

TRD 110-08-1_12

Santiago de Cali, enero de 2025.

Doctor:

FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ

**MAGISTRADO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA
E.S.D**

EXPEDIENTE	76001233300020200154700
DEMANDANTE	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A
DEMANDADO	DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI -UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES
MEDIO DE CONTROL	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
ASUNTO	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EDGAR JOSÉ POLANCO PEREIRA, mayor de edad, domiciliado en Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.918.747 de Cali y portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 140.742 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de la Sociedad Esdras MD Ingeniería S.A.S y **CRISTHIAN CAMILO MORENO HERRERA** como miembros del **CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO 2016**, vinculados como *litisconsortes* necesario en el presente asunto, y encontrándome dentro del término, me permito dar contestación de la demanda en los siguientes términos:

A LOS HECHOS:

PRIMERO : ES CIERTO. El proceso de Contratación fue licitado por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y no por la hoy entidad demandada **DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI**.

SEGUNDO: ES CIERTO, en esos términos fue determinada la Licitación Pública No. LP-SVH-002-2016.

TERCERO. ES CIERTO. El Contrato de Obra Pública No. 0130.18.12.1458 de 2017 fue suscrito entre el el **CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO**

CORREGIMIENTOS CALI 2016 y el Departamento del Valle del Cauca – Secretaría Vivienda y Hábitat.

CUARTO: ES CIERTO . De acuerdo con la cláusula primera del contrato de obra No 0130.18.12.1458 de 2017.

QUINTO: ES CIERTO.

SEXTO: ES CIERTO, el día 16 de mayo de 2017, el Consorcio Saneamiento Básico 2106 solicitó a la Gobernación del Valle del Cauca - Secretaria de Vivienda y Hábitat la suspensión del contrato de obra No 0130.18.12.1458 de 2017, por razones no imputables al mismo, y el día 26 de mayo de 2017 se suscribió acta de suspensión (tal como se menciona en los considerandos los literales “E, G” del Otrosí No. 1 de fecha 29 de diciembre de 2017 suscrito por la parte demandada y el Consorcio Saneamiento Básico 2016. Pruebas aportadas en la plataforma Samai).

SÉPTIMO: PARCIALMENTE CIERTO. Aunque la Superintendencia de Servicios Públicos expide el acto que certifica nuevamente al Municipio de Cali, **NO ES CIERTO** que por ello el MUNICIPIO DE CALI haya asumido la competencia respecto del contrato de obra pública.

OCTAVO: NO ME CONSTA. Se desconoce si este Acto de Empalme se ejecutó, como tampoco le consta a mis representados que de haberse llevado a cabo, en el relacionara el Contrato de Obra Pública No 0130.18.12.1458 de 2017.

NOVENO. NO ME CONSTA. A los miembros del Consorcio Contratista no les fue notificado ningún acto de cambio de Supervisor.

DÉCIMO: ES CIERTO. Así se acredita con el otrosí aportado con la demanda.

UNDÉCIMO: ES CIERTO. De acuerdo a las pruebas consignadas con la demanda y registradas en la plataforma Samai mediante Acta del 22 de marzo de 2018. el director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales UAESPM, da inicio al proceso de aplicación de sanciones pecuniarias por incumplimiento parcial en la ejecución del contrato de obra civil No. 0130-18-12-1458 de 2017

DUODÉCIMO: ES CIERTO.

DÉCIMO TERCERO: ES CIERTO, está señalado en la Resolución No 4182010.21.0.047 del 30 de mayo de 2018 “ por medio del cual se decide sobre la imposición o no del a multa, sanción o declaratoria de incumplimiento de obra publica No 0130.18.12.1458 de 2017”

DÉCIMO CUARTO: ES CIERTO. En el Acta de Audiencia quedaron consignadas las solicitudes de pruebas por los miembros del Consorcio y de la Aseguradora.

DÉCIMO QUINTO: ES CIERTO. La Resolución de Incumplimiento que se demanda resolvió lo transcrito.

DÉCIMO SEXTO: ES CIERTO. Tanto el Consorcio Contratista como la Aseguradora presentaron recursos contra la decisión. Lo cual quedó documentado en el Acta de Audiencia de Incumplimiento.

DÉCIMO SÉPTIMO: ES CIERTO. Así quedó consignado en el Acta.

DÉCIMO OCTAVO : ES CIERTO. En el día indicado se procedió a sustentar los recursos, se suspendió la audiencia y se reanudó un día domingo.

DÉCIMO NOVENO: ES CIERTO: La entidad hizo una indebida tasación de la cláusula penal, la que en todo caso debió ser expresamente determinada desde el mismo Oficio en que fue citado el Consorcio Contratista, pero así no lo hizo.

VIGÉSIMO: ES CIERTO. Es la transcripción de la parte Resolutiva del acto de Liquidación Unilateral del Contrato de obra No. 0130-18-12-1458 de 2017.

VIGESIMO PRIMERO: ES CIERTO. De acuerdo a lo consignado en la parte considerativa de la Resolución que resolvió el recurso de reposición.

VIGÉSIMO SEGUNDO: NO ME CONSTA. Dicha solicitud no fue puesta bajo el conocimiento de mi poderdante.

VIGÉSIMO TERCERO: NO ME CONSTA. De esta información no tuvo conocimiento mi poderdante.

VIGÉSIMO CUARTO: ES CIERTO. De acuerdo a las pruebas consignadas con la demanda y registradas en la plataforma Samai.

VIGÉSIMO QUINTO: NO ME CONSTA. Sobre este hecho mi poderdante no tuvo conocimiento.

VIGÉSIMO SEXTO: NO ME CONSTA. Sobre esta comunicación mi poderdante no tuvo conocimiento.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: ES CIERTO, según se acredita con la constancia aportada con la demanda.

VIGÉSIMO OCTAVO: ES CIERTO, según fue allegado con la demanda.

FRENTE A LAS PRETENSIONES:

Le solicito a los Honorables Magistrados se sirvan acceder a las pretensiones de la demanda en la forma como fue solicitada por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS y en consecuencia se declare:

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”
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 resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 4182.010.21.0.178 de 2018”.
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.

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, como lo es el proceso coactivo que fue

iniciado por la Oficina Técnica Operativa de Cobro Coactivo, quien libró mandamiento de pago a través de la Resolución No. 4143.032.9.5442242 del 2 de julio del año 2019, teniendo como título ejecutivo los actos administrativos que aquí se demandan, tal como se detalla a continuación:



AUTO No. 4131.032.9.5.18 DE 2024
(marzo 13)

**POR MEDIO DEL CUAL SE ORDENA REINICIAR PROCESO DE COBRO
COACTIVO SUSPENDIDO**

La Jefe de Oficina Técnica Operativa de Cobro Coactivo, en uso de sus facultades legales y dando cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Extraordinario No. 411.0.20.0516 del 28 de septiembre de 2016, "por el cual se determina la estructura de la Administración Central y las funciones de sus dependencias", en el Decreto No. 411.0.20.0673 del 06 de diciembre de 2016, "por el cual se adopta el manual específico de funciones y de competencias laborales de las distintas denominaciones de empleo adscritos a la planta de personal de la Administración Central del Municipio Santiago de Cali", en el Decreto No. 4112.010.20.0091 del 21 de febrero de 2024 "por el cual se realiza un nombramiento ordinario en la Administración Central Municipal", y Acta de Posesión No.203 del 01 de marzo de 2024, Acuerdo No. 410 del 03 de marzo de 2017 artículo 5, en el Decreto 4112.010.20.0386 del 1° de junio de 2017 "por el cual se delega la función de cobro coactivo y la prescripción de obligaciones a favor del Municipio en el Jefe de la oficina Técnica Operativa de Cobro Coactivo de la Subdirección de Tesorería Municipal", en el Decreto Extraordinario Municipal No. 411.0.20.0139 de Febrero 28 de 2012 modificado por el decreto extraordinario 4112010.20.0298 del 18 julio de 2018 y el Estatuto Tributario Nacional,

CONSIDERANDO

Que, mediante radicado No.201941820100006924 del 13 de mayo de 2019, La Unidad Administrativa Especial de servicios Públicos Municipales, traslado las resoluciones No. 4182.010.21.0.178 de 2018 "por medio del cual se declaró en incumplimiento del contrato de obra pública No. 0130-18-12 1458 de 2017" y modificada parcialmente mediante resolución No.4182.010.21.0.180 de 2018 del 2 de diciembre de 2018 " por medio del cual se resuelve los recursos de reposición interpuesto contra la resolución No. 0130-18-12-1458 de 2017 del 30 de noviembre de 2018" esto con el fin de realizar el procedimiento de cobro persuasivo y coactivo.

Que, la Oficina Técnica Operativa de Cobro Coactivo, libró Mandamiento de Pago mediante Resolución No. 4131.032.9.5.442242 del 02 de julio de 2019, en contra de CONSORCIO SANEAMIENTO BASICO CORREGIMIENTOS CALI 2016, identificado con NIT. 901065597-2, para el cobro de la obligación contenida en un contrato de obra.

Que, mediante Orfeo No. 202341730100047832, el señor EDGAR JOSÉ POLANCO PEREIRA, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.918.747 de Cali, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 140.742 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado especial de CRISTHIAN CAMILO MORENO HERRERA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.219.577 representante de ESDRAS MD INGENIERIA S.A.S, sociedad comercial identificada con el Nit 900.595.482-4, miembro del CONSORCIO SANEAMIENTO BÁSICO CALI 2016, identificado con NIT: N° 901065597-2, solicita la suspensión del proceso administrativo de cobro coactivo, Argumentado que en la actualidad cursa demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el radicado N° 76001233300020210100000, en contra de los actos administrativos que dieron origen al proceso de cobro coactivo.



2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, restablecimiento del derecho y/o indemnización de los perjuicios se ordene:

1. al MUNICIPIO DE CALI - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES DE LA ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, el reconocimiento y pago de los perjuicios derivados del embargo de las cuentas por concepto de la ejecución de la medida de embargo dentro del proceso de cobro coactivo en el que se libró mandamiento de pago con base en las Resoluciones que aquí se demandan.

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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Señores Magistrados, estimo que con la expedición de los actos demandados, se han vulnerado las siguientes disposiciones:

La Constitución Política; Ley 80 de 1993; Ley 1150 de 2007; la Ley 1437 de 2011, el Decreto 1510 de 2013, el Decreto Reglamentario 734 de 2012 y la Ley 1474 de 2011.

Jurisprudencia del Consejo de Estado vigente en materia de contratación estatal y demás normas concordantes.

Los actos contractuales que se demandan incurren en los siguientes vicios de nulidad:

Concepto de la violación:

Señores Magistrados este extremo procesal se allana a los fundamentos y cargos de violación ya expuestos en la demanda, a los que acudirá de manera extensa y

adecuándolos a la situación del Consorcio Contratista y de los miembros del Consorcio a quienes apodero.

1. Violación al Debido Proceso:

De conformidad con la Ley 1150 de 2007, las entidades públicas se encuentran facultadas para declarar el incumplimiento del contrato estatal, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 consagra el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, al establecer:

***“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. 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”*

El procedimiento sancionatorio para la declaratoria de incumplimiento se encuentra previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que dispone:

***“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.

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 05001-23-33-000-2013-00511-01(55476) de 20 de noviembre de 2023, C.P. Dra. María Adriana Marín.

<Texto adicionado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 537 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:>

Procedimientos sancionatorios. *Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.*

La entidad estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la Información generada.

Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto”.

La citación, de acuerdo con el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe contener un soporte fáctico detallado, **adjuntar los informes de interventoría y/o supervisión que sustentan el trámite,** y enunciar las normas o cláusulas presuntamente violadas.

Además la citación cumple en esencia la misma finalidad del pliego de cargos, por lo que en ese momento le correspondía a la Administración determinar la cuantificación del perjuicio en el evento de declarar el incumplimiento.

Mis representados, como miembros del consorcio contratista no recibieron los anexos que se indicaban en la citación, y por ello se solicitó dentro de los descargos la práctica de las siguientes pruebas:

- 2) se exhiba en el tramite de esta audiencia, el informe de supervisión que soporta la convocatoria, el informe de interventoría y del contratista de obra "informes de septiembre y octubre de 2018" se hace necesario que se revelen para que le permita al Consorcio conocer los alcances del mismo.
 - 3) Se ponga de presente los alcances del acta de Comité del 20 de noviembre de 2018 al que se ha hecho referencia, porque es núcleo esencial del argumento del consorcio, porque tienen que ser valorados en garantía del derecho fundamental de contradicción
 - 4) Se ponga de presente y se exhiba el acto administrativo mediante el cual, la dirección de la UEASPM delegó la función para la supervisión de este contrato, que es el soporte del informe que se sustenta la responsabilidad.
 - 5) La UAESPM oficie a la interventoría para que expida certificación, en el sentido de indicar, si ha presentado informe de interventoría donde haya sugerido la convocatoria de una convocatoria de incumplimiento a la UEASPM, por resultar necesaria conducente y procedente para la determinación de responsabilidades.
 - 6) Haga pronunciamiento expreso de las solicitudes de revocatoria del debido proceso, sobre el decreto y practica de pruebas que permita garantizar el debido proceso, una vez, decretadas y practicadas la misma o en su defecto no practicadas, bajo el alcance del artículo 5 y 8 del 1437 se permita la intervención para presentar los alegatos de conclusión, porque la ley no se sustrae que se concluya.
-

Estas pruebas fueron negadas, pese a su conducencia dentro del trámite sancionatorio de incumplimiento, las que en todo caso debieron ser puestas en conocimiento de mis poderdantes en forma previa al inicio de la audiencia sancionatoria.

Esta vulneración es de tan magnitud que le impidió a los miembros del consorcio ejercer de manera plena y efectiva su derecho defensa, con mayor razón ante las razones que les impedían conocer todos los detalles de los informe de supervisión, ante las diferencias presentadas con uno de los miembros del consorcio, de lo cual estaba enterada la entidad contratante.

Ahora bien, en este argumento debe también tenerse en cuenta que en el mes de noviembre de 2024 la empresa interventora fundamentó la solicitud de prórroga del Contrato de Obra, tal como así quedó consignado en el Acta de Audiencia Sancionatoria del 2 de diciembre de 2018, en los siguientes términos:

22. Que el Consorcio Interventoría Obras Cali mediante oficio radicado No. 201841480100051162 de fecha 19 de noviembre de 2018, emite concepto favorable de la prórroga solicitada por el contratista de obra.
23. Que el Consorcio Interventoría Obras Cali mediante oficio radicado No. 201841420100051592 de fecha 21 de noviembre de 2018, remite copia del oficio radicado al contratista de obra No. CIOC-112-2018, en el que solicita presentar los cronogramas individuales de cada obra y el ajuste para la recuperación del atraso, así como el plan de trabajo día a día, para cumplir con la fecha de entrega del 03 de diciembre de 2018, igual mente le solicita acompañar los descargos que validen los atrasos.

El visto bueno que diera el interventor de la obra el día 19 de noviembre de 2018, pese a no haber sido aceptado por la Contratante, sí constituye un indicio de la posibilidad de ejecutar la obra contratada conforme a la prórroga solicitada.

Con la negación de las demás pruebas también la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales desconoció los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, pues los argumentos no se fundamentaron en 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”.

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 sólo 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, cuando con ellas se pretendía acreditar técnicamente la ejecución contractual.

En este orden de ideas 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”.

El mismo acto administrativo deja en evidencia la vulneración del derecho de defensa del Consorcio Contratista, quienes no tuvieron la oportunidad de que las pruebas solicitadas siquiera fueran decretadas y practicadas.

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 sólo 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.

La necesidad de la práctica de las pruebas 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.

Por todos estos argumentos Señores Magistrados, el cargo de violación al debido proceso debe prosperar y en consecuencia declarar la nulidad de los actos que se demandan.

2. Falsa Motivación y Violación directa de la Ley.

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”. (Sentencia del 8 de febrero de 2007, expediente 15298, CP. María Inés Ortiz Barbosa.).

Ahora bien, el actuar de la administración y de sus funcionarios debe ceñirse a los preceptos constitucionales y legales más aún 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.

Sobre este particular la Corte Constitucional en Sentencia C-499 de agosto de 2015, consideró:

*“vulneración del derecho a un debido proceso (art. 29 CP), del principio de buena fe (art. 83 CP) y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228 CP). En el análisis de este cargo se estudió el derecho a un debido proceso, para destacar su aplicación en las actuaciones judiciales y administrativas, con las particularidades de cada una de ellas conforme a su finalidad; el principio de buena fe, para precisar su sentido y señalar que la presunción de buena fe admite prueba en contrario y que en algunos casos excepcionales es posible presumir la mala fe; y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, para poner de presente la función instrumental que tienen éstas respecto de aquél. A partir de estos parámetros, se descendió al caso concreto (i) **para advertir que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato estatal debe hacerse por medio de una resolución motivada de la entidad estatal, luego haberse seguido un procedimiento administrativo, al cual el contratista y su garante son citados, pueden intervenir y tienen la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las que se presenten en su contra;** (ii) **para indicar que ni la existencia de los perjuicios ni su cuantía se presumen, sino que resultan del ejercicio probatorio, que brinda los elementos empíricos necesarios para desvirtuar la presunción de buena fe;** (iii) **para constatar que, al fundarse en pruebas, la cuantificación de los perjuicios obedece a la realidad de la ejecución del contrato y, en modo alguno, comporta la prevalencia de las formas sobre el derecho sustancial;** y (iv) **para destacar que el procedimiento administrativo en su trámite y, en especial, en cuanto atañe a la práctica, controversia y valoración de las pruebas, no desconoce el derecho a un debido proceso.**” (se subraya y destaca).*

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”*.

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.

De ahí que se logre advertir en la Resolución de Incumplimiento que 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 constituye 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.

Bajo este derrotero, 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, de manera expresa lo consagrado 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.

Evidencia clara de la indefinición en la tasación de la cláusula penal, quedó consignada en la página 14 de la Resolución No. 4182.010.21.0.178 del 30 de noviembre de 2018, en la que la UAESPM señala:

“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”.

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%, sin contar para esta conclusión con un análisis técnico, científico e imparcial.

Según entonces lo decidido el cumplimiento de la obra había sido únicamente del 20%, lo que tampoco estaba determinado.

De esta manera queda claro que si la entidad sancionadora ni siquiera tenía claro un presunto 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?.

Es por esta razón que la administración incurrió en la violación directa de la Ley, al no haber cumplido todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en una falsa motivación, especialmente en la cuantificación del perjuicio.

3. Falta 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 :

“(…) 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. (...) (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 Rodriguez, Subsección A de la Sección Tercera de Consejo de Estado).

En el caso bajo examen el Contrato de Obra objeto de este proceso 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 DESERTIFICACIÓN DEL MUNICIPIO DE CALI - VALLE POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS MEDIANTE LA RESOLUCIÓN NO.20164010015125 QUE COBRÒ FIRMEZA EL 19 DE JULIO DE 2016 Y 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 DOMESTICAS ÁREA RURAL DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI , CONSTRUCCION ACUEDUCTO MULTIPLES USOS (DOMESTICOS Y AGROPECUARIO)”

Es evidente entonces 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.

Como podrá advertir de las pruebas que obran en el proceso, no existió ninguna cesión del contrato estatal, fuente de derechos y obligaciones entre el Departamento del Valle del Cauca y el Municipio de Cali, como tampoco es posible inferir que la cesión opere por ministerio de ley, puesto que ésta no lo dispone así.

Entonces, como quiera que no existe un acto expreso de cesión del contrato estatal, fuente de derechos que le otorgue a la entidad demandada la **POTESTAD SANCIONATORIA**, no le era posible ejercerla.

Al no existir un acto, reglamento o ley que le otorgue al DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI -UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES dicha facultad, no es posible inferirla.

En relación con los elementos esenciales de la potestad sancionatoria, señaló el Consejo de Estado en providencia del 22 de octubre del año 2012. Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738) Actor: SOCIEDAD VELEZ MESA Y CIA LTDA. Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES, con Ponencia del Dr. ENRIQUE GIL BOTERO, lo siguiente:

“De otra parte, la potestad sancionadora, al igual que ocurre con otras potestades reconocidas a la Administración, sólo se puede concebir bajo el postulado según el cual la actividad administrativa se halla supeditada al derecho. Es decir, no se trata de un poder aislado sino sometido en todo momento al principio de legalidad. Esta obviedad relaciona directamente la utilización de la caducidad con varias disposiciones constitucionales:

- 1. El artículo 121, porque se trata de una competencia expresamente atribuida por la ley a la autoridad pública que conlleva una vinculación positiva con las normas superiores que sirven de soporte a las decisiones punitivas;*
- 2. El artículo 122, ya que su ejercicio encuentra correspondencia en las competencias asignadas a los funcionarios, las cuales se materializan en el contenido funcional de los empleos públicos, y,*
- 3. El artículo 6º en razón a que la autoridad al hacer uso de las facultades sancionatorias confiadas no puede omitir los condicionamientos que el ordenamiento jurídico impone para su ejercicio así como tampoco extralimitarse en las consecuencias a imponer.*

Visto lo anterior, la potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción. Cada uno de estos aspectos, tratándose de caducidad de los contratos estatales, presentan las siguientes especificidades: 1. El sancionar en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca en la actualidad que a la Administración se le confía parte del ius puniendi del Estado, la posibilidad de su ejercicio se supedita a una habilitación legal expresa, pues como ya tuvo oportunidad de decirse, en este ámbito se presenta una vinculación de carácter positivo con el principio de legalidad. Como se sostuvo líneas atrás, el Decreto 222 de 1983 reconoció la capacidad de imponer sanciones en varias de sus disposiciones, particularmente en los artículos 13 y 60. A su vez, la ley 80 de 1993 haría lo propio en el artículo 18”.

Teniendo en cuenta entonces que para el caso de marras no existió cesión del contrato estatal, fuente de derechos y obligaciones de la entidad contratante DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, como tampoco dicha cesión opera por virtud de la Ley, no es posible inferir que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES tuviera competencia para adelantar dicho trámite, por lo que se encuentra acreditado este cargo de violación que impone la declaración de nulidad de los actos enjuiciados.

4. Incongruencia entre el pliego de cargos (citación) y la Resolución de Incumplimiento:

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

En tal virtud, el Consorcio contratista presentó 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, le 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 procedente su nulidad.

5. Violación del principio de proporcionalidad de la cláusula penal como sanción.

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 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.

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.

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. 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, 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 criterio de la equidad.” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero).

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 (CLARO SOLAR, Luis. Ob. Cit. Págs. 520 y 521).

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

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

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

(...)

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

Las normas transcritas consagran el principio de proporcionalidad en materia de sanciones, que aplica completamente a los contratos y convenios estatales por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que los contratos estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias expresamente reguladas por la mencionada ley.

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”.

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

La reducción de la cláusula penal pecuniaria es un tema pacífico en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en la Doctrina especializada.

Prueba de lo anterior, es que el Tratadista Jorge Pino Ricci establece en su obra “El régimen jurídico de los contratos estatales”, que “se podrá reducir el valor de la

penal pecuniaria si el deudor ha cumplido parte de la obligación principal y el acreedor lo ha aceptado. Esta disminución será proporcional a la parte recibida.” (PINO RICCI Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición, 2005. Página 398).

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.

Como quiera que la UNIDAD no demostró con criterio técnico el porcentaje de incumplimiento, se destruye la presunción de legalidad de los actos demandados.

Conforme a lo expuesto, solicito a su señoría respectivamente se acceda a las pretensiones .

PRUEBAS:

Pruebas documentales que se aportan:

Señor Magistrado apporto las pruebas documentales que tengo en mi poder por haber sido recaudadas dentro de otro proceso judicial, aclarando que respecto de la ejecución del contrato mis poderdantes no cuentan con ninguna documentación:

1. Documento en PDF denominado antecedentes de las Resoluciones de Incumplimiento.
2. Acta de incumplimiento.
3. Proceso de cobro coactivo adelantado con ocasión de los actos que aquí se demandan.
4. Derecho de petición con sus respectiva constancia de radicados en el Departamento del Valle del Cauca con radicado con No 2025002245 del 23/01/2025 y derecho de petición ante la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES DE LA ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI, solicitando toda la documentación que se pide obtener a través de “documentales a pedir de oficio”, con radicado No 202541730100118102 del 23 de enero de 2025.
5. Documento PDF denominado “Documentos Contrato” con el Acta de Conformación del Consorcio; el Acta de inicio; Acta de Suspensión y de Reinicio; Concepto Jurídico de Julio de 2017; Otrosí 3 al contrato; Otrosí 4 al Contrato.

Pruebas documentales a pedir de Oficio.

1. Líbrese Oficio a la Secretaría de Vivienda y Hábitat de la Gobernación del Valle del Cauca, solicitando la totalidad del expediente contractual del Contrato de obra Pública No. 0130.18.12.1458 de 2017, que 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”.

2. Líbrese Oficio a la Secretaría de Vivienda y Hábitat de la Gobernación del Valle del Cauca, solicitando el envío de los siguientes documentos:

La petición del 16 de mayo de 2017 a través de la cual el Consorcio contratista solicitó a la Gobernación del Valle -Secretaría Vivienda y Hábitat, la suspensión del contrato por razones no imputables al mismo.

Acta de Suspensión Nro. 1 el día 26 de mayo de 2017.

Otrosí sin fecha ni número, a través del cual el Departamento del Valle del Cauca y el Consorcio Contratista adicionaron al clausulado convenido la actividad de gestión y adquisición predial para la compra del lote donde se construiría la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Domesticas (PTARD), del corregimiento del Saladito, de acuerdo con el contenido detallado de las clausulas allí contenidas.

3. Líbrese Oficio a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES de la Alcaldía de Santiago de Cali, UAESPM, solicitando envíe el Oficio con Radicado Orfeo No. 201741820100025771 del 26 de diciembre de 2017, a través del cual el Supervisor del Contrato solicitó al Director de la UAESPM 'reserva presupuestal al contrato de obra civil No. 0130-18-12-1458 del 29 de mayo de 2016 e interventoría No. 0130-18-12-1457 de 2017”.

4. Líbrese oficio a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES de la Alcaldía de Santiago de Cali, UAESPM, solicitando el envío de la Resolución 4182.010.21.0.093 del 14 de octubre de 2017 a la que hace alusión el Otrosí No. 001 AL CONTRATO DE OBRA 0130-18-12-1458 DE 2017.

5. Líbrese oficio a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES de la Alcaldía de Santiago de Cali, UAESPM, solicitando el envío de la totalidad de los INFORMES DE INTERVENTORÍA rendidos por la firma interventora del contrato CONSORCIO INTERVENTORÍAS

CALI 2017, representado por la arquitecta GLORIA STELLA DE LA ROCHE MENDOZA.

6. Líbrese oficio a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES de la Alcaldía de Santiago de Cali, UAESPM, solicitando el envío del informe de interventoría al que se refiere el Acta de Audiencia Sancionatoria y que fue solicitado como prueba por el Consorcio Contratista, para ejercer su derecho de defensa, al que se hace alusión en el documento en los siguientes términos:

El segundo presentado por la interventoría el día 20 de noviembre de 2018, en el que evidencia ejecución física obra por obra y la ejecución semanal desde el 2 de octubre del 2018, que incorpora todo el mes de septiembre y hasta el de noviembre (8 folios).

7. Líbrese oficio a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES de la Alcaldía de Santiago de Cali, UAESPM, solicitando el envío del Oficio con radicado No. **201841480100051162 del 19 de noviembre de 2018**, a través del cual el Consorcio Interventor del Contrato de Obra fundamentó la solicitud de prórroga del Contrato de Obra, el que quedó individualizado en el Acta de Audiencia Sancionatoria del 2 de diciembre de 2018, en los siguientes términos:

22. Que el Consorcio Interventoría Obras Cali mediante oficio radicado No. 201841480100051162 de fecha 19 de noviembre de 2018, emite concepto favorable de la prórroga solicitada por el contratista de obra.

23. Que el Consorcio Interventoría Obras Cali mediante oficio radicado No. 201841420100051592 de fecha 21 de noviembre de 2018, remite copia del oficio radicado al contratista de obra No. CIOC-112-2018, en el que solicita presentar los cronogramas individuales de cada obra y el ajuste para la recuperación del atraso, así como el plan de trabajo día a día, para cumplir con la fecha de entrega del 03 de diciembre de 2018, igual mente le solicita acompañar los descargos que validen los atrasos.

8. Líbrese oficio a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES de la Alcaldía de Santiago de Cali, UAESPM, solicitando el envío del acto a través del cual Señor **FRANCISCO JAVIER BONILLA HURTADO** Profesional Especializado de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales fue designado como supervisor del Contrato de Obra Pública No. 0130-18-12 1458 de 2017.

Señores Magistrados, aclaro que la petición probatoria se eleva teniendo en cuenta que los miembros del consorcio contratista jamás tuvieron a su alcance los documentos de ejecución del contrato, debido a diferencias con el Representante Legal del Consorcio.

PRUEBA TESTIMONIAL.

Le solicito Señor Juez se sirva llamar a declarar a la Representante Legal del Consorcio Interventorías Cali 2017, Ingeniera **GLORIA STELLA DE LA ROCHE MENDOZA**, quien fungió como interventora del contrato de obra objeto de la presente demanda.

A la fecha desconozco los datos para hacerla comparecer y por lo tanto le solicito Señor Magistrado que le solicite los datos de su comparecencia a la entidad demandada.

Esta prueba testimonial tiene por objeto conocer la ejecución del contrato, en especial sobre los informes que se rindieron en el mes de noviembre de 2018 y sobre los aspectos que llevaron a la Interventoría a dar el visto bueno para la prórroga del contrato hasta el día 3 de diciembre de 2018.

Le solicito Señor Juez se sirva llamar a declarar al Señor **FRANCISCO JAVIER BONILLA HURTADO** Profesional Especializado de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, quien suscribió el Informe de Supervisión que se tuvo en cuenta como prueba dentro de la Audiencia Sancionatoria del 2 de Diciembre de 2018.

A la fecha desconozco los datos para hacerla comparecer y por lo tanto le solicito Señor Magistrado que le solicite los datos de su comparecencia a la entidad demandada.

Esta prueba testimonial tiene por objeto conocer la ejecución del contrato, en especial sobre los informes que se rindieron por parte de dicho funcionario.

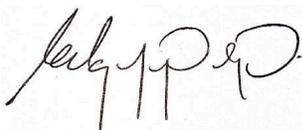
ANEXOS

- Certificado de Existencia y Representación de Esdras.
- Poderes.
- Otorgamiento de poderes.
- Certificado de Existencia y Representación de Lexius.
- Copia de la Cédula y de la Tarjeta Profesional del suscrito apoderado.

NOTIFICACIONES

La parte demandante y el suscrito apoderado recibiremos notificaciones en los correos: juridico@lexius.com.co

Atentamente,



EDGAR JOSÉ POLANCO PEREIRA
C.C No. 16.918.747 de Cali
T.P. No 140.742 del C.S de la Judicatura