

Bogotá, 27 de marzo de 2024

Estimada, Doctora María Camila Castelblanco Lara

**Asunto:** Concepto de viabilidad de interposición del medio de control de controversias contractuales.

Comendidamente me permito informar, que se remite concepto sobre la viabilidad de interposición del medio de control de controversias contractuales, sin embargo, se advierte que la advocación del mismo, dependerá del análisis e interpretación del operador judicial, como quiera que hay varias posiciones frente a las posibles causas para interponer el medio de control.

### ANTECEDENTES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

1. Mediante Resolución No. 402 del 6 de noviembre de 2019, la Secretaría de Educación del Distrito adjudicó el proceso de licitación pública No. SED-LP-DCCEE-116-2019 a la UNIÓN TEMPORAL EDUCARC SUBA, integrada por CIMENTAR INVERSIONES S.A.S, con el 51% de participación, y ARCOR CONSTRUCCIONES SUCURSAL COLOMBIA, con el 49% de participación, con el siguiente objeto: la "EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE LA NUEVA PLANTA FÍSICA DEL COLEGIO LOMBARDÍA, UBICADO EN LA LOCALIDAD 11 SUBA DEL DISTRITO CAPITAL, DE ACUERDO CON LOS PLANOS Y ESPECIFICACIONES ENTREGADOS POR LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO.(CONSTRUCCIÓN COLEGIO LOMBARDÍA - Localidad 11 Suba)".
2. El plazo de ejecución inicial del Contrato de Obra se pactó en diez (10) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, la cual se firmó el día 13 de enero de 2020, es decir que la obra debía ser entregada el día 12 de noviembre de 2020.
3. En el desarrollo del contrato de obra No. CO1.PCCNTR. 1174517 del 2 de diciembre de 2019, se adelantaron las siguientes actuaciones contractuales:

ITEM	ACTUACIÓN CONTRACTUAL.
ACTA DE SUSPENSIÓN No. 1 DEL 25 DE MARZO DE 2020	19 días calendarios
ACTA DE PRÓRROGA No. 1 A LA SUSPENSIÓN No. 1 DEL 13 DE ABRIL DE 2020	14 días calendario
FECHA DE REINICIO	27 de abril de 2020
MODIFICACIÓN No. 1 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2020	Prorrogó el plazo en siete (7) meses y seis (6) días.
MODIFICACIÓN No. 2 DEL 21 DE JULIO DE 2021	Prorrogó el plazo en seis (6) meses y quince (15) días y adicionó el valor en la suma de \$1.981.336.247
FECHA DE TERMINACIÓN	5 de febrero de 2022.

4. El contrato fue amparado por Seguros del Estado S.A. quien expidió las siguientes pólizas:
  - Garantía de Responsabilidad Civil Extracontractual: Póliza No. 15-40- 101062251, en la

YMLM

cual Seguros del Estado sumió el 50% del riesgo y Axxa Colpatria Seguros en virtud del coaseguro el otro 50%.

- Garantía Única de Cumplimiento: Póliza No. 15-44-101222061, en la cual Seguros del Estado sumió el 50% del riesgo y Axxa Colpatria Seguros en virtud del coaseguro el otro 50%.
  - Garantía de seguro todo riesgo en construcción: Póliza No. 15-18-101000218, en la cual Seguros del Estado asumió el 100% del riesgo.
5. En el año 2022 se inició proceso de incumplimiento contractual parcial.
  6. La Secretaría expidió la Resolución No. 07 del 2 de febrero de 2022, la cual declaró el incumplimiento del contrato en comento por parte de la Unión Temporal Educarc Suba e impuso una multa de \$375.315.074.
  7. El apoderado del contratista y el de la Aseguradora Seguros del Estado S.A. presentaron recurso de reposición. (Es preciso indicar que Axa no fue notificada de la Resolución No. 07 del 2 de febrero de 2022, debido a que no se le copio, por lo tanto, no se le tuvo en cuenta dentro del proceso de incumplimiento, por ende, no se pronunció frente a la decisión)
  8. Mediante la Resolución No. 13 del 15 de marzo de 2022, se confirmó la Resolución No. 07 del 2 de febrero de 2022, la cual declaró el incumplimiento parcial del contrato en comento por parte de la Unión Temporal Educarc Suba e impuso una multa de \$375.315.074. Es importante señalar que se afectó la póliza No. 15-44-101222061 de cumplimiento.

Dentro de los argumentos para imponer la multa se mencionó lo siguiente: presunto incumplimiento del contratista: (i) retraso del 22,91% en la ejecución de la obra al 18 de octubre 2021, (ii) falta de suministro de equipos, herramientas y demás y (iii) déficit de 34 personas en el personal al 24 de octubre de 2021.

9. De acuerdo al Modificadorio No. 2 del 21 de julio de 2021, mediante el cual se prorrogó el Contrato de Obra por 6.5 meses adicionales, se fijó como fecha de entrega el día 5 de febrero de 2022. Sin embargo, para la fecha el contratista no logró entregar la obra y solicitó una prórroga, la cual fue rechazada.
10. Con ocasión a lo anterior la Entidad comenzó el proceso de incumplimiento contractual total y liquidación del contrato.
11. El interventor del contrato de obra informó a la Secretaría con oficio No. 0069.22 GTC del 18 de marzo de 2022 que el contratista de obra no ejecutó el 54,43% de las actividades contratadas, equivalente a \$10.213.377.050,94 sin ejecutar y que no amortizó \$628.307.360,58 del anticipo. El informe mencionado fue enviado por la Dirección de Construcción y Conservación de Establecimientos Educativos con memorando No. I-2022- 34581 del 29 de marzo de 2022.
12. Posteriormente el 25 de abril de 2022 se citó a Axa Colpatria Seguros dentro del proceso de presunto incumplimiento del contrato de obra No. CO1.PCCNTR. 1174517 del 2 de diciembre de 2019.
13. Mediante Resolución No. 0287 del 12 de octubre de 2022 se declaró el incumplimiento del contrato de obra No. CO1.PCCNTR. 1174517 del 2 de diciembre de 2019, y en consecuencia se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el Contrato por valor de DOS MIL CUARENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS

TREINTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS (\$2.042.839.946,37). Por lo tanto, se afectó el amparo de cumplimiento del contrato de la póliza 15-44-101222061, y Seguro del Estado respondió por el 50% y Axxa Colpatria Seguros por el otro 50% restante.

Así mismo se declaró el siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión de la póliza 15-44-101222061, por un valor de \$684.581.362,88, en consecuencia, Seguros del Estado respondió por el 50% de la sanción y Axxa Colpatria por el otro 50% restante.

14. Por lo anterior las partes presentaron recurso de reposición en contra de la Resolución No. 0287 del 12 de octubre de 2022.
15. Posteriormente mediante la Resolución No. 0001 del 3 de enero de 2023, se confirmó la Resolución No. 0287 del 12 de octubre de 2022.
16. El 16 de febrero de 2023 Axxa Colpatria realizó el pago del 50% de la cláusula penal, por un valor de (\$1.022.091.132) a favor de la Dirección Distrital de Tesorería.

## CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES DURANTE EL PROCESO

Durante el proceso sancionatorio se cumplieron con las garantías procesales así:

### Debido proceso

El debido proceso administrativo se concibe como una garantía formal, en la medida de que establece la necesidad de fases preestablecidas que deben cumplirse con antelación al acto administrativo final pero también, establece un debido proceso de contenido material en el cual el investigado pueda hacer valer sus derechos ante su investigador, quien debe apegarse a los valores y principios propios de la ley. Cabe recordar que el Debido proceso es un Derecho de rango constitucional, teniendo en cuenta la existencia del artículo 29 de la Carta de 1991, según el cual, aquel derecho es un derecho fundamental, y aplica para todo tipo de actuaciones judiciales o administrativas.

Es preciso indicar que hay dos posiciones frente al debido proceso en relación a las notificaciones que fueron realizadas a Axxa Colpatria Seguros, dentro del proceso de incumplimiento contractual parcial, es válido recordar que dentro del mismo no se vinculó a la aseguradora y no tuvo la oportunidad controvertir los argumentos expuestos por la Secretaría de Educación del Distrito.

De allí nacen las dos posiciones, primero que el coaseguro hace que ese seguro sea un negocio plurilateral y cada uno de los coaseguradores contrae una relación de carácter individual e independiente con el asegurado, es decir que las coaseguradoras deben ser vinculadas dentro de los procesos. No obstante, la segunda posición señala que el solo hecho de vincular a la aseguradora líder, en este caso a Seguros del Estado, es suficiente, puesto que se habla de un solo contrato de seguro no dos contratos diferentes

En virtud de lo anterior expondremos las dos tesis, es importante señalar que el Consejo de Estado ha considerado las dos como válidas, por lo tanto, dependerá del operador judicial, no obstante, la tesis más reciente es la segunda:

YMLM

La primera tesis consiste en que, dentro del proceso de incumplimiento contractual parcial, no se notificó a Axxa, es decir no se le vinculó, por lo tanto, no tuvo la oportunidad de controvertir los argumentos expuestos por la Secretaría de Educación del Distrito. En consecuencia, se vulneró su derecho al debido proceso, porque no fue hasta la imposición de la multa que se le informó.

Por lo anterior es válido partir desde el análisis realizado por el Doctor Efrén Ossa sobre el mandato mercantil en virtud del coaseguro así:

*“(...) en confiar a uno entre ellos la administración del negocio, mediante el pago de honorarios preestablecidos” y en relación con las tareas que le son propias, señala que: “Pero esto apenas supone que el administrador se ocupará de los trámites del negocio, de su desenvolvimiento normal, dando los avisos, recibiendo las notificaciones, recaudando las primas, efectuando el pago de las pérdidas” y remata afirmando: “todo con el solo objeto de simplificar el mecanismo del seguro en beneficio de los coaseguradores y del asegurado mismo (...)”<sup>1</sup>*

En consecuencia, el coasegurador líder administra la interlocución en el marco del negocio jurídico, pero hasta ahí, porque las responsabilidades de los coaseguradores respecto del asegurado o beneficiario, son de carácter conjunto y no solidario, es decir, cada uno responde hasta concurrencia de su respectiva alícuota en el riesgo y la falencia o incapacidad que pueda afectar a alguno de ellos no acrece las responsabilidades de los demás participantes.

Por lo anterior es preciso exponer que el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B considera frente al coaseguro lo siguiente:

*«[E]stá probado que [C] fue el coasegurador del 50% del contrato [...], lo cual imponía, tal como lo reclama [S], la vinculación de aquella al procedimiento administrativo tendiente a la declaratoria del siniestro para que pudiera ejercer sus derechos de contradicción y defensa. Ahora, no se pasa por alto que era [C] el titular del derecho subjetivo desconocido por cuanto fue a esta a quien se dejó de citar al trámite; sin embargo, esa transgresión tuvo incidencia directa y modificó una situación jurídica de [S] a quien se le llamó a responder por la parte correspondiente al coasegurador. Precisa la Sala que no se está en presencia de dos contratos de seguro distintos sobre un mismo riesgo sino de uno solo, en el que las dos compañías aseguradoras mencionadas distribuyeron entre ellas la asunción de dicho riesgo en determinadas proporciones según lo autoriza el artículo 1095 del Código de Comercio [...]. No se trató entonces, como lo alegó el Distrito Capital, de un contrato en virtud del cual una de las aseguradoras se obligó a responder frente a la otra, sino, de un único contrato en el que [S] y [C] fungieron como integrantes de uno de sus extremos; en esa perspectiva, la aquí demandante solo podía ser llamada a responder por el porcentaje que aseguró. Es claro para la Sala que las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe en este caso solidaridad legal ni contractual entre ellas, de modo que la contrat[ante] violó el debido proceso a [S] al negar la vinculación del coasegurador [C] al trámite administrativo e imponerle, sin fundamento jurídico admisible, la carga de responder por la obligación de un tercero que no fue citado al proceso y que, en tal virtud, carece de interés para cuestionar los actos administrativos objeto de control, con todo, [...] ello solo otorga derecho a [S] para reclamar la nulidad parcial del acto, precisamente porque las obligaciones no eran solidarias y bien podía reclamársele su parte sin la comparecencia del coasegurador. Respecto de la presunta costumbre mercantil*

<sup>1</sup> Teoría general del seguro - La Institución, Editorial Temis, Bogotá, 1988, págs. 99 y 100

*alegada por la demandada y que, a su juicio, sustenta el hecho de no haber citado a [S], debe precisarse que la costumbre contra legem no es fuente de derecho (...)"<sup>2</sup>*

En consecuencia, al no haberse citado a Axxa Colpatria Seguros, dentro del proceso de incumplimiento contractual parcial se vulneró su derecho al debido proceso y por lo tanto, se generó una nulidad relativa de la Resolución No. 13 del 15 de marzo de 2022 que confirmó la No. 07 el 2 de febrero de 2022. Es claro que el coaseguro es un negocio plurilateral y cada uno de los coaseguradores contrae una relación de carácter individual e independiente con el asegurado.

Sin embargo, hay una segunda posición, la cual fue adoptada por la Secretaria de Educación, en la que se considera que no se vulneró el debido proceso de Axxa Colpatria al no haber sido notificada dentro de las Resoluciones No. 07 el 2 de febrero de 2022 y No. 13 del 15 de marzo de 2022, como quiera que, con el simple hecho de haber citado a la coaseguradora líder en el presente caso Seguros del Estado, esto resulta ser suficiente, puesto que la figura del coaseguro no son dos contratos de seguro distintos sobre un mismo riesgo, sino de uno solo.

Por lo tanto, se cumplió con el debido proceso, las notificaciones fueron realizadas de conformidad a lo establecido en la Ley 80 de 1993, así mismo se concedió la oportunidad procesal para controvertir las pruebas aportadas.

Al respecto hay una sentencia reciente No. 50698 del 26 de enero de 2022, en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió un recurso de apelación de primera instancia que decidió no declarar la nulidad de unos actos administrativos emitidos por una entidad pública en los cuales: (i) se declaró el incumplimiento de un contrato de obra por parte del contratista, (ii) ordenó el pago de la cláusula penal y (iii) el pago de la indemnización cubierta por el seguro de cumplimiento otorgado por la apelante.

En sus alegatos, la aseguradora explicó que la entidad pública omitió vincular al trámite administrativo en el cual se discutió el incumplimiento del contrato a la coaseguradora con la que había pactado un coaseguro del 50%. Por esa razón, consideró que se había vulnerado su derecho al debido proceso y debía declararse la nulidad absoluta de las resoluciones que la habían condenado al pago total de la indemnización. Por su parte, la entidad pública alegó que no vinculó en dicho trámite a la coaseguradora, pues era suficiente vincular a la aseguradora líder, quien podría luego repetir lo pagado en exceso en contra de aquella.

En dicha sentencia la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó lo siguiente:

*"(...) el coaseguro es una modalidad de coexistencia de seguros, en el que existe identidad de interés asegurado, de riesgos, y en el que concurre una pluralidad de aseguradores, entre quienes se distribuyen el riesgo hasta completar la totalidad del mismo, lo cual dista de la concurrencia de seguros, en la que se presentan varias relaciones contractuales distantes entre sí, aun cuando todas ellas tienen como objeto amparar la totalidad de idéntico interés, sin que entre ellos se presente distribución del riesgo(...)"<sup>3</sup>*

<sup>2</sup> <https://www.redjurista.com/NewsPaper/55/administrativo/18144/en-eventos-de-coaseguro-las-entidades-deben-vincular-a-todas-las-aseguradoras-para-efectos-de-hacer-efectivo-el-cien-por-ciento-de-la-garantia#sthash.JGXMWtAo.dpuf>

<sup>3</sup> Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección B, Expediente 25000232600020110122201 (50.698), Magistrado Ponente Fredy Ibarra Martínez, Medio de Control Controversias contractuales

En consecuencia, dicho argumento no podría prosperar ante una eventual demanda, como quiera que se considera procedente solo notificar a la coaseguradora líder, sin que esto constituya una falta al debido proceso y de contradicción, este último entendido como la facultad que tienen las partes para pronunciarse en un proceso judicial o en este caso sancionatorio.

### **Non Bis In Idem**

Es importante mencionar que hay dos tesis con relación al principio de “*Non Bis In Idem*”, primero porque las sanciones de incumplimiento parcial no pueden ser impuestas pocos días antes de que el contrato finalice, porque no se cumpliría con su fin que es persuadir al contratista de cumplir con el contrato, sin embargo, también hay otra teoría y es la más reciente que señala que si es posible imponer las sanciones a pocos días de acabarse el contrato, por lo tanto, dependerá del operador judicial.

Primero, se vulneró el principio de “*Non Bis In Idem*” como quiera que la primera sanción impuesta mediante la Resolución No. 13 del 15 de marzo de 2022 que confirmó la No. 07 el 2 de febrero de 2022, fue a título de multa, la cual tiene como función primordial constreñir al deudor a satisfacer una prestación parcialmente incumplida, de acuerdo con el Consejo de Estado es la facultad que tiene la administración de imponer medidas sobre el contratista incumplido, la cual es una obligación distinta a la pactada en el contrato estatal.

Por lo tanto, al haber sido impuesta la multa tres días antes de que el contrato finalizara, habría una falta de motivación y en consecuencia una desviación del poder, al respecto el Consejo de Estado en Sentencia No. 28875 del 10 de septiembre de 2014, estimó que el carácter de estas sanciones es:

*“La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.*”

*Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.*

*Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.<sup>4</sup>*

En lo relativo a la imposición de multas en contratos estatales esta Corporación ha señalado:

*“(…) 1. La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia*

---

<sup>4</sup> Sección Tercera del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, expediente 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875), Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración.

2. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa. Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración”

Por lo anterior podemos concluir, que respecto de la sanción conminatoria impuesta podría ser declarada la nulidad, toda vez que se presenta un vicio del acto administrativo, como quiera que su validez es cuestionable, porque se evidencia que no se cumple con la finalidad de las sanciones conminatorias las cuales buscan que el contratista cumpla con la ejecución de la obra.

Para el caso en concreto se interpuso dos días antes de cumplirse el término del contrato. Es decir que era imposible que el contratista en dos días cumpliera con la ejecución del mismo, lo que quiere decir que su finalidad no se cumple.

Ahora bien, la segunda tesis y la adoptada por el Consejo de Estado más reciente, es que dentro del proceso sancionatorio pueden imponerse las multas faltando pocos días para finalizar el contrato,

El Consejo de Estado en Sentencia de 16 de agosto de 2022 mencionó que:

*“(…) En relación con el efecto del vencimiento del plazo respecto de la multa impuesta que no ha cobrado ejecutoria, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado: ‘Tal circunstancia por sí sola no le resta el carácter conminatorio, si se tiene en consideración que mientras se resolvía el recurso de reposición, el cual, según se ha reflexionado por la jurisprudencia de esta Corporación, puede exceder el plazo contractual –no así la decisión primigenia contentiva de la sanción–, aun en sede de la impugnación la parte seguía en condiciones de apremio, al punto de que, mientras se decidía el recurso bien podía allanarse al cumplimiento de los compromisos insatisfechos, tal cual ocurrió, pues, gracias a ese proceder surgió la base fáctica para disminuir el monto de la multa impuesta en el acto originario (...)’<sup>5</sup>”*

A su vez, Colombia Compra Eficiente esgrimió la tesis de que pueden imponerse multas después del plazo contractual, mediante un concepto del 2022, así: *“(…) Teniendo en cuenta los antecedentes anteriores, que dan cuenta de que este asunto aun no es pacífico en la jurisprudencia, y tampoco en la doctrina, ante la falta de una decisión que defina el debate con fuerza de precedente judicial vinculante, como sería una sentencia de unificación jurisprudencial, esta Subdirección considera que el asunto debe resolverse conforme con la interpretación más adecuada del contenido del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y acorde con el régimen general de las obligaciones. En tal sentido, esta Subdirección reitera la tesis que se desarrolló con anterioridad en el sentido de que las multas pueden imponerse ‘mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista’, ya que ello es lo que establece la ley, esto*

<sup>5</sup> C. E., S. de lo Contencioso Administrativo, Secc. Tercera, Subsección B, Exp. 56020, M. P. Martín Bermúdez Muñoz.

es, el artículo 17 indicado, con independencia de que el plazo de ejecución pactado en el contrato esté o no vigente, pues dicho artículo no estableció una limitación en tal sentido. Además, considerando que el fin conminatorio de las multas también es predicable una vez vencido el plazo de ejecución, pues en tal supuesto, como se explicó, es posible que el acreedor –la entidad estatal– exija el cumplimiento de las obligaciones, pues estas no se extinguen con el acaecimiento del plazo pactado en el contrato, salvo que las partes así lo hubieren dispuesto (...).”

En conclusión, es claro que las multas pueden imponerse aún después de finalizado el periodo contractual, toda vez que, el Consejo de Estado, considera que el proferir una decisión en el marco de un proceso de incumplimiento, no debe estar sujeto al plazo contractual. Es decir que bastará con que el mismo se haya iniciado antes de finalizar este plazo.

Ahora bien, la segunda sanción impuesta mediante la Resolución No. 0001 del 3 de enero de 2023, confirmada por la Resolución No. 0287 del 12 de octubre de 2022, fue a título de incumplimiento del contrato mediante la cual se hizo efectiva la cláusula penal establecida en el pliego de condiciones que fue aceptado por el contratista que señalaba lo siguiente:

*“En caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento total o parcial de las obligaciones derivadas del Contrato, EL contratista pagará a la SECRETARÍA, a título de cláusula penal pecuniaria, una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del Contrato, sin que ello impida que LA SECRETARÍA pueda solicitar al contratista la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que exceda del valor de la cláusula penal pecuniaria. El contratista autoriza que LA SECRETARÍA descuenta de las sumas que le adeude, los valores correspondientes a las sanciones impuestas que se encuentren en firme. La cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios no cubiertos por la aplicación de dicha sanción. La estimación del perjuicio se realizará de manera independiente a las multas u otro tipo de sanciones impuestas al contratista durante la ejecución del contrato”.*

Es decir que la cláusula penal es una medida coercitiva que busca sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista, por lo anterior no hay una vulneración al principio de “Non Bis In Idem”.

Es preciso indicar que contratista señaló que por cuestiones de desabastecimiento de materiales básicos de construcción y complicaciones en los suministros por temas de pandemia y/o Paro Nacional, se realizaron las prórrogas: modificatorio No. 1 del 15 de diciembre de 2020, mediante el cual se prorrogó el Contrato de Obra por 7.2 meses adicionales, es decir, se modificó la fecha de finalización al 21 de julio de 2021 y posteriormente, producto de la consideración de las afectaciones por el Paro Nacional, se suscribió el Modificatorio No. 2 del 21 de julio de 2021, mediante el cual se prorrogó el Contrato de Obra por 6.5 meses adicionales, es decir, se modificó la fecha de finalización al 5 de febrero de 2022. Sin embargo, las pruebas aportadas en el proceso evidencian que hubo un incumplimiento por parte del contratista en la planeación y ejecución pese a que se le otorgó más tiempo para ejecutar la obra.

Los informes de la interventoría demuestran que no hubo una ejecución del contrato total, sin embargo, no fueron aportados todos los documentos con relación al contrato, para identificar desde que momento se empezaron a presentar los incumplimientos.

De igual forma, se evidencia que antes de haber sido liquidado el contrato No. CO1.PCCNTR. 1174517 del 2 de diciembre de 2019, fue publicada la licitación para continuar con la ejecución de la obra como se evidencia en la página del Secop ii así:

YMLM

Borrar búsqueda

Pais	Entidad Estatal	Referencia	Descripción	Fase actual	Fecha de publicación	Fecha de presentación de ofertas	Cuantía	Estado
	SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO	SED-CM-A-DCCEE-056-2022 (Presentación de oferta)	INTERVENTORIA COLEGIO LOMBARDIA (Presentación de oferta)	Presentación de oferta	20/09/2022 8:09 PM (UTC -5 horas)	4/10/2022 10:00 AM (UTC -5 horas)	753.916.193 COP	Proceso adjudicado y celebrado <a href="#">Detalle</a>
	SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO	SED-LP-DCCEE-049-2022 (Fase de Selección (Presentación de ofertas))	EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE TERMINACIÓN DE LA PLANTA FÍSICA DEL COLEGIO DISTRITAL LOMBARDIA (Fase de Selección (Presentación de ofertas))	Fase de Selección (Presentación de ofertas)	29/07/2022 7:38 PM (UTC -5 horas)	18/08/2022 9:00 AM (UTC -5 horas)	12.849.445.297 COP	Proceso adjudicado y celebrado <a href="#">Detalle</a>

No obstante, pese a que podría ser entendido como una desviación del poder en materia contractual, puesto que se publicó la licitación mientras que se estaba debatiendo la liquidación del contrato No. CO1.PCCNTR. 1174517 del 2 de diciembre de 2019, lo cierto es que el Consejo de Estado en Sentencia SC03-21032873 señaló que no se configura una desviación del poder por lo siguiente:

*“En segundo lugar, en cuanto al otro argumento expuesto por la parte actora, advierte la Sala que no se configura una desviación de poder al haber iniciado un nuevo proceso de contratación para terminar la obra inconclusa antes de haber liquidado el presente contrato. Todo lo contrario, lo que se advierte de tal actuación es el cumplimiento de los deberes y funciones de la entidad contratante, pues estaba en la obligación de adelantar las actuaciones a que hubiera lugar a fin de terminar con la obra requerida y así suplir la necesidad existente para poder garantizar el derecho a la educación de los menores en la ciudad de Bogotá. Al respecto resalta la Sala que una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato objeto de litigio, la entidad se encontraba en la obligación de establecer cuál era el estado real de ejecución de la obra y adoptar las medidas a que hubiere lugar a fin de terminar la construcción del proyecto, lo cual se debe realizar seleccionando a un contratista, a través del correspondiente proceso de selección”.*<sup>6</sup>

Por lo anterior, este tampoco podría ser un argumento para adelantar el medio de control de controversias contractuales, puesto que el haber cumplido con el término otorgado para la ejecución del contrato, la Entidad podía adelantar la correspondiente licitación para adjudicar la continuación de la obra.

## COBERTURA MATERIAL Y TEMPORAL DE LA PÓLIZA

Con ocasión al contrato de obra No. CO1.PCCNTR. 1174517 del 2 de diciembre de 2019, se suscribieron las siguientes pólizas:

- Garantía de Responsabilidad Civil Extracontractual: Póliza No. 15-40- 101062251

El tomador de la póliza es la Unión Temporal Educarc Suba, y la vigencia de la póliza es desde el día 13 de enero de 2020 al 5 de febrero de 2022, fue expedida por Seguros del Estado, y Axxa no tiene ningún porcentaje de participación.

- Garantía Única de Cumplimiento: Póliza No. 15-44-101222061

El tomador de la póliza es la Unión Temporal Educarc Suba, y la vigencia de la póliza es desde el día 13 de enero de 2020 al 5 de febrero de 2025, fue expedida por Seguros del Estado, en

<sup>6</sup> Sentencia SC03-21032873 del 10 de marzo de 2021, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección C, Magistrado Ponente José Éiver Muñoz Barrera

YMLM

coaseguro con Axxa Colpatria en la que cada una responde por el 50% de acuerdo con el clausulado así:

AMPAROS				
RIESGO: CONSTRUCCION DE OBRAS CIVILES.				
AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEG/ACTUAL	SUMA ASEG/ANTERIOR
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO	13/01/2020	23/08/2022	\$3,356,883,488.00	\$3,356,883,488.00
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	13/01/2020	05/02/2023	\$3,753,150,737.40	\$3,753,150,737.40
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	SI AMPARA 5 AÑOS, 0 MESES Y 0 DÍAS *		\$3,753,150,737.40	\$3,753,150,737.40
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES	13/01/2020	05/02/2025	\$1,876,575,368.70	\$1,876,575,368.70

La póliza presta cobertura temporal y material para los hechos y fue afectada de la siguiente forma:

1. Mediante la Resolución No. 13 del 15 de marzo de 2022, se confirmó la Resolución No. 07 el 2 de febrero de 2022, la cual declaró el incumplimiento parcial del contrato en comento por parte de la Unión Temporal Educarc Suba e impuso una multa de \$375.315.074. Es importante señalar que se afectó el amparo de cumplimiento.

2. Mediante la Resolución No. 0001 del 3 de enero de 2023, se confirmó la Resolución No. 0287 del 12 de octubre de 2022, la cual liquidó el contrato de obra e impuso las siguientes sanciones:

Primero, se ordenó hacer efectiva la cláusula penal por un valor de DOS MIL CUARENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS (\$2.042.839.946,37). Por lo tanto, se afectó el amparo de cumplimiento.

Segundo, se declaró el siniestro cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión por un valor de \$684.581.362,88.

Con ocasión a la Resolución No. 0001 del 3 de enero de 2023, que confirmó la Resolución No. 0287 del 12 de octubre de 2022. Posteriormente el 16 de febrero de 2023 Axxa Colpatria realizó el pago del 50% de la cláusula penal, por un valor de (\$1.022.091.132) a favor de la Dirección Distrital de Tesorería.

- Garantía de seguro todo riesgo en construcción: Póliza No. 15-18-101000218.

El tomador de la póliza es la Unión Temporal Educarc Suba, y la vigencia de la póliza es desde el día 13 de enero de 2020 al 5 de mayo de 2022, fue expedida por Seguros del Estado, y Axxa no tiene ningún porcentaje de participación.

## POSIBILIDAD REAL DE QUE SE HAGA LA DEVOLUCIÓN DE LOS DINEROS QUE PAGÓ LA COMPAÑÍA.

La posibilidad que se devuelvan los recursos es baja, teniendo en cuenta que no hay pruebas suficientes que demuestren que los incumplimientos por parte del contratista fueron justificados, toda vez que este no aportó pruebas para demostrarlo, así mismo, se estudiaron las posibles vulneraciones dentro del debido proceso, pero la advocación de prosperar es de un 50% teniendo en cuenta que el Consejo de Estado tiene dos posiciones, una que favorece el proceso frente al coaseguro, como quiera que dentro del proceso de incumplimiento contractual parcial no se

YMLM

vinculó a Axxa Colpatria, no obstante, la tesis más reciente justifica el solo llamar a la Coaseguradora líder, en este caso a Seguros del Estado, por lo tanto, es claro que dependerá de la tesis que adopte el operador judicial.

Por otro lado, cuestionar la validez de la sanción conminatoria, impuesta mediante la Resolución No. 13 del 15 de marzo de 2022 que confirmó la No. 07 el 2 de febrero de 2022, no tendría una advocación de prosperar, puesto que el Consejo de Estado adopto una nueva tesis en donde considera que el proferir una decisión en el marco de un proceso de incumplimiento, no debe estar sujeto al plazo contractual. Es decir que bastará con que el mismo se haya iniciado antes de finalizar este plazo.

Por lo anterior, al haber estudiado el caso y considerado cada una de las opciones para interponer el medio de control, la posición es clara, en advertir que dependerá del operador judicial, como quiera que hay varias tesis frente a los puntos que fueron señalados anteriormente. Es importante indicar que se tiene hasta el 12 de octubre de 2024 para iniciar el medio de control.

YMLM