

Señores:

EMPRESAS MUNICIPALES DE CUNDINAMARCA.
E.S.D.

REFERENCIA: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA RESOLUCIÓN No. 510 DEL 1º DE DICIEMBRE DE 2023.

CONTRATO: EPC-PDA-C-345-2018.

CONTRATISTA: CONSORCIO D&P.

GARANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

LUZ AMPARO RIASCOS ALOMÍA, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.061.705.937 expedida en Popayán, (C), abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 217.180 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada sustituta de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, encontrándome dentro del término, procedo a **SUSTENTAR** el Recurso de Reposición impetrado en contra de la Resolución No. 510 del 1º de diciembre de 2023, por medio de la cual se declaró el incumplimiento y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de consultoría No. EPC-PDA-C-345 - de 2018, por la flagrante vulneración al debido proceso, y en esos términos presento los reparos frente a la resolución, los cuales se concretan en:

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

En la diligencia celebrada el pasado 1º de diciembre de 2023, el director del proceso indicó que el día martes 5 de diciembre de 2023, a las 10:00 a.m., se realizaría la continuación de la audiencia de incumplimiento, en la cual se sustenta el respectivo recurso de reposición.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

- 1. LA RESOLUCIÓN No. 510 DEL 1º DE DICIEMBRE DE 2023, ES MANIFIESTAMENTE OPUESTA A LA LEY. LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., CARECE DE POTESTAD EXORBITANTE ALGUNA QUE LE ATRIBUYA LA FACULTAD DE DECLARAR EL SINIESTRO Y HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PACTADA EN LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011. CONSECUENTEMENTE, EL ACTO ADMINISTRATIVO SE EXPIDIÓ SIN COMPETENCIA PARA DETERMINAR LO AHÍ RESUELTO.**

Tal como lo manifiesta el doctrinante Jaime Orlando Santofimio¹, en materia de contratación estatal, hacer efectiva la cláusula penal configura una sanción de naturaleza administrativa por el incumplimiento objetivo de las obligaciones pactadas. Dicha cláusula fue integrada a la ley de contratación pública en virtud de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 y 17 de la Ley 1150 de 2007, su alcance de manera concreta en cada contrato por parte de la administración, y es

¹ Compendio de Derecho Administrativo / Jaime Orlando Santofimio Gamboa – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017, Página 738.

exigible por esta, bajo criterios de proporcionalidad dentro de los límites pactados, mediante un acto administrativo, previa verificación objetiva del incumplimiento de las prestaciones convenidas, las cuales se deben ejercer en los términos y condiciones de la ley de contratación pública.

En el caso concreto, lo primero es precisar sobre la naturaleza jurídica de LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., se trata de una sociedad por acciones de carácter oficial registrada en Escritura Pública No. 2069 del 19 de mayo de 2008. Con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal, cuyo principal accionista es la Gobernación de Cundinamarca. Su objeto social consiste en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y gas. Consecuentemente sus actos y contratos deben regirse por la Ley 142 de 1994 **y no por el estatuto de la contratación estatal.**

Particularmente, frente al régimen de contratación, la citada **Ley 142 de 1994** dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley **no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo”. (Énfasis propio).

En mérito de lo anterior, claro es que el Contrato de Consultoría No. EPC-PDA-C-345-2018, suscrito el 14 de diciembre de 2018, entre LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., como contratante y el CONSORCIO D&P, como contratista, no está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993. En este orden de cosas, claro es que la contratante carece de la facultad legal para adelantar frente al contratista el procedimiento sancionatorio consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el propósito de declarar el incumplimiento del contrato, hacer efectiva la cláusula penal pactada, imponer multas, declarar la caducidad, o de resolver sobre cualquier otro aspecto en ejercicio del mencionado trámite.

Es preciso agregar que, el citado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en su primer inciso indica:

“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". (Énfasis propio).

En adición a lo anterior, se resalta que a través del Concepto No. 445 del 2020² emitido por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se absolvió la consulta a un ciudadano que indicó:

"(...) Mi pregunta es, si dentro de la relación contractual que se deriva con la celebración de un contrato bajo cualquier modalidad contemplada en el estatuto implementado por la entidad, **¿la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios (E.I.C.E) puede declarar incumplimiento del contrato e imponer multas, cuando a su juicio el contratista esté incumpliendo el objeto contractual contratado, dado a que dentro de su manual de contratación, se encuentra estipulado los procedimientos pertinentes** y que sobre el particular tienen establecidos o por el contrario, así se encuentren establecidos los procedimientos, se debe acudir a la jurisdicción correspondiente para que un Juez determine lo que haya a lugar? (...)". Negrilla adrede.

En este caso, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para dar respuesta al interrogante, adujo:

"En relación con el interrogante presentado, **lo primero que debe indicarse es que los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 han establecido, como regla general, la aplicación del derecho privado a los actos y contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sin consideración a la naturaleza jurídica privada, mixta o pública de éstos** (...) A pesar de lo indicado en las normas citadas, según las cuales los actos y contratos de todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios se rigen por las normas del derecho civil y comercial, existen al menos tres excepciones a la citada regla, en las cuales será procedente aplicar el régimen de contratación estatal, así: (i) Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente (artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994), (ii) Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente (artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994), (iii) Contratos celebrados por entidades territoriales con empresas prestadoras de servicios públicos, con el objeto de que éstas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación (parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994), y (iii) Contratos en los que se hayan insertado las cláusulas exorbitantes a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en cuanto tiene que ver con tales cláusulas (inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994)". Negrilla y subrayas adrede.

Seguido de lo anterior, el ente de vigilancia y control argumentó:

² Tomado de: https://normograma.info/ssppdd/docs/pdf/concepto_superservicios_0000445_2020.pdf

“En cuanto a dichas cláusulas, debe indicarse que la cláusula penal pecuniaria y la de multas no se consideran como exorbitantes, siendo excepcionales solamente las siguientes: (i) terminación, (ii) interpretación y (iii) modificaciones unilaterales, (iv) sometimiento a las leyes nacionales, (v) caducidad y (vi) reversión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior, por cuanto las cláusulas de multas y penal pecuniaria pueden pactarse entre particulares, así una empresa industrial y comercial del estado prestador de servicios públicos domiciliarios, podría pactarlas y hacerlas efectivas sin que para ello requiera de una autorización (...) **No obstante, dependiendo del tipo de contrato al cual se trate, es decir, si es de aquellos establecidos como excepción y por tanto regidos por el estatuto de contratación estatal, se debe aclarar que la facultad de imponer multas de forma unilateral, es excepcional, por lo que en punto a la posibilidad de declarar unilateralmente la ocurrencia del hecho que genera la multa, imponerla y cobrarla, deberá verificarse lo indicado por el Consejo de Estado[10], al interpretar el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 (...) Así frente a la facultad de imponer multas y declarar el incumplimiento en aquellos contratos sometidos a las reglas de la contratación estatal, concedidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[11], el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, desarrolló el procedimiento a seguir para la imposición de dichas multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento (...).**” Negrilla y subrayas adrede.

Finalmente, la ya citada Superintendencia concluyó:

“(...) Una empresa industrial y comercial del estado, prestador de servicios públicos domiciliarios, podrá pactar en sus contratos cláusulas de multas o penales pecuniarias a razón del incumplimiento de las obligaciones pactadas, en los términos en que lo haría cualquier particular en el marco del contrato suscrito al ser esta Ley para las partes. **No obstante, si lo que se pretende es la imposición unilateral de multas por el incumplimiento del contrato, en el marco de los contratos que se rigen por el estatuto de contratación estatal, de conformidad a las excepciones señaladas en las consideraciones de este concepto, al ser esta una facultad exorbitante de la administración consagrada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, se deberá acudir además a lo señalado sobre el particular en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual señala el procedimiento a seguir para declarar el incumplimiento, así como la imposición de las multas y sanciones pactadas en el contrato (...).**” Negrilla y subrayas adrede.

De lo anteriormente expuesto se colige que: i) según el artículo 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza jurídica, se deben regir por el derecho privado ii) el contrato objeto de debate y frente al que ocurrió el presunto incumplimiento, **no** se enmarca en ninguna de las tres (3) excepciones para eventualmente considerar la procedencia de aplicar el régimen de contratación estatal iii) LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., **extralimitó sus funciones** al iniciar un proceso sancionatorio, amparándose en el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, generándole a mi representada un perjuicio que no estaba en el deber de soportar al declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

Frente a la prerrogativa de las empresas de servicios públicos para la declaratoria del siniestro y hacer efectiva la póliza de cumplimiento, en reciente jurisprudencia, el H. Consejo de Estado³, indicó:

«[...] En virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho.⁴⁸

[...] Los artículos 31⁴⁹ y 32⁵⁰ de la Ley 142 de 1994, vigentes al momento de los hechos y en la actualidad, establecieron, por regla general, un régimen de derecho privado para los "contratos" y para los "actos" de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Con base en dichas normas, es el entendimiento de esta Sala que, salvo los puntuales casos previstos en la Ley en los que se entiende pueden proferirse actos administrativos⁵¹, los actos jurídicos precontractuales y los contractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden estimarse como tales»⁵².

En este orden de ideas, en cuanto existe norma específica que prescribe que los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios como lo es la demandada- se rigen por el derecho privado, ha de entenderse excluido, con carácter general, el ejercicio de prerrogativas del poder público, como lo es la declaración del siniestro mediante acto ejecutivo y ejecutorio. Además, como lo ha precisado la jurisprudencia⁵³, el privilegio de lo previo no obra como fundamento de la competencia administrativa, sino como un presupuesto de ella. (Énfasis propio).

En la misma línea, la corporación de cierre⁴, sostuvo:

“Ahora, en relación con la competencia de las empresas prestadoras de servicios públicos sometidas al derecho privado, la Sala considera desde ya anunciar que estas no pueden expedir actos administrativos encaminados a declarar el siniestro y a hacer efectiva la póliza de cumplimiento, por la clara razón de que sus actos y contratos se encuentran sometidos al régimen de derecho privado, tal y como lo expresa el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, y el legislador no atribuyó excepcionalmente el ejercicio de la prerrogativa pública consistente en declarar el siniestro a través de un acto administrativo, por lo que una primera conclusión se impone: no existe una norma expresa que otorgue dicha prerrogativa de poder público.

Dicho criterio fue acogido en providencia de 5 de julio de 2018, decisión que esta Sección prohíja en esta oportunidad, en la cual se formularon las siguientes reflexiones: “[...] Se debe aceptar que **la Ley 142 de 1994 estableció un**

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2023, expediente No. 57101

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 2019, expediente No. 3980025 y Sentencia del 2 de junio de 2020, expediente No. 63930B26.

régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento por la vía administrativa. Por tanto, en el análisis de los actos que se juzgan en este proceso no resulta viable identificar la competencia de la entidad contratante con fuente en el artículo 68 del CCA28 o en la Ley 489 de 1998 que invocó EPM29, en cuanto a la declaratoria del siniestro y el cobro de las pólizas de seguros mediante acto administrativo, por referirse al contrato de una empresa de servicios públicos domiciliarios sometido al régimen especial de la Ley 142 de 1994”.

Resulta importante destacar que, **en decisión reciente de fecha 19 de julio de 2019, la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló, como regla jurídica, que una entidad estatal cuyos actos y contratos se encuentran sometidos al derecho privado no tiene la facultad de declarar la realización del siniestro y, en esa medida, debe acudir al régimen jurídico que contempla el Código de Comercio y de manera especial, el artículo 1077 que señala que el asegurado debe demostrar a la aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.** Se transcriben los siguientes fundamentos jurídicos, por ser de relevancia para la Sala:

“131. Un sujeto de derecho privado debe acudir a las disposiciones especiales sobre el contrato de seguros, contenidas en el Código de Comercio, en especial, al artículo 1077, que indica que le “corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”. Así mismo, tal y como lo indicó el demandante en su recurso de apelación, la entidad demandada “debía demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida”, y no ampararse en un acto administrativo, para derivar de allí, entre otras consideraciones, su presunción de legalidad, y declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

132. En conclusión, una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios (...). (Énfasis propio).

A partir de los fundamentos jurídicos expuestos, se concluye sin lugar a dudas, que las empresas cuyo régimen de contratación no está sujeto a la Ley 80 de 1993, no gozan de la facultad exorbitante de declarar el incumplimiento de sus contratistas y, por lo tanto, tampoco tienen atribución que les permita multarlos o hacer efectiva la cláusula penal pactada.

No obstante, lo anterior, LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., incurrió en un abierto desconocimiento de la regulación aquí expuesta, pues de manera arbitraria, convocó al CONSORCIO D&P y a mi representada, al proceso sancionatorio de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la finalidad de estudiar si existía mérito para declarar el

incumplimiento del contrato de consultoría No. EPC-PDA-C-345-2018, y hacer efectiva la cláusula penal acordada en el mismo.

Pese a no tener ningún respaldo legal para el efecto, LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., mediante la Resolución No. **510** del 1º de diciembre de 2023, declaró el incumplimiento del contrato de consultoría No. EPC-PDA-C-345-2018, hizo efectiva la cláusula penal y la póliza No. **380 47 994000090489**, expedida por mi representada, con cargo al amparo de cumplimiento que tiene un límite asegurado **124.824.336.00**. Como se explicó atrás, lo actuado deriva en el vicio de falta de competencia contenido en el artículo 137 del CPACA, que conduce a la prosperidad de una declaratoria de nulidad del acto administrativo objeto de este debate en sede judicial.

2. FALTA DE COMPETENCIA PARA DECLARAR UNILATERALMENTE EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO Y DECRETAR EL SINIESTRO.

Debe ponerse de presente que las Empresas Públicas de Cundinamarca, pese a que desde los descargos la defensa de la ASEGURADORA manifestó que no se podía aplicar lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, para declarar el incumplimiento del contrato de consultoría porque el Consejo de Estado ha establecido que en materia de **contratos de consultoría las entidades públicas no tiene facultades exorbitantes**, pasó por alto la jurisprudencia de la corporación de cierre, y de manera alejada del precedente declaró el incumplimiento parcial del contrato, cuando es improcedente que en este tipo de procesos se pueda declarar el incumplimiento.

3. LA RESOLUCIÓN No. 510 DEL 1º DE DICIEMBRE DE 2023, SE EXPIDIÓ POR FUERA DEL PLAZO ESTABLECIDO PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

La Resolución No. **510** del 1º de diciembre de 2023, se expidió por fuera del plazo establecido para declarar el incumplimiento contractual, pues, teniendo en cuenta que el contrato de consultoría No. EPC-PDA-C-345 - de 2018, se suscribió el día 9 de octubre de 2018, teniendo un inicio desde el 14 de diciembre de 2018 hasta el 9 de septiembre de 2022, la presente declaratoria de incumplimiento que ahora se recurre se profirió por fuera del plazo establecido para la liquidación de los contratos estatales de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

Para sustentar el reparo que ahora se propone, debe recordarse el texto literal del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007:

“ARTÍCULO 11. DEL PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS.
La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación **se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación**, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, **la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C.A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”. (énfasis añadido).

Los plazos de liquidación de mutuo acuerdo y de forma unilateral establecidos en el artículo precedente son de máxima importancia, pues, marcan también el plazo, o, mejor dicho, el término durante el cual la administración pública puede ejercer diversas funciones contractuales según el factor temporal, entre las cuales se encuentra la declaratoria de incumplimiento.

Lo anterior quiere decir que, una vez vencidos los términos para liquidar el contrato estatal de mutuo acuerdo o de manera unilateral en sede administrativa, fenece, de igual forma, la oportunidad para que la Administración Pública declare el incumplimiento del negocio jurídico en cuestión acudiendo al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En ese sentido, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido clara:

“Una vez que el término o plazo de ejecución expira sin que se haya cumplido con “la prestación de lo que se debe”, es decir, sin satisfacer al acreedor, el contratista en su calidad de deudor de la obligación, se encuentra en mora y para todos los efectos, se considera incumplida la obligación, la cual si correspondía a la prestación principal u objeto del contrato, implicará el incumplimiento del contrato. El incumplimiento puede provenir “de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”, lo que da lugar a que el acreedor pueda “pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

(...)

En el campo de la contratación estatal, al cual se incorporan las normas civiles y comerciales, el incumplimiento de la prestación originariamente contraída débito primario dentro del plazo acordado, da lugar a que la responsabilidad contractual del contratista sea demandada ante el juez del contrato, para que el deudor sea compelido, mediante la ejecución forzada, al cumplimiento de la prestación debida —in natura— o del subrogado pecuniario y, en ambos casos, a la indemnización respectiva.

(...)

Vencido el plazo del contrato este se coloca en la etapa de liquidación, pero no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no pueda hacer uso de sus potestades sancionatorias frente al contratista, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando la administración puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si éste es satisfactorio; es cuando puede apreciar la magnitud de los atrasos en que incurrió el contratista” motivo por el cual, “la evaluación sobre el cumplimiento del contratista, la aplicación de los correctivos que la administración considere necesarios y las sanciones impuestas, **son válidas si se efectúan durante el plazo para el cumplimiento del objeto del contrato y la liquidación del mismo**”⁵ (énfasis añadido).

De igual forma y de manera más sucinta se ha pronunciado el Laudo Arbitral del 28 de febrero de 2001 donde se dijo lo siguiente:

“El plazo o término contractual con que cuenta el ente público contratante para declarar el cumplimiento o incumplimiento del contrato estatal por el contratista, es el establecido para la liquidación del contrato o término de “vigencia” como se ha denominado por el Consejo de Estado, que es la misma oportunidad con que cuenta el contratista para dejar las constancias o salvedades en relación con las inconformidades que tenga respecto de su contenido”⁶.

Tal posición ha sido asumida de vieja data como se observa en Sentencia del 29 de enero de 1988, con ponencia del consejero Carlos Betancur Jaramillo, donde se dijo lo siguiente:

“Pero **este poder de declarar el incumplimiento no podrá ejercerse en forma ilimitada en el tiempo porque no podrá declararse después de vencido el plazo que la Administración tiene para liquidar tales contratos**. Es apenas obvio que no pueda cumplirse después de esa liquidación, háyase hecho en forma unilateral o de común acuerdo entre los contratantes. Si lo primero y la Administración guardó silencio de ese incumplimiento en su acto, no podrá revocarlo sin consentimiento del contratista ya que creó una situación individual o concreta a su favor. Y si lo segundo (liquidación de común acuerdo) el acto será intocable unilateralmente por conformar un acuerdo de voluntades logrado entre personas capaces de disponer.

En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después de] vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste. Aquí surge un escollo, aparentemente creado por un vacío legal. Qué plazo tiene la Administración para liquidar el contrato.

Aunque la ley no lo diga no quiere significar esto que la Administración pueda hacerlo a su arbitrio, en cualquier tiempo. No, en esto la jurisprudencia ya ha tomado también partido. Se ha considerado como término plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la

⁵ C. de Estado, Secc. 3ª, Rad. 10264 de 13 de sept. 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁶ Laudo Rad. TA-CCB-20010228 de 28 de feb. de 2001.

documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. Si se vence este último la Administración no podrá esperar más y deberá proceder a la liquidación unilateral, mediante resolución administrativa debidamente motivada”. (énfasis añadido).

Para el caso en concreto, se tiene que las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., perdió su competencia temporal para declarar el incumplimiento del contrato de consultoría No. **EPC-PDA-C-345-2018**, ello debido a que entre la finalización del contrato que se dio el 9 de septiembre de 2022 y la expedición de la Resolución que declaró el incumplimiento el 1º de diciembre de 2023, se superó de manera amplia y ostensible los términos de cuatro (4) y dos (2) meses contemplados en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. Habiendo fenecido los términos para liquidar el contrato, se tiene que fenecieron, de igual forma, los términos para declarar su incumplimiento.

4. LA TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Como se expondrá a continuación, debe revocarse íntegramente la Resolución No. 510 del 1º de diciembre de 2023, proferida por las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., como quiera que equivocadamente se ordenó hacer efectiva una póliza de seguro, pese a que la misma había terminado automáticamente como consecuencia de la falta de notificación de la agravación del estado del riesgo. De ese modo, subsiguientemente se presentarán los fundamentos fácticos y jurídicos, por los cuales es claro que en el caso concreto debe revocarse la Resolución previamente identificada.

En este caso operó la terminación automática del contrato de seguro como quiera que el contratista tomador de la póliza, no notificó por escrito a la Aseguradora en el término del artículo 1060 del Código de Comercio, acerca de las circunstancias que agravaron el estado del riesgo en la ejecución del contrato garantizado. Lo anterior, toda vez que el afianzado no informó a la Compañía de Seguros acerca de la ejecución del **30%** del objeto contractual. En otras palabras, la pobre ejecución del **30%** del contrato representó un hecho de suma importancia que indefectiblemente alteró el estado del riesgo asumido por mi representada a través de la póliza No. **380-47-994000090489**, y que debía ser informado, so pena de producir la consecuencia legal, esto es, la terminación automática de la póliza de cumplimiento.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que es una circunstancia que claramente agravó el estado del riesgo y de lo cual debió conocer la Compañía Aseguradora dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se materializó. Lo anterior, dado que el riesgo de incumplimiento claramente se hizo más gravoso ante esta situación, como quiera que es mucho más probable que las actividades contractuales no se ejecuten, o se ejecuten de manera tardía, ante la falta de disponibilidad de recursos. Por tal motivo, es totalmente claro que se produce la terminación automática del contrato de seguro por no dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio.

La jurisprudencia ha sido clara en establecer que el asegurado o el tomador, según sea el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. Así entonces, durante la vigencia del contrato se deberá notificar al asegurador todo aquello que pueda modificar el riesgo, en su agravación o variación de su identidad, so pena de producirse la terminación del contrato. En este sentido, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “B”

magistrada ponente: Stella Conto Díaz del Castillo en sentencia del 22 de febrero de 2016, expuso:

“En cuanto a la conservación del riesgo, es de anotar que, en los términos del artículo 1039 del Código de Comercio, al asegurado le corresponden las obligaciones que no pueden ser cumplidas más que por él mismo, motivo por el cual le es oponible la obligación consagrada en el artículo 1060 de la misma normativa, respecto de la conservación del riesgo y la notificación de cambios. Las normas en cita son del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 1039. SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.

ARTÍCULO 1060. MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS. El asegurado o el tomador, según el caso, están 25 Exp. 34226 actor: Confianza S.A. obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

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

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

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

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

Como se observa, esta última norma consagra dos efectos jurídicos a saber: i) si se cumple con la notificación oportuna de la modificación del riesgo, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima; ii) en caso contrario se produce la terminación del contrato. El cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, pueden conllevar a deducir del monto de la indemnización de los perjuicios causados a la asegurada, en los términos del artículo 1078 del Código de Comercio.

Según el artículo 1060 transcrito, el asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad.

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas (artículo 1074 C. Ció.). El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes (artículo 1075 ibidem). (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por otro lado, en cuanto a la modificación del estado del riesgo en el contrato de seguro, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 28 de febrero de 2007, referencia 00133-01 magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo, dispuso:

“La Corte acierta en su decisión, acogiendo los argumentos establecidos por el Tribunal respecto a la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, en el cual se establece la obligación que tiene el tomador o asegurado de notificar al asegurador todos los hechos o circunstancia posteriores a la celebración del contrato que signifiquen una agravación del riesgo.

(...)

Estas circunstancias de agravación inciden en la obligación condicional del asegurador, quien es el que asume el riesgo, por lo tanto tiene el derecho a ser informado de todo tipo de eventualidades, para que de acuerdo a la situación y a las nuevas condiciones pueda revocar el contrato o hacer algún tipo de ajuste, sobre todo en lo relacionado con la prima.

Por consiguiente **“El régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en que las nuevas circunstancias que lo alteran, aumentan la probabilidad de ocurrencia del siniestro, o de la intensidad de sus consecuencias, sin que el asegurador deba soportar esa variación por un mal entendimiento del carácter aleatorio del contrato, pues aunque es claro que asumió la contingencia de la materialización del riesgo, lo hizo sobre la base de unas específicas condiciones**, de tal manera que si ellas cambian por el advenimiento de circunstancias no previsibles, en línea de principio deben cambiar las reglas que gobiernan la relación contractual, o dársele fin a ella.”

Al respecto el artículo 1060 del Código de Comercio dispone:

“ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. **En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.**

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

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

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

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

Así como el artículo 1058 del Código de Comercio hace referencia a la carga de información del tomador del seguro previo a la celebración de un contrato, de forma similar, el artículo 1060 del C. Co., regula taxativamente las cargas de información adicionales que el tomador, el asegurado, o el beneficiario según sea el caso, deben cumplir con posterioridad a la suscripción del contrato de seguro. Ahora bien, la carga de informar sobre la agravación del estado del riesgo, según lo prevé el artículo 1060 del Código de Comercio, opera en el presente asunto, so pena de terminar automáticamente el contrato de seguro⁷.

En virtud de lo anterior, las circunstancias de agravación en que incurrió el contratista, incidieron en la obligación del asegurador, quien es el que asume el riesgo. Bajo ese entendido, el asegurador debe ser informado de cualquier eventualidad que incida en el régimen de agravación del estado del riesgo. Dicho de otro modo, el régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en cualquier circunstancia que lo altere, sin que el asegurador deba soportar tal variación, por cuanto la asunción del riesgo la realiza con base en ciertas condiciones que no pueden ser alteradas sin su notificación.

Así las cosas, vale la pena resaltar que el contratista en su calidad de tomador de la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales, tenía la obligación de mantener el estado del riesgo. No obstante, y de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, no se logra evidenciar la notificación por escrito dentro del término señalado en el artículo 1060 del Código de Comercio, respecto de los hechos que sobrevinieron con posterioridad a la celebración del contrato y que claramente implican una agravación del riesgo, esto es de una pobre ejecución del 30%. Es por lo anterior que, en virtud de la normatividad precitada, se produce la terminación del contrato de seguro, no pudiendo en este proceso exigir ningún emolumento con cargo a la póliza de seguro.

Por ende, la falta de notificación constituye una negación indefinida, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil ha dispuesto:

“Es decir, existe un deber ex lege de comunicar hechos que inciden en la estructura y dinámica del riesgo previamente amparado. En el caso del artículo 1061, en lo que respecta a su origen o fuente, al mismo tiempo que a su teleología, la prestación es enteramente diferente, puesto que **la garantía**

⁷ <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/596/562>

constituye una promesa de conducta (hacer o no hacer), o de afirmación o negación que otorga el tomador o asegurado en relación con la existencia de un determinado hecho, lo que supone, invariablemente, una declaración ex voluntate y, por ende, de claro contenido negocial, la que en tal virtud no se puede inferir o presumir, menos si se tiene en cuenta las drásticas secuelas derivadas de su inobservancia o quebrantamiento. Ello explica que sea menester que aflore o se evidencie "...la intención inequívoca de otorgarla"⁸ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Asimismo, respecto de las negaciones indefinidas, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

"(...) que éstas se dividen en definidas e indefinidas, siendo las primeras aquéllas que tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente, las segundas, en cambio, no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno".

para las [definidas], el régimen relacionado con el deber de probarlas continúa intacto 'por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical'; las [indefinidas], 'son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno', de suerte que éstas no se pueden demostrar, no porque sean negaciones, sino porque son indefinidas (...) "⁹.

En conclusión, la falta de notificación es una negación indefinida que a la luz del artículo 1060 del Código de Comercio y de la jurisprudencia señalada no requiere de prueba. En consecuencia y al no evidenciarse la notificación al asegurador de las modificaciones en el estado del riesgo, como lo fue la inejecución del contrato, es totalmente claro que se terminó automáticamente el contrato de seguro de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio, razón por la cual no puede hacerse efectivo. Por tal motivo, respetuosamente solicito se revoque la Resolución No. 510 del 1º de diciembre de 2023, toda vez que no resulta jurídicamente viable hacer efectiva una póliza de seguro que terminó automática y anticipadamente por la falta de notificación de la alteración del estado del riesgo.

5. INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL SUPUESTO PERJUICIO.

Es preciso recordar la naturaleza jurídica que la ley imparte a las cláusulas penales como forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, se ha referido a ellas, y por ser explicativa de los temas que se analizan, se transcribe el siguiente párrafo, a saber:

"Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2007. Exp. 2000-133. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de julio de 2005, exp. 00126 citada el 20 de enero de 2006, exp. 1999-00037

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. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato."¹⁰

De la anterior transcripción se resaltan que, por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad, ser una estimación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso cumple las finalidades de servir de apremio o de garantía. Excepcionalmente y por acuerdo entre las partes, en palabras de la Corte, se puede considerar que la cláusula penal cumple otras funciones. De aquí se desprende que, si hay dudas en la interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios.

Ahora bien, cuando se pretende la indemnización de un perjuicio, su prosperidad depende de que el mismo sea cierto y no hipotético. En el caso que nos convoca, las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., únicamente se ocupó de demostrar que en el contrato de obra No. EPC-PDA-C-345-2018, se pactó una cláusula penal, más no acreditó, ni la existencia, ni la cuantía de un supuesto perjuicio que se hubiera generado por la aludida inejecución de los productos entregables. Si bien es cierto, en la etapa del proceso, se admitió que le sobrevinieron circunstancias externas al contratista que dificultaron el normal cumplimiento de las obligaciones contractuales, también lo es que, las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., ni siquiera hizo alusión a alguna erogación que el negocio jurídico le hubiera implicado y que se pudiera reclamar como perjuicio material causado a raíz del supuesto incumplimiento.

Dicho lo anterior, se concluye que, al no estar probada la existencia de un perjuicio cierto, tampoco se podrá sostener la decisión de afectar la garantía única de cumplimiento expedida por mi representada, pues por disposición del Estatuto Mercantil, el contrato de seguro adolece de carácter meramente indemnizatorio y en ningún caso podrá constituir fuente de enriquecimiento, así lo ha dispuesto su artículo 1088:

ARTÍCULO 1088. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.

En consecuencia, las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., nunca demostró el perjuicio ocasionado con el supuesto incumplimiento del **CONSORCIO D&P**, pese a ello decidió declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza expedida por mi procurada.

¹⁰ Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Expediente No. 4607.

6. FALSA MOTIVACIÓN: LA IMPOSICIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL NO GUARDÓ NINGÚN RESPETO POR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN, OBLIGATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Sobre el particular, es importante poner de presente que las empresas públicas, impuso una cláusula penal desproporcionada, sin consideración alguna de los avances que se tuvieron en la obra, y peor aún, al materializarse con una cláusula del 20% del valor del presupuesto oficial del contrato, tal y como se consignó en la Resolución recurrida.

Recordemos que la cláusula penal pecuniaria es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato con el objeto de establecer previamente un monto o una cuantía equivalente al valor de los perjuicios que se causen como consecuencia del incumplimiento contractual de una de las partes. El efecto jurídico más importante de la cláusula mencionada es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Según el Doctor Rodrigo Escobar Gil, la cláusula penal pecuniaria es *“una estipulación en la que se fija anticipadamente el valor de la indemnización que cada parte puede reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de la otra”*¹¹. Es una tasación anticipada de perjuicios, cuyo efecto jurídico es que exime al acreedor (parte cumplida) de demostrar el monto de los perjuicios.

Por su parte el tratadista Jorge Pino Ricci¹², define la cláusula penal pecuniaria como aquella *“estipulación contractual propia del derecho común mediante la cual las partes acuerdan cancelar una sanción pecuniaria, en caso de incumplimiento en las obligaciones contractuales. Por otra parte, puede definirse también como estimación anticipada, según se acuerde definitiva o no, de los perjuicios que eventualmente pueden sufrirse como consecuencia del incumplimiento de una de las partes”*.

Teniendo en cuenta que la cláusula penal pecuniaria constituye una tasación anticipada de perjuicios, 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. Es por ello que el artículo 1596 del Código Civil, consagra:

“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.”

En el mismo sentido, el artículo 867 del Código de Comercio, establece:

“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”.

Frente a las dos disposiciones citadas, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido:

¹¹ ESCOBAR GIL Rodrigo. Teoría General de los contratos de la administración pública. Editorial Legis. Edición 2003.

¹² PINO RICCI Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición, 2005. Página 398.

“Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble 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.”¹³

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 Solar¹⁴:

“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 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.”

Las normas transcritas consagran el principio de proporcionalidad en materia de sanciones, que aplica completamente a los contratos y convenios estatales por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias expresamente reguladas por la mencionada ley. Es importante indicar que la norma citada aplica de manera indirecta al contrato de seguro, en la medida que **la aseguradora por expresa disposición del numeral**

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

¹⁴ CLARO SOLAR, Luis. Ob. Cit. Págs. 520 y 521

5.1.4.2.3 del Decreto 734 de 2012, está obligada a pagar el monto de la cláusula penal impuesta al contratista garantizado, en la medida que la misma se encuentre pactada en el contrato garantizado.

De conformidad con lo indicado, la cláusula penal se tiene que hacer efectiva en proporción al incumplimiento del contratista, por cuanto si se hace efectiva en un porcentaje mayor se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad estatal contratante. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, sostuvo:

“La Sala aclara que así el funcionario que tome la decisión esté revestido de una cierta facultad discrecional, ese poder es por otra parte susceptible de graduación y por consiguiente, controlable ante esta jurisdicción toda vez que la existencia de poderes absolutos y arbitrarios es algo que repugna al Estado social de derecho que preconiza la Carta Política. Con fundamento en los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el deudor tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento, cuando éste ha sido en parte, caso en el cual el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifiestamente excesiva.

En el caso objeto de la presente controversia, es posible la reducción de la sanción impuesta toda vez que, como se advirtió, la administración modificó el porcentaje de incumplimiento del demandante, el cual resultó inferior al inicialmente calculado, con la aclaración de que el incumplimiento del contratista sí se presentó, aunque en menor medida.

Pero tal como ya se dijo, el hecho de haber ejecutado el contrato casi en su totalidad da lugar a una reducción en el porcentaje de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, como lo ha reconocido la sala en asuntos similares. Por lo anterior y de conformidad con el Art. 170 del C. C. A, la presente sentencia reducirá en un 50% el monto de la cláusula penal pecuniaria que la entidad demandada hizo efectiva, esto es, la pena quedará en un 5% del valor del contrato, en armonía con la corrección que hizo la administración al revisar el porcentaje de las obras faltantes que corresponde a un porcentaje similar. En estas condiciones, la falsa motivación que le atribuye el demandante al acto acusado está acreditada de acuerdo con los hechos probados, los cuales evidencian que si bien el incumplimiento del contrato se dio, este no lo fue en la magnitud afirmada por la administración.

Deberá por tanto anularse el acto acusado y modificarse el monto de la pena pecuniaria impuesta, de acuerdo con las anteriores consideraciones.”¹⁵

Es importante indicar que la Sección Tercera del Consejo de Estado desde el 20 de octubre de 1995, fecha en la cual se profiere la primera sentencia en la cual se analiza la aplicación de los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, para efecto de la disminución de la cláusula penal pecuniaria en proporción al porcentaje de cumplimiento de las obligaciones contractuales, ha reconocido de manera pacífica la aplicación del principio de proporcionalidad consagrado en las normas indicadas en los contratos estatales¹⁶.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 2000. Rad. 10540. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

La reducción de la cláusula penal pecuniaria es un tema pacífico en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en la Doctrina especializada. Prueba de lo anterior, es que el Tratadista Jorge Pino Ricci establece en su obra “El régimen jurídico de los contratos estatales”, que *“se podrá reducir el valor de la penal pecuniaria si el deudor ha cumplido parte de la obligación principal y el acreedor lo ha aceptado. Esta disminución será proporcional a la parte recibida.”*¹⁷

Por su parte, el Doctor Rodrigo Escobar Gil indica:

“Sin embargo, a diferencia de la presunción de la existencia del daño antijurídico causado por el incumplimiento del contrato, que tiene la naturaleza propia de una presunción juris et de jure, la relativa a la cuantía del daño antijurídico, tiene la naturaleza de una presunción juris tantum; porque si bien la penalidad actúa como mecanismo de evaluación del daño, la ley le reconoce al contratista incumplido el derecho de obtener una rebaja o disminución de la penal estipulada, en los casos que pruebe haber cumplido parcialmente la obligación principal y que ésta ha sido recibida por la Administración (C.C, art. 1596). La jurisprudencia administrativa ha reconocido que esta regla limitativa de la pena por incumplimiento es aplicable a la contratación estatal por la necesidad de salvaguardar la justicia y la equidad frente a los efectos indemnizatorios de la cláusula penal.”

En conclusión, con base en estos fundamentos legales, jurisprudenciales y doctrinales, se puede indicar que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios que pactan las partes del contrato privado al igual que en los contratos estatales, que se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 1596 del Código Civil, y, en consecuencia, la misma sólo puede hacerse efectiva en proporción al porcentaje de incumplimiento del deudor, que en este caso es el **CONSORCIO D&P**.

De esta manera, al descender al caso en concreto es apenas lógico que, a pesar de que las EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES S.A. E.S.P., fue incapaz de demostrar con criterio técnico el porcentaje de incumplimiento, lo único cierto es que el **CONSORCIO D&P**, sancionado cumplió con el **30%** del contrato de consultoría celebrado, lo que le da la totalidad del derecho de que la cláusula penal aplicada, en caso de encontrarse justificado el incumplimiento, pueda ser reducida considerablemente, pues es evidente que una potestad arbitraria como la que impuso esta empresa, va en contra de los principios que ha delineado el ordenamiento jurídico colombiano, lo que conlleva inexorablemente a que, en un eventual caso de litigio contencioso administrativo, se deba modificar el monto de la sanción, variando de igual forma la obligación de mi procurada, pues la misma como aseguradora del contrato, respondería por un monto muchísimo menor al señalado en el acto administrativo hoy recurrido.

7. LA RESOLUCIÓN 510 DEL 1º DE DICIEMBRE DE 2023, DESCONOCIÓ QUE EL CONTRATO DE SEGURO ES DE ÍNDOLE NETAMENTE INDEMNIZATORIO, CIRCUNSTANCIA QUE TRADUCE EN FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y DESVIACIÓN DE PODER PARA SU EXPEDICIÓN.

¹⁷ PINO RICCI Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición, 2005. Página 398.

Se funda el presente reparo en que las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., incurrió en un yerro insalvable desde que emitió citación a la presente Audiencia de Incumplimiento, pues bien, por una parte, formuló de manera ambigua unos presuntos cargos en que hizo consistir el presunto incumplimiento contractual, sin hacer alusión siquiera a un eventual perjuicio que pudiera derivarse del mismo.

Así las cosas, claro es que sin siquiera haber enunciado la causación de uno o varios perjuicios a raíz del incumplimiento en que a juicio de la entidad incurrió el contratista, mucho menos logró la entidad convocante, demostrar fehacientemente que los hechos que dieron base a esta convocatoria, generaran algún tipo de perjuicio a la empresa.

Dicho lo anterior, se insiste en que el contrato de seguro, de ninguna manera puede constituir fuente de enriquecimiento, sino que su carácter es meramente indemnizatorio y para hacerlo efectivo, ineludiblemente tendrá que demostrarse la configuración de un perjuicio imputable al contratista, tal como quedó pactado en el objeto del negocio aseguratorio, el cual paso a citar:

“***OBJETO DE LA GARANTIA***

EL OBJETO DE LA PRESENTE POLIZA ES GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADAS DEL CONTRATO No. EPC-PDA-C-345, CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, RELACIONADO CON AJUSTES Y ACTUALIZACION A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DEL PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO CASCO URBANO MUNICIPIO DE ALBAN”.

Ahora, es menester recordarle a la entidad que el perjuicio, para efectos de revestir la virtualidad de indemnizable, **debe ser cierto**¹⁸, así lo ha reconocido la profusa jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, que ha hecho especial hincapié en señalar que al comportar el perjuicio alegado, el menor grado de incertidumbre, no asiste derecho a quien lo reclama, de ser indemnizado, de lo contrario, se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa, figura rotundamente prohibida en nuestra legislación.

Es así, como la entidad convocante a este trámite sancionatorio, si bien es cierto y sin mayor concreción fáctica ni jurídica, enunció en la citación al presente trámite, un presunto incumplimiento contractual, no es menos cierto que, NO hizo lo propio, precisando cuál o cuáles pudieran ser los eventuales perjuicios generados a raíz del mismo y a partir de ahí, es decir, de que ni siquiera se hizo alusión a la causación de un perjuicio, mucho menos se ocupó la empresa de demostrarlo, dotándolo de certeza, característica indispensable para ser indemnizado.

En mérito de lo anterior, concluyo que el Acto Administrativo recurrido, al imponer a mi procurada una obligación de pago, sin estructurar un perjuicio cierto, desconoció los principios de **proporcionalidad y razonabilidad** que deben gobernar la potestad sancionatoria del estado, extralimitándose en su función, pues aunado a lo anterior, motivó falsamente la decisión de sancionar y hacer efectivo el amparo de cumplimiento, lo cual a todas luces deriva en la ilegalidad de la decisión proferida, siendo procedente su revocatoria, lo cual solicito de manera respetuosa.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección tercera, subsección A 27 de enero de 2012. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 20614.

III. PETICIÓN:

Ruego al señor Director de Gestión Contractual de las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., se sirva REPONER para REVOCAR integralmente la Resolución No. **510** del 1º de diciembre de 2023, conforme a los argumentos expuestos en el presente escrito, en especial, la ausencia de facultad exorbitante para declarar el incumplimiento, la expedición de la Resolución por fuera del plazo contractual, por la terminación automática del contrato de seguro por la no notificación de la agravación del riesgo, la inexistencia de prueba del supuesto perjuicio ocasionado, la falta de proporcionalidad de la cláusula penal.

Subsidiariamente, solicito **REVOCAR** el artículo *TERCERO* de la Resolución No. 510 del 1º de diciembre de 2023, por cuanto la aplicación de la cláusula penal deberá ser reducida ante el cumplimiento parcial del contratista en un 30%, y en estricta aplicación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y equidad.

IV. NOTIFICACIONES

Comedidamente solicito que todas las actuaciones que se surtan en el proceso sean notificadas por medio electrónico a las siguientes direcciones:

A la suscrita en la Avenida 6 A Bis # 35N – 100 – Centro Empresarial de Chipichape – Oficina 212 de la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

Para los efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el artículo 162 numeral 7 del C.P.A.C.A., en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co dirección debidamente inscrita en el Sistema del Registro Nacional de Abogados – SIRNA.

Cordialmente,



LUZ AMPARO RIASCOS ALOMÍA.
C.C. No. 1.061.705.937 de Popayán, (C).
T.P. No. 217.180 del C.S.J.