



Bogotá 23 de agosto del 2023

Señores

FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA FFFIE
JAIME ALEJANDRO DURAN FONTANILLA

Director
Dirección Jurídica

REFERENCIA: CONTRATO 1380-1652-2022
Asunto: COMUNICACIÓN DE INICIO PIC CO 1380-1652-2022 I.E SANTA INES SILVANIA CUNDINAMARCA

OSCAR MAURICIO GARCÍA RAMÍREZ MAYOR de edad e identificado con No. 80.797.166, obrando en nombre y representación del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA ARCO 901.611.358-1 de manera respetuosa manifiesto que procedo a presentar DESCARGOS frente a la comunicación FIE2023EE012812 del 16 de agosto de 2023, a través de la cual se dio inicio al procedimiento de incumplimiento contractual (PIC) del Contrato de Obra 1380-1652-2022, en los siguientes términos:

OPORTUNIDAD

En primera medida, cabe aclarar que el presente escrito se presenta dentro del término de traslado previsto en la comunicación FIE2023EE012812 del 16 de agosto de 2023, en concordancia con la cláusula décima octava del Contrato No. 1380-1652-2022, en las cuales se contempla un término de tres (3) días hábiles, contados a partir de la recepción de la comunicación, para la presentación de los respectivos descargos y/o argumentos de defensa. Teniendo en cuenta lo anterior, como la comunicación fue recibida por mi representada el día 17 de agosto de 2023, el plazo concedido se extendería hasta el 23 de agosto de 2023, encontrándonos dentro de la oportunidad correspondiente para presentar descargos.



1. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS QUE DESVIRTÚAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONSORCIO INFRAESTRUCTURA ARCOS

1.1. SE LOGRÓ ACREDITAR UN EFECTIVO CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACUTAL, LO QUE IMPIDE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL DEL CONTRATO No. 1380-1652-2022, AL NO EXISTIR UN INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO

Para comenzar, es necesario advertir que los presuntos incumplimientos que fueron imputados por el supervisor del contrato en el informe que sirvió de fundamento para el inicio del presente procedimiento fueron subsanados por el contratista, lo que torna inexigible la imposición de la cláusula penal en los términos del contrato, al no existir un incumplimiento definitivo o total del objeto contractual, pues a día de hoy las obras se encuentran concluidas y terminadas.

Así las cosas, sin ánimo de reconocer incumplimientos por parte del contratista, por cuanto mi representada desconoce las condiciones en que se ha venido ejecutando el contrato, debe señalarse que para aplicar la cláusula penal, es necesaria la acreditación de un incumplimiento definitivo o total del objeto contractual, no sólo porque así lo estipula la cláusula décima sexta del Contrato No. 1380-1652-2022, sino porque de la misma manera lo ha considerado el Consejo de Estado en su basta jurisprudencia, al afirmar que la cláusula penal es procedente ante dos situaciones concretas: i) la declaratoria de caducidad y/o ii) la declaratoria de incumplimiento definitivo del contrato.

Como sustento de la hipótesis que se plantea, es menester recordar que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que se pacta en caso de un incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes, y se encuentra prevista en el artículo 1592 del Código Civil, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Con base en la anterior definición, el Consejo de Estado ha diferenciado entre las multas y las cláusulas penales, indicando que las primeras tienen naturaleza conminatoria, mientras que las segundas corresponden a una tasación anticipada de perjuicios y, en virtud de ello, su naturaleza es indemnizatoria. Bajo esta óptica, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicha Corporación ha establecido que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que, si bien libera a la parte de cumplida de acreditar su ocurrencia y cuantía, esto no supone que se imponga sin la existencia de perjuicios. En este sentido, se ha afirmado:

*“La Corte Suprema de Justicia ha considerado que la cláusula penal pecuniaria, como regla general, es “simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma”. En esa medida, **“se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido**, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad”. En ese orden de ideas, la cláusula penal pecuniaria habilita a las partes para convenir la consecuencia que se desprende de la indebida conducta contractual, como mecanismo de valoración anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento, liberando a la parte afectada de la carga de acreditar su ocurrencia y su cuantía”¹.*

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 50623 del 14 de octubre de 2021, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.



Entonces, queda claro que la naturaleza de la cláusula penal es la de indemnizar los perjuicios causados por un incumplimiento parcial o total de las obligaciones y, aun sin que sea necesario acreditar su ocurrencia y cuantía al ser una tasación anticipada de perjuicios, debe avizorarse al menos la existencia de dicho perjuicio, de modo contrario, se estaría desconociendo la naturaleza indemnizatoria de esta estipulación contractual.

Aunado a lo anterior, para el Consejo de Estado, la imposición de la cláusula penal procede ante un incumplimiento severo y grave de las obligaciones, a raíz únicamente de declaratoria de caducidad o incumplimiento definitivo, en los siguientes términos:

*“De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal “(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.” Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; **la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio**”².*

En pronunciamiento más reciente, esta Corporación reiteró que la cláusula penal procede ante incumplimientos severos y graves de las obligaciones contractuales, pues corresponde

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 17009 del 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero.



a una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato. En estos términos, adujo:

“Uno de los fines que la doctrina y la jurisprudencia le han reconocido a la cláusula penal es el de tasar anticipadamente los perjuicios; al respecto, esta Corporación ha considerado:

“la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones.

(...)

“Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio”³

Así pues, la imposición de una cláusula penal solo procede ante incumplimientos serios y graves de las obligaciones y, ello es así, porque mediante esta se tasan anticipadamente los perjuicios causados en el evento de: i) una declaratoria de caducidad o ii) una declaratoria de incumplimiento definitivo, potestades unilaterales de las que están investidas las entidades estatales sometidas al EGCP, para el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios que se pretende asegurar con la contratación, a luces del numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que indica:

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 30973 del 21 de septiembre de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



“ARTÍCULO 14.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

*1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, **con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación**, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”.*

Conforme a lo anterior, se tiene que la cláusula penal sólo es procedente ante incumplimientos severos y graves de las obligaciones contractuales y, en la misma medida, en el evento de que exista un perjuicio a la parte cumplida, dada su naturaleza de tasación anticipada de perjuicios.

De la misma manera se reconoció en el pacto contractual, en la medida que se convino la imposición de multas (penal de apremio) y la cláusula penal, las primeras ante incumplimientos parciales y la segunda, como consecuencia de un incumplimiento definitivo y total del objeto contractual. Así las cosas, la cláusula penal se pactó en los siguientes términos:

“DÉCIMA SEXTA. CLÁUSULA PENAL: El incumplimiento total o definitivo de cualquiera de las obligaciones del contratista conforme a lo conceptuado por la interventoría o supervisor integral según corresponda, evidenciando durante su ejecución o con posterioridad al vencimiento del mismo, dará derecho al CONTRATANTE a cobrar al CONTRATISTA una cláusula penal cuyo monto será hasta el 20% del valor total del contrato, como estimación anticipada de

los perjuicios que se causen, sin perjuicio de que EL CONTRATANTE pueda solicitar al CONTRATISTA la totalidad del valor de los perjuicios causados. La pena no exime al contratista del cumplimiento de la obligación principal en caso de que el contrato se encuentre aún en ejecución, ni del pago de los perjuicios que se causen por el incumplimiento”.

Bajo esta línea argumentativa, la cláusula penal sólo se hace procedente ante un incumplimiento definitivo del contrato, sin embargo, a día de hoy, las obras objeto del convenio se encuentran finalizadas, de manera tal que se torna inocua la imposición de la cláusula penal en los términos de la cláusula contractual y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Ahora bien, aun cuando en el primer acápite del escrito se insistió en la falta de competencia del FFIE para iniciar el presente procedimiento de incumplimiento, al no estar facultada legalmente para hacerlo, ni poder ejercer unilateralmente prerrogativas sobre su co-contratante en el marco de una relación netamente privada; conviene reseñar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, mismo que regula el proceso administrativo de incumplimiento contractual que únicamente pueden iniciar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, prevé que, en caso de acreditarse la cesación del incumplimiento, la entidad podrá dar por terminada la actuación:

“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

(...)

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que



*estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. **La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento**".*

Sin ánimo de reconocerle competencia al FFIE para iniciar el presente proceso de incumplimiento, resulta importante recordar que en el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se previó que, en caso de cesar el incumplimiento, es procedente la terminación de la actuación.


Así pues, como en el asunto de marras se logró acreditar que las obras actualmente se encuentran concluidas, no sólo es improcedente la imposición de la cláusula penal en los términos antes expuestos, sino que el operador jurídico deberá dar por terminado al proceso, al haber cesado la situación de incumplimiento.

Para sustento de lo anterior, se tiene que el día 26 de abril de 2023, entre las partes se firmó el acta de entrega y recibo a satisfacción por espacios entrega a ETC Cundinamarca, en donde quedó registro fotográfico de la entrega de las obras objeto del Contrato No. 1380-1652-2022, esto es, las obras complementarias correspondientes a i) cerramiento perimetral y ii) malla contra impacto de la Institución Educativa Santa Inés, conforme a la cláusula segunda del contrato:

SEGUNDA. ALCANCE AL OBJETO: Las actividades correspondientes a las obras complementarias a realizar en la Institución Educativa **SANTA INÉS**, son las siguientes:

ACTIVIDADES OBRAS COMPLEMENTARIAS
CERRAMIENTO PERIMETRAL
MALLA CONTRA IMPACTO

Así pues, en la referida acta se recibieron a satisfacción las obras de cerramiento lateral de predio junto a la cancha deportiva y cerramiento perimetral cancha deportiva, como se observa en las siguientes imágenes:

	FONDO DE FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA	FE-44
	ACTA DE ENTREGA Y RECIBO A SATISFACCIÓN POR ESPACIOS ENTREGA A ETC CUNDINAMARCA	VERSIÓN - 02
Objeto: ACTIVIDADES OBRAS COMPLEMENTARIAS: CERRAMIENTO PERIMETRAL Y MALLA CONTRA IMPACTO EN LA IE SANTA INÉS EN SILVANIA		
Contratista: CONSORCIO INFRAESTRUCTURA ARCO	Contrato de obra <input checked="" type="checkbox"/>	N°. 1380-1652-2022-1
Supervisor Integral UG-FFIE: DAVID RENGIFO SAAVEDRA	Contrato de interventoría <input type="checkbox"/>	ÁREA: CERRAMIENTO LATERAL DEL PREDIO JUNTO A LA CANCHA DEPORTIVA
NOMBRE DEL ESPACIO: CERRAMIENTO LATERAL BLOQUE: ÁREA:		

Como vemos, las obras se entregaron a completitud el día 26 de abril de 2023 e, incluso, fueron recibidas por la entidad contratante, lo que torna improcedente la aplicación de la cláusula penal al no haber un incumplimiento definitivo y total de las obligaciones, todo lo contrario, lo que se constata es un efectivo cumplimiento del objeto contractual.

Así pues, de la interpretación de la estipulación contractual respecto a la cláusula penal se concluye la improcedencia de su imposición, pues en esta se contempla dicha consecuencia, únicamente al haber un incumplimiento total y definitivo de las obligaciones a cargo del contratista, y al no haberlo, se torna inocua su imposición. Lo anterior es concordante con lo previsto en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en donde se prevé



que la cláusula penal sólo es imponible ante incumplimientos graves y serios del objeto contractual, a raíz de dos situaciones concretas: i) la declaratoria de caducidad y/o ii) la declaratoria de incumplimiento definitivo, ninguna de las cuales se presenta en el caso concreto.

Por lo anterior, es abiertamente improcedente la imposición de la cláusula penal y, en consecuencia, el FFIE deberá absolver al contratista y a la aseguradora de las imputaciones realizadas por la interventoría en su informe de incumplimiento, así como archivar las diligencias de la referencia. Aunado a lo anterior, deberá darse aplicación a lo previsto en el inciso d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en donde se estipula que al evidenciar la cesión del incumplimiento, la entidad podrá dar por terminado el procedimiento.

1.2. LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS CON RELACIÓN A LOS RETRASOS EN LAS OBRAS NO SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA

Durante la ejecución contractual se presentaron situaciones imprevisibles e irresistibles al contratista que impidieron el cumplimiento del cronograma inicialmente previsto, de modo tal que de encontrarse acreditado un incumplimiento, este no puede ser imputable al contratista. Concretamente, tal y como fue anticipado por el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA ARCO en la solicitud de prórroga del 23 de marzo de 2023, se presentó una ola invernal que impidió la ejecución de las actividades propias del objeto contractual, siendo estas a cielo abierto, lo cual afectó el cumplimiento del cronograma, situación que de manera alguna puede ser imputable al contratista.

Sobre el particular, conviene resaltar que mediante escrito del 23 de marzo de 2023, el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA ARCO manifestó lo siguiente:

“Como es de su conocimiento en la zona central andina de nuestro país ha venido teniendo una fuerte ola invernal en donde prácticamente las actividades de obra civil se han visto afectadas en un alto porcentaje de



ejecución en virtud de las mismas.

Como quiera el contrato de la referencia es la construcción perimetral a cielo abierto de un cerramiento colindante con árboles de altura considerable colindante igualmente con una quebrada.

Nos ha sido imposible desarrollar la obra de una manera ordinaria toda vez que en el municipio de Silvania se han presentado casi que de manera permanente durante el transcurso de este mes bastante precipitaciones de agua que duran en muchas ocasiones el día completo.

(...)

ASPECTO CLIMATICO

Afecta todas las actividades que se efectúen a cielo Abierto

- *Excavación*
- *Cimentación*
- *Fundición de vigas y zapatas*

PERSONAL

- *Afecta el no poder efectuar*
- *Actividades que ocasionen riesgos para la salud como gripa o riesgo por rayo*
- *Soldaduras (Téngase en cuenta que el cerramiento o mallas perimetrales requiere esta labor a cielo abierto.)*
- *Labores de Fundición*
- *Labores de Pintura*
- *Etc.*

Actividades que por seguridad son imposibles de ejecutar.

EQUIPOS & HERRAMIENTAS

- *No se puede utilizar los equipos de soldadura*



- *No se pueden utilizar equipos para Mezcla (Trompos)*

TOPOGRAFIA DEL SECTOR

El cerramiento perimetral Objeto del contrato, se desarrolla en una pendiente de más de 35 Grados y su topografía descendente hacia una quebrada., en esta zona que además tiene arboles NATIVOS de altura, es donde se proyecta el 60% del proyecto con:

- *Excavación*
- *Cimentación*
- *Fundición*
- *Instalación de Maya de cerramiento.*

Recibe todo el impacto de las precipitaciones de Agua, por lo cual las excavaciones han tenido que efectuarse y rectificarse en varias ocasiones, en virtud del gran caudal de agua.

SUMINISTRO DE MATERIALES

El factor atmosférico también influye en la congestión y distribución de materiales ya que los proveedores reprograman sus envíos, cargue y descargue de los mismos.

Por lo anterior agradecemos tener en cuenta esta situación de fuerza mayor y ajena a todo pronóstico como el mismo gobierno Nacional lo ha manifestado y que afecta gran parte del país. No imputable al consorcio infraestructura ARCO.

Solicitud expresa se nos autorice una prórroga del contrato por 30 días calendarios a partir de la fecha 24 de marzo del 2023”.

Así pues, desde esa fecha se advirtió la imposibilidad de continuar con el objeto contractual ante una situación de fuerza mayor, como lo fue la ola invernal que se presentó en el país,

sin embargo, tal y como quedó consignado en el informe de interventoría: “(...) *la solicitud no procede por cuanto no cuenta con soportes que demuestren que las motivaciones no son imputables al contratista, su plazo de radicación no permite adelantar el proceso conforme lo establecido*”, aun cuando la ola invernal fue un hecho notorio que, a luces del artículo 167 del Código General del Proceso, no requiere prueba.

En esta medida, los presuntos retrasos no pueden ser imputables al contratista sino a la situación de fuerza mayor presentada como consecuencia de la ola invernal y, adicionalmente, a la negativa de prorrogar el plazo contractual por parte de la interventoría, toda vez que esta desconoció que la ola invernal era un hecho notorio que no requería prueba y, pese a ello, negó la solicitud por falta de acreditación.

Sobre el particular, es necesario recordar que las prórrogas y suspensiones del plazo contractual están previstas precisamente para solventar situaciones adversas e imprevisibles que se presenten en el desarrollo del objeto contractual, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar. Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual.

(...)

A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983 no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, las exigencias en la práctica cotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que, **cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución**⁴.

En el mismo sentido, el alto tribunal ha dicho que el plazo es un elemento accidental de los contratos estatales, de modo que puede modificarse por acuerdo entre las partes ante situaciones adversas e imprevistas que impidan el cumplimiento del plazo inicialmente pactado. De tal manera, adujo:

“[L]a Sala considera importante recordar que las entidades contratantes tienen múltiples alternativas cuando se enfrentan al retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte un contratista. Entre ellas se encuentran la posibilidad de multar al contratista, declarar el incumplimiento total o parcial, o, si las circunstancias lo ameritan, declarar la caducidad del contrato. De otra parte, si los hechos que motivan los retardos son ajenos a las partes, estas cuentan con la posibilidad de alterar por medio de modificaciones bilaterales el plazo, antes de la terminación del contrato; bien sea a través de prórrogas o de suspensiones”⁵.

Incluso, en el contrato se pactó una cláusula de suspensión en los siguientes términos:

“VIGÉSIMA TERCERA. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO: El Contrato podrá suspenderse de mutuo acuerdo, previo concepto del INTERVENTOR o del SUPERVISOR INTEGRAL (según aplique), cuando se considere que existen razones jurídicas o técnicas que la fundamenten. La suspensión se realizará

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad: 2278 del 5 de julio de 2016, C.P. Germán Bula Escobar.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 61641 del 18 de noviembre de 2021, C.P. Alberto Montaña Plata.



mediante acta suscrita por el INTERVENTOR o por el SUPERVISOR INTEGRAL (según aplique) y el CONTRATISTA, y en la misma se determinará el plazo o la condición para reiniciar el Contrato”.

Es claro entonces que la ola invernal presentada es una situación de fuerza mayor ajena a las partes contractuales, es decir, imprevisible e irresistible, que servía de fundamento para aprobar la prórroga solicitada, sin embargo, la interventoría, de manera arbitraria, decidió negarla por falta de prueba, aun cuando era un hecho notorio, por lo que los presuntos retrasos sólo pueden ser imputables a la situación imprevisible y a la conducta de la interventoría, quien negó injustificadamente la solicitud de prórroga presentada.

En conclusión, al existir situaciones imprevisibles e irresistibles al contratista que originaron la imposibilidad de cumplir con el cronograma inicialmente pactado, es evidente que los presuntos retrasos no le pueden ser imputables, por lo cual no es posible la aplicación de la cláusula penal pretendida mediante el presente proceso.

1.3. FALTA DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA CLÁUSULA PENAL QUE SE PRETENDE APLICAR

Es importante precisar que, en el remoto e improbable evento en que se llegue a comprobar un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, resulta forzosa la aplicación del principio de proporcionalidad, a fin de adoptar decisiones que se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales que se aplican sobre el particular. Al respecto, el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

*“Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, **y proporcional a los hechos que le sirven de causa**”.*

Así mismo, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia al principio de

proporcionalidad y su aplicación, de la siguiente manera:

*“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, **tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal**”.*

Igualmente, el artículo 867 del Código de Comercio también hace referencia al principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

*“**ARTÍCULO 867. <CLÁUSULA PENAL>**. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

Al respecto, se hace necesario aclarar que la cláusula penal es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato, con el objeto de fijar anticipadamente el valor de los perjuicios en caso de un incumplimiento por cualquiera de ellas, cuyo efecto jurídico más importante es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, el Código Civil estableció una fórmula que permite

graduar la misma en función del porcentaje de ejecución del contrato. Lo anterior, con el objeto de evitar que se produzca un enriquecimiento sin causa a favor de la parte que hace efectiva la mencionada estipulación. No obstante, frente a las dos disposiciones citadas, las cuales son propias de la jurisdicción ordinaria civil, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶ ha sostenido:

“Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan unadoble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un “derecho” en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad.

Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. Al respecto expone Claro Solar:

“Dice el art. 1539 que ‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal’

“Esta disposición tiene su fundamento en la equidad. El deudor no puede pagar al acreedor, contra la voluntad de éste, una parte de su deuda, aunque ésta sea divisible; y por consiguiente, los efectos de pago parcial no pueden libertarlo de parte alguna de la pena estipulada en caso de inejecución. Pero, si el acreedor acepta recibir la parte que el deudor le ofrece, el deudor tendrá el derecho que la ley le reconoce para que, si el

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

acreedor le exige la pena, se rebaje esta proporcionalmente a la parte que el deudor ha pagado de la obligación primitiva

“Nuestro Código da en este caso al deudor el derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada; de modo que no depende del arbitrio del juez o no esta rebaja, ni hacer una rebaja arbitraria y antojadiza, sino que tiene que hacerla guardando proporción entre la parte de la obligación principal que ha sido cumplida y la parte aún no ejecutada; de modo que si el deudor ha ejecutado la mitad o más o menos la mitad de la obligación principal deberá rebajar la mitad de la pena; si la tercera parte de la obligación principal, la tercera parte de la pena,

(...)

“Naturalmente, el juez tendrá que resolver las controversias que se susciten entre las partes sobre la proporcionalidad que debe observarse en la reducción de la pena en caso de ejecución parcial de la obligación principal, como toda cuestión que entre ellos se produzca, pero la disposición de nuestro Código es más equitativa, porque reduce a términos muy restringidos lo arbitrario del juez”.

Como se evidencia, con fundamento en las normas previamente citadas, el Consejo de Estado ha reconocido la necesidad de proporcionar y disminuir la sanción penal en concordancia al porcentaje de obra ejecutada, a luces del principio de equidad.

En línea con lo antes expuesto, resulta procedente que en el hipotético caso en que la entidad contratante, pese a su clara falta de competencia, declare el incumplimiento del contrato e imponga las multas pactadas en el contrato, debe reducirse la sanción impuesta en el porcentaje efectivamente ejecutado del contrato, atendiendo al principio de proporcionalidad y el criterio de equidad.



3.0 ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO REALIDAD QUE EL FFIE NO HA QUERIDO TENER EN CUENTA.

PRIMERO A pesar que informamos y sustentamos al fin que los aspectos climáticos están afectando el contrato de la referencia en lo siguiente.

- Es un contrato a cielo abierto en el cual necesariamente se debían de efectuar unas excavaciones.
- La topografía es bastante inclinada superando los 35 grados de pendiente
- Presenta varias escorrentías naturales que solamente son visibles cuando hay precipitaciones atmosféricas
- No obstante que esto se le manifestó al FFIE y se le anexó todas los soportes y documentaciones respectivas

El FFIE atribuye a los contratistas atribuciones sobrenaturales en donde manifiesta que en el estudio diagnóstico que se hizo previo el inicio de obra se debían de conocer todas las situaciones atmosféricas que se presentarían en un futuro.

Se olvida el FFIE que los organismos y entidades nacionales de Colombia no tienen aún la tecnología para predecir ni pronosticar con exactitud qué tipo de precipitaciones atmosféricas van a ocurrir en el territorio nacional.

Ni muchos menos las fechas exactas en que va a ocurrir los fenómenos cantidad de precipitación de agua, si se van a presentar daños colaterales como son derrumbes de bancadas en la vía que se han presentado en todo nuestro territorio nacional a través del presente año, en especial la vía que de Bogotá conduce a Silvania.

No obstante este rechazo absurdo y unilateral por parte del FFIE cuando se le informó que esta novedad nos afectaba no solamente en la ejecución de la obra en mano de obra, suministro de materiales, con ocasión a que la VIA Bogotá Silvania se encuentra en arreglo de taludes que se vinieron abajo con ocasión a las fuertes lluvias y por lo cual transporte materiales personal y equipo no era de manera ordinaria y regular como debería de ser y que en el momento del diagnóstico en una situación totalmente diferente..

El FFIE claramente desconoce unilateralmente las leyes de la naturaleza y desconoce que lo anterior sí afecta sustancialmente cualquier tipo de contratos de



construcción como se ha evidenciado en toda la serie de noticias que el mismo gobierno ha efectuado a través de los medios de comunicación.

SEGUNDO: No obstante, nuestra súplica en su debido momento y como reza el mismo documento de la referencia se tuvo un **AVANCE DEL 40%** a la fecha de entrega pactada en el documento y se efectuó un compromiso con las partes que asistieron en esta fecha de que culminaríamos el 60% restante y así lo hicimos.

TERCERO: Entrega real y Material; Como consta en el anexo de fecha de 26 de abril de 2023, la obra objeto del contrato no solamente fue terminada sino inaugurada directamente por el gobernador de Cundinamarca en compañía de todo su grupo de trabajo.

CUARTO: Desequilibrio Económico: No obstante, el FFIE no autorizó ningún tipo de acta parcial ni de corte de obra por lo que no recibimos ni a una la fecha ningún tipo de anticipo ni de abono.

Con lo cual claramente se demuestra **QUE NO HUBO NINGÚN DETRIMENTO ECONÓMICO PARA EL FFIE** y por el contrario si hubo un **DESEQUILIBRIO ECONÓMICO** para el contratista al no habersele aceptado la radicación de ningún tipo de factura.

QUINTO Protocolos Sancionatorios, pactados por el FFIE los cuales no fueron aplicados en su debido momento.

Conforme se pactó el mencionado contrato si bien es cierto el FFIE hace una gradualidad de requerimientos y aplicaciones de unas sanciones económicas paulatinas esto jamás se llevó a cabo., POR LO CUAL es IMPROCEDENTE ser JUEZ y PARTE , y fuera de lugar la aplicación una vez se culminó y se cumplió el contrato.

De manera unilateral se sanciona con una cifra astronómica que aumenta más el desequilibrio económico del contratista y el cual prácticamente lo dejan sin ningún tipo de utilidad económica.

SEXTO Téngase en cuenta además que el objeto principal del contrato es un cerramiento en malla metálica y complementariamente una estructura en concreto.

Para el momento el diagnóstico no se presentaban inconvenientes en el suministro a nivel nacional de estos materiales sin embargo de manera paulatina como es de conocimiento de todos los productos derivados de las del hierro y acero en Colombia tuvieron incrementos superiores al 50%.



No obstante que la misma constitución habla de equidad y que las entidades del gobierno son las encargadas de velar por ello

Los miembros del FFIE desconocen la realidad nacional la escasez de hierro los innumerables fenómenos naturales y las consecuencias que han traído a nuestro país.

Y simplemente aplican la letra menuda en contra del contratista desconociendo totalmente que el FFIE jamás aportó dinero para la construcción de la obra la obra se terminó y por ende el objeto del contrato se llevó a cabo en su totalidad.

SEPTIMO Por lo antes expuesto solicitamos de manera estrapetita la normatividad a nuestro favor

No se nos aplique la multa en mención la cual consideramos excesiva y fuera de todo contexto legal y contractual.

Se nos autorice el pago total del contrato cumplido

En espera de su amable colaboración.

Atentamente

Oscar Mauricio García

R.L. Consorcio Infraestructura Arco