

Honorable:

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA.**

E. S. D.

**MEDIO DE CONTROL:**

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

**DEMANDANTE:**

COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

**DEMANDADO:**

ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES - UAESPM.

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Cali, (V), identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, D.C., abogado en ejercicio, titular de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del C. S. de la J, obrando como Apoderado general de la **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, Sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C, en ejercicio del poder especial a mi conferido, el cual adjunto al presente Despacho, formulo demanda de CONTROVERSIAS CONTRACTUALES en contra de la **ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES**, ente territorial del orden municipal, representado legalmente por el Alcalde Dr. JORGE IVAN OSPINA, para que una vez surtido el trámite pertinente se declare la nulidad de los Actos Administrativos consistentes en la Resolución No. 4182.0.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, y la Resolución No. 4182.010.21.0.180 del 2 de diciembre de 2018, “*POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.0.010.21.0.178 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2018*”, proferidas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, y otros actos administrativos en los que pueda estar sustentada la decisión contenida en las disposiciones aquí citadas, adicionalmente se ordene el correspondiente restablecimiento del derecho, solicitud que formulo previa las siguientes consideraciones:

#### **I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES**

**CONVOCADA:**

- ✓ **ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES - UAESPM**, ente territorial del orden Municipal, representada por el alcalde Dr. JORGE IVAN OSPINA.

**CONVOCANTE:**

- ✓ **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C, identificada con el Nit: 860.037.013-6, representada legalmente por la Dra. Marisol Silva Arbeláez.

- ✓ **LITISCONSORTE NECESARIO:**

De manera respetuosa solicito se vincule como Litisconsorte Necesario con interés en las resultas del proceso al CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO CORREGIMIENTOS CALI 2016, identificada con NIT No. 901.065.597-2, representado legalmente por el señor Mauricio Ospina Galindo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.060.996 de Cali, (V); como quiera que esta sociedad fungió como contratista en el contrato estatal No. 0130-18-12-1458 de marzo 29 de 2017.

Es importante resaltar que por medio de la Resolución No. 4182010.21.0.047 del 30 de mayo de 2018, se dio por terminado el procedimiento sancionatorio que se adelantaba en contra de dicha sociedad, precisamente, por haber superado la situación de incumplimiento, otorgándose una prórroga por ciento ochenta (180) días.

Posteriormente, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, apertura Proceso Sancionatorio, y por medio de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, declara el incumplimiento y hace efectiva la cláusula penal pecuniaria del Contrato de Obra Pública No. 0130-18-12 -1458 de 2017, fundamentando la decisión en los presuntos incumplimientos de los frentes de obras y en el cronograma de obra. Decisión que fue debidamente recurrida, por lo que el ente territorial, expide la Resolución No. 4182.010.21.0.180 del 2 de diciembre de 2018, a través de la cual resolvió los recursos de reposición interpuestos, modificando parcialmente el artículo segundo de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018; por lo cual, resulta indispensable su comparecencia a este proceso para efectos de que ejerza su debido derecho de defensa, toda vez que el resultado de este litigio lo involucra directamente.

## **II. PETICIONES**

**PRIMERA:** que se declare la nulidad total de los siguientes actos administrativos proferidos por el Municipio de Santiago de Cali - Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales - UAESP, mediante los cuales esa entidad declaró el incumplimiento parcial del contrato de obra pública No. 0130-18-12 1458 de 2017, contra los que se agotó la respectiva vía administrativa y por ende la nulidad debe comprenderlos a todos. Se trata de los siguientes:

1. La nulidad de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, proferida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES DE LA ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, *“Por medio del cual se declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de obra pública No. 0130-18-12 1458 de 2017”,* cuyo objeto era: *“Atender de manera prioritaria por la descertificación del Municipio de Cali – Valle por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos mediante la Resolución No. 20164010015125 que cobró firmeza el día 19 de julio de 2016y en cumplimiento del numeral 7 del artículo 2.3.5.1.2.2.14 del Decreto 1077 de 2015 el mejoramiento sistemas de acueducto y potabilización de agua de consumo área rural municipio de Santiago de Cali; mejoramiento sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales domésticas área rural del municipio de Santiago de Cali, construcción acueducto múltiples usos (doméstico y agropecuario) y sistemas individuales de tratamiento de agua residual domestica de las familias beneficiadas restitución de tierras haciendo La Gloria, vereda Cascajal, corregimiento el Hormiguero – Cali. Cumplimiento sentencia 017 de abril de 2012 del Juzgado Primero, restitución de Tierras Pereira”.* Igualmente, se ordenó hacer efectiva la Cláusula Décima Sexta del contrato No. 0130-18-12-1458 de 2017, es decir la cláusula penal pecuniaria, como también la ocurrencia del siniestro del incumplimiento amparado con la Póliza No. C-100020905, expedida por mi representada, por valor de MIL TRESCIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS VEINTIUN PESOS, (\$1.307.810.721).
2. La nulidad de la Resolución No. 4182.010.21.0.180 del 2 de diciembre de 2018, emitida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES DE LA ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, *“por medio de la cual se resuelve los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 4182.010.21.0.178 de 2018”,* disponiendo lo siguiente:

*“ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el artículo segundo de la Resolución No. 4182.101.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018 “POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO Y SE HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA No. 0130-18-12 1458 DE 2017”, respecto de aplicación de la Cláusula Penal Pecuniaria, por la suma de MIL CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS DOS PESOS M/CTE (\$1.004.765.902) como consecuencia de la anterior declaratoria de INCUMPLIMIENTO y de la parte considerativa del presente acto administrativo”.*
3. Se condene al MUNICIPIO DE CALI - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES DE LA ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, al reconocimiento y pago de los perjuicios derivados del incumplimiento mencionado en el ítem anterior.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de la citada declaratoria se decrete lo siguiente:

1. La suspensión de toda actuación administrativa, coactiva o judicial derivada de los Actos Administrativos aquí impugnados, precisando que ninguno de ellos ni ningún otro en que se hubiere sustentado la decisión ahí advertida, hace las veces de título ejecutivo y en consecuencia, de ningún modo resultaría viable su cobro mediante la vía judicial o coactiva, por lo que ruego se ordene al Municipio de Cali - Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales UAESP, abstenerse de librar mandamiento de pago de los actos impugnados.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se decrete como restablecimiento del derecho y/o indemnización de los perjuicios lo siguiente:

1. Restituir a la **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, el valor que se llegue a pagar con fundamento en la póliza de cumplimiento de entidades estatales No. C-100020905, por concepto de la obligación contenida en la citada Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018 más los intereses moratorios que eventualmente se hubiesen causado, o la actualización o indexación de los valores.
2. Se condene al MUNICIPIO DE CALI - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES DE LA ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, al reconocimiento y pago de los perjuicios derivados del pago injustificado que mi mandante realice con fundamento en la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018.

**TERCERA:** Prevenir a la entidad territorial para que dé estricto cumplimiento a la sentencia que se profiera en el marco de este litigio, de conformidad a los artículos 187 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

### **III. HECHOS**

**PRIMERO:** el 29 de noviembre de 2016, la Gobernación del Valle del Cauca, por medio de la Resolución No. 0172 de 2016, aperturó el proceso de Licitación Pública No. LP-SVH-002-2016, por la descertificación del Municipio de Santiago de Cali.

**SEGUNDO:** la Licitación Pública No. LP-SVH-002-2016, tenía como objeto: *“Atender de manera prioritaria por la descertificación del Municipio de Cali – Valle por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos mediante la Resolución No. 20164010015125 que cobró firmeza el día 19 de julio de 2016y en cumplimiento del numeral 7 del artículo 2.3.5.1.2.2.14 del Decreto 1077 de 2015 el mejoramiento sistemas de acueducto y potabilización de agua de consumo área rural municipio de Santiago de Cali; mejoramiento*

*sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales domésticas área rural del municipio de Santiago de Cali, construcción acueducto múltiples usos (doméstico y agropecuario) y sistemas individuales de tratamiento de agua residual domestica de las familias beneficiadas restitución de tierras haciendo La Gloria, vereda Cascajal, corregimiento el Hormiguero – Cali. Cumplimiento sentencia 017 de abril de 2012 del Juzgado Primero, restitución de Tierras Pereira”, cuyo valor estimado era de **SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES CIENTO CATORCE MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS (\$6.953.114.580).***

**TERCERO:** el 29 de marzo de 2017, el Departamento del Valle del Cauca – Secretaría Vivienda y Hábitat, suscribió el Contrato de Obra Pública No. 0130.18.12.1458 de 2017 con el **CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO CORREGIMIENTOS CALI 2016.**

**CUARTO:** el Contrato de Obra Pública No. 0130.18.12.1458 de 2017, tenía como objeto: *“Atender de manera prioritaria por la descertificación del Municipio de Cali – Valle por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos mediante la Resolución No. 20164010015125 que cobró firmeza el día 19 de julio de 2016y en cumplimiento del numeral 7 del artículo 2.3.5.1.2.2.14 del Decreto 1077 de 2015 el mejoramiento sistemas de acueducto y potabilización de agua de consumo área rural municipio de Santiago de Cali; mejoramiento sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales domésticas área rural del municipio de Santiago de Cali, construcción acueducto múltiples usos (doméstico y agropecuario) y sistemas individuales de tratamiento de agua residual domestica de las familias beneficiadas restitución de tierras haciendo La Gloria, vereda Cascajal, corregimiento el Hormiguero – Cali. Cumplimiento sentencia 017 de abril de 2012 del Juzgado Primero, restitución de Tierras Pereira”.* Comprendiendo los siguientes frentes de obra:

1. Reposición red de distribución acueducto El Estero.
2. Mejoramiento PTARD y alcantarillado El Nilo Pance.
3. Mejoramiento PTARD No. 1 Cabecera Pance.
4. Mejoramiento PTARD vereda La Vorágine.
5. Mejoramiento PTARD Pizamos El Hormiguero.
6. Reposición red de conducción acueducto La Luisa La Buitrera.
7. Mejoramiento Bocatoma La Buitrera – Río Meléndez.
8. Construcción obras complementarias tanque La Buitrera.
9. Impermeabilización PTAP Altos Los Mangos.
10. Impermeabilización PTAP Altos El Carbonero.
11. Impermeabilización PTAP Altos La Fonda.
12. Reposición de redes de distribución acueducto Golondrinas.
13. Instalación redes de distribución acueducto Villa del Rosario La Paz.
14. Impermeabilización PTAP Campo Alegre.

15. Impermeabilización PTAP La Castilla.
16. Impermeabilización PTAP Las Palmas vereda La Castilla.
17. Impermeabilización PTAP La Paz.
18. Construcción alcantarillado secundario Campo Alegre corregimiento Montebello.
19. Mejoramiento acueducto Felidia.
20. Construcción tanque y obras complementarias acueducto Pichindè.
21. Impermeabilización PTAP KM 18.
22. Construcción PTARD No. 1 cabecera Saladito.
23. Mejoramiento PTAP y muro de protección Pilas del Cabuyal Los Andes.
24. Impermeabilización PTAP Cristo Rey Mónaco – Mameyal.
25. Construcción alcantarillado Atenas – Pilas del Cabuyal.
26. Construcción Sistema de Bombeo AC Hacienda La Gloria.
27. Acometida eléctrica para sistema bombeo AC Hacienda La Gloria.
28. Construcción Planta Agua Potable compacta para familias Hacienda La Gloria.
29. Construcción tanque elevado La Gloria H=17 mts; V=40 M3 para acueducto Hacienda La Gloria.
30. Construcción Red de Distribución Acueducto Hacienda La Gloria.
31. Construcción Distrito de riego para familias Hacienda La Gloria.
32. Construcción sistemas de tratamiento aguas residuales individuales.

**QUINTO:** el contrato de obra pública No. 0130.18.12.1458 de 2017, tenía como fecha de inicio el día 12 de mayo de 2017.

**SEXTO:** el 26 de mayo de 2017, el Contrato de Obra Pública No. 0130.18.12.1458 de 2017, fue suspendido hasta el 17 de julio de esa anualidad.

**SÈPTIMO:** el 16 de junio de 2017, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios expide la Resolución No. SSPD-20174010095145, certificando nuevamente al Municipio de Santiago de Cali, razón por la cual, la entidad territorial asume la competencia del contrato de obra pública No. 0130.18.12.1458 de 2017.

**OCTAVO:** el día 3 de agosto de 2017, se realiza Acta de Apertura de Empalme entre el Departamento del Valle del Cauca y el Municipio de Santiago de Cali, para entregar el balance de los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico - SGP – APSB del Municipio de Santiago de Cali.

**NOVENO:** el 17 de agosto de 2017, se suscribe Acta de Entrega por cambio de Supervisor de la Gobernación al Municipio de Santiago de Cali.

**DÈCIMO:** por medio del Otrosí No. 001 se concedió prórroga de ciento veinte (120) días al



contrato de obra pública No. 0130.18.12.1458 de 2017, esto es, desde el 29 de diciembre de 2017 al 29 de abril de 2018.

**UNDÈCIMO:** el 22 de marzo de 2018, se lleva a cabo audiencia de posible incumplimiento, la cual se suspendió hasta el 4 de abril de 2018, a las 08:00 a.m.

**DUODÈCIMO:** se fijó el día 17 de abril de 2018 a las 2:00 p.m., en la calle 6 No. 6-52, Casa Rosada, con el fin continuar la audiencia de imposición de sanciones y dar respuesta a la solicitud de práctica de pruebas que presentó el apoderado del Consorcio Saneamiento Básico Corregimientos Cali 2016.

**DÈCIMO TERCERO:** el 30 de mayo de 2018, se reanuda audiencia de posible incumplimiento, en la cual se resuelve:

*“ARTÍCULO PRIMERO: Se decide no imponer multa, sanción o declaratoria de incumplimiento del contrato de obra pública No. 0130-18-12-1458, de acuerdo con la parte motiva de este acto administrativo.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Aceptar el nuevo cronograma de actividades de los diferentes frentes de obra donde se incluyen las obras de Pilas de Cabuyal, Pichindé y la Buitrera junto con el flujo de Caja de la Obra.*

*ARTÍCULO TERCERO: Conceder la prórroga del Contrato 0130 – 18 – 12 – 1458 de 2017, por un término de ciento ochenta (180) días, contados a partir de la fecha de suscripción del Otrosí.*

*ARTÍCULO CUARTO: Conceder la modificación de la cláusula de forma de pago del contrato No. 1458. En lo concerniente a la amortización del anticipo del 20% en cada acta parcial a una amortización del 40% a partir del acta No. 4, que será plasmado en el Otrosí.*

*ARTÍCULO QUINTO: Realizar el trámite de las actas 1, 2, 3, una vez se reinicie la ejecución del contrato 0130 – 18 – 12 – 1458 de 2017”.*

**DÈCIMO CUARTO:** el 29 de noviembre de 2018, se surtió audiencia de posible incumplimiento, en la cual se procedió con lo siguiente:

- ✓ Dar lectura a la citación donde se establece el presunto incumplimiento.
- ✓ Se otorgó el uso de la palabra a la representante suplente del CONSORCIO para que rindiera descargos (técnicos).
- ✓ Se le otorgó el uso de la palabra al apoderado del CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO 2016, para presentar descargos (jurídico), quien adicionalmente solicitó pruebas.

- ✓ Se le otorgó el uso de la palabra a la compañía Mundial de Seguros, formulando adicionalmente, solicitud de prueba (inspección ocular), dosificación de la cláusula penal.
- ✓ Se suspende la diligencia para continuarla el 30 de noviembre de 2018.

**DÈCIMO QUINTO:** el 30 de noviembre de 2018, se profiere la Resolución No. 4182.010.21.0.178, en la cual se dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento del contrato de obra pública No. 0130-18-12 1458 de 2017.*

*(...)*

*PARÁGRAFO: Hacen parte integral de la presente decisión, los soportes de la audiencia sancionatoria.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Hacer efectiva la CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA del contrato No. 0132-18-12-1458 de 2017, por valor estimatorio en la suma de MIL TRESCIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS VEINTIUNO PESOS M/CTE (\$1.307.810.721) como consecuencia de la anterior declaratoria de INCUMPLIMIENTO y de la parte considerativa del presente acto administrativo.*

*ARTÍCULO TERCERO: Aplicar el párrafo segundo de la cláusula décima sexta como procedimiento para la efectividad de la cláusula penal pecuniaria.*

*PARÁGRAFO: En caso de no existir saldo a favor del contratista, se hará efectiva la garantía única constituida No. C-100020905 y todos sus anexos respecto del amparo de cumplimiento debidamente otorgado y si esto no fuera posible se cobrará por la jurisdicción competente.*

*ARTÍCULO CUARTO: La presente decisión se entiende NOTIFICADA en esta audiencia pública”.*

**DÈCIMO SEXTO:** se interpusieron verbalmente los recursos de reposición en contra de la Resolución No. 4182.010.21.0.178, por parte de los apoderados del Consorcio y la aseguradora, solicitando se concediera término prudencial para poder sustentar el mismo.

**DÈCIMO SÈPTIMO:** el Director de la Unidad Especial, concedió los recursos interpuestos, y suspendió la diligencia hasta el día 1º de diciembre de 2018.

**DÈCIMO OCTAVO:** el día (sábado) 1º de diciembre de 2018, se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la cual se surtió lo siguiente:



- El apoderado del CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO 2016, procedió a sustentar el recurso de reposición.
- Se sustentó el recurso por parte de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS.
- El Director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, suspendió la diligencia hasta las 5:00 p.m., para poder resolver los recursos de reposición.
- El Director de la Unidad, a la hora señalada, manifestó que todavía no terminaba de resolver los recursos de reposición, por lo que, reanudaría la diligencia a las 6:00 p.m.
- En la hora establecida, se asistió a la diligencia, sin embargo, se manifestó por parte del equipo del Director de la UAESPM, que la decisión de los recursos se llevaría a cabo el día 2 de diciembre de 2018, siendo domingo.

**DÉCIMO NOVENO:** el día 2 de diciembre de 2018, el Director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, profirió la Resolución No. 4182.010.21.0.180, “*POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018*”, en la cual se dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el artículo segundo de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018 "POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA EL INCUMPLIMIENTO Y SE HACE EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA No. 0130-18-12-1458 de 2017", respecto de aplicación de la Cláusula Penal Pecuniaria, por la suma de MIL CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS DOS PESOS M/CTE (\$1.004.765.902) como consecuencia de la anterior declaratoria de INCUMPLIMIENTO y de la parte considerativa del presente acto administrativo.*

*PARÁGRAFO: Hacen parte integral de la presente decisión, los soportes de la audiencia sancionatoria.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Las demás disposiciones contenidas en la Resolución 4182.010.21.0.178 del 30 noviembre de 2018 que no fueron modificadas permanecen en su integralidad y se entienden vigentes.*

*ARTÍCULO TERCERO: Aplicar el párrafo segundo de la cláusula décima sexta como procedimiento para el cobro de la cláusula penal pecuniaria, es decir, este valor será descontado directamente de los saldos que se adeuden al contratista.*

*PARÁGRAFO: En caso de no existir saldo a favor del contratista, se hará efectiva la garantía única constituida No. C-100020905 y todos sus anexos, hasta el monto del amparo de cumplimiento debidamente otorgado y si esto no fuera posible se cobrará por la jurisdicción competente”.*

**VIGÈSIMO:** el 31 de mayo de 2019 la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales profiere la Resolución No. 4182. 010. 21. 0. 103 de 2019, “*POR MEDIO DE L CUAL SE LIQUIDA UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE OBRA No. 0130-18-12-1458 de 2017*”. Disponiendo lo pertinente:

*“ARTÍCULO PRIMERO: Liquidar unilateralmente el contrato de obra pública No. 0130-18-12-1458 de 2017, suscrito entre la Gobernación del Valle y el Consorcio Saneamiento Básico Corregimientos Cali 2016, con NIT: 901.065.597-2, representada por Mauricio Ospina Galindo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.060.996, de conformidad en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por artículo 217 del Decreto 19 de 2012 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Que el contrato de obra pública No. 0130-18-12-1458 de 2017, presenta la siguiente descripción general y el estado a la fecha del balance financiero de conformidad con los informes presentados por el comité de liquidación del contrato en mención, que hacen parte integral del presente acto administrativo:*

(...)

ESTADO BALANCE FINANCIERO

DESCRIPCIÓN	VALOR
VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$ 6.953.114.580
VALOR DE LAS ADICIONES	\$ 1.220.702.429
VALOR TOTAL CONTRATADO	\$8.173.817.009
VALOR FINAL DEL CONTRATO, INCLUIDAS LAS ADICIONES EN S.M.M.L.V	10.987.69
VALOR DEL ANTICIPO	\$ 1.390.622.916
VALOR PAGADO POR ACTAS AL CONTRATISTA INCLUYENDO LOS 2 PAGOS DE LA ADICIÓN	\$ 2.131.859.267
SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA	\$ 126.993.715
SALDO A FAVOR DEL MUNICIPIO	\$ 227.388.327
DIFERENCIA DEL CONTRATO A FAVOR DEL MUNICIPIO	\$ 150.394.611
SALDO A FAVOR DEL MUNICIPIO POR CONCEPTO DE ANTICIPO	\$ 488.487.697
SALDO TOTAL A FAVOR DEL MUNICIPIO	\$ 638.882.308

(...)

*ARTÍCULO CUARTO: La liquidación efectuada mediante la presente Resolución, constituye el*

*balance definitivo del vínculo contractual, una vez se cumpla con el pago referido en la cláusula segunda, las partes se entienden a paz y salvo.*

*(...)*

*ARTÍCULO SEXTO: La presente Resolución será notificada al Consorcio Saneamiento Básico Corregimientos Cali 2016 en los términos establecidos en los artículos 67 a 69 de la Ley 1437 de 2011.*

*ARTÍCULO SÉPTIMO: Contra este acto administrativo sólo procede el recurso de reposición de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, el cual deberá ser interpuesto en la diligencia de notificación personal o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según sea el caso, ante este Despacho”.*

**VIGÉSIMO PRIMERO:** el 8 de julio de 2019 el Consorcio Saneamiento Básico Corregimientos Cali 2016 interpone recurso de reposición en contra de la Resolución No. 4182.010.21.0.103 del 31 de mayo, oponiéndose a la liquidación unilateral del contrato efectuada por la UAESPM.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** el 8 de julio de 2019, la Compañía Mundial de Seguros S.A. radica memorial en la Alcaldía de Santiago de Cali solicitando certificación del porcentaje exacto de ejecución del Contrato de obra No. 0130-18-12-1458 de 2017, informes de interventoría, informes de supervisión, bitácoras, informe técnico, entre otros.

**VIGÉSIMO TERCERO:** el Director Técnico de la UAESPM dio respuesta a la solicitud de la Compañía Mundial de Seguros S.A., precisando lo siguiente:

*“(...)*

*En mi calidad de Director Técnico de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, me permito indicar que de acuerdo con el informe realizado por el equipo técnico de esta Unidad para realizar la liquidación del contrato en mención, el porcentaje de ejecución final de obra corresponde al 50.56%”.*

**VIGÉSIMO CUARTO:** por medio de la Resolución No. 4182.010.21.0.203 del 21 de agosto de 2019, el Municipio de Santiago de Cali confirmó la Resolución que liquidó unilateralmente el Contrato de Obra Pública.

**VIGÉSIMO QUINTO:** el 28 de enero de 2020 la UAESPM radica solicitud ante la Compañía Mundial de Seguros S.A., para afectación de la garantía de cumplimiento por el amparo de estabilidad y calidad de la obra por la póliza No. C – 100020905.

**VIGÈSIMO SEXTO:** el 27 de febrero de 2020 la Compañía Mundial de Seguros S.A., emite respuesta frente a la solicitud interpuesta por la UAESPM, sosteniendo lo siguiente:

*“(…)*

*En este orden de ideas, al no existir prueba de la causación de un perjuicio que deba ser indemnizado por el seguro de cumplimiento documentado en la póliza No. C – 100020905, no es procedente la afectación del amparo de estabilidad de la obra.*

*Por los argumentos anteriormente expuestos, respondemos a su solicitud de manera desfavorable, y consecuentemente, manifestamos que no será posible para la Compañía de Seguros, proceder con el pago del monto asegurado para el amparo de estabilidad de la obra”.*

**VIGÈSIMO SÈPTIMO:** el 16 de julio de 2020 se radicó en la Procuraduría General de la Nación, solicitud de conciliación extrajudicial por parte de la COMPAÑIA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., en la cual se convocó al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – UAESPM.

**VIGÈSIMO OCTAVO:** El 14 de septiembre de la anualidad se celebró audiencia virtual de conciliación extrajudicial, donde la entidad territorial manifestó la posición institucional de no conciliar, aduciendo que los actos administrativos proferidos gozan de legalidad, declarándose fallida la conciliación.

#### **IV. DISPOSICIONES VIOLADAS**

Las normas que se vulneraron con los Actos Administrativos aludidos son los siguientes:

- La Constitución Política.
- Ley 80 de 1993.
- Ley 1150 de 2007.
- Código de Comercio.
- Código Civil.
- Ley 1437 de 2011.
- Decreto 1510 de 2013.
- Decreto Reglamentario 734 de 2012.
- Ley 1474 de 2011.
- Jurisprudencia del Consejo de Estado vigente en materia de contratación estatal y demás normas concordantes.

Cabe aclarar que dando alcance a lo consagrado en el numeral 4º del artículo 162 del C.P.A.C.A., el concepto de la violación de cada una de las normas aquí citadas se encuentra en el acápite inmediatamente siguiente.

#### **V. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS CITADAS**

## 1. FALSA MOTIVACIÓN: INOBSERVANCIA DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011:

Sea lo primero indicar que, el procedimiento administrativo de sanción del contrato de obra No. 0130-18-12-1458 de 2017, adelantado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, no cumplió con los presupuestos legales exigidos por la ley. Para precisar esto, es indispensable traer a colación lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual dispone:

*“(...) 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: (...)”. Negrilla fuera de texto.*

Lo anterior, por cuanto en la citación a la audiencia donde se determinó el pliego de cargos, nunca se identificó de forma clara, precisa, técnica y más allá de toda duda razonable, el porcentaje de incumplimiento por parte de la Entidad, y tal y como se demostró en los descargos, existe una diferencia de criterio respecto del porcentaje de **obra ejecutado a la fecha** en que se impuso la sanción, toda vez que el contratista señalaba que existen obras terminadas de las cuales la UAESPM reputaba incumplimiento, aduciendo que a la fecha no habían sido entregadas.

Así mismo, existieron discrepancias de carácter técnico frente a los parámetros que cada una de las partes en mención, utilizó para dicha medición porcentual.

Sin embargo, y de una forma muy pintoresca, la Unidad Administrativa Especial, concluyó en la página 14 de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, lo siguiente:

*“El valor total de las obras que no sean entregadas a la finalización del contrato o aquellas cuyos cronogramas no han sido cumplidos, por valor de \$6.535.496.276, la diferencia entre el valor total del contrato y las obras enunciadas, corresponderá al valor del cumplimiento del contrato y por ende equivaldrá a la disminución de la proporción de la cláusula penal.*

*Si incumplir el 100% daba lugar a la aplicación de una pena del 20%, descontando el porcentaje cumplido, **tendríamos que cumplir el 80% del total del contrato da lugar a la aplicación de la pena del 16%** lo que al caso particular asciende a la suma de \$1.307.810.721”. (Énfasis propio).*

Así las cosas, podemos concluir, primero, que para la Unidad se trata de un incumplimiento de todo el contrato, y segundo, que en la Resolución dispone que el incumplimiento es del 80%, argumento que únicamente acoge el criterio del supervisor, quien a pesar de entregar el informe,

no manifestó en ningún momento de forma técnica, científica, comprobable y sobre todo, imparcial, de que evidentemente, el cumplimiento de obra había sido del 20%.

Como si lo anterior no fuera poco, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, pretermiÓ la oportunidad de resolver la solicitud pruebas, simplemente en la Resolución manifestó que los medios probatorios se denegaban, de forma absurda y sin ningún presupuesto fáctico o jurídico relevante, pues daba a entender que todo concepto del supervisor del contrato se materializaba en verdad irrefutable y revelada sobre los avances de ejecución de obra.

Al respecto es necesario citar lo aseverado por la entidad territorial, respecto de la solicitud de inspección ocular:

“(…)

*Frente a esta prueba, este despacho considera que realizar una visita para verificar el avance o no de una obra, termina siendo inconducente y termina careciendo de utilidad para acreditar el cumplimiento del cronograma de obra, en tanto, lo que aquí no se está valorando, es si va a entregar una obra al 2 de diciembre de 2018, sino que efectivamente queda acreditado que el contratista no cumplió con los compromisos establecidos en la ejecución contractual, que da lugar a evidenciar su incumplimiento en el cronograma que hace parte integral del contrato y que fue objeto de valoración en el pliego de condiciones.*

(…)

**No termina siendo eficaz, para que en mi calidad de director y ordenador del gasto pueda llegar al convencimiento de una duda que en la actualidad no existe”.** (Énfasis propio).

En este orden de ideas, pese a lo manifestado por la Unidad, era indispensable que la administración hubiera concedido la prueba consistente en la inspección ocular solicitada por el Consorcio Saneamiento Básico y por la Compañía Mundial de Seguros, a efectos de determinar el estado actual de ejecución de las obras, el porcentaje de ejecución del contrato y consecuentemente el porcentaje de obra incumplido, no solo con el fin de atender lo ordenado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sino para que la cláusula penal pudiera graduarse en virtud de la proporcionalidad derivada de la cuantificación exigida por la norma en mención.

De esta manera, si la entidad sancionadora ni siquiera tenía claro un porcentaje de incumplimiento, mucho menos podía cuantificar los perjuicios del procedimiento, pues ¿con base en qué se iba a calcular un perjuicio que no se logró comprobar de forma técnica? Por tal razón, la administración incurrió en una falsa motivación, al no haber cumplido todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, especialmente la cuantificación del perjuicio, por lo que solicito se declare probada la falsa motivación del acto administrativo que impuso la sanción y el que la confirmó.



## 2. LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES CON SU ACTUACIÓN VULNERA EL DERECHO A LA DEFENSA Y AL DEBIDO PROCESO CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA:

Dentro del procedimiento sancionatorio para la declaratoria de incumplimiento del contrato de obra No. 0130-18-12-1458 de 2017, adelantado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, el contratista CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO 2016, en coadyuvancia con la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., solicitaron pruebas, entre ellas la inspección ocular, siendo negadas sin fundamento, al parecer, la UAESPEM desconocía o no entendía lo que con las mismas se pretendía probar por parte del Consorcio y el garante, razón por la cual, vulnerándose el debido proceso y el ejercicio al derecho a la defensa.

Respecto de dicha prueba, queremos llamar la atención que lo que se pretendía era determinar el avance real de ejecución del contrato, por lo siguiente a saber:

El medio probatorio, tenía como objeto demostrar el porcentaje de ejecución del contrato y su consecuente porcentaje de incumplimiento, lo cual era fundamental, como se explicó en el numeral primero del presente escrito, no solo para cuantificar la pena, sino para cumplir con los presupuestos legales que exige el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, situación que fue obviada en el trámite sancionatorio adelantado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales.

Sin embargo, durante toda la actuación administrativa la entidad ratificó la negación de las pruebas solicitadas, por considerarlas impertinentes e inconducentes, lo cual resulta absurdo porque se da fe y valor del informe del supervisor, pero no se trata con la misma proporcionalidad las pruebas de carácter técnico-científico que hubieran podido arrojar más luces al caso. Es decir, la Unidad basó el material probatorio de este proceso bajo un esquema de tarifa legal, dándole más valor a unas pruebas que a otras, sistema que como lo ha dejado en claro la jurisprudencia, está totalmente proscrito de nuestro ordenamiento jurídico. Y peor aún, rechazando las peticiones probatorias sin justificación pertinente alguna.

Inclusive tal situación puede verse plasmada claramente en uno de los apartes de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, aquí atacada, en donde se expresó:

**“No termina siendo eficaz, para que en mi calidad de director y ordenador del gasto pueda llegar al convencimiento de una duda que en la actualidad no existe”.** (Énfasis propio).

El mismo acto administrativo deja en evidencia la vulneración del derecho de defensa de la aseguradora que represento y del contratista, quienes no tuvieron la oportunidad de que las pruebas solicitadas si quiera fueran decretadas y practicadas, puesto que bajo los criterios



infundados de la administración, se consideró que no eran eficaz, situación que como se explicó en párrafos anteriores, dista de la realidad, puesto que la necesidad de la práctica de las mismas era imprescindible para el esclarecimiento de los hechos que se le estaban imputando al contratista, quien al contrario de lo que afirmó la Unidad se encontró respecto de un contratante que incumplió sus obligaciones económicas y precisamente generó las consecuencias nefastas para la cabal ejecución y cumplimiento del objeto concertado, además de las graves afectaciones al bien e interés común que con dicho contrato se quería beneficiar.

Aunado a lo anterior, se insistió durante todo el procedimiento sancionatorio en la práctica de los medios probatorios solicitados, e inclusive, en la diligencia del 30 de noviembre de 2018, pero esto nunca se materializó, lo cual constituye un flagrante atentado contra el debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa.

De lo anterior, queda clara la abierta violación al derecho a la defensa y al debido proceso, que se presenta en el procedimiento sancionatorio de incumplimiento que adelantó la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos.

Así las cosas, habiendo dejado claras las razones fácticas por las cuales los actos administrativos transgredieron los derechos de defensa y debido proceso de mi representada, se debe recordar que respecto del debido proceso, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en expresar la necesidad del respecto y apego a tales prerrogativas constitucionales en los procesos donde la administración pretende hacer uso de sus facultades exorbitantes, tal como se mostrará en líneas sucesivas.

De esta manera, la Corte Constitucional ha definido el debido proceso, y las garantías generales que lo integran, entre esas, el derecho de defensa, así:

*“La Corte Constitucional ha definido este derecho, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Entre las garantías generales que hacen parte del derecho al debido proceso, pueden citarse, siguiendo en gran medida la sentencia C-341 de 2014, entre otras, las siguientes: (...) (iii) **El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable.** De este derecho hacen parte, la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa, los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, **a la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas, a la buena fe y a la lealtad procesal.** (...)” (Negrilla y Sublínea fuera de texto).*

De lo anterior, se desprende que el uso de todos los medios probatorios pertinentes por las partes intervinientes dentro de estos trámites jurisdiccionales, en este caso, mi procurada en calidad de garante, constituye precisamente una de las garantías que integran el derecho al debido proceso,

más concretamente, en lo concerniente al uso de las potestades exorbitantes en cabeza de la administración, dentro de los plazos que la norma en materia contractual ya ha establecido.

Respecto al derecho fundamental al debido proceso la Corte Constitucional en sentencia C -341 de 2014, manifestó:

*“El debido proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, cuando establece que: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”. **La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones**, “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”.*

*...La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso:*

*(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;*

*(ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;*

**(iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;**

*(iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables;*

*(v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores*

*públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y*  
*(vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”.*

Se colige de lo anterior, la vulneración al debido proceso y al derecho de defensa del CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO 2016 y de la COMPAÑIA MUNDIAL DE SEGURO S.A. Por otra parte, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, trasladó obligaciones que no le correspondían al CONTRATISTA, fundamentando el yerro en la CLÁUSULA SEGUNDA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, numeral 25 el cual reza:

“(…)

*El CONTRATISTA organizará los trabajos de tal forma que los procedimientos aplicados sean compatibles no sólo con los requerimientos técnicos necesarios, sino con las disposiciones legales, las normas especiales para la gestión y obtención de las autorizaciones y permisos específicos requeridos para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Cualquier contravención a los preceptos anteriores será responsabilidad del CONTRATISTA, y el interventor por esta causa podrá ordenar la modificación de los procedimientos o la suspensión de los trabajos. **Los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones sobre recursos naturales de carácter regional serán tramitados y obtenidos por cuenta y riesgo del contratista previamente a la iniciación de las actividades correspondientes**”.* (Énfasis propio).

De la anterior reproducción tenemos que el PMT, no era obligación del contratista, si no de la entidad contratante, pues de ninguna manera se puede aceptar que la obtención del PMT, se encuentra inmerso en los permisos de carácter natural, pues sería un absurdo asimilar dicho permiso a uno natural.

Aunado a lo anterior, se le cercenó la oportunidad a la aseguradora de conocer las pruebas que adujo se encontraban en el expediente contractual.

### **3. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS EXPEDIDOS POR EL DIRECTOR DE LA UAESPM ADOLECEN DE VICIO DE COMPETENCIA.**

El artículo 137 del C.P.A.C.A., establece las causales de nulidad de los actos administrativos, incluyendo dentro de las mismas, precisamente, la expedición sin competencia, es decir, cuando el agente público profiere un acto administrativo que no estaba previsto dentro de su esfera de atribuciones. Las reglas de competencia son, sin lugar a dudas, presupuestos básicos en el ejercicio de cualquier acción oficial, por ello se dice que obedecen al orden público, por lo que advertida la incompetencia por cualquier órgano de control (administrativo o jurisdiccional), ésta debe ser declarada como tal aun oficiosamente.

Así entonces, encontramos que el Consejo de Estado, acerca de la afectación de validez de los actos administrativos por vicios de competencia ha manifestado<sup>1</sup>:

*“(…) Ese marco de la actuación de las autoridades que define la Constitución Política debe observarse desde los ámbitos material, temporal y territorial, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico positivo, pues estos factores determinan la esfera de atribuciones que las entidades y órganos del Estado pueden y deben ejercer legítimamente; por lo mismo, **la competencia está delimitada por normas de orden público, de carácter imperativo, las cuales constituyen garantía para los administrados frente a los posibles abusos o excesos de poder de las autoridades públicas. Así, la competencia constituye un presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos, de manera que, al hallarse afectado el acto por la ausencia de la misma, la nulidad emerge sin que exista posibilidad de ser saneada.***

***El vicio por incompetencia es, pues, el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos y, por tal razón, esta Corporación ha sostenido que, en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso.*** Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, en principio, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección del citado derecho fundamental de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política.” (Negrilla y sublínea fuera de texto)

Ahora bien, descendiendo al caso en comento encontramos que la entidad contratante en el contrato objeto de debate es el Departamento del Valle del Cauca, tal y como se puede observar en el objeto del mismo, el cual reza:

**“CUYO OBJETO ES: ATENDER DE MANERA PRIORITARIA POR LA DESCERTIFICACION DEL MUNICIPIO DE CALI - VALLE POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS MEDIANTE LA RESOLUCION NO.20164010015125 QUE COBRÒ FIRMEZA EL 19 DE JULIO DE 2016 Y EN CUMPLIMIENTO DEL NUMERAL 7 DEL ARTICULO 2.3.5.1.2.2.14 DEL DECRETO 1077 DE 2015, EL MEJORAMIENTO SISTEMAS DE ACUEDUCTO Y POTABILIZACION DE AGUA DE CONSUMO AREA RURAL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, MEJORAMIENTO SISTEMAS DE ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DOMESTICAS AREA RURAL DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI , CONSTRUCCION ACUEDUCTO MULTIPLES USOS (DOMESTICOS Y AGROPECUARIO) Y**

---

<sup>1</sup> Sentencia del 3 de octubre de 2012, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho con Radiación No. 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140), Mag. Ponente: Hilda Hoyos de Rodríguez, Subsección A de la Sección Tercera de Consejo de Estado.

SISTEMAS INDIVIDUALES DE TRATAMIENTO DE AGUA RESIDUAL DOMESTICA DE LAS FAMILIAS BENEFICIADAS RESTITUCION DE TIERRAS HACIENDA LA GLORIA, VEREDA CASCAJAL, CORREGIMIENTO EL HORMIGUERO -CALI. CUMPLIMIENTO SENTENCIA 017 DE ABRIL DE 2012 DEL JUZGADO, RESTITUCION DE TIERRAS DE PEREIRA ASÍ: 1. REPOSICION RED DE DISTRIBUCION ACUEDUCTO EL ESTERO, 2. MEJORAMIENTO PTARD Y ALCANTARILLADO EL NILO PANCE, 3.

MEJORAMIENTO PTARD No. 1 CABECERA PANCE, 4. MEJORAMIENTO PTARD VEREDA LA VORAGINE, 5. MEJORAMIENTO PTARD VEREDA PIZAMOS EL HORMIGUERO, 6. REPOSICION RED DE CONDUCCION ACUEDUCTO LA LUISA LA BUITRERA. 7 MEJORAMIENTO BOCATOMA LA BUITRERA - RIO MELENDEZ, 8. CONSTRUCCION OBRAS COMPLEMENTARIAS TANQUE LA BUITRERA, 9. IMPERMEABILIZACION PTAP ALTOS LOS MANGOS, 10. IMPERMEABILIZACION PTAP ALTOS EL CARBONERO, 11. IMPERMEABILIZACION PTAP ALTOS LA FONDA, 12. REPOSICION DE REDES DE DISTRIBUCION ACUEDUCTO GOLONDRINAS, 13. INSTALACION REDES DE DISTRIBUCION ACUEDUCTO VILLA DEL ROSARIO LA PAZ, 14. IMPERMEABILIZACION PTAP CAMPO ALEGRE, 15. IMPERMEABILIZACION PTAP LAS PALMAS VEREDA LA CASTILLA, 17. IMPERMEABILIZACION PTAP LA PAZ, 18. CONSTRUCCION ALCANTARILLADO SECUNDARIO CAMPO ALEGRE CORREGIMIENTO MONTEBELLO, 19. MEJORAMIENTO ACUEDUCTO FELIDIA, 20. CONSTRUCCION TANQUE Y OBRAS COMPLEMENTARIAS ACUEDUCTO PICHINDÉ, 21. IMPERMEABILIZACION PTAP KM 18, 22. CONSTRUCCION PTAR No. 1 CABECERA SALADITO, 23. MEJORAMIENTO PTAP Y NURO DE PROTECCION PILAS DE CABUYAL LOS ANDES, 24. IMPERMEABILIZACION PTAP CRISTO REY - MONACO - MAMEYAL, 25. CONSTRUCCION ALCANTARILLADO ATENAS - PILAS DEL CABUYAL, 26. CONSTRUCCION SISTEMA DE BOMBEO, ACUEDUCTO HACIENDA LA GLORIA, 27. ACOMETIDA ELECTRICA PARA SISTEMA DE BOMBEO AC HACIENDA LA GLORIA, 28. CONSTRUCCION PLANTA AGUA POTABLE COMPACTA PARA FAMILIAS HACIENDA LA GLORIA, 29. CONSTRUCCION TANQUE ELEVADO H=17 MTS; V=40 M3 PARA ACUEDUCTO HACIENDA LA GLORIA, 30. CONSTRUCCION RED DE DISTRIBUCION ACUEDUCTO HACIENDA LA GLORIA, 31. CONSTRUCCION DISTRITO DE RIESGO PARA FAMILIAS HACIENDA LA GLORIA, 32. CONSTRUCCION SISTEMAS DE TRATAMIENTO AGUAS RESIDUALES INDIVIDUALES”.

Corolario de lo anterior, es evidente que fue el Departamento del Valle del Cauca, quien fungió como entidad contratante, por ende, sería la entidad territorial que debió citar a una posible audiencia de incumplimiento y posterior declaratoria de incumplimiento, y no la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, pues la misma de ninguna manera puede cumplir las funciones del contratante, por el simple hecho que la Superintendencia de Servicios Públicos lo certificara de nuevo, siendo claro que el director de la Unidad carecía de competencia para citar, adelantar el trámite sancionatorio pertinente y mucho menos expedir la Resolución que declaró el incumplimiento del contrato de obra No. 1458 de 2017, máxime cuando la expedición de la misma genera precisamente una extralimitación en las atribuciones de su cargo.



#### 4. FALSA E INDEBIDA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN No. No. 4182.010.21.0.178 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2018 Y LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.180 DEL 2 DE DICIEMBRE DE 2018 PROFERIDAS POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI.

En primer lugar, es preciso recordar que la Constitución Política en su artículo 29 consagra el derecho fundamental al debido proceso, que debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Derivado de lo anterior, los actos administrativos tienen presupuestos de existencia y validez so pena de ser declarados nulos conforme al artículo 138 del C.P.A.C.A. Estos elementos son clasificados en internos y externos. Los primeros se refieren a las formalidades que debe tener todo acto administrativo y, los segundos, pretenden dar a conocer los motivos, objeto y finalidad, lo que hace que el administrado pueda controvertir o acoger lo expresado en ellos.

La exposición de motivos es una exigencia que se deriva del debido proceso y el derecho de defensa que garantiza la transparencia del ejercicio de la actividad pública, y permite al afectado conocer lo que se pretende con el acto notificado. En consonancia con ello, el artículo 42 del C.P.A.C.A., dispuso al respecto lo siguiente:

*“Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, **se tomará la decisión, que será motivada.***

*La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”.*

De conformidad con el artículo citado, los actos administrativos que contengan decisiones que afecten a los particulares deben motivarse al menos de forma sumaria, pues el análisis de los hechos y razones que fundamentan la decisión garantizan el derecho de defensa y de audiencia en contra de quien se profiere la providencia y enmarcan en este caso, el contenido de la discusión. Por lo tanto, los motivos de los actos administrativos constituyen un elemento estructural y su ausencia o la falsa motivación generan la nulidad del acto, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A.

Sobre esta causal de anulación el Consejo de Estado ha precisado que “(...)es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sentencia del 8 de febrero de 2007, expediente 15298, CP. María Inés Ortiz Barbosa.

El actuar de la administración y de sus funcionarios debe ceñirse a los preceptos constitucionales y legales más aun cuando se trata de la imposición de sanciones, pues el Estado de Derecho exige el cumplimiento del principio de legalidad aplicable al ordenamiento jurídico donde se haga uso del poder punitivo, el cual no es ilimitado y discrecional toda vez que la función sancionadora del Estado debe estar enmarcada en criterios de proporcionalidad y razonabilidad que legitimen su poder sancionador.

La proporcionalidad y razonabilidad son principios que están obligados a observar los funcionarios encargados de aplicar sanciones pues la manifestación del poder punitivo del Estado exige que se respeten las garantías constitucionales de manera que la sanción no sea arbitraria o excesiva.

En ese orden, para la imposición de una sanción debe revisarse las implicaciones de los supuestos incumplimientos por la persona competente para ello, al respecto es de señalar que la persona idónea para verificar en el caso que nos ocupa el supuesto incumplimiento contractual es el interventor del contrato y no el supervisor del interventor del contrato que en realidad no tiene competencia para ello, ni el conocimiento del mismo pues los detalles de la ejecución del contrato son de competencia de la interventoría, ya que se pudo omitir por el supervisor una causa extraña para el no cumplimiento, un desequilibrio contractual o cualquier situación que afecte la ejecución del contrato y no sea imputable al contratista.

En la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, se sostiene lo siguiente: *“Por lo anterior, es un yerro afirmar que la supervisión a cargo de la UAESPM hace referencia al seguimiento de la obra sino por el contrario corresponde al ejercicio de la entidad territorial sobre las actuaciones que debe adelantar la interventoría”.* (Subraya fuera de texto).

En ese sentido, se tiene que el supervisor de la interventoría hace un seguimiento a las obligaciones del interventor y no del contratista de obra por lo que el informe que dio lugar al inicio del proceso administrativo sancionatorio fue emitido por una persona que no era competente para impulsar el requerimiento, pues el debido proceso consistía en que el supervisor del contrato de interventoría requiriera al interventor para que se ejecutara el contrato en los términos debidos y, en ese orden, se expidiera un informe sobre el estado de ejecución del contrato pues como se mencionó anteriormente pueden ocurrir diferentes situaciones que afecten el cumplimiento del contrato y las mismas no sean imputables al contratista.

Así, el monto calculado para la multa a imponer, no señala la afectación sufrida en el cumplimiento del objeto contractual por lo que la imposición de la sanción constituiría una decisión arbitraria y excesiva sin observancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad exigidos por el ordenamiento jurídico.

Así entonces, se puede vislumbrar que el procedimiento que debió seguir la entidad administrativa para declarar el incumplimiento del Contrato era el plasmado en las normas imperantes en la materia, y no el actuar desprovisto de cuidado, oportunidad y respeto al debido proceso que adelantó la entidad territorial convocada, expidiendo entonces actos administrativos que carecen de la motivación suficiente para generar los efectos jurídicos que se pretendieron.



**5. LA RESOLUCIÓN No. 4182.010.21.0.178 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2018 VULNERÓ EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA QUE DEBE GOBERNAR EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y CON ELLO EL DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN DEL CONTRATISTA Y SU GARANTE.**

Para dar sustento al presente reparo, empezaré por definir a la luz de la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, el principio de congruencia, en aras de aterrizarlo al caso particular y demostrar como en el presente caso, éste fue abiertamente transgredido.

Sobre el particular, la Corte en Sentencia **T-033/02**, sostuvo lo siguiente:

*“Para la Corte, la congruencia es una regla que condiciona la competencia otorgada a las autoridades públicas, y en este sentido, delimitan el contenido de las decisiones que deben proferir, de tal manera que: a) solamente pueden resolver sobre lo solicitado o, b) en relación directa con aspectos vinculados a lo pedido por los interesados y que se encuentren debidamente probados. Este es el alcance que tiene el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo - previamente citado -, mediante el cual se reconoce y delimita el poder decisorio de la Administración en relación con las peticiones presentadas por los administrados en agotamiento de la vía gubernativa, y ello es así, porque de la aplicación de la regla de la congruencia, surge como garantía y derecho de los administrados la prohibición de la no “reformatio in pejus”, institución que se encuentra consagrada en el inciso 2º del artículo 31 de la Constitución, por virtud del cual: “El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.*

Por su parte, el Consejo de Estado, en Sentencia del 30 de octubre de 2013, expediente 2159, dispuso lo siguiente:

*“En este punto también es importante resaltar que para adoptar la decisión definitiva la administración deberá mantener las mismas garantías formales establecidas para el pliego de cargos acto con el cual deberá guardar coherencia como una manifestación del acatamiento de la administración al principio de congruencia y del respeto del debido proceso”.*

En el caso de marras, es evidente que la administración no observó el principio mencionado, pues éste, aterrizado al trámite de incumplimiento, regido por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, exige que la decisión final de la entidad convocante, esté acompañada con los fundamentos fácticos y jurídicos en que se basó la citación al trámite, circunstancia que en el sub examine brilló por su ausencia, pues bien, al momento de citar a Audiencia de Incumplimiento, hizo consistir el mismo en las obligaciones relacionadas con los frentes:

- Cabecera Pance.
- La vorágine.

- Ptard Pizamos el Hormiguero.
- Acueducto la Luisa – La Buitrera.
- La Fonda.
- Golondrinas.
- Campo Alegre corregimiento Montebello.
- La Paz.
- Felidia.
- Pichindè.

En tal virtud, tanto el contratista como la Compañía aseguradora que represento, presentamos descargos única y exclusivamente en relación con los escuetos cargos formulados frente a las obligaciones contractuales circunscritas a dichos frentes. No obstante, la entidad de manera arbitraria y en desobedecimiento del principio de congruencia, resolvió a través del acto recurrido, declarar el incumplimiento de obligaciones contractuales atinentes a los frentes: PILAS DEL CABUYAL Y LA GLORIA, mismos que no fueron objeto de citación y por tanto, tampoco lo fue de la defensa esgrimida por los citados atrás.

En este orden de cosas, claro es que al CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO 2016, y a la aseguradora que represento, les fue cercenada la posibilidad de defenderse en relación con los demás frentes que hacen parte del contrato de obra pero que en ningún momento fueron objeto de la citación que convocó al presente trámite, configurándose así una flagrante violación al debido proceso y derecho a la defensa de los mencionados, lo que una vez más demuestra la ilegalidad de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 de 2018, haciendo viable que la administración, revoque integralmente lo decidido en ella.

## **6. 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 la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, impuso una cláusula penal desproporcionada, sin consideración alguna de los avances que se tuvieron en la obra, y peor aún, sin siquiera determinar puntualmente el monto o porcentaje del incumplimiento que el CONSORCIO había supuestamente incumplido, al materializarse con una cláusula del 12.29% del valor del presupuesto oficial del contrato, tal y como se consignó en la página 19 de la Resolución que resolvió los recursos de reposición impetradas por el consorcio y la Compañía Mundial de Seguros.

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”*<sup>3</sup>. 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 Ricci<sup>4</sup>, 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:

*“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*

<sup>3</sup> ESCOBAR GIL Rodrigo. Teoría General de los contratos de la administración pública. Editorial Legis. Edición 2003.

<sup>4</sup> PINO RICCI Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición, 2005. Página 398.

*criterio de la equidad.”<sup>5</sup>*

Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. Al respecto expone Claro Solar<sup>6</sup>:

*“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

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero

<sup>6</sup> CLARO SOLAR, Luis. Ob. Cit. Págs. 520 y 521

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 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”<sup>7</sup>.*

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de marzo de 2000. Rad. 10540. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

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 estatales<sup>8</sup>.

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.”*<sup>9</sup>

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 SANEAMIENTO BÁSICO 2016.

De esta manera, al descender al caso en concreto es apenas lógico que, a pesar de que la UNIDAD fue incapaz de demostrar con criterio técnico el porcentaje de incumplimiento, lo único cierto es que el CONSORCIO sancionado cumplió con más del 41% del contrato de obra celebrado, lo que le da la totalidad del derecho de que la cláusula penal aplicada, en caso de

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

<sup>9</sup> PINO RICCI Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición, 2005. Página 398.

encontrarse justificado el incumplimiento, pueda ser reducida considerablemente, pues es evidente que una potestad arbitraria como la que impuso esta unidad, 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. DENTRO DEL TRÁMITE ADMINISTRATIVO SE VULNERÒ EL PROCESO CONSAGRADO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DE LA CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA DEL CONTRATO No. 1458 DE 2017.**

El párrafo segundo de la cláusula décima sexta establece:

*“PROCEDIMIENTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA Y/O CLÁUSULA DE MULTA O PENAL DE APREMIO: Advertida cualquiera de las circunstancias anotadas anteriormente, EL DEPARTAMENTO, comunicará por escrito al CONTRATISTA los hechos en que se funda el incumplimiento correspondiente e instará al cumplimiento de las obligaciones pertinentes indicando los cargos que se le formulan, citando a audiencia de descargos en donde EL CONTRATISTA tendrá la oportunidad de presentar sus descargos, solicitando el decreto de pruebas conducentes, pertinentes que le sirva de fundamento de sus descargos, EL DEPARTAMENTO, resolverá lo pertinente en la respectiva audiencia. Lo anterior con el fin de Garantizar el debido proceso, del que habla el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, como el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 “estatuto anticorrupción” y demás normas que la modifiquen aclaren o complementen. En todo caso se seguirá el procedimiento establecido en los pliegos de condiciones, como en las normas que regulan la material. (...)”. (Énfasis propio).*

De lo anterior, es posible afirmar que:

1. El Departamento del Valle del Cauca no comunicó escrito con incumplimiento siendo la parte contratante.
2. En la audiencia de descargos no se decretó ninguna de las pruebas solicitadas por el contratista y por el llamado en garantía, violando el derecho de defensa y contradicción siendo estas manifestaciones del principio de debido proceso.

Así las cosas, la audiencia realizada no cumple con lo establecido en el contrato celebrado y por tanto, viola las normas procesales concertadas con las partes y que rigen el iter contractual.

## **8. LAS RESOLUCIONES PROFERIDAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, DESCONOCIERON QUE EL CONTRATO DE SEGURO ES DE ÍNDOLE NETAMENTE INDEMNIZATORIO, CIRCUNSTANCIA QUE TRADUCE EN FALSA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y DESVIACIÓN DE PODER PARA SU EXPEDICIÓN.**



Se funda el presente reparo en que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, de Santiago de Cali, incurrió en un yerro insalvable desde que emitió la citación a la Audiencia de Incumplimiento, pues bien, por una parte, formuló de manera ambigua unos presuntos cargos en que hizo consistir el presunto incumplimiento contractual, solo en relación con los frentes ya mencionados que hacen parte de la obra, 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 entidad.

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:*

*GARANTIZAR EL PAGO **DE LOS PERJUICIOS** DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL CONTRATO No. 0130-18-12-1458 DE MARZO 29 DE 2017. (...).”*

Ahora, es menester recordarle a la entidad que el perjuicio, para efectos de revestir la virtualidad de indemnizable, **debe ser cierto**<sup>10</sup>, 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, 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 entidad de demostrarlo, dotándolo de certeza, característica indispensable para ser indemnizado.

En mérito de lo anterior, concluyo que los Actos Administrativos demandados, al imponer a mi procurada una obligación de pago, sin estructurar un perjuicio cierto, desconocieron 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

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección tercera, subsección A 27 de enero de 2012. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 20614.

de la decisión proferida, siendo procedente su nulidad, lo cual solicito de manera respetuosa.

#### **VI. PROCEDIMIENTO**

El medio de control que se instaura es el consagrado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir controversias contractuales, por medio del cual se solicita la nulidad de la Resolución No. 4182.010.21.178 del 30 de noviembre de 2018, y la Resolución No. 4182.010.21.0.180 del 2 de diciembre de 2018, proferidas por la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES y su respectivo restablecimiento del derecho.

#### **VI. JURAMENTO**

En representación de la sociedad **COMPAÑIA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** respetuosamente me permito manifestar bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado demanda alguna por los mismos hechos y pretensiones.

#### **VII. AGOTAMIENTO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS**

Se agotó el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 4182.010.21.178 del 30 de noviembre de 2018, interpuesto el mismo día de la diligencia, recurso que fue resuelto mediante la Resolución No. 4182.010.21.0.180 del 2 de diciembre de 2018, en la cual se negó la revocatoria del acto administrativo impugnado, pero se modificó parcialmente el artículo segundo de la resolución que impuso el incumplimiento, relacionado con el porcentaje de la cláusula penal.

#### **VIII. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO**

La competencia será del honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 156, 157 y numeral 2º del artículo 152 del CPACA, pues tanto por el factor territorial como por la cuantía del mismo, corresponde su conocimiento a esta corporación.

Con respecto a la cuantía y dando alcance al numeral 5º del artículo 152 del CPACA es evidente que la cuantía excede los 500 SMMLV que exige dicha norma para que sea el asunto de competencia del Honorable Tribunal Contencioso administrativo en primera instancia.

La demanda deberá tramitarse por el Procedimiento establecido en la PARTE SEGUNDA *“Organización de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de sus funciones Jurisdiccionales y Consultivas” CAPITULO V “Demanda y proceso Contencioso Administrativo”* de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## **IX. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA**

La cuantía de este proceso deberá estimarse de conformidad a la sanción que impuso la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES**, al declarar el siniestro de incumplimiento del referido contrato de obra y ordenar al hacer efectiva la cláusula penal y la garantía de la citada póliza, es decir, por el 12.29% del valor total del contrato.

Teniendo en cuenta que el contrato suscrito entre la GOBERNACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA y el CONSORCIO SANEAMIENTO BASICO 2016, fue asegurado por mi representada, y en dicha póliza se otorgó una cobertura de la cláusula penal, la cual era del 20% del presupuesto oficial o valor total del contrato.

Se debe tener en cuenta que el presupuesto oficial del contrato era de **OCHO MIL CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS DIECISIETE MIL NUEVE PESOS M/CTE (\$8.173.817.009.00)**, es por ello que la cuantía de este eventual proceso, debe estimarse en el 12.29% de ese valor, pues ese es el valor de la sanción impuesta en los actos administrativos de cuya nulidad se pretende, por lo tanto se estima la cuantía en **MIL CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS DOS PESOS M/CTE (\$1.004.765.902)**. Ello sin perjuicio del eventual restablecimiento del derecho que logre probarse en caso de que las pretensiones sean concedidas.

## **X. RELACIÓN PROBATORIA**

Presento a usted los siguientes documentos, para que sean tenidos como pruebas dentro de la diligencia:

- a. Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de la ciudad de Cali, de la **COMPAÑIA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, donde está registrada la Escritura Pública mediante la cual se otorgó al suscrito poder general para representar judicialmente a la **COMPAÑIA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**
- b. Copia del Contrato de obra No. 0130 – 18 – 12 – 1458 de 2017 suscrito con el CONSORCIO SANEAMIENTO BASICO CORREGIMIENTOS CALI 2016.
- c. Otrosí No. 001, por medio del cual se concedió prórroga de ciento veinte (120) días al contrato de obra pública No. 0130.18.12.1458 de 2017, esto es, desde el 29 de diciembre de 2017 al 29 de abril de 2018.

- d. Otrosí No. 002, por medio del cual se concedió prórroga de ciento ochenta (180) días al contrato de obra pública No. 0130.18.12.1458 de 2017, esto es, desde el 29 de diciembre de 2017 al 29 de abril de 2018.
- e. Copia de la Garantía Única de Cumplimiento No. C- 100020905 expedida por COMPAÑIA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., la cual incluye los anexos No. 0 al No. 7, así como su condicionado particular y general.
- f. Copia de todas y cada una de las actas de audiencia de procedimiento administrativo sancionatorio de incumplimiento, llevadas a cabo en el año 2018.
- g. Copia de la Resolución No. 4182..010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, proferida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES DE LA ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, *“Por medio del cual se declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria del contrato de obra pública No. 0130-18-12 1458 de 2017”,* cuyo objeto era: *“Atender de manera prioritaria por la descertificación del Municipio de Cali – Valle por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos mediante la Resolución No. 20164010015125 que cobró firmeza el día 19 de julio de 2016y en cumplimiento del numeral 7 del artículo 2.3.5.1.2.2.14 del Decreto 1077 de 2015 el mejoramiento sistemas de acueducto y potabilización de agua de consumo área rural municipio de Santiago de Cali; mejoramiento sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales domésticas área rural del municipio de Santiago de Cali, construcción acueducto múltiples usos (doméstico y agropecuario) y sistemas individuales de tratamiento de agua residual domestica de las familias beneficiadas restitución de tierras haciendo La Gloria, vereda Cascajal, corregimiento el Hormiguero – Cali. Cumplimiento sentencia 017 de abril de 2012 del Juzgado Primero, restitución de Tierras Pereira”.* Igualmente, se ordenó hacer efectiva la Cláusula Décima Sexta del contrato No. 0130-18-12-1458 de 2017, es decir la cláusula penal pecuniaria, como también la ocurrencia del siniestro del incumplimiento amparado con la Póliza No. C-100020905, expedida por mi representada, por valor de MIL TRESCIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS VEINTIUN PESOS, (\$1.307.810.721).
- h. Copia de la Resolución No. 4182.010.21.0.180 del 2 de diciembre de 2018, emitida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES DE LA ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, *“por medio de la cual se resuelve los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 4182.010.21.0.178 de 2018”.*
- i. Copia de la Resolución de Liquidación Unilateral del Contrato No. 4182.010.21.0.103 del 31 de mayo de 2019.

- j. Copia de la Resolución No. 4182.010.21.0.203 que confirma la Liquidación Unilateral del Contrato.
- k. Copia de los informes de supervisión realizados durante los diferentes procedimientos administrativos sancionatorios adelantados.
- l. Copia acta de audiencia de conciliación celebrada el 14 de septiembre de 2020, ante la Procuraduría 166 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Cali.
- m. Copia de constancia de audiencia de conciliación extrajudicial expedida por la Procuraduría 166 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Cali.

### **XI. ANEXOS**

- Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.

### **XII. NOTIFICACIONES**

A mi mandante **COMPAÑIA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**, en la C 22N 6 AN - 24 OFC 1003 en la ciudad de Cali – Valle, la dirección electrónica es: [mundial@segurosmundial.com.co](mailto:mundial@segurosmundial.com.co)

Al suscrito apoderado en la Avenida 6A BIS # 35 N 100, Oficina 212 del Centro Empresarial Chipichape de la ciudad de Cali. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el artículo 162 Numeral 7 del CPACA, la dirección electrónica es: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

A la administración Pública representada por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES** de la **ALCALDÍA DE CALI** en la Avenida 2 Norte No. 10 - 70 – en el Centro Administrativo Municipal CAM-Torre Alcaldía, y a la dirección de correo electrónico para efectos de Notificación electrónica: [notificacionesjudiciales@cali.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cali.gov.co)

Al CONSORCIO SANEAMIENTO BASICO CORREGIMIENTOS CALI 2016 como vinculado al proceso judicial en la dirección Calle 1 A No. 69-38 Barrio Lourdes de la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

A la oficina de la Agencia Nacional de Defensa Judicial a la Carrera 101 No. 17 – 96 Cali - Valle, a la dirección de correo electrónico para efectos de Notificación electrónica: [info@tlingeambiente.com](mailto:info@tlingeambiente.com)

Cordialmente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA.**  
C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.  
T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.

