sancionatoria**.

procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

³ 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.

⁴ ARTÍCULO 7o. DE LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

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

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

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

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

⁵ ARTÍCULO 34. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PRINCIPAL. Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que a ciencia cierta persigue la entidad es el reconocimiento por parte de INTEGRAL S.A., de la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$34.519.520)**, a título de **perjuicios**, partiendo del hecho -conforme a lo manifestado en la citación- que este fue el valor que el IDU tuvo que adicionar al contrato de Interventoría IDU 1723 de 2020, para hacer la revisión y aprobación de los Estudios y Diseños elaborados en el marco del contrato de obra IDU 1712 de 2020 cuyo objeto es la “*CONSTRUCCION DEL PATIO LA REFORMA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C*”; lo cual, guarda correspondencia con lo enunciado bajo el supuesto fáctico (Hecho 27 de la citación) conforme al cual: “*El mismo 26 de mayo de 2022, el IDU suscribió la modificación no. 11 al contrato de interventoría IDU-1723- 2020 por valor de TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$34.519.520), IVA incluido, con el objetivo de realizar la vigilancia de las cuatro (4) obligaciones adicionales incluidas al contrato de obra IDU-1712-2022 y que corresponden a las necesarias para el rediseño de la contención del talud perimetral del patio denominado La Reforma*”.

Siendo ello así, debe tenerse en cuenta que **la obligación de reparar o indemnizar no es sancionadora** -no estamos frente a un acto de naturaleza sancionadora-; con la indemnización lo único que se pretende es la reparación del daño patrimonial, en el caso concreto, traducible en una cantidad de dinero. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado: “*Por último, conviene distinguir la actuación administrativa en la que no se declara el incumplimiento del contrato, sino únicamente la ocurrencia del siniestro por anticipo, puesto que la decisión de declarar el siniestro y ordenar su pago por el valor correspondiente, no se configura como el resultado de un procedimiento sancionatorio frente a la compañía de seguros, toda vez que no está destinado a imponer una sanción, ni una restricción o limitación de la posición contractual. Esa actuación estatal, cuando se adelanta frente a la compañía de seguros, se apoya en el ejercicio de un derecho, el de reclamar o hacer valer la póliza de seguro, el cual no tiene naturaleza sancionatoria*”.⁶

En este orden de ideas, estamos frente a un típico caso de responsabilidad civil, la cual, se reitera es independiente de la potestad sancionadora -la responsabilidad civil no es una sanción-; y ante una obligación de garantía respaldada por la garantía única de cumplimiento; y en esa medida debemos preguntarnos: ¿Qué es el siniestro?

Según el artículo 1072 del Código de Comercio se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado, es decir, la manifestación concreta del riesgo asegurado que produce unos daños garantizados en la póliza, lo que presupone la existencia de un contrato de seguros, y que este se encuentre vigente; la ocurrencia de alguno de los eventos cubiertos en la póliza, y la pérdida o daño. El apareamiento del siniestro conlleva el principio indemnizatorio, obligando al asegurador a satisfacer al asegurado o beneficiario el capital garantizado en el contrato parcial o totalmente, dependiendo del caso -se impone al asegurado acreditar ocurrencia y cuantía para el efecto-. El artículo 1088 del Código de Comercio define el principio indemnizatorio en los siguientes términos:

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Sentencia de fecha 5 de julio de 2018. Rad. 52495.

*“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”.*

Como se puede observar, **la finalidad última del contrato de seguros es la indemnización del asegurado** respecto de aquellas pérdidas provenientes de la eventual realización del riesgo cubierto por la póliza, riesgo constitutivo de sucesos o eventos cuya ocurrencia afecta económicamente al asegurado. Para que la obligación de indemnizar nazca, deben concurrir varios supuestos. Primero, que exista un contrato de seguro vigente y que los riesgos hayan empezado a correr de cargo del asegurador; segundo, que se verifique un riesgo cubierto en la póliza (siniestro); tercero, que exista una relación de causalidad entre el siniestro y el daño.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1625 del Código Civil,

“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

1o.) Por la solución o pago efectivo.

2o.) Por la novación.

3o.) Por la transacción.

4o.) Por la remisión.

5o.) Por la compensación.

6o.) Por la confusión.

7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.

8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.

9o.) Por el evento de la condición resolutoria.

10.) Por la prescripción.

Bajo este contexto **INTEGRAL S.A.**, acudiendo a los principios de lealtad, corrección, buena fe, y en especial de eficacia⁷ y economía⁸ **PROPONE** al IDU **reconocerle y pagarle el valor de los perjuicios que alega haber sufrido (TREINTA Y CUATRO MILLONES**

QUINIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$34.519.520)), y solicita de aprobarse la propuesta indemnizatoria, **la terminación y archivo de las diligencias.**

De esta forma, sin asumir el desgaste, costos y vicisitudes que pueden presentarse en desarrollo de la actuación administrativa, el IDU lograría la finalidad y efectividad del derecho material objeto de la actuación, cual es obtener el resarcimiento del perjuicio identificado; y correlativamente, INTEGRAL S.A., repararía el daño que se afirma sufrió la entidad, y evitaría mayores costos relativos a la atención de la actuación administrativa, y eventualmente judicial derivada de la presente causa.

Así las cosas, solicitamos:

PETICIÓN

- Sírvase, previamente a dar inicio a la actuación administrativa, estudiar la propuesta formulada por INTEGRAL S.A., conforme a la cual, está asumiendo el pago anticipado de **los perjuicios tasados por el IDU en la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$34.519.520).**
- En caso de aceptarla, emitir instrucciones de pago.
- Verificado el pago, ordenar la terminación anticipada y archivo definitivo de la actuación administrativa.

Atentamente,

LUIS FERNANDO RESTREPO VÉLEZ
C.C 71.678.639
PRESIDENTE EJECUTIVO
INTEGRAL S.A.

C.CO: ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. - CONFIANZA

⁷ En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

⁸ En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.