**AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO:**

Hay un incumplimiento inicial y correlativo por parte de la entidad contratante por suspensión de 5 meses sin interventor, el contrato de obra no puede continuar su ejecución sin que exista interventoría y quien se encarga de adelantar la contratación de una interventoría claramente es la Secretaria Distrital de Salud (hecho de un tercero). Si la entidad contratante era quien debía contratar la interventoría para poder seguir ejecutando el contrato y la suspensión unilateral se dio, no solo por su decisión sino además por su propia causa ¿Por qué rehúsa la prórroga del contrato de manera irreflexiva ¿

la sala[[1]](#footnote-1) *considera importante recordar que las entidades contratantes tienen múltiples alternativas cuando se enfrentan al retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte un contratista. Entre ellas se encuentran la posibilidad de multar al contratista, declarar el incumplimiento total o parcial, o, si las circunstancias lo ameritan, declarar la caducidad del contrato. De otra parte, si los hechos que motivan los retardos son ajenos a las partes, estas cuentan con la posibilidad de alterar por medio de modificaciones bilaterales el plazo, antes de la terminación del contrato; bien sea a través de prórrogas o de suspensiones. (…) El plazo de ejecución del Contrato, entre el (…) y el (…) era el término que tenía el contratista para el cumplimiento oportuno de su obligación principal: la ejecución de las obras. Una vez llegado el (…) el contratista debía, para cumplir en término, haber ejecutado todas las obligaciones derivadas del contrato (*

En la misma sentencia se sigue: En relación con esta decisión*, la Sala considera relevante poner de presente que las obras inconclusas son un problema en toda la geografía nacional. Los inconvenientes son tan graves que el legislador creó, por medio de la Ley 2020 de 2020, el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, como un mecanismo para lograr concretar la destinación definitiva de esas obras. Si bien esta Ley no había sido promulgada para la época de los hechos, la Sala considera que la decisión que aquí se adopta se alinea con las finalidades del legislador, de las entidades contratantes, y de la ciudadanía en general, pues permite la conclusión de las obras con el fin de lograr concretar su destinación definitiva; lo cual redunda en la satisfacción del interés general.*

**Culpa de la víctima o del contratista como acreedor. Atraso porque la contratante no obtuvo licencias. (Excepcion de contrato no cumplido) (Falta de planeación)**

**Respecto de la excepción de contrato no cumplido el Consejo de Estado ha sostenido que:**

*a excepción de contrato no cumplido -en contratos estatales- solo aplica cuando el incumplimiento de la Entidad impide la ejecución del contrato. En ese orden, no cualquier incumplimiento de la Entidad contratante libera al contratista del deber de cumplir sus obligaciones contractuales.*

La pregunta es entonces, como puede adelantar el desarrollo de obra el contratista si la entidad dueña de la obra, titular del inmueble y legitimaria interesada en obtener la licencia correspondiente, no lo hace o demora ¿¿

* **No hay una correlación de porcentaje de ejecución del contrato (esencial para tasar multa C.E.**
* **No se tiene en cuenta la prórroga que opera por suspensión.**
* **No dejaron entrar la gente a sitio para desarrollar la obra.**
* **No hay un seguimiento cronológico**

En pliego de condiciones se dice que hay que equilibrar contingencias con el cronograma, pero en el informe de presunto incumplimiento (acápite 3) dicen que la interventoría no tiene cronograma actualizado, hacen una equivalencia a 26 de junio del 2º23. En la matriz de riesgos en el punto 3 : especifico , interno demora por ausencia de supervisión, interventoría. En el informe o acta de reunión del 2º21 se menciona, casi aceptándose que la suspensión de 5 meses que imposibilitaba la ejecución material de la obra obedece a la falta de interventoría que dejo tirado el contrato son si quiera plantear de forma comunicada la intención de ceder posición contractual para no entorpecer el desarrollo de la ejecución del contrato.

**Interventoría no hace análisis técnico (ahondar sobre ello)**

En ese sentido, debe señalarse que para aplicar la cláusula penal y/o cualquier otra potestad exorbitante, es necesaria la acreditación de una posible afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con la contratación, no obstante, se evidencia que los presuntos incumplimientos no afectan en lo absoluto la ejecución del contrato, muestra de ello es que el consorcio ha argumentado que ha cumplido con sus obligaciones y que las demoras se han debido a causas ajenas a su responsabilidad.

Como sustento de la hipótesis que se plantea, es menester recordar que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que se pacta en caso de un incumplimiento parcial o total de las obligaciones a cargo de cualquiera de las partes, y se encuentra prevista en el artículo 1592 del Código Civil, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.*

Aunado a lo anterior, para el Consejo de Estado, la imposición de la cláusula penal procede ante un incumplimiento severo y grave de las obligaciones, en los siguientes términos:

*“De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal “(…) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.” Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común -en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato,* ***es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio”[[2]](#footnote-2).***

En pronunciamiento más reciente, esta Corporación reiteró que la cláusula penal procede ante incumplimientos severos y graves de las obligaciones contractuales, pues corresponde a una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato. En estos términos, adujo:

*“Uno de los fines que la doctrina y la jurisprudencia le han reconocido a la cláusula penal es el de tasar anticipadamente los perjuicios; al respecto, esta Corporación ha considerado:*

*“la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones*

*“…*

*“Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio”[[3]](#footnote-3)*

Así pues, la imposición de una cláusula penal solo procede ante incumplimientos serios y graves de las obligaciones y, ello es así, porque mediante esta se tasan anticipadamente los perjuicios causados en el evento de: i) una declaratoria de caducidad o ii) una declaratoria de incumplimiento, potestades unilaterales de las que están investidas las entidades estatales sometidas al EGCP, para el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios que se pretende asegurar con la contratación, a luces del numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que indica:

*“ARTÍCULO 14.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

*1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia,* ***con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación****, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”.*

Conforme a lo anterior, se tiene que la cláusula penal -tanto de apremio como pecuniaria (ya que la jurisprudencia no hace distinción entre una y otra)- sólo es procedente ante incumplimientos severos y graves de las obligaciones contractuales y, en la misma medida, en el evento de que exista un perjuicio a la parte cumplida, dada su naturaleza de tasación anticipada de perjuicios.

**FALTA DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA CLÁUSULA PENAL QUE SE PRETENDE APLICAR**

Es importante precisar que, en el remoto e improbable evento en que se llegue a comprobar un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, resulta forzosa la aplicación del principio de proporcionalidad, a fin de adoptar decisiones que se ajusten a los postulados legales y jurisprudenciales que se aplican sobre el particular. Al respecto, el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

*“Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.*

Así mismo, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia al principio de proporcionalidad y su aplicación, de la siguiente manera:

*“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”.*

Igualmente, el artículo 867 del Código de Comercio también hace referencia al principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 867. <CLÁUSULA PENAL>. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.*

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

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”.

Al respecto, se hace necesario aclarar que la cláusula penal es una estipulación pactada de común acuerdo por las partes del contrato, con el objeto de fijar anticipadamente el valor de los perjuicios en caso de un incumplimiento por cualquiera de ellas, cuyo efecto jurídico más importante es que exime a la parte cumplida de la obligación de demostrar la cuantía de la indemnización.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, 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. No obstante, frente a las dos disposiciones citadas, las cuales son propias de la jurisdicción ordinaria civil, 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.*

*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:*

*“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”.*

Como se evidencia, con fundamento en las normas previamente citadas, el Consejo de Estado ha reconocido la necesidad de proporcionar y disminuir la sanción penal en concordancia al porcentaje de obra ejecutada, a luces del principio de equidad.En línea con lo antes expuesto, resulta procedente que en el remoto caso en que la entidad contratante, declare el incumplimiento del contrato e imponga las multas pactadas en el contrato, debe reducirse la sanción impuesta en el porcentaje efectivamente ejecutado del contrato, atendiendo al principio de proporcionalidad y el criterio de equidad.

**INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD U OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO**

Sin perjuicio de los argumentos antes señalados que descartan incumplimientos graves de las obligaciones a cargo del Consorcio INGENIEROS PATERMEN, debe considerarse que en el ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro y en virtud de la facultad consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio, la compañía aseguradora puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que está expuesto el interés asegurado. De modo que, al suscribir el contrato de seguro, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la prerrogativa de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos, las condiciones de amparo y en este sentido, solo están obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes, así:

*“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.*

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato aseguraticio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (…) ”.

Entonces, de acuerdo con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las partes intervinientes en el contrato de seguro vinculadas al presente procedimiento de incumplimiento contractual pactaron las condiciones de cobertura conviniendo que, en virtud del amparo, se garantizarían “LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADAS DE DE CONTRATO NO. CO1.PCCNTR.3644036

Sin embargo, como se anticipó, no se logró demostrar que el consorcio haya incurrido en un incumplimiento grave y directo de sus obligaciones que afecte gravemente el cumplimiento del contrato y el interés público que se busca asegurar con la contratación. Las presuntas obligaciones incumplidas se refieren a situaciones que deben ser evaluadas por la entidad contratante.

Cabe destacar un incumplimiento inicial y correlativo por parte de la entidad contratante debido a una suspensión de 5 meses sin interventor. El contrato de obra no puede continuar su ejecución sin la intervención del interventor correspondiente, y es responsabilidad de la Secretaría Distrital de Salud adelantar la contratación de esta figura, que constituye un tercero. Si la entidad contratante era la responsable de contratar la interventoría para permitir la continuación del contrato y la suspensión unilateral se produjo no solo por su decisión, sino también por su propia causa, surge la pregunta: ¿Por qué se niega a prorrogar el contrato de manera irreflexiva?

En conclusión, dado que no se ha demostrado que haya habido incumplimientos graves imputables al tomador de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No.994000026393, tampoco se ha acreditado la configuración del riesgo asegurado ni la obligación condicional del asegurador. Por lo tanto, no existe un deber de indemnización a cargo de mi representada, y tampoco procede hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

**LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD, CONDICIONES DEL SEGURO Y DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO.**

Sin perjuicio de lo anterior, y sin que se entienda comprometida mi representada, es necesario manifestar que, bajo la hipótesis en que naciera obligación de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA la misma se debe sujetar a lo consignado al tenor literal de la póliza y, por tanto, a las condiciones particulares de la misma, entre ellas, a la suma asegurada, el deducible y las exclusiones que se hayan pactado. Al respecto, el artículo 1079 del Código de Comercio, establece:

***“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA:*** *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda, debido a la porción de riesgo asumido. Así las cosas, el límite de la responsabilidad de la compañía de seguros que represento corresponde a la suma asegurada individual para el amparo cumplimiento, indicada en la carátula de la póliza así:



En igual sentido en el improbable evento en que se declare el incumplimiento deberá la entidad contratante tener presente los extremos temporales de vigencia de la póliza de seguro con miras a establecer una posible ausencia de cobertura temporal para el amparo de cumplimiento, amparo que cuenta con una vigencia.



En conclusión, conforme con las disposiciones legales, comedidamente le solicito considerar que la Póliza de Seguro de Cumplimiento contempla unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta en el remoto e improbable evento de declarar el incumplimiento del contrato, que para el caso concretó.

**PETICIÓN**

Conforme con los argumentos expuestos solicito respetuosamente que se declare la terminación del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual.

Además, en caso de que el despacho no acceda a esta solicitud, le solicito respetuosamente que emita un pronunciamiento sustancial debidamente motivado sobre los argumentos presentados en relación con las características y condiciones de la relación aseguradora a cargo de mi procurada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, contenida en el contrato de seguro de Cumplimiento.

1. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 47001-23-33-001-2013-00363-01(61641) [↑](#footnote-ref-1)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 17009 del 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 30973 del 21 de septiembre de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-3)