

WILLIAM ALVIS PINZON
Abogado

Señora Juez

EYLEN GENITH SALAZAR CUÉLLAR

JUEZ PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE NEIVA

Neiva – Huila

Ref.	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
	Dte. ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA
	Ddado. LAS CEIBAS EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA E.S.P. Y OTRO
	Rad. No. 41001-33-33-001-2020-00059-00

Asunto: RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

WILLIAM ALVIS PINZON, identificado con la C.C. No. 12.136.692 de Neiva, portador de la T.P. 71.411 del C.S.J., actuando en calidad de apoderado judicial de LAS CEIBAS EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA E.S.P., mediante este escrito presento recurso de apelación contra la SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, dentro del plazo y en los siguientes términos:

I. OBJETO DE LA LITIS

Mediante proceso de acción contractual, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA pretende que se declare la nulidad de la resolución 0644 del 22 de agosto de 2017, mediante la cual EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA-EPN declaró el incumplimiento del contrato de obra 010 de 2015 y el siniestro de una garantía, y la resolución 0861 del 19 de diciembre de 2017, por la cual EPN confirmó la decisión anterior; como consecuencia, se condene al pago de los perjuicios patrimoniales ocasionados debidamente indexados.

El Contrato suscrito fue el 010 de 2015, suscrito entre EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA y el CONSORCIO ALUMBRADO PÚBLICO 2015 (en adelante el CONSORCIO), conformado por EPMT CONSULTORES CONSTRUCTORES S.A.S (98%), e INGEPRO S.A.S. (2%), el cual tenía por objeto el <<Suministro, instalación, codificación y puesta en funcionamiento de los elementos eléctricos y las luminarias de alumbrado público pertenecientes a las comunas dos, cinco, siete, ocho, nueve

y diez del cuadro de presupuesto general del convenio 1736 de 2014>>, con plazo de ejecución de 170 días.

En la demanda se formularon los siguientes cargos:

“2.1.4. Causales de nulidad invocadas y concepto de la violación.

2.1.4.1. Falta de competencia por el ejercicio de los poderes exorbitantes de EPN cuando ya había fenecido el término para hacer uso de los mismo.

2.1.4.2. Falta de competencia de EPN para declarar la ocurrencia del siniestro de la póliza de amparo del contrato 010 de 2015.

2.1.4.3. Los actos administrativos se expidieron con infracción de las normas en que debían fundarse.

2.1.4.4. Desviación de poder y falsa motivación de los actos administrativos.

II. EL FALLO OBJETO DE IMPUGNACIÓN

Corresponde a la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2024, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Neiva en el proceso de la referencia, que declaró la nulidad de las resoluciones demandadas. No obstante de considerarlos actos contractuales de naturaleza privada, decidió nulificarlos al encontrar que incumplieron los requisitos establecidos en el contrato 010 de 2015, para su expedición, lo que significa que se nulitó por una *expedición irregular*:

*“3.4.4. El despacho sostendrá la tesis de que las resoluciones demandadas en el presente proceso **incumplieron los requisitos establecidos en el contrato 010 de 2015 para su expedición, en atención a que EPN es una entidad sometida al régimen privado, por lo que debió darles estricto cumplimiento a los mecanismos señalados en el contrato para tal fin.** Como consecuencia, se declarará su responsabilidad contractual en los términos de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 09 de mayo de 2024 (radicado 53.962) y se ordenará el restablecimiento del derecho de la ASEGURADORA.
(...)”*

3.7. Caso concreto.

3.7.1. De lo probado se evidencia que las resoluciones 0644 del 22 de agosto de 2017<<Por medio de la cual se declara un incumplimiento contractual y se siniestra una garantía>>, y 0861 del 19 de diciembre de 2017 <<Por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la resolución 0644 del 22 de agosto de 2017>>, son actos contractuales de naturaleza privada.

*3.7.2. Como se dijo en precedencia (ver numeral 3.5.4), **la inclusión de cláusulas excepcionales en ciertos tipos de contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos**, específicamente en contratos de obra como el que ocupa la atención del juzgado, es permitido <<siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio>> y se conserve, entre los antecedentes del contrato, la motivación con base en la cual se decidió incluir tales cláusulas exorbitantes³³.*

3.7.3. Sin embargo, en los términos de referencia para invitación a ofertar N° 20 de 2015 que terminó con la suscripción del contrato 010 de 2015 únicamente se citan las normas aplicables, pero no se expresan los motivos para la inclusión de las cláusulas exorbitantes, o de qué forma el incumplimiento de la obra contratada traería como consecuencia necesaria y directa la interrupción de la prestación del servicio público (ver numeral 3.6.3 de la presente decisión). Lo expuesto demuestra la conclusión de que los actos demandados son de categoría privada, acorde con la postura del Consejo de Estado en la sentencia de unificación.

3.7.4. No obstante, **esta no es razón suficiente para declarar el incumplimiento contractual** como consecuencia de los actos demandados, pues deberá verificarse si EPN actuó con la intención de expedir un acto en el marco de las estipulaciones del contrato de seguro, que son la forma en que las partes pactan la reclamación o efectividad del siniestro amparado, con plenos efectos vinculantes para ellas, pues las manifestaciones unilaterales de voluntad sí están permitidas en el régimen privado (ver numeral 3.5.5).

3.7.5. Revisado el documento contentivo de las condiciones generales de la PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LEY 142 DE 1994 (remitirse al numeral 3.6.5 de la presente sentencia), **en las estipulaciones de acreditación, aviso y pago del siniestro está establecido el procedimiento que debería agotar EPN para su demostración**, el cual es similar al señalado en el artículo 1077 del Código de Comercio, en el entendido que es la entidad pública la que debe demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía mediante aviso a la ASEGURADORA dentro de los tres días siguientes a la fecha en que haya conocido o debido conocer.

3.7.6. En la cláusula décima (penal) del contrato no se estableció un procedimiento distinto al atrás señalado (ver numeral 3.6.2 de esta sentencia), ya que en dicha cláusula se acordó la cuantía y la forma de cobro, no así el trámite de declaración de incumplimiento y el consecuente siniestro. Por el contrario, para efectos de multas sí se pactó un procedimiento (ver cláusula novena del contrato), pero como en este asunto no se analiza una imposición de multa (figura distinta a la declaratoria de incumplimiento), no puede aplicarse el mismo, más aún cuando la Ley dispone de una normativa especial para reclamar el siniestro (artículo 1077 del Código de Comercio).

3.7.7. Para aclarar este último punto, conviene señalar que, ante el vacío de procedimiento señalado en el contrato para declarar el incumplimiento contractual en este caso específico, la interpretación más acorde corresponde a aplicar lo acordado en las condiciones generales de la póliza, teniendo en cuenta el efecto útil del pacto (artículo 1620 del Código Civil), pues cualquier interpretación diferente tendría como consecuencia que la estipulación no tuviera efecto alguno.

3.7.8. **Comparado el trámite adelantado por EPN con el acordado por las partes en los instrumentos contractuales analizados, queda claro que aquel no guarda similitud o concordancia con el procedimiento pactado**, pues invirtió la carga de la prueba en contra de la ASEGURADORA, cuando era EPN la encargada de presentar solicitud ante aquella, anexando los documentos que probaran el incumplimiento del contrato y la cuantía.

3.7.9. **De todo lo expuesto, se evidencia que las resoluciones 0644 del 22 de agosto de 2017<<Por medio de la cual se declara un incumplimiento contractual y se siniestra una garantía>>, y 0861 del 19 de diciembre de 2017 <<Por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición contra la resolución 0644 del 22 de agosto de 2017>> no cumplen con los parámetros**

fijados por el Consejo de Estado para su expedición, encontrándose así que EPN incumplió el contrato 010 de 2015, lo que conllevará a la declaratoria de su responsabilidad contractual.

3.7.10. Dado que lo anterior es suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda, no se entrarán a estudiar los restantes ataques presentados en el libelo incoatorio, principalmente sobre la inexistencia de incumplimiento del contrato o la inexistencia del siniestro; aunado a ello, ninguna de las excepciones propuestas por la parte demandada estaban dirigidas a defender el cumplimiento por parte de EPN de los mecanismos utilizados para imponer la cláusula penal, por lo que tampoco se analizarán tales manifestaciones.” (el resaltado es nuestro)

III. RAZONES DE IMPUGNACIÓN

1. **Violación al debido proceso por infracción al principio de congruencia, y de la justicia rogada**

Con el fallo de primera instancia se ha protocolizado una violación al debido proceso por desconocimiento del principio de congruencia.

El CGP aplicable para llenar los vacíos según remisión del CPACA lo establece en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.”

La H. Corte Constitucional en la sentencia **T-455 de 2016**, define el principio de congruencia, así:

“24.1. El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide

determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”7.

Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso. La Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación, profirió en el 2008 la sentencia 12748 de ese año, en la que estableció lo siguiente:

“... la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, ya que la incongruencia que es capaz de tomar en vía de hecho la acción del juez “es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa”, a tal grado que “la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante”, esto es, “carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso”. De lo contrario, “el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, sería insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso”9.

En el caso que nos ocupa se faltó al principio de congruencia la haber señalado que se declara la nulidad de los actos administrativos por una expedición irregular, causal de nulidad que no fue expuesta en la demanda.

En efecto, las causales de nulidad esgrimidas fueron las siguientes:

“2.1.4. Causales de nulidad invocadas y concepto de la violación.

2.1.4.1. Falta de competencia por el ejercicio de los poderes exorbitantes de EPN cuando ya había fenecido el término para hacer uso de los mismo.

2.1.4.2. Falta de competencia de EPN para declarar la ocurrencia del siniestro de la póliza de amparo del contrato 010 de 2015.

2.1.4.3. Los actos administrativos se expidieron con infracción de las normas en que debían fundarse.

2.1.4.4. Desviación de poder y falsa motivación de los actos administrativos.”

Por su parte el fallo que declaró la nulidad no lo fue por haber caducado el plazo para declarar el incumplimiento; ni por falta de competencia de EPN para su declaratoria; mucho menos violación de norma superior, desviación de poder o falsa motivación, que fueron las causales de nulidad alegadas como sustento de la pretensión.

El fallo reconoce la existencia de la competencia, pero su reproche es por no haberse realizado el procedimiento establecido en el contrato, lo que constituye una irregular expedición.

*“3.4.4. El despacho sostendrá la tesis de que las resoluciones demandadas en el presente proceso **incumplieron los requisitos establecidos en el contrato 010 de 2015 para su expedición, en atención a que EPN es una entidad sometida***

al régimen privado, por lo que debió darles estricto cumplimiento a los mecanismos señalados en el contrato para tal fin. Como consecuencia, se declarará su responsabilidad contractual en los términos de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 09 de mayo de 2024 (radicado 53.962) y se ordenará el restablecimiento del derecho de la ASEGURADORA.”

Así las cosas, se falló con fundamento en una causal no invocada, sobre la cual no se tuvo la oportunidad de pronunciarnos ni defendernos. Por tal razón existe la violación al debido proceso y deberá ser declarada fundamento de la revocatoria.

De otro lado, el principio de la congruencia va de la mano del principio de la JUSTICIA ROGADA; otro principio afectado en el fallo pues se introdujo una causal de nulidad no alegada, yendo más allá de la demanda.

“Sobre el particular, el artículo 138 del CCA (normativa aplicable al caso), consagra que «cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda», con lo cual, en la jurisdicción contencioso-administrativa, la individualización de las pretensiones y el concepto de violación de las normas demarcan la actividad judicial debido a la prevalencia del principio dispositivo, que rige la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dicho principio tiene doble connotación, sustancial y procesal.

En lo sustancial, implica que es el propio demandante quien puede disponer de los derechos subjetivos y quien incita la función judicial a través de los actos de postulación, lo cual ha llevado a la doctrina a precisar que «el juez no puede inmiscuirse en aquello que las partes no aduzcan como thema decidendum»¹ ; en lo procesal, el principio dispositivo se materializa en el cumplimiento de las cargas procesales.

Así, corresponde a las partes conducir el debate judicial a partir de las actuaciones procesales que ellos ejerzan dentro de los lineamientos de la ley, sin perjuicio de la actividad probatoria oficiosa que puede realizar el juez para resolver aspectos oscuros o dudosos que le impidan dirimir la controversia. De esta forma, la actuación judicial que el demandante promueve descansa sobre el principio de la justicia rogada, de manera que acceder a peticiones no reclamadas (extra petita y ultra petita), contraría el principio dispositivo, al paso que desconoce el principio de congruencia de la sentencia.

En el sub lite, la decisión de primer grado, que declaró la nulidad plena del acto liquidatorio, constituye un fallo ultra petita, dado que la súplica de la demanda era la nulidad parcial. Adicionalmente, dicha sentencia resulta extra petita, en la medida en que el tribunal, a fin de justificar la declaratoria de nulidad total del acto, analizó aspectos de hecho y de derecho que no fueron planteados por la parte demandante.

La falta de congruencia externa de las sentencias implica que el juez analizó aspectos de hecho no cuestionados por las partes procesales y varió la pretensión. Al modificarse el análisis fáctico y probatorio propuesto en la demanda, se varía la causa petendi y se incurre en incongruencia. Lo anterior, sin perjuicio de los casos en que el juez advierta la violación flagrante de derechos fundamentales (sentencia

C-197 de 1999 de la Corte Constitucional), situación que no se detalla en el sub judice, en tanto que la controversia que plantea la demandante, se restringe a la censura por el desconocimiento parcial del costo de ventas.”¹

2. Argumento subsidiario de apelación: En este caso sí aplica el Estatuto Administrativo de Contratación.

Se ha señalado que el régimen de contratación de las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios es privado, con fundamento en el artículo 31 de la ley 142 de 1994.

“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.

Notas del Editor

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.

PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.”

Comencemos diciendo que la norma dice que aplica el régimen privado a los contratos de “los servicios públicos a los que se refiere esta ley.” Pues bien, el artículo primero de la Ley 142 define los servicios públicos domiciliarios y NO incluye

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta, sentencia de fecha ocho (08) de marzo de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01132-01(21295)

el servicio de alumbrado público, precisamente porque no es un servicio público domiciliario.

En efecto, la ley regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios “de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible”

Así lo concluye el grupo de energía eléctrica al dar *Respuesta consulta contenida en documento con radicado MME. No. 1-2021-040309 sobre la prestación del servicio de alumbrado público.*

“1. Sobre el servicio de alumbrado público

El artículo 1 del Decreto 943 de 2018 establece la definición de servicio de alumbrado público así:

Servicio de alumbrado público: Servicio público no domiciliario de iluminación, inherente al servicio de energía eléctrica, que se presta con el fin de dar visibilidad al espacio público, bienes de uso público y demás espacios de libre circulación, con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o distrito, para el normal desarrollo de las actividades.

El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía eléctrica al sistema de alumbrado público, la administración, operación, mantenimiento, modernización, reposición y expansión de dicho sistema, el desarrollo tecnológico asociado a él, y la interventoría en los casos que aplique.

La anterior definición es relevante, ya que aclara que el servicio de alumbrado público no se enmarca en el concepto de servicios públicos domiciliarios, consideración que ha detenerse en cuenta para establecer el órgano de supervisión, control y vigilancia de la actividad asociada, además de ciertas consideraciones sobre obligaciones del servicio.”

Por su parte, el Decreto 2424 de 2006 ratifica el carácter de servicio público no domiciliario y le establece el régimen jurídico público de contratación a este tipo de contratos:

“Artículo 2º. *Definición Servicio de Alumbrado Público. Es el servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de libre circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o Distrito. El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público.*

Parágrafo. *La iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos residenciales, comerciales o mixtos, sometidos al régimen de propiedad respectivo, no hace parte del servicio de*

alumbrado público y estará a cargo de la copropiedad o propiedad horizontal. También se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no estén a cargo del municipio o Distrito.

Artículo 6°. *Régimen de contratación. Todos los contratos relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público, que celebren los municipios o distritos con los prestadores del mismo, se regirán por las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen.*

Parágrafo. *Los contratos que suscriban los Municipios o distritos, con los prestadores del servicio de alumbrado público, para que estos últimos asuman la prestación del servicio de alumbrado público, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, deben garantizar la continuidad en la ejecución de la expansión con parámetros específicos de calidad y cobertura del servicio de alumbrado público, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior."*

Recuérdese que el contrato siniestrado mediante las resoluciones demandadas es el Contrato 010 de 2015, suscrito entre EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA y el CONSORCIO ALUMBRADO PÚBLICO 2015 (en adelante el CONSORCIO), conformado por EPMT CONSULTORES CONSTRUCTORES S.A.S (98%), e INGEPRO S.A.S. (2%), el cual tenía por objeto el <<**Suministro, instalación, codificación y puesta en funcionamiento de los elementos eléctricos y las luminarias de alumbrado público pertenecientes a las comunas dos, cinco, siete, ocho, nueve y diez** del cuadro de presupuesto general del convenio 1736 de 2014>>, con plazo de ejecución de 170 días, lo que lo configuraba como un típico contrato para la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Neiva.

De otro lado, en la cláusula décima del contrato se acordó:

<<CLÁUSULA DÉCIMA. PENAL. Las partes contratantes convienen en pactar como sanción pecuniaria el equivalente al 20% del valor total del Contrato en caso de incumplimiento en las obligaciones contractuales, que pagará la parte que incumpla. El valor de las multas que sean impuestas al CONTRATISTA y la sanción pecuniaria ingresarán al tesoro de EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA E.S.P y podrá ser tomado directamente de los saldos que tenga EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA E.S.P a favor del CONTRATISTA o de la garantía constituida para tal efecto. De no ser posible lo anterior se cobrará por jurisdicción coactiva.>>

Además, en el numeral <<6.7. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES>> de los términos de referencia para invitación a ofertar N° 20 de 2015, EPN indicó23:

<<6.7. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES.

Conforme a la ley 142 de 1994, así en las resoluciones CRA151 de 2001 y CRA293 de 2004, y Acuerdo de Junta Directiva N° 02 de 2013 por medio del cual se adopta el Manual de Contratación de Empresas Públicas de Neiva, en el contrato quedarán estipuladas las cláusulas excepcionales en las condiciones y términos de la Ley 80 de 1993>>.

De otro lado, en el expediente obran los estudios previos del contrato de obra, y en ellos se establece que son necesarios por virtud de la existencia del CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 1736 de 20144, celebrado entre el Municipio de Neiva y Empresas Públicas de Neiva para adelantar la expansión del servicio reclamado mediante acciones populares (que obra a folio 92 y ss de los estudios previos).

Esta situación refuerza la tesis de aplicación excepcional en una ESP del estatuto de contratación pública; regulación que está contenida adicionalmente en el párrafo del artículo 31, incluso frente a contratos de servicios públicos domiciliarios (otro fundamento para la aplicación de la ley 80 de 1993 y las normas que la derogan y complementan).

Por las anteriores razones, el ejercicio de una potestad excepcional y el procedimiento seguido (el establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, era el jurídicamente viable acudir al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordante para la época de los hechos, e iniciar un proceso sancionatorio contractual imponiendo y hacer efectiva entre otros y de **manera directa** las garantías, pues así lo plasmo el párrafo 1° de la Ley 1150 de 2007:

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

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.” (Negritas fuera del texto Original)

“PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”

3. Argumento subsidiario: el procedimiento adelantado es similar más garantista aun que el establecido en el contrato y la ley comercial.

Como quiera que la sentencia no declara la nulidad por incompetencia sino por una expedición irregular al no haber seguido el procedimiento establecido en el contrato de seguro, veamos las regulaciones para determinar que no existe una trasgresión sustancial.

Según el fallo objeto de esta impugnación, este debió ser el procedimiento para hacer efectiva la garantía:

“3.6.5. En las condiciones generales de la PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LEY 142 DE 199425, sobre la ocurrencia del siniestro establece:

<<5.1 SE ACREDITARÁ LA OCURRENCIA ASÍ: (Art. 1077 C.Co.)

5.1.1 CON LOS DOCUMENTOS QUE DEMUESTREN LA OCURRENCIA DE UN EVENTO PRODUCIDO POR EL CONTRATISTA O AFIANZADO, QUE GENERE UN DETRIMENTO EN EL PATRIMONIO DEL ASEGURADO, QUE SE ENCUENTRE GARANTIZADO POR CUALQUIERA DE LOS AMPAROS CONSTITUIDOS Y SEÑALADOS EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA.

5.2. SE PROBARÁ SU CUANTÍA, CON EL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, Y/O LOS DOCUMENTOS SOPORTE QUE DEMUESTREN UN DETRIMENTO PATRIMONIAL CAUSADO AL ASEGURADO, PROVINIENTE DE UN INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA AFIANZADO, QUE SE ENCUENTRE AMPARADO POR LA PÓLIZA EXPEDIDA POR SOLIDARIA.

6. AVISO. (Art. 1075 C.Co.)

LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS, SE OBLIGA 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 MÁS NO REDUCIRSE POR LAS PARTES. EL ASEGURADO SE OBLIGA UNA VEZ CONOCIDO EL INCUMPLIMIENTO, A SUSPENDER TODOS LOS PAGOS AL AFIANZADO Y A RETENERLOS HASTA QUE SE DEFINAN LAS RESPONSABILIDADES CONSIGUIENTES.

7. PAGO DEL SINIESTRO

DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1110 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LA INDEMNIZACIÓN PODRÁ SER PAGADA EN DINERO, O MEDIANTE LA REPOSICIÓN, REPARACIÓN O RECONSTRUCCIÓN DE LOS BIENES ASEGURADOS, A OPCIÓN DEL ASEGURADOR. SI SE OPTA POR INDEMNIZAR MEDIANTE LA ENTREGA DE UNA SUMA DE DINERO, DE CONFORMIDAD CON LO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 1080 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, ESTE PAGO SE EFECTUARÁ ASÍ: ...”

El procedimiento seguido por la empresa es el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, según el cual:

“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:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

Los requisitos esenciales del procedimiento del Código de Comercio contenidos en la póliza se cumplen en exceso (y en favor de la Aseguradora) con el procedimiento del artículo 86, pues no solo se informa la ocurrencia del siniestro, con su cuantificación y prueba, sino que se le garantiza el derecho de defensa para que lo pueda controvertir, lo que no existe en la legislación comercial.

Podrá decirse que no se cumplió con el término de 3 días para informar el siniestro (el procedimiento se adelantó al mes siguiente del informe del interventor). No obstante, la propia norma señala que este término se puede ampliar y que en todo caso la trasgresión del mismo se subsanó con la actuación del asegurador, lo que sucedió en este caso al participar y actuar en el trámite del proceso sancionador.

“ARTÍCULO 1075. <AVISO DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO>. 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.

El asegurador **no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro.**” (el resaltado es nuestro)

Así las cosas, la presunta infracción en la expedición del acto contractual sancionador no es sustancial, ni tiene la entidad para nulitar e imponer la grave orden de indemnización o restablecimiento del derecho decretada, consistente en la devolución de lo pagado en una cifra que asciende a 547 millones de pesos a la fecha del fallo.

Se impartiría una condena con un exceso formal, si tal como sucede en este caso, la nulidad es por no haber seguido un procedimiento que fue superado en garantías por la actuación de la administración. No estamos frente una diferencia procesal por defecto sino por exceso, ya que el aviso se dio y la prueba y cuantificación del daño se estableció también.

PETICIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, respetuosamente solicito la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para que en su reemplazo se denieguen las pretensiones de la demanda.

Atentamente,



WILLIAM ALVIS PINZON
C.C. 12.136.692 de Neiva
T.P. 71.411 del C.S.J.