



MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

RESOLUCIÓN NÚMERO 000308 DE 2014

(22 JUL 2014)

"Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se decide sobre el posible incumplimiento del Contrato CIF N°. 005 de 2009".

EL JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

En uso de sus facultades legales y en especial las establecidas en la Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, Decreto 1510 de 2013 y la Resolución No. 225 de 2014 y

CONSIDERANDO:

Que la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A a través de su apoderado, interpuso el 28 de mayo de 2014, recurso de reposición contra la Resolución No. 236 de 2014 por la cual se decide el posible incumplimiento del Contrato No. 005 de 2009 y se declara la ocurrencia del siniestro.

En la audiencia sostenida el 28 de mayo de 2014, el apoderado de Seguros Generales Suramericana S.A, al interponer el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 000236 de 2014, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, solicitó al despacho que se aplazara la audiencia, fijando nueva fecha, con el propósito de estudiar a fondo los argumentos expuestos en la citada Resolución y así presentar de mejor manera los argumentos que sustenten el recurso de reposición.

Que ante la solicitud realizada por el apoderado de Seguros Generales Suramericana S.A., el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica decidió, con el propósito de salvaguardar el derecho de defensa, que la citada audiencia fuera suspendida y se reanudara el próximo 4 de julio de 2014 a las 8:00 am en el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con el propósito de que el apoderado exponga su recurso de reposición y el mismo sea resuelto por parte de la Entidad.

Que el 4 de julio de 2014 a las 8:00 am se reanudó la audiencia con el propósito de que el apoderado de Seguros Generales Suramericana S.A. sustentará su recurso de reposición en contra de la Resolución No. 000236 de 2014, la cual se entregó en físico y que se adjunta a la presente Resolución, realizando la lectura de la misma en reanudación de audiencia celebrada el 17 de julio de 2014, exponiendo los siguientes argumentos:

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

1. SOBRE EL DEBIDO PROCESO:

- El apoderado manifestó que la Comunicación con número de radicado 201311100102361 de fecha 16 de mayo de 2013 mediante la cual se cita a Seguros Generales Suramericana S.A. a Audiencia – ante posible incumplimiento del Contrato CIF 005 de 2009 - CIF 021/05 en calidad de garante; carece en totalidad de los títulos I. HECHOS REPORTADOS POR EL SUPERVISOR, VII. ANEXOS, II. NORMAS Y CAUSALES POSIBLEMENTE VIOLADAS, V. CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA, excepto por el informe suscrito por el Director de Cadenas Productivas, servidor público sin identificar, apareciendo solo la rúbrica como respaldo del contenido del referido informe y de cuyo contenido se deduce que es el supervisor del contrato. Adjunto la referida comunicación. Al respecto, manifiesta que ello viola el debido proceso al no cumplir con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.
- Manifiesta que el MADR tampoco debe desconocer que las leyes procesales tienen carácter de normas de orden público y que por ser el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 una norma que establece un procedimiento, la misma es de orden público y de inmediato cumplimiento, tal como lo establece el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 – Código Civil, cuando señala: "Las leyes concernientes a la sustanciación y de nulidad de los juicios prevalecen".
- De otra parte, y en virtud del principio de legalidad imperativo de la administración pública, conforme lo establece la Ley 1437 de 2011, las autoridades están obligadas a acatar lo establecido en la Constitución y en las leyes.

2. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

- Que el apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. manifiesta que las actuaciones de los servidores públicos se presumen efectuadas bajo la buena fe y la legalidad.
- Que es sabido que la administración pública en el ejercicio de la función administrativa se pronuncia de diversas formas, a través de los funcionarios públicos designados para el ejercicio de las funciones que se le asigna, conforme a las necesidades y en especial a las facultades de delegación y desconcentración de funciones, generándose a partir de allí la competencia de los determinados servidores públicos, en uno u otro sentido.
- Que trayendo lo anterior al caso que nos ocupa, resulta inadmisibles que el MADR, desconozca lo determinado en un acto legalmente proferido por servidor público investido de plenas facultades y competencia para ello, descalificándolo sin siquiera haber procedido a solicitar la revocatoria, conforme lo determina la ley, (acatando el imperativo principio de legalidad) ante el mismo funcionario competente que lo pronunció.

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

- Que el Concepto Técnico No. 588/09 elaborado y suscrito por el ingeniero Apolinar Redondo Pérez, avalado por los señores Jaime Romero Ortega – Coordinador Área de Licenciamientos y Hernán González Sarmiento – Subdirector de Gestión Ambiental, constituye un acto administrativo que produce efectos jurídicos, de carácter particular y concreto. Que por ello, lo correcto es, solicitar o demandar la revocatoria del acto, previo a iniciar cualquier actuación administrativa por parte del MADR, so pena de incurrir en abuso de poder y vulneración del principio de legalidad de las actuaciones de la administración, abocado a una posible nulidad del acto e ineficacia de los efectos, amén de las sanciones disciplinarias y repeticiones patrimoniales que eventualmente puedan surgir, sin que ello suene temerario.
- Que en tal sentido, el apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. manifiesta que el concepto emitido sobre el establecimiento real y conforme al Plan de Establecimiento y Manejo Forestal se encuentra fundamentado en un acto administrativo legal y eficaz. En consecuencia el documento denominado "Concepto Técnico No. 588/09" fechado julio 13 de 2009, suscrito por el Ingeniero Apolinar Redondo Pérez, Jaime Romero Ortega – Coordinador Área de Licenciamientos y Hernán González Sarmiento – Subdirector de Gestión Ambiental, es un acto administrativo, el cual crea una situación jurídica de carácter particular y concreto al reconocer un hecho y en consecuencia un derecho en cabeza del contratista, cual es dar fe que las obligaciones asumidas fueron ejecutadas conforme a las exigencias técnicas requeridas, evidenciando el establecimiento de una plantación sana, con buen vigor y coloración del follaje, emisión de nuevas ramas y adaptación ideal al predio.
- Que por lo anterior, al constituirse el mencionado Concepto Técnico en un acto administrativo no puede ser reemplazado por el informe del visitador Esteban Gómez Gómez, designado por FINAGRO y ajeno a la relación contractual, porque se estaría efectuando una revocatoria directa de un acto administrativo de carácter particular y concreto de forma unilateral, sin el consentimiento expreso y escrito por el titular del acto administrativo, para el caso la Agropecuaria Cerro Azul Ltda. incurriendo a transgresiones del artículo 93 y s.s. del Capítulo IX de la ley 1437 de 2011 C.P.A y de lo C.A.

3. DEL INFORME DE CAMPO DE FINAGRO

- Que el apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. manifiesta que el Informe del visitador Esteban Gómez Gómez es el único medio de prueba del incumplimiento de la sociedad Agropecuaria contratista.
- Que respecto de dicho documento se destacan situaciones que no ofrecen certeza de lo allí plasmado y por lo cual no puede ser sustento de la decisión. Al respecto, se señala:
 - a. No está suscrito por quien lo elabora, es decir, por el visitador. Por lo tanto, su contenido no ofrece confianza, no hay aprobación o responsable de su contenido.

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

- b. Sólo hace referencia a uno de los predios que conformaban la fase del establecimiento forestal, es decir al predio denominado el CRUCERO, de la vereda el Salado, del Municipio del Carmén de Bolívar y nada dice del predio el ROSARIO.
- c. No resulta coherente y lógico que no habiendo logrado individualizar el predio (El Crucero) tal como lo anota en el acápite de observaciones, resulte conceptuando que el predio no se encuentra reforestado, cuando ni siquiera lo pudo localizar.
- d. El predio que pretendía revisar el visitador según lo plasmado en los formatos descritos, es decir El Crucero, junto con el predio El Rosario suman solamente 200 hectáreas, es decir que el primero de los predios, promediando tenía 100 hectáreas, razón por la cual es entendible que no haya logrado individualizarlo dentro de las 1500 hectáreas que conformaban el área observada por el visitador.
- e. En nuestro sentir, resulta apresurada la afirmación de falsedad sobre el concepto de CARDIQUE, hecha por el visitador, máxime cuando el único medio empleado por él para identificar y verificar el establecimiento de la reforestación fue únicamente su observación directa, sin recurrir a otras herramientas que le permitieran tener certeza y adecuado soporte que lo llevaran a la convicción del establecimiento o no de la especie forestal, sumado al aspecto posiblemente confuso que provocara la afectación de la zona por fenómeno natural del Niño.
- f. No existe garantía que las imágenes fotográficas que lo integran, efectivamente sean del predio visitado (El Crucero).

4. INCUMPLIMIENTO DE RENOVACIÓN DE PÓLIZA

- Que el apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. manifiesta que el MADR al hacer referencia al incumplimiento de mantener renovadas las pólizas por parte del contratista, se aparta de la función que estaba a cargo de CARDIQUE de mantener las pólizas vigentes por todo el plazo exigido dentro del contrato y renovarlas si a ello hay lugar, evitando que el contrato quede desamparado.
- Que en ese sentido, la administración no hace gestión alguna en aras de proteger los intereses del Estado, omisión que de alguna manera debe ser considerada por el MADR en su decisión.

5. CONOCIMIENTO DEL HECHO POR EL JUZGADOR

- Que conforme al derogado Decreto 2478 de 1999, FINAGRO es una de las entidades vinculadas a la Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, sometida al control del Ministerio. De igual forma, hace parte del MADR la Dirección de Cadenas Productivas, conforme al organigrama de esa entidad.
- Que es del caso que tanto FINAGRO como el Director de Cadenas Productivas, conocen de la presunta causal de incumplimiento planteada en el Informe de marras (sic), elaborado por el señor Esteban Gómez Gómez para FINAGRO, desde el 13 de diciembre de 2009 y justamente desde el mismo momento en que fue evidenciado tal hecho por el señor Gómez. Prueba de ello constituyen

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000238 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

las comunicaciones relacionadas en el "INFORME REQUERIDO POR LA OFICINA ASESORA JURÍDICA CON MEMORANDO No. 20121100037063" listadas con los números 22., 23., 24., 25., 26., 28., 29., 30., en las que claramente se deduce que el MADR conocía del estado de ejecución del contrato CIF 005 de 2009.

- Que de otro lado, el Informe del Director de Cadenas Productivas a punto 10, Numeral 1 señala: "En virtud del Acta No. 1, la Dirección de Cadenas Productivas a través del Ingeniero Nelson Lozano puso en conocimiento en virtud de lo contemplado en el artículo 7° del Decreto 2478 de 1999 ... "y solicitó concepto a la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio, sobre la viabilidad desde el punto de vista legal acerca de la propuesta presentada por parte de la sociedad, para adelantar la devolución de los recursos con sus respectivos intereses." Este conocimiento fue puesto a consideración de la Oficina Asesora Jurídica el 18 de marzo de 2011, por medio del memorando 20112440017383.
- Que el Director de Cadenas Productivas, mediante oficio radicado No. 20112440063073, le solicita a la Oficina Asesora Jurídica concepto sobre la viabilidad de la oferta presentada por el señor Mario Bossa.
- Que el día 02 de noviembre de 2011 el Director de Cadenas Productivas reitera a la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura, la solicitud de conceptuar sobre la propuesta de pago de la Agropecuaria contratista.
- Que el día 16 de Mayo de 2012 la Dirección de Cadenas Productivas del MADR remite el expediente a la Oficina Asesora Jurídica.
- Que los anteriores hechos no son otra cosa que soportes del pleno conocimiento que tenía la entidad sancionadora MADR y concretamente la Oficina Asesora Jurídica, de los hechos de incumplimiento contractual que hoy son la fuente de la actuación administrativa sancionatoria contractual que adelanta el MADR.
- Que con sujeción de lo anterior, el artículo 1081 del Código de Comercio establece que el término de prescripción de la acción en materia de seguros (Incluidos los de cumplimiento), es de 2 años y para su contabilización se atiende a la fecha en que el interesado (para nuestro caso el MADR), conoció o debió conocer de los hechos que dan soporte a la acción contra la aseguradora, hechos que para el caso es el presunto incumplimiento del contrato CIF 005 de 2009.
- Que para ejecutar la acción de reclamación contra la aseguradora la entidad dispone de dos años contados a partir del conocimiento del hecho que da base a esa acción, independientemente de que el hecho que la origina haya tenido ocurrencia al inicio o al final de la vigencia.
- Que se destaca igualmente que el hecho fuente de la acción presenta dos connotaciones, la primera, que sea conocido por el reclamante (MADR para nuestro caso) o haya debido conocer, en razón de las funciones, competencia o cualquier otro aspecto que ligue el hecho con el asegurado.

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

- Que es así que encuentra plena aplicación la prescripción ordinaria de la acción conforme lo establece la norma transcrita, toda vez que el MADR no solo conoció el hecho hace más de dos años, sino que debido a su función de control a las entidades vinculadas, debió conocer.
- Asunto distinto constituye el Acto Administrativo por medio del cual la entidad estatal declara el incumplimiento y en consecuencia el siniestro, surgiendo de allí la acción del asegurado contra la aseguradora; pues el Acto puede ser proferido dentro o fuera de la vigencia de la póliza de seguro, cuidando que no resulte afectado por prescripción de la acción.
- Que como fácilmente se puede deducir de lo anteriormente expuesto, NO es cierto que el plazo para contabilizar la prescripción de la acción de reclamación sea el del momento en el cual el MADR inició el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como lo señala el Asesor Jurídico del MADR. Al respecto, cita jurisprudencia en materia de prescripción de la acción.
- Que así mismo, el apoderado hace alusión al principio regulador de la indemnización en materia de seguros, en los siguientes términos:

'Decreto 2595 de 1979, Artículo 1088: 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'. (Subraya, no hace parte del texto original)

Sobre el concepto de indemnización el Decreto 2595 de 1979, en su artículo 37 establece:

'Decreto 2595 de 1979, Artículo. 37.- Para los efectos del artículo 32 de la Ley 20 de 1979, se entiende por indemnización correspondiente al daño emergente los ingresos en dinero o en especie percibidos por el asegurado para sustituir el activo patrimonial perdido, hasta concurrencia del valor asegurado, y por indemnización correspondiente al lucro cesante, los ingresos percibidos para sustituir una renta que el asegurado deja de realizar.'

- Que como claramente se distingue, los seguros de daños se caracterizan por ser meramente indemnizatorios, entendida la indemnización como la compensación que eventualmente el asegurado o beneficiario puede recibir por los daños, la que deberá ser equivalente al daño real producido, en este caso por el contratista garantizado.
- Que sobre este mismo aspecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia 170 de septiembre 21 de 2000, exp. 6140, cita:

'En el ámbito del derecho de seguros se distinguen los llamados seguros de daños, caracterizados, como se sabe, por ser meramente indemnizatorios, esto es, por cuanto tienen como fin último procurar reparar al asegurado o beneficiario los perjuicios recibidos como consecuencia del acaecimiento del suceso incierto determinado en el respectivo contrato como

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

riesgo asegurado. Esta es la razón, justamente, que le impide al interesado "reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro: su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, más no para conseguir un lucro. (G.J.f. CCLXI, pág.71)".

- Que de lo anteriormente expuesto resulta claro concluir, que la obligación de la compañía aseguradora surge únicamente ante la prueba del daño y del monto del detrimento patrimonial, pudiendo decirse que "el incumplimiento por parte del obligado, per se, no alcanza a configurar el siniestro contemplado en el artículo 1072 del Código de Comercio". (Sentencia CSJ de noviembre 15 de 2005, exp. 7143, M.P. Dr. César Julio Valencia Copete.

- Que adicionalmente, resulta pertinente anotar que en los seguros de daños la indemnización a cargo del asegurador se enmarca dentro de las reglas contempladas en los artículos 1079, 1084 y 1088 del Código de Comercio en los siguientes términos: conforme a la primera regla el asegurador no está obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074 del mismo estatuto; la segunda, define que la indemnización en caso de siniestro no podrá exceder el valor real de la cosa en el momento del siniestro y, por último, la tercera prescribe que el seguro se circunscribe al perjuicio efectivamente sufrido por el asegurado, toda vez que los seguros de daños son contratos meramente indemnizatorios y no pueden ser fuente de enriquecimiento para el asegurado.

- Que conforme lo establece el artículo 1088 del Código de Comercio, "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".

- Que en ese orden de ideas, el carácter indemnizatorio del seguro de daños entre los que se encuentra el de cumplimiento ha reconocido la Corte Suprema de Justicia:

"Los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños-, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivo de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita.

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

Es que al siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de C.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio de estirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que, el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genera responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa.

- Que finalmente, señala el apoderado de la aseguradora mencionada que si bien es cierto la administración cuenta con la potestad sancionadora, ella debe estar sujeta a criterios de adecuación y graduación de la sanción, propendiendo por una medida justa y proporcional a los hechos y circunstancias reales que la originan.

6. SOBRE LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DE LA FACULTAD SANCIONATORIA

- Que el apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. manifiesta que evidencia confusión el MADR en sus consideraciones en cuanto a la liquidación de los contratos celebrados bajo el régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Ley 80 de 1993, con la facultad sancionatoria administrativa consagrada en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 - C.P.A.C.A. Por lo que resulta apropiado aclarar que la primera corresponde a una etapa de los contratos estatales, en la cual se recogen todas las actividades ejecutadas por las partes que intervienen en el contrato y realizan un balance del mismo, obviamente incluyendo en él las sanciones que previamente hayan sido impuestas al contratista o las que surjan al momento de realizar la verificación del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, sin que ello signifique que deba esperarse hasta la liquidación del contrato, conforme al plazo legal o contractual estipulado, pues para entonces si se han presentado en el transcurso de la ejecución del contrato incumplimientos susceptibles de sancionar mucho antes de la terminación y liquidación del contrato, estas deban estar falladas, so pena de encontrarse inmersas en el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración.

- Que adicionalmente la ley dota de potestades a las autoridades administrativas para perseguir y garantizar los fines de la contratación y el interés general, pero dichas potestades sancionatorias deben surtirse con el acatamiento de dos aspectos esenciales, el relacionado con el procedimiento para su imposición y el relativo a la temporalidad para ejercer las facultades otorgadas, pues como es sabido la omisión también constituye una actuación positiva para los servidores públicos titulares de la función administrativa.

- Que la temporalidad guarda relación estrecha con garantías de seguridad y estabilidad jurídica, pues los administrados no pueden permanecer indemnes o impasibles ante sus posibles faltas. Es así que el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011 determina:

"Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009"

para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoría." (Negrita y Subraya fuera del texto original)

- Que entre las potestades con que cuentan las autoridades públicas para realizar los fines del Estado gozan de potestades constitucionales, legales y reglamentarias, para declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, por incumplimiento del contratista y en orden a la satisfacción del interés general, comprometido por la no ejecución, ejecución tardía o indebida del objeto contractual.
- Que para el efecto, nótese que también aquí el punto de referencia a tener en cuenta para la contabilización del plazo para que concluya esa potestad, es a partir de ocurrido el hecho que conlleva a la sanción.
- Finalmente, el citado apoderado concluye que con fundamento en ello y como quiera que el MADR desde el 27 de enero de 2010, FINAGRO, entidad vinculada a ese Ministerio, conocía del hecho que se presume incumplimiento imputable a la Agropecuaria Cerro Azul Ltda., por lo que a la fecha se ha consolidado el fenómeno descrito en el artículo 52 C.P.A.C.A.

7. SOBRE LA PÉRDIDA DE LA PLANTACIÓN

- Que es necesario precisar que si bien el Artículo 8, Inciso 2° de la Ley 139 del 1994, así como el Decreto Reglamentario 1824 de 1994 en su Artículo 30 y Manual Operativo del CIF de 1996 impone la obligación de comunicar el hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito desencadenante de daños al establecimiento de las plantaciones, también es claro que dicha exigencia es para quienes persigan acceder nuevamente al Incentivo CIF, lo cual en su momento no era del interés de la sociedad agrícola beneficiaria del CIF 005 de 2009. Luego por este motivo tampoco encontramos aceptable las razones que sustentan la decisión del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

8. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AGROPECUARIA

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

- Que es innegable que la sociedad agropecuaria beneficiaria del CIF, a través de su apoderado ha dado claras muestras de su compromiso con la entidad y con la ejecución del contrato, proponiendo desde un comienzo del procedimiento que se le sigue, le permitieran replantar o establecer nuevamente la plantación a lo cual la administración guardo silencio, al igual que con las propuestas de devolución de los valores del incentivo forestal, pudiéndose considerar dicho silencio como un silencio administrativo positivo.
- Que la sociedad agropecuaria beneficiaria del CIF reconoce un incumplimiento en el convenio inicialmente acordado para la devolución de los recursos del Incentivo forestal otorgado, pero no así del incumplimiento del Plan de Establecimiento y Mantenimiento Forestal.
- Que como ha quedado establecido a lo largo de los fundamentos esbozados, el incumplimiento que se le imputa a la Agropecuaria Cerro Azul Ltda. no se encuentra debidamente probado. En consecuencia no es de recibo la declaratoria de siniestro y de cobro de la cláusula penal pecuniaria, toda vez que ello demanda previamente la demostración en debida forma del incumplimiento de las obligaciones suscritas por la sociedad agropecuaria Cerro Azul Ltda.

Que el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica procede a resolver el recurso de reposición presentado por el apoderado de Seguros Generales Suramericana S.A., señalando que la Entidad se mantiene en su decisión expresada en la Resolución No. 000236 de 2014, razón por la cual deniega las pretensiones formuladas por el apoderado de Seguros Suramericana S.A. en su recurso de reposición.

En tal sentido, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica mantiene su decisión de acuerdo con los siguientes argumentos:

1. SOBRE EL DEBIDO PROCESO

En primer lugar, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural manifiesta que durante todo el proceso administrativo adelantado con ocasión del posible incumplimiento del Contrato CIF N°. 005 de 2009 se han salvaguardado y respetado el debido proceso y el derecho de defensa.

Que respecto de la comunicación con radicado número 20131100102361 del 16 de mayo de 2013, se le manifiesta al apoderado que como él mismo mencionó, es una comunicación mediante la cual se remite copia de la citación efectuada a la Agropecuaria Cerro Azul Ltda. en relación con el posible incumplimiento del Contrato No. 005 de 2009 y se cita a Audiencia el día 17 de julio de 2013 a las 2:00 p.m. en instalaciones de la Oficina Asesora Jurídica del MADR.

Que la citación remitida mediante la citada comunicación fue elaborada de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que establece el procedimiento que se debe seguir ante un posible incumplimiento y el contenido de la citación, de la siguiente manera:

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

"(...) 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 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 el desarrollo de la actuación (...)"
(negrita fuera de texto original).

Que de acuerdo con lo anterior, la citación a audiencia ante posible incumplimiento realizada por el MADR a la Agropecuaria Cerro Azul Ltda., beneficiaria del CIF 021 de 2005, contiene lo requerido por el mencionado artículo, para lo cual se realizan las siguientes precisiones:

- a. Mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, los cuales se encuentran en el Título I "HECHOS REPORTADOS POR EL SUPERVISOR".
- b. Informe de supervisión: Tal como se señala en el Título VII "ANEXOS", se aportó junto con la citación copia del informe detallado ante posible incumplimiento emitido por el supervisor del Contrato No. 005 de 2009 – CIF 021/05.
- c. Enunciación de normas o cláusulas posiblemente violadas, las cuales se encuentran establecidas en el Título II "NORMAS Y CAUSALES POSIBLEMENTE VIOLADAS".
- d. Consecuencias que podrían derivarse para el contratista en el desarrollo de la actuación, las cuales se describen en el Título V "CONSECUENCIAS QUE PODRÍAN DERIVARSE PARA EL CONTRATISTA", dentro de las cuales se menciona la declaratoria del incumplimiento contractual, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y hacer efectiva la póliza única de cumplimiento.

Adicionalmente, de aquellas previstas en la Ley 139 de 1994 y el Decreto No. 1824 de 1994.

Que no obstante lo anterior, el apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. solicitó en Audiencia celebrada el día 17 de julio de 2013, el traslado de las pruebas que se relacionan en la citación en razón a que al momento no contaba con dichos documentos; además, el aplazamiento de la misma por un término prudencial para poder estudiar los mismos.

Que por lo anterior, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica manifestó enviar al apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. nuevamente las pruebas relacionadas en la citación de la Audiencia al apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A., aclarando que en la citación de la mismas iban adjuntas y suspendiendo la Audiencia con el propósito de que dicho apoderado de la aseguradora pudiera analizar las pruebas y ampliar sus descargos, tal como se evidencia en Acta No. 1 de Audiencia ante posible incumplimiento del Contrato No. 005 de 2009.

Que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural mediante comunicación radicada número 20131100154581 del 22 de julio de 2013, remite nuevamente las pruebas solicitadas por el apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009"

S.A., señalando: "En atención a la petición del Dr. William Alexander Yumayusa Herrera, en calidad de apoderado de Seguros Generales Suramericana S.A., quién solicitó en la primera Audiencia ante posible incumplimiento del Contrato 005 de 2009 CIF 021/05 suspender la misma para ejercer adecuadamente su derecho a la defensa, toda vez que no conoce las pruebas que hacían parte de la Citación de Audiencia de Posible Incumplimiento del Contrato de la referencia, esta Oficina se permite señalar como segunda fecha de citación de ampliación de descargos el día 1 de agosto de 2013 a las 2:00 p.m., para lo cual se anexará al presente oficio nuevamente las pruebas".

Que por lo anterior, se evidencia que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural siempre ha salvaguardado y respetado el debido proceso y el derecho de defensa y en ningún momento incumplió con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, realizando de manera adecuada la citación, tal como lo dispone la citada norma. Así como, tampoco desconoció en ningún momento el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 – Código Civil y el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

2. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Buena fe y principio de legalidad

Que el principio de legalidad consiste en el sometimiento de toda actuación administrativa a preceptos y mandatos jurídicos de todo orden.

Que en este sentido, la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 6 que *"los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"*, teniendo en cuenta, que no todas las actuaciones administrativas se realizan siguiendo el ordenamiento jurídico.

Que si bien las actuaciones de los servidores públicos se presumen bajo el principio de buena fe y de legalidad, también es cierto que es posible que las mismas no se realicen de acuerdo con los parámetros establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello, que la administración cuenta con la potestad disciplinaria para corregir las fallas o deficiencias provenientes de la actividad de los servidores públicos.

Que en tal sentido, la Corte Constitucional ha manifestado en reiterada jurisprudencia:

"En Colombia el principio de legalidad ha sido entendido como una expresión de racionalización del ejercicio del poder, esto es, como el sometimiento de las actuaciones de quienes desempeñan funciones públicas a norma previa y expresa que las faculta. Dicho principio está formulado de manera expresa en la Carta Política, y se deduce inequívocamente de ciertos preceptos.

(...)

De ello, indefectiblemente se deduce que la Constitución y la ley son un

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

parámetro inexcusable de la actividad estatal, dado que los funcionarios públicos deben desarrollar su actividad teniéndolas como base, pues de lo contrario la potestad sancionadora estatal tendría que manifestarse, entre otras formas, a través de la posibilidad de llevar a cabo un control de tipo disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado en virtud de la relación jurídica que surge como consecuencia del asumir el cumplimiento de una función pública.

(...)

Ahora bien, si ello es así, si tanto los servidores públicos como los órganos y sujetos estatales están ligados al derecho y la Administración en su actuar siempre debe respetar y obedecer el ordenamiento jurídico, esto es, cumplir lo establecido en las distintas categorías jurídicas: la Constitución, las leyes, los actos administrativos y en general las restantes fuentes que integran el sistema normativo, es indispensable cuestionarse respecto a la necesidad de un sistema de control que permita garantizar el buen funcionamiento de la administración pública.

En dicho contexto, el poder de corrección del Estado sobre sus servidores se explica en la necesidad de mantener la dirección y control de las distintas tareas que deben cumplir, para conservar el orden y alcanzar los objetivos impuestos en el ejercicio de sus actividades.

La potestad disciplinaria, entendida como la facultad para corregir las fallas o deficiencias provenientes de la actividad de los servidores públicos, se torna en una prerrogativa tendiente a proteger al ciudadano de eventuales arbitrariedades por incumplimiento de las directrices fijadas en la ley, con ella se evita que quienes prestan funciones públicas lo hagan de manera negligente y contraria al servicio, desconociendo el interés general que debe orientar las actuaciones estatales¹.

Que teniendo en cuenta lo anterior, cuando los servidores públicos desconocen los parámetros legales, constitucionales y demás actos que integran el ordenamiento jurídico, se someten a las reglas del derecho disciplinario, aspecto que no forma parte dentro del proceso de incumplimiento que se llevó a cabo, pero que será sujeto del procedimiento disciplinario correspondiente, como sería el caso del Ingeniero Apolinar Redondo Pérez, quien en acta de visita realizada manifiesta consideraciones contrarias a la visita realizado por FINAGRO, organismo que efectúa los pagos sujeto al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 139 de 1994 y en el Decreto 1824 de 1994.

Que por otro lado, respecto de la afirmación del apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. de que el Concepto Técnico No. 588/09 elaborado y suscrito por el ingeniero Apolinar Redondo Pérez constituye un acto administrativo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural aclara al apoderado que tal afirmación no es cierta, por las siguientes razones:

¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-028/06. M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil seis (2006).

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

Que el artículo 1 de la Ley 139 de 1994 establece que el Certificado de Incentivo Forestal es un **reconocimiento** del Estado a las externalidades positivas de la reforestación en tanto los beneficios ambientales y sociales generados son apropiables por el conjunto de la población.

Que en artículo 3 de la citada Ley señala que el CIF es el documento otorgado por la entidad competente para el manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, que da derecho a la persona beneficiaria a obtener directamente al momento de su presentación, por una sola vez y en las fechas, términos y condiciones que específicamente se determinen, las sumas de dinero que se fijen, por parte de la entidad bancaria que haya sido autorizada para el efecto por FINAGRO.

Que en este sentido, se evidencia que el Certificado de Incentivo Forestal desde un comienzo fue concebido como el reconocimiento de sumas de dinero a cambio cumplir con los términos y condiciones establecidos en la Ley. En este sentido, la Ley 139 de 1994 y su Decreto reglamentario 1824 de 1994, consagraron en un contrato dicha relación entre el Estado y los particulares, la cual de acuerdo con la Ley 80 de 1993, se constituye en un contrato estatal.

Que ahora bien, el artículo 1 del Decreto 1824 de 1994 define como pago la entrega al beneficiario de los recursos monetarios derivados del incentivo forestal una vez cumplidas las **obligaciones originadas** por el otorgamiento del mismo y en su artículo 18 dispone como requisitos previos al pago del incentivo, el deber de demostrar por parte del beneficiario a la entidad encargada del manejo y administración de los recursos naturales renovables y del medio ambiente que ha cumplido todas las condiciones del Plan de Establecimiento y Manejo Forestal, para lo cual la entidad realizará una visita al predio.

Que la mencionada visita fue realizada por parte del ingeniero Apolinar Redondo Pérez, quien mediante Concepto Técnico 588/09 recomendó realizar el pago por evidenciar el cumplimiento del Plan de Establecimiento Forestal, objeto del Contrato suscrito entre CARDIQUE y la Agropecuaria Cerro Azul Ltda; siendo éste concepto una comunicación por parte de un servidor público de CARDIQUE y no un acto administrativo.

Que al respecto, se requiere analizar en términos generales qué constituye un acto administrativo:

Sobre la definición del acto administrativo, el máximo Tribunal Constitucional indicó²:

*'El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea **creando, modificando o extinguiendo derechos** para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados'. (Negrita fuera de texto original).*

El Consejo de Estado, ha expresado lo siguiente³:

² Sentencia C- 1436 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

³ Sentencia C- 1436 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra 2 Fallo 6375 de 2001. Consejera Ponente: Olga

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

'Los actos administrativos constituyen conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo o inmediato la voluntad o la inteligencia. Los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, vincular a los administrados. También por vía de doctrina se han efectuado importantes aportes orientados a puntualizar la existencia de un acto administrativo y, a distinguirlo de otro tipo de actos, como las llamadas circulares de servicio, cuyo alcance es el de instruir, orientar o coordinar a la administración, pero, jamás tienen la virtualidad de obligar, ejemplo los conceptos de los asesores jurídicos; los certificados de tiempo de servicio. No obstante, puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se expidan decisiones, que son verdaderos Actos Administrativos, evento en el cual, sin duda alguna pueden ser demandables por vicios en su formación, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. La producción de efectos en el plano externo, esto es, frente a los particulares, constituye precisamente el punto medular que perfila la existencia del acto administrativo, y que lo diferencia de los llamados actos inter- orgánicos, tal como lo enseña el profesor Cassagne'. (Negrita fuera de texto original).

Que de lo anterior, se colige que un acto administrativo es una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos, ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, con carácter obligatorio.

Que de lo expuesto, se evidencia que el concepto técnico elaborado y suscrito por el Ingeniero Apolinar Redondo Pérez no es un acto administrativo, teniendo en cuenta que dicho Concepto no es una decisión que produzca efectos jurídicos; ya que en ningún sentido se están creando, modificando o extinguiendo derechos, pues desde el otorgamiento del Certificado de Incentivo Forestal la Agropecuaria tiene el derecho al pago por concepto de establecimiento y mantenimientos descritos en el contrato bajo el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la Ley 139 de 1994 y en su Decreto Reglamentario 1824 de 1994.

Que la comunicación emitida por el Ingeniero Apolinar Redondo corresponde a una simple recomendación para la realización de los desembolsos establecidos en el Contrato CIF en el evento de que se cumpla con lo establecido en la citada Ley y Decreto y no en el otorgamiento o extinción de un derecho, el cual se obtuvo desde la elegibilidad del proyecto.

Que en este sentido, teniendo en cuenta que dicho documento no es un acto administrativo, la figura de revocatoria directa no es procedente.

3. DEL INFORME DE VISITA DE CAMPO POR VISITADOR DE FINAGRO

- a. Que no es cierto que no exista quien se responsabilice del contenido de la visita realizada por el señor Esteban Gómez Gómez, teniendo en cuenta que la misma

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

fue remitida por el Director de Incentivos de FINAGRO, mediante comunicación suscrita por él mismo con radicado No. 20123130214002 de 5 de julio de 2012.

Que adicionalmente, mediante comunicado No. 20100012894 de enero 27 de 2010, el Director de Incentivos de FINAGRO le solicita al Director General de CARDIQUE que en virtud de visitas de verificación realizadas a las plantaciones de los proyectos CIF 021/05 a 025/05, las cuales evidenciaron que la información registrada en los informes enviados por CARDIQUE no es cierta y que los predios objeto de reforestación con los recursos del programa CIF nunca fueron sembrados y están ocupados en su totalidad por rastrojos, se requiere el reintegro inmediato de los recursos entregados.

- b. Que si bien la visita realizada por el ingeniero Esteban Gómez Gómez por parte de FINAGRO hace referencia al predio EL CRUCERO, en dicha visita se observó un predio que forma parte de un globo de terreno de 1500 hectáreas, las cuales corresponden a la totalidad de los predios que poseen las sociedades agropecuarias y en los cuales se realizaron los proyectos CIF 021/05 a 025/05, tal como se manifiesta en la visita. En este sentido, se analizaron todos los predios objeto de los citados proyectos CIF, incluyendo el CRUCERO y el ROSARIO, que entre los dos contienen tan sólo 230 Has. EL CRUCERO con 197, 2 Has. casi las 200 Has. contempladas en el Contrato y EL ROSARIO contemplaba tan solo 32, 69 Has., tal como se observa en la escritura de estos predios.
- c. Que si bien en Informe del visitador de FINAGRO manifiesta que no pudo individualizar el predio, en dicha visita se realizó el análisis sobre la totalidad de las hectáreas que poseen las sociedades agropecuarias beneficiarias de los CIF 021/05 a 025/05, predio que forma parte de un globo de terreno de 1500 hectáreas, el cual en su totalidad no existe reforestación alguna. Observando en tal sentido, *"que la plantación no fue sembrada y que el Concepto Técnico de CARDIQUE No. 588 de 2009 es falso en su totalidad"*.
- d. Que en virtud de lo mencionado en el literal b. no es cierto hacer el promedio realizado por el apoderado de la aseguradora de 100 Has. por cada predio, ya que como se manifestó el predio EL CRUCERO posee 197, 2 Has. casi las 200 Has. contempladas en el Contrato y EL ROSARIO contemplaba tan solo 32, 69 Has., tal como se observa en la escritura de estos predios.
- e. Que FINAGRO como Entidad contratada para efectuar los desembolsos objeto de los proyectos CIF, está en su deber de proteger los recursos públicos brindados para el cumplimiento del Contrato celebrado con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, realizando las visitas que estime pertinentes, para garantizar que efectivamente se cumplió con el objeto y las obligaciones contempladas en los contratos CIF. Bajo esta premisa, efectúa los desembolsos si evidencia el cumplimiento respectivo.

Que adicionalmente, como otro criterio de protección de los recursos del Estado, FINAGRO efectúa aleatoriamente visitas de verificación y seguimiento del cumplimiento de los PEMF de los contratos con Certificado de Incentivo Forestal. En la realización de estas visitas, se encontró, que no existe reforestación en los predios objeto de los CIF 021/05 a 025/05 y que la

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.006 de 2009".

plantación nunca fue sembrada, razón por la cual, desde el 27 de enero de 2010 y mediante comunicación No. 2010012894, solicitó al Director General de CARDIQUE, el reintegro inmediato de los recursos entregados a los Proyectos CIF No. 021/05 a 025/05.

- f. Que tal como se manifestó, si existe garantía de que los registros fotográficos corresponden no sólo al predio EL CRUCERO, sino a la totalidad de los predios que poseen las Agropecuarias beneficiarias de los CIF 021/05 a 025/05, objeto de los contratos a los cuales se declara el incumplimiento.

Que sumado a lo anterior, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural considera que la visita efectuada por FINAGRO también se encuentra soportada en comunicación No. 2013002086 del 11 de febrero de 2013, cuyo asunto es: respuesta a Rad No. 201324400000441 sobre informes CIF 021/05, 022/05, 023/05, 024/05, 025/05, emitida por el Vicepresidente de Desarrollo Rural de FINAGRO, que manifiesta:

"En respuesta a la comunicación cuyo radicado se relaciona en el asunto y con relación a los números del CIF allí enunciados, me permito atentamente remitirle las siguientes operaciones contenidas y ratificadas por el visitador de la firma ASERCAMPO SAS, quien realizó los informes de control de inversión.

- 1. En la visita de campo efectuada el 13/12/2009 se encontró un globo de terreno de aproximadamente 1500 hectáreas localizadas en la margen derecha del Km 29 de la vía Carmén de Bolívar – Zambrano Departamento de Bolívar, totalmente en rastrojo.*
- 2. Debido al estado de abandono y enmalezamiento de estas 1500 hectáreas visitadas, no había individualizaciones de los terrenos correspondientes a los terrenos forestales.*
- 3. Se ratifica de manera contundente, tal como está establecido en los informes que en dicho predio no habían sembradas plantaciones forestales.*
- 4. Al no haber plantaciones forestales, no existe porcentaje de mortalidad".*

Que por lo anterior, el MADR considera que la visita aportada por FINAGRO junto con sus comunicaciones constituye medio probatorio serio, suficiente y contundente.

4. INCUMPLIMIENTO DE RENOVACIÓN DE LA PÓLIZA

Que respecto de que la administración tenía como obligación mantener vigente la póliza correspondiente y que no existió gestión en este sentido, el MADR manifiesta lo siguiente:

- a. Las pólizas aportadas por la Agropecuaria Cerro Azul Ltda. y aprobadas por el MADR contenían las siguientes coberturas y vigencias:
- Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales con vigencia desde el 18 de junio de 2009 hasta el 18 de junio de 2014.

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

- Cumplimiento del Contrato con vigencia desde el 18 de junio de 2009 hasta el 18 de octubre de 2011.
 - Responsabilidad Civil con vigencia desde el 18 de junio de 2009 hasta el 18 de diciembre de 2011.
- b. Que mediante Acta No. 1 de febrero 8 de 2011, se planteó el procedimiento para realizar el reintegro de los recursos cancelados por concepto de establecimiento de los CIF 021/05 a 025/05, fecha para la cual se encontraban vigentes las pólizas de los contratos y se propuso por parte del apoderado de las sociedades agropecuarias el reintegro de los recursos.
- c. Que mediante comunicación con radicado No. 20122440092421 de abril 2 de 2012, el MADR solicitó a la beneficiaria del CIF 021/05, Yesenia España Romero, allegar al Ministerio la renovación de las pólizas con las vigencias establecidas en el correspondiente contrato.
- d. Que mediante comunicación con radicado No. 20122440290121 de octubre 12 de 2012, el MADR solicitó a la beneficiaria del CIF 021/05, Yesenia España Romero, allegar al Ministerio la renovación de las pólizas con las vigencias establecidas en el correspondiente contrato, a más tardar dentro de los 20 días siguientes a dicha comunicación, teniendo en cuenta que el contrato estaría desamparado, situación que no se puede presentar, pues se estaría inmerso en un incumplimiento contractual.
- e. Que a pesar de las mencionadas comunicaciones, la agropecuaria beneficiaria del CIF 021/05 nunca aportó al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural la renovación de las pólizas.
- f. Que en virtud del incumplimiento de la mencionada obligación, establecida en la cláusula de garantías del Contrato CIF No. 021/05, se procedió a realizar por parte del supervisor del citado contrato, el incumplimiento respectivo, entre otras razones.

Que no obstante lo anterior, la Entidad competente realizará las investigaciones correspondientes a la gestión realizada por parte de los servidores públicos de CARDIQUE y del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en cuanto a las irregularidades presentadas.

5. CONOCIMIENTO DEL HECHO POR EL JUZGADOR

Que respecto del conocimiento del hecho por el juzgador y la respectiva prescripción de las acciones señalada por el apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A., el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, considera:

Que la Garantía Única de Cumplimiento a favor de las entidades estatales contratada por la AGROPECUARIA CERRO AZUL LTDA. a favor de la Corporación Autónoma Regional, fue constituida en virtud de lo previsto en la Cláusula Novena del Contrato No. 005 de 2009 que expresamente señala:

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

'El CONTRATISTA deberá suscribir a favor del CARDIQUE y a satisfacción del mismo, a través de una entidad bancaria o una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, una póliza de garantía única que se encuentre acorde con alguna de estas opciones: OPCIÓN No. 1: A) El CUMPLIMIENTO de las obligaciones pactadas, en cuantía equivalente al diez (10%) por ciento del valor del Contrato, por un plazo igual a la duración del mismo y cuatro meses más. B) EL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES del personal del contratista que emplee para la ejecución del contrato, en una cuantía equivalente al cinco (5%) por ciento del valor del contrato, por un plazo igual a la duración del mismo y tres (3) años más. C) DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, respecto de daños causados a terceros, por un equivalente al veinte (20%) por ciento del valor total del contrato y con una vigencia igual al plazo del mismo y seis (6) meses más. OPCIÓN No. 2: A) EL CUMPLIMIENTO de las obligaciones pactadas, en una cuantía equivalente al diez (10%) por ciento del valor del contrato, por un plazo no inferior a dos (2) años y cuatro (4) meses más. B) EL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES del personal del contratista que emplee para la ejecución del contrato, en una cuantía equivalente al cinco (5%) por ciento del valor del contrato, por un plazo no inferior a cinco (5) años. C) DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, respecto de los daños causados a terceros, por un valor equivalente al veinte (20%) por ciento del valor del contrato por un plazo no inferior a dos (2) años y seis (6) meses más. PARÁGRAFO PRIMERO: En caso de que el CONTRATISTA decida recurrir a la Opción No. 2 se obliga para con el CARDIQUE a tramitar la ante la compañía aseguradora la prórroga y adición de las pólizas en forma anual hasta completar la vigencia total del contrato y los meses adicionales exigidos para cada amparo, de conformidad con la Opción No. 1 y presentarlas a CARDIQUE a su entera satisfacción, antes de su vencimiento'. (Subrayado fuera de texto original).

Que en virtud de la citada cláusula, el MADR y la sociedad Agropecuaria Cerro Azul Ltda., acordaron de acuerdo con el alcance, naturaleza y estipulación previstas en el Contrato No. 005 de 2009, que la póliza de seguros debía amparar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la agropecuaria beneficiaria, teniendo ésta la obligación contractual de tramitar ante su aseguradora la prórroga y adición de las pólizas hasta completar la totalidad de la vigencia del contrato y por el valor correspondiente en cada vigencia, debiéndosela entregar al MADR a su satisfacción antes de su vencimiento.

Que la citada garantía fue contratada ante la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. por parte de la Agropecuaria Cerro Azul Ltda. la cual desconoció, a pesar de los diversos requerimientos realizados por la Dirección de Cadenas Agrícolas y Forestales del MADR, mantener la cobertura por el plazo estipulado, dejando sin cobertura el Contrato por más de la mitad de su duración.

Que por otro lado, con ocasión de los argumentos expuestos por el apoderado de Seguros Generales Suramericana S.A. en cuanto a que el incumplimiento imputable a la Agropecuaria Cerro Azul Ltda. fue de conocimiento del MADR en enero 27 de 2010, y que como consecuencia y de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio, al transcurrir más de dos (2) años para realizar la reclamación, la posibilidad

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

del MADR de considerar el incumplimiento, reclamándolo bajo una póliza, se encuentra cobijada bajo una prescripción ordinaria y por lo tanto no es reclamable; vale la pena señalar reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado⁴, que indican que el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía no necesariamente debe expedirse, ni quedar ejecutoriado, dentro de la vigencia de la póliza, pues ha de entenderse que ésta ampara el riesgo (incumplimiento) que ocurra durante su vigencia, esto es, hasta el último instante de su plazo, lo cual no significa que el reclamo para el pago de la garantía, o la expedición de la resolución que ordene hacerle efectiva, deban también producirse dentro de ese plazo, pues bien pueden tener lugar con posterioridad. Otra interpretación haría nugatorio el derecho a la indemnización a favor de las entidades públicas, pues el tiempo que toma la preparación del acto administrativo y la evacuación de los recursos que contra él se interpongan, reducirían sustancialmente el lapso efectivo en que podría operar la garantía.

Que en este sentido, el término de prescripción de la póliza de seguros debe tener en cuenta el momento en el cual el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural inició el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que no obstante lo anterior, el MADR manifiesta que no hará referencia a la prescripción que alega el apoderado de Seguros Generales Suramericana S.A., teniendo en cuenta que nos encontramos en la instancia que corresponde al análisis de la existencia o inexistencia de un incumplimiento de las obligaciones del Contrato CIF 005 de 2009 por parte de la Agropecuaria Cerro Azul Ltda. y de la declaratoria de incumplimiento.

Que al respecto, se expone que reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido que tratándose de la Garantía Única de Cumplimiento no aplica la reclamación formal prevista en el artículo 1077 del Código de Comercio, al señalar:

'En relación con las prerrogativas que posee la administración frente a las garantías contractuales, también resulta pertinente establecer, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, que en materia de contratación estatal no aplica el procedimiento previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador, toda vez que tal reclamación se suple a través de un acto administrativo mediante el cual la Administración unilateralmente declara ocurrido el siniestro y ordena la efectividad de las garantías sin la aquiescencia del asegurador, decisión que puede ser impugnada por éste, también por el contratista, administrativa y judicialmente'⁵. (Subrayado fuera de texto original)

6. SOBRE LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DE LA FACULTAD SANCIONATORIA

⁴ Jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 4 de septiembre de 1990 (Exp. A-050) y del 30 de abril de 1991 (Exp. R-087); sentencias de Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del 12 de julio de 1991 (Exp. 2641) y del 31 de octubre de 1994 (Exp. 5759).

⁵ Sentencia del 22 de abril de 2009 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación: 9001-23-31-000-1994-09004-01 (14667). MP. Miriam Guerrero de Escobar.

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

Que el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

"Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

(...)

Parágrafo. *Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia".*

Que tal como se desprende de la citada norma, la facultad sancionatoria se encuentra encaminada a procedimientos administrativos de carácter sancionatorio relacionados con los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio, y con los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

Que en este sentido, la doctrina al igual que la jurisprudencia han manifestado que la facultad de sanción administrativa se dirige a las autoridades administrativas que operan ante el incumplimiento de los mandatos que las distintas normas jurídicas imponen a los administrados y no a la ciudadanía en general, como lo expresa María Lourdes Ramirez Torrado⁶ de la siguiente manera:

"En el derecho penal, aunque tiene por objetivo fundamental proteger "el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores"⁷ y de protección en la persona del delincuente, la potestad sancionadora de la Administración "se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento". Lo que se traduce en que la potestad de la Administración para sancionar es "una potestad doméstica, (...) con efecto sólo para quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento, y no contra los ciudadanos en abstracto"⁸. Y para lograr este fin la Administración debe perseguir la consecución de los principios constitucionales contemplados en la Norma Fundamental, art. 209, que gobiernan la función pública"⁹.

Que este poder de la Administración para sancionar se activa en el evento que las condiciones de orden público se alteren; claro está, siempre que se violen las infracciones administrativas que intenten preservar el mantenimiento de las condiciones

⁶ Postura de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el poder sancionador de la administración. 319 y 320p.

⁷ T-145/1993; C-616/2002. 89 C-720/2006. 90 C-214/1994. 91 T-145/1993.

⁸ C-214/1994.

⁹ C-506/2002.

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

necesarias para mantener el control de la comunidad¹⁰. En este orden de ideas, la finalidad del derecho administrativo sancionador consiste en garantizar el mantenimiento del orden jurídico mediante la represión de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Es, pues, dicho derecho un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los mandatos que las distintas normas jurídicas imponen a los administrados. Y se convierte en un medio necesario "para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones".

No obstante lo anterior, se aclara que el término de caducidad de la facultad sancionatoria, empieza a contar a partir del acto de ocasiona la sanción. Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado:

'En primer término, es del caso señalar que esta Sección ha sido enfática en sostener que el término de los tres años previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo se debe contabilizar desde la fecha en que se produjo el acto que ocasiona la sanción, hasta la notificación del acto administrativo que la impone, independientemente de la interposición de los recursos en la vía gubernativa. Esto quiere decir, que es la notificación del acto administrativo sancionatorio la que permite establecer si la Administración actuó antes de que operara la caducidad de la facultad sancionatoria'.

Por lo cual, los argumentos de una posible caducidad de la acción si fuere procedente para el presente caso quedan sin fundamento.

Que por lo expuesto, no es procedente la mencionada figura no solo por los destinatarios de la misma, sino que su finalidad consiste en garantizar el mantenimiento del orden jurídico mediante la represión de todas aquellas conductas contrarias al mismo y no en virtud de incumplimientos de un contrato estatal, donde la Ley tiene definido su procedimiento, el cual se encuentra establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que en este sentido, en el evento del incumplimiento de un contrato estatal, los poderes sancionatorios de la administración pueden ser ejercidos hasta el vencimiento de los términos de la liquidación, por ser ésta la oportunidad en que se materializa la imposibilidad del cumplimiento del objeto contractual. Al respecto, Rodrigo Escobar Gil señala:

'El incumplimiento lo puede declarar la Administración Pública con posterioridad al vencimiento del plazo contractual y antes del término para practicar la liquidación del contrato, como presupuesto necesario para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. (...) Cuando se trata de la potestad que tiene la Administración de declarar el incumplimiento de las obligaciones de su colaborador privado, por tratarse de una condición

¹⁰ C-530/2003: "Aunque se ejercita a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, tiene una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador como consecuencia del incumplimiento de las prescripciones normativas".

22 JUL 2014

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

*necesaria para lograr el recaudo efectivo del valor estipulado en el contrato como estimación anticipada del daño sufrido. Máxime cuando tan sólo después del vencimiento del plazo se evidencia el incumplimiento definitivo del contratista y la frustración del objeto contractual"*¹¹.

Que por lo anterior, el término que la Ley establece para declarar el incumplimiento de los contratos estatales puede presentarse hasta el vencimiento del plazo contractual y antes del término para practicar la liquidación del contrato. Por ello, de conformidad con la Cláusula Segunda del contrato No. 005 de 2009, nos encontramos dentro del término establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que la duración de dicho contrato se estableció por cinco (5) años, los cuales comenzaron a correr a partir del 19 de junio de 2009, fecha en la que se aprobaron las pólizas respectivas.

7. SOBRE LA PÉRDIDA DE LA PLANTACIÓN

Que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural aclara que la obligación de comunicar un hecho de caso fortuito o fuerza mayor desencadenante de daños al establecimiento de plantaciones por dichas causas, no es una exigencia sólo para quienes quieran acceder nuevamente al incentivo CIF sino también es obligatorio con el fin de evitar sanciones por incumplimiento del contrato.

Al respecto, el artículo 3.2 del Manual Operativo de 1996, aplicable para el presente Contrato CIF, establece:

*"La Ley 139 de 1994, así como su decreto reglamentario, consideran la pérdida de las plantaciones por fuerza mayor o caso fortuito, para **evitar las sanciones por incumplimiento del contrato** y acceder nuevamente al incentivo.*

(...)

La ocurrencia del mismo deberá ser comunicada a la Corporación Autónoma Regional por el afectado dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma, efectos de una constatación ocular (...) para que se proceda a efectuar los respectivos ajustes". (negrita fuera de texto original).

Que por lo anterior, no son válidas las apreciaciones del apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. respecto de la exigencia de comunicar la pérdida de una plantación en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, pues mal haría una entidad estatal no corroborar este tipo de eventos, cuando tiene el deber de proteger los recursos públicos.

8. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AGROPECUARIA

¹¹ ESCOBAR GIL, Rodrigo. "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública". Ed. Legis. Bogotá D.C. 391p.

Continuación de la Resolución: "Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000236 de 2014 por medio del cual se declara el incumplimiento del Contrato CIF No.005 de 2009".

Que en primer lugar, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural aclara que la figura del silencio administrativo positivo procede en los casos en los que la Ley lo dispone de esa manera; señalando que para el presente caso no opera de ningún modo.

Que por otro lado, tal como se desprende del Acta No. 3 de la Audiencia ante posible incumplimiento de los proyectos CIF 021/05 a 025/05, realizada el día 17 de septiembre de 2013, el apoderado de la agropecuarias beneficiarias de los citados CIF manifiesta su intención de devolver los recursos manifestando su incumplimiento en los contratos y no en el convenio inicialmente acordado, como lo manifiesta el apoderado de la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A.

Que en este sentido y teniendo de presente el incumplimiento del acuerdo realizado el 8 de febrero de 2011, mediante Acta No. 1 suscrita entre el MADR y el apoderado de las agropecuarias beneficiarias, se evidencia la responsabilidad de las citadas agropecuarias.

En mérito de lo expuesto el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º: No reponer lo formulado por el apoderado de Seguros Generales Suramericana S.A., de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la presente resolución. En consecuencia se confirma y se deja en firme el contenido de la Resolución No. 000236 de 2014.

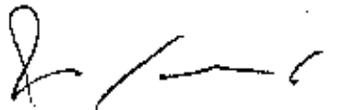
ARTÍCULO 2º: El presente acto administrativo se notifica en audiencia a la sociedad Agropecuaria Cerro Azul Ltda. y a la Aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A., de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011.

ARTÍCULO 3º: Con el presente acto administrativo queda agotada la vía gubernativa.

ARTÍCULO 4º: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., el día veintidós (22) del mes de julio de dos mil catorce (2014).



22 JUL 2014

CARLOS FELIPE ORTEGÓN PULIDO
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural