

Señores:

JUECES ADMINISTRATIVOS DE POPAYÁN- REPARTO.

Popayán – Cauca.

E.S.D.

MEDIO DE CONTROL:

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

DEMANDANTE:

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA
ENTIDAD COOPERATIVA.

DEMANDADO:

EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, D.C., abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en este acto como apoderado especial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, entidad aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Bogotá, con NIT. **860.524.654 - 6**, todo lo cual consta en el poder y Certificado de Existencia y Representación Legal que se anexa; mediante este escrito y en ejercicio de las facultades otorgadas interpongo **MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** de conformidad con el Artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, en contra de **EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.**, para que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. **63** del 18 de mayo de 2022, y los demás actos en los que pueda estar sustentada la decisión contenida en la disposición indicada; adicionalmente solicito se ordene el correspondiente restablecimiento del derecho, previo lo siguiente:

I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

DEMANDANTE:

- **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con el Nit. **860.524.654 - 6**, representada legalmente por el doctor JUAN CARLOS LENIS COBO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.384.774. Con correo electrónico: notificaciones@solidaria.com.co

DEMANDADO:

- **EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.**, sociedad anónima, creada mediante Escritura Pública No. 1845 del 11 de agosto de 2009, otorgada en la Notaría 3 de Popayán, debidamente registrada en la Cámara de Comercio del Cauca con matrícula mercantil No. 111239, donde se precisa que tiene el carácter de una empresa de servicios públicos domiciliarios de orden departamental, representada legalmente por Julián Andrés Muñoz. Con dirección para notificaciones: notificacionesjudiciales@pdcauca.gov.co

LITISCONSORTE PARTE ACTIVA:

- **LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA - CODENCO**, identificada con el Nit. 820.003.227 – 3, representada

legalmente por el señor José Antonio Álvarez Delgado, sociedad que fungía como contratista dentro del Contrato de Obra No. **327 - 19. SE DESCONOCE LA DIRECCIÓN ELECTRÓNICA.**

II. SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO

De conformidad con el artículo 61 del Código General del Proceso, el cual señala lo siguiente:

“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado”.

Solicito de manera respetuosa que se integre el contradictorio vinculando a **LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA - CODENCO**, considerando que en el contrato en virtud del cual se expidieron los actos administrativos que aquí se demandan, fungió como contratista, y precisamente fue en virtud de dicho contrato, que se expidió la póliza de Cumplimiento a Favor de Empresas de Servicios Públicos No. **980-47-994000012286**, en la cual se afianzó las obligaciones contraídas por este respecto del contrato que a continuación se identifica:

- Contrato de Obra No. 327 de 2019:
 - **LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA - CODENCO**, identificado con NIT. No. **820 - 003 - 227 - 3**, representado legalmente por el señor José Antonio Álvarez, o quien haga sus veces, como quiera que fue el contratista quien suscribió el contrato antes referenciado, celebrado entre EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., y CODENCO, en virtud del cual mi representada celebró el contrato de seguro documentado en la Póliza de Cumplimiento a Favor de Empresas de Servicios Públicos No. **980-47-994000012286**, a través del cual se afianzaron las obligaciones contraídas por EPMT CONSULTORES S.A.S. Así mismo, dicho contrato fue respecto del cual se declaró el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro del contrato de seguro expedido por mi procurada, haciéndose efectiva esta misma por valor de DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS **(\$292.801.805)**, mediante la Resolución No. 63 del 18 de mayo de 2022.

Los actos administrativos que se atacan dentro del presente medio de control de Controversias Contractuales guardan estrecha relación con el contratista antes indicado, de allí que cualquier decisión que se tome respecto de los mismos, necesariamente tendrá implicación directa sobre éste. Por lo cual, resulta indispensable su comparecencia a este trámite para efectos de que ejerza su debido derecho de defensa, pues el resultado de este litigio involucra directamente sus intereses.

III. PRETENSIONES

PRIMERA: que se declare la nulidad total de la Resolución No. **63** del 18 de mayo de 2022, expedida por EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., mediante la cual esa empresa de servicios públicos declaró el incumplimiento total del contrato de obra No. **327** de 2019, suscrito con la

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS, MUNICIPIOS DE COLOMBIA, en adelante CODENCO, acto administrativo contra el que solo procede el recurso de reposición, que no es obligatorio formularlo como requisito para acceder al medio de control de controversias contractuales.

SEGUNDA: que como consecuencia de la citada declaratoria, se decrete como restablecimiento del derecho lo siguiente:

1. Que en el evento que la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, llegara a realizar algún pago por concepto de la obligación contenida en la Resolución No. 63 del 18 de mayo de 2022, se ordene a EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., el reintegro a mi representada de dicho valor debidamente indexado junto con los intereses de mora o plazo que el pago hubiera generado a la tasa máxima legal vigente.
2. Prevenir a la convocada para que dé estricto cumplimiento a la sentencia que se profiera en el marco de este litigio, de conformidad a los artículos 187 y ss, de la Ley 1437 de 2011.

TERCERA: MEDIDA CAUTELAR. Que preventivamente se ordene la suspensión de toda actuación administrativa, coactiva o judicial derivada de los Actos Administrativos aquí impugnados, precisando que ni la Resolución No. 63 del 18 de mayo de 2022, ni ninguno otro en que se hubiere sustentado la decisión ahí advertida, hacen las veces de título ejecutivo y en consecuencia, de ningún modo resultaría viable su cobro mediante la vía judicial o coactiva, por lo que ruego se ordene a la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán, abstenerse de librar mandamiento de pago de los actos impugnados.

IV. HECHOS

PRIMERO: el 20 de noviembre de 2019, se suscribió entre EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., y CODENCO, el contrato de obra No. 327 de 2019, el plazo inicial del negocio jurídico fue de cinco (5) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

SEGUNDO: el contrato No. **327 de 2019**, inició el 15 de marzo de 2021, fue suspendido por tres (3) meses, desde el 5 de mayo de 2021 hasta el 14 de agosto de 2021. De manera que el plazo para la ejecución contractual, se extendió hasta el 11 de noviembre de 2021.

TERCERO: EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., es una sociedad anónima registrada en la Cámara de Comercio del Cauca con Matrícula Mercantil No. 111239. Su objeto social consiste en la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico. Consecuentemente sus actos y contratos deben registrarse por la Ley 142 de 1994 y no por el estatuto de la contratación estatal, así lo establecen los Estatutos de la sociedad en su artículo 66.

CUARTO: como consecuencia de lo anterior, el citado Contrato de Obra No. 327 de 2019, se rige bajo las normas de derecho privado, puntualmente, por las disposiciones y el régimen contractual previsto en la Ley 142 de 1994, y no por el estatuto de la contratación de la administración pública, Ley 80 de 1993. Es decir que, no se trata de un contrato estatal.

QUINTO: no obstante, no encontramos frente a un contrato de naturaleza estatal, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., mediante oficio del 6 de octubre de 2021, convocó a mi representada y a CODENCO a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para el día 14 de octubre de 2021 a las 4:00 p.m., con el fin de investigar si existía un

incumplimiento del Contrato de obra No. **327 de 2019**. A la diligencia no compareció ninguna de las convocadas por lo que la fecha fue reprogramada.

SEXTO: la audiencia inició el 26 de octubre de 2019, en la misma se expuso que los motivos que dan lugar a la convocatoria al trámite sancionatorio es que la obra contratada presentaba un atraso del **51.33%**, entre otros presuntos incumplimientos de cara a las obligaciones laborales a cargo del contratista frente a sus trabajadores.

QUINTO: durante la presentación de descargos, el contratista solicitó a EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., que estudiara la posibilidad de ceder el contrato, toda vez que un embargo de la DIAN, les impedía dar continuidad al negocio jurídico. En el momento que le concedieron la palabra al representante legal de la aseguradora, este coadyuvo la solicitud de CODENCO. La entidad contratante suspendió la diligencia.

SEXTO: la audiencia se reanudó el día 10 de noviembre de 2021. En la diligencia, el gerente de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., mediante Auto No. 01, determinó lo siguiente:

“PRIMERO: incorporar al proceso la solicitud de cesión del contrato y la respuesta a la misma otorgada por el ingeniero RUBÉN DARÍO SANTACRUZ, supervisor del contrato.

SEGUNDO: correr traslado de los anteriores documentos a los convocados.

TERCERO: Reprogramar la continuación de la diligencia”.

SÉPTIMO: de conformidad con la información que obra en el expediente del proceso sancionatorio, el día 22 de febrero de 2022, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., solicitó a la interventoría del contrato una actualización del informe con fundamento en el cual había convocado a la referida audiencia de incumplimiento, con corte a la fecha de terminación del plazo contractual. El 28 de febrero de 2022, la interventoría presentó el informe actualizado indicando que no identificó ningún avance en campo.

OCTAVO: el 18 de mayo de 2022, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., reanudó la audiencia de incumplimiento contractual, profiriendo la Resolución No. 63, donde resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento total del Contrato de Obra N° 327 de 2019 suscrito entre EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. y ADMINISTRACION PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA – CODENCO de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer a título de cláusula penal a cargo de ADMINISTRACION PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA – CODENCO, representada legalmente por JOSE ANTONIO ALVAREZ DELGADO la obligación de pagar DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$292.801.805.20) a favor de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., para efectos de lo cual presta mérito ejecutivo el presente acto administrativo en los términos del numeral 3 del artículo 99 de la ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO TERCERO: Hacer efectiva la póliza No N° 980 – 47 - 994000012286 de fecha 3 de diciembre de 2019 expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia, con Nit. 860.524.654-6, concretamente el amparo cumplimiento DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS CON VEINTE CENTAVOS (\$292.801.805.20).”

En ese orden de ideas, la empresa de servicios públicos declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectiva la póliza No. **980-47-994000012286**, expedida por mi representada.

NOVENO: el día 31 de mayo de 2022, mi prohijada **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, radicó solicitud de revocatoria directa frente a la Resolución No. 63 del 18 de mayo de 2022, que declaró el incumplimiento del Contrato de Obra No. 327 de 2019.

DÉCIMO: el día 25 de julio de 2022, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., profiere la Resolución No. 86, a través de la cual resolvió lo pertinente:

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: No revocar la Resolución No. 63 de fecha 18 de mayo de 2022, por las razones expuestas en este acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido del presente acto a los interesados, advirtiéndoles que contra el mismo no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO TERCERO: La presente resolución rige a partir de su notificación.

En consecuencia, la empresa de servicios públicos decidió mantener la declaratoria de incumplimiento y hacer efectiva la póliza de Cumplimiento a Favor de Empresas de Servicios Públicos No. **980-47-994000012286**, pese a no tener competencia para declarar el siniestro frente al contrato de seguro.

DÉCIMO PRIMERO: el día 22 de marzo de 2023, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., presentó electrónicamente reclamación a mi representada con el objeto de hacer efectiva la póliza de Cumplimiento a Favor de Empresas de Servicios Públicos No. **980-47-994000012286**.

DÉCIMO SEGUNDO: el día 17 de mayo de 2024, mi prohijada **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, radicó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Delegada ante los Jueces Administrativos de Popayán.

DÉCIMO TERCERO: el 21 de junio de 2024, se surtió la audiencia de conciliación extrajudicial, la cual se declaró fracasada por ausencia de animo conciliatorio.

V. DISPOSICIONES JURÍDICAS VULNERADAS

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

- La Constitución Política de Colombia (artículos 29 y siguientes).
- Ley 142 de 1994 (artículos 31 y siguientes).
- Ley 1474 de 2011 (artículo 86).
- Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).
- Decreto 410 de 1971 (artículo 1060 y concordantes).

Dando cumplimiento a lo consagrado en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA, el concepto de la violación de cada una de las normas aquí citadas se encuentra explicado en el acápite inmediatamente siguiente.

VI. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. LA RESOLUCIÓN No. 63 DE MAYO 18 DE 2022, ES MANIFIESTAMENTE OPUESTA A LA LEY. EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., CARECE DE POTESTAD EXORBITANTE ALGUNA QUE LE ATRIBUYA LA FACULTAD DE DECLARAR EL SINIESTRO Y HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PACTADA EN LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011. CONSEQUENTEMENTE, EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO SE EXPIDIÓ SIN COMPETENCIA PARA DETERMINAR LO AHÍ RESUELTO.

Tal como lo manifiesta el doctrinante Jaime Orlando Santofimio¹, en materia de contratación estatal, hacer efectiva la cláusula penal configura una sanción de naturaleza administrativa por el incumplimiento objetivo de las obligaciones pactadas. Dicha cláusula fue integrada a la ley de contratación pública en virtud de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993 y 17 de la Ley 1150 de 2007, su alcance de manera concreta en cada contrato por parte de la administración, y es exigible por esta, bajo criterios de proporcionalidad dentro de los límites pactados, mediante un acto administrativo, previa verificación objetiva del incumplimiento de las prestaciones convenidas, las cuales se deben ejercer en los términos y condiciones de la ley de contratación pública.

En el caso concreto, lo primero es precisar sobre la naturaleza jurídica de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., se trata de una sociedad anónima registrada en la Cámara de Comercio del Cauca con Matrícula Mercantil No. 111239. Su objeto social consiste en la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico. Consecuentemente sus actos y contratos deben regirse por la Ley 142 de 1994 **y no por el estatuto de la contratación estatal**, así lo establecen los Estatutos de la sociedad en su artículo 66, que a continuación cito:

~~CAPÍTULO XIV.- VARIOS.- ARTÍCULO 66°.- ACTOS Y CONTRATOS: El régimen jurídico de contratación de la sociedad es el de derecho privado, conforme al artículo 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el artículo 3 de la ley 689 de 2001, sin embargo en todo proceso de selección de contratistas y de personal, se deberá dar aplicación a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y se actuará de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa, los cuales se deberán desarrollar en el Estatuto de Contratación. ARTÍCULO 67°.- PROHIBICIONES: Ningún~~

Particularmente, frente al régimen de contratación, la citada Ley **142 de 1994** dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley **no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

¹ Compendio de Derecho Administrativo / Jaime Orlando Santofimio Gamboa – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017, Página 738.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo". (Énfasis propio).

En mérito de lo anterior, claro es que el Contrato No. 327-19, suscrito el 20 de diciembre de 2019, entre EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., como contratante y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA - CODENCO, como contratista, no está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993. En este orden de cosas, claro es que la contratante carece de la facultad legal para adelantar frente al contratista el procedimiento sancionatorio consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el propósito de declarar el incumplimiento del contrato, hacer efectiva la cláusula penal pactada, imponer multas, declarar la caducidad, o de resolver sobre cualquier otro aspecto en ejercicio del mencionado trámite.

Es preciso agregar que, el citado artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en su primer inciso indica:

“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”. (Énfasis propio).

En adición a lo anterior, se resalta que a través del Concepto No. 445 del 2020² emitido por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se absolvió la consulta a un ciudadano que indicó:

“(…) Mi pregunta es, si dentro de la relación contractual que se deriva con la celebración de un contrato bajo cualquier modalidad contemplada en el estatuto implementado por la entidad, **¿la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios (E.I.C.E) puede declarar incumplimiento del contrato e imponer multas, cuando a su juicio el contratista esté incumpliendo el objeto contractual contratado, dado a que dentro de su manual de contratación, se encuentra estipulado los procedimientos pertinentes** y que sobre el particular tienen establecidos o por el contrario, así se encuentren establecidos los procedimientos, se debe acudir a la jurisdicción correspondiente para que un Juez determine lo que haya a lugar? (...)”. Negrilla adrede.

En este caso, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para dar respuesta al interrogante, adujo:

“En relación con el interrogante presentado, **lo primero que debe indicarse es que los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 han establecido, como regla general, la aplicación del derecho privado a los actos y contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios, sin consideración a la naturaleza jurídica privada, mixta o pública de éstos** (...) A pesar de lo indicado en las normas citadas, según las cuales los actos y contratos de todos los prestadores de servicios

² Tomado de: https://normograma.info/ssppdd/docs/pdf/concepto_superservicios_0000445_2020.pdf

públicos domiciliarios se rigen por las normas del derecho civil y comercial, existen al menos tres excepciones a la citada regla, en las cuales será procedente aplicar el régimen de contratación estatal, así: (i) Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente (artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994), (ii) Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente (artículo 39.1 de la Ley 142 de 1994), (iii) Contratos celebrados por entidades territoriales con empresas prestadoras de servicios públicos, con el objeto de que éstas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación (parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994), y (iv) Contratos en los que se hayan insertado las cláusulas exorbitantes a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en cuanto tiene que ver con tales cláusulas (inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994)". Negrilla y subrayas adrede.

Seguido de lo anterior, el ente de vigilancia y control argumentó:

“En cuanto a dichas cláusulas, debe indicarse que la cláusula penal pecuniaria y la de multas no se consideran como exorbitantes, siendo excepcionales solamente las siguientes: (i) terminación, (ii) interpretación y (iii) modificaciones unilaterales, (iv) sometimiento a las leyes nacionales, (v) caducidad y (vi) reversión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior, por cuanto las cláusulas de multas y penal pecuniaria pueden pactarse entre particulares, así una empresa industrial y comercial del estado prestador de servicios públicos domiciliarios, podría pactarlas y hacerlas efectivas sin que para ello requiera de una autorización (...) **No obstante, dependiendo del tipo de contrato al cual se trate, es decir, si es de aquellos establecidos como excepción y por tanto regidos por el estatuto de contratación estatal, se debe aclarar que la facultad de imponer multas de forma unilateral, es excepcional, por lo que en punto a la posibilidad de declarar unilateralmente la ocurrencia del hecho que genera la multa, imponerla y cobrarla, deberá verificarse lo indicado por el Consejo de Estado[10], al interpretar el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 (...) Así frente a la facultad de imponer multas y declarar el incumplimiento en aquellos contratos sometidos a las reglas de la contratación estatal, concedidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[11], el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, desarrolló el procedimiento a seguir para la imposición de dichas multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento (...)”.** Negrilla y subrayas adrede.

Finalmente, la ya citada Superintendencia concluyó:

“(…) Una empresa industrial y comercial del estado, prestador de servicios públicos domiciliarios, podrá pactar en sus contratos cláusulas de multas o penales pecuniarias a razón del incumplimiento de las obligaciones pactadas, en los términos en que lo haría cualquier particular en el marco del contrato suscrito al ser esta Ley para las partes. **No obstante, si lo que se pretende es la imposición unilateral de multas por el incumplimiento del contrato, en el marco de los contratos que se rigen por el estatuto de contratación estatal, de conformidad a las excepciones señaladas en las consideraciones de este concepto, al ser esta una facultad exorbitante de la administración consagrada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, se deberá acudir además a lo señalado sobre el particular en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual señala el procedimiento a seguir para declarar el incumplimiento, así como la imposición de las multas y sanciones pactadas en el contrato (...)”** Negrilla y subrayas adrede.

De lo anteriormente expuesto se colige que: i) según el artículo 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos que celebren los prestadores de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza jurídica, se deben regir por el derecho privado ii) el contrato objeto de debate y frente al que ocurrió el presunto incumplimiento, **no** se enmarca en ninguna de

las tres (3) excepciones para eventualmente considerar la procedencia de aplicar el régimen de contratación estatal iii) EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., **extralimitó sus funciones** al iniciar un proceso sancionatorio, amparándose en el artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, generándole a mi representada un perjuicio que no estaba en el deber de soportar al declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

Frente a la prerrogativa de las empresas de servicios públicos para la declaratoria del siniestro y hacer efectiva la póliza de cumplimiento, en reciente jurisprudencia el H. Consejo de Estado³, sostuvo:

“20. En la Sección se ha consolidado un criterio frente al cuestionamiento de si las entidades estatales sometidas al derecho privado de contratación pueden expedir actos administrativos. La respuesta ha sido negativa. En lo precontractual y en lo que se refiere a las entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios, ya existe una postura unificada sobre su improcedencia ante la ausencia de una habilitación legal expresa en tal sentido. En lo contractual, en particular frente a la declaratoria del siniestro de las referidas entidades estatales, también existe una posición similar”. (Énfasis propio).

En otro pronunciamiento, el H. Consejo de Estado⁴, indicó:

«[...] En virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho.⁴⁸

[...] Los artículos 31⁴⁹ y 32⁵⁰ de la Ley 142 de 1994, vigentes al momento de los hechos y en la actualidad, establecieron, por regla general, **un régimen de derecho privado para los "contratos" y para los "actos" de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Con base en dichas normas, es el entendimiento de esta Sala que, salvo los puntuales casos previstos en la Ley en los que se entiende pueden proferirse actos administrativos⁵¹, los actos jurídicos precontractuales y los contractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden estimarse como tales»⁵².**

En este orden de ideas, en cuanto existe norma específica que prescribe que los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios como lo es la demandada- se rigen por el derecho privado, ha de entenderse excluido, con carácter general, el ejercicio de prerrogativas del poder público, **como lo es la declaración del siniestro mediante acto ejecutivo y ejecutorio.** Además, como lo ha precisado la jurisprudencia⁵³, el privilegio de lo previo no obra como fundamento de la competencia administrativa, sino como un presupuesto de ella. (Énfasis propio).

En la misma línea, la corporación de cierre⁵, sostuvo:

“Ahora, en relación con la competencia de las empresas prestadoras de servicios públicos sometidas al derecho privado, la Sala considera desde ya anunciar que estas **no pueden expedir actos administrativos encaminados a declarar el siniestro y a hacer efectiva la póliza de cumplimiento, por la clara razón de que sus actos y contratos se encuentran sometidos al régimen de derecho privado, tal y como lo**

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia del 8 de abril de 2024, expediente No. 60.718.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2023, expediente No. 57101.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 2019, expediente No. 3980025 y Sentencia del 2 de junio de 2020, expediente No. 63930B26.

expresa el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, y el legislador no atribuyó excepcionalmente el ejercicio de la prerrogativa pública consistente en declarar el siniestro a través de un acto administrativo, por lo que una primera conclusión se impone: no existe una norma expresa que otorgue dicha prerrogativa de poder público.

Dicho criterio fue acogido en providencia de 5 de julio de 2018, decisión que esta Sección prohija en esta oportunidad, en la cual se formularon las siguientes reflexiones: “[...] Se debe aceptar que la Ley 142 de 1994 estableció un régimen especial para las empresas de servicios públicos, en el cual no consagró la competencia para expedir actos unilaterales destinados a declarar el riesgo y hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento por la vía administrativa. Por tanto, en el análisis de los actos que se juzgan en este proceso no resulta viable identificar la competencia de la entidad contratante con fuente en el artículo 68 del CCA28 o en la Ley 489 de 1998 que invocó EPM29, en cuanto a la declaratoria del siniestro y el cobro de las pólizas de seguros mediante acto administrativo, por referirse al contrato de una empresa de servicios públicos domiciliarios sometido al régimen especial de la Ley 142 de 1994”.

Resulta importante destacar que, en decisión reciente de fecha 19 de julio de 2019, la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló, como regla jurídica, que una entidad estatal cuyos actos y contratos se encuentran sometidos al derecho privado no tiene la facultad de declarar la realización del siniestro y, en esa medida, debe acudir al régimen jurídico que contempla el Código de Comercio y de manera especial, el artículo 1077 que señala que el asegurado debe demostrar a la aseguradora la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. Se transcriben los siguientes fundamentos jurídicos, por ser de relevancia para la Sala:

“131. Un sujeto de derecho privado debe acudir a las disposiciones especiales sobre el contrato de seguros, contenidas en el Código de Comercio, en especial, al artículo 1077, que indica que le “corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”. Así mismo, tal y como lo indicó el demandante en su recurso de apelación, la entidad demandada “debía demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida”, y no ampararse en un acto administrativo, para derivar de allí, entre otras consideraciones, su presunción de legalidad, y declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro de incumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

132. En conclusión, una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora a demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios (...). (Énfasis propio).

A partir de los fundamentos jurídicos expuestos, se concluye sin lugar a dudas, que las empresas cuyo régimen de contratación no está sujeto a la Ley 80 de 1993, no gozan de la facultad exorbitante de declarar el incumplimiento de sus contratistas y, por lo tanto, tampoco tienen atribución que les permita multarlos o hacer efectiva la cláusula penal pactada.

No obstante, lo anterior, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., incurrió en un abierto desconocimiento de la regulación aquí expuesta, pues de manera arbitraria, convocó a CODENCO y a mi representada, al proceso sancionatorio de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la finalidad de estudiar si existía mérito para declarar el incumplimiento del contrato de obra No. 327-19 y hacer efectiva la cláusula penal acordada en el mismo.

Pese a no tener ningún respaldo legal para el efecto, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., mediante la Resolución No. 63 de mayo 18 de 2022, declaró el incumplimiento del contrato de obra No. 327-19, hizo efectiva la cláusula penal y la póliza No. **980-47-994000012286**, expedida por mi

representada, con cargo al amparo de cumplimiento que tiene un límite asegurado de **\$292.801.805**. Como se explicó atrás, lo actuado deriva en el vicio de falta de competencia contenido en el artículo 137 del CPACA, que conduce a la prosperidad de una declaratoria de nulidad del acto administrativo objeto de este debate en sede judicial.

2. TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE SEGURO COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Como se expondrá a continuación, debe revocarse íntegramente la Resolución 63 del 18 de mayo de 2022 proferida por la Empresa Caucana de Servicios Públicos, como quiera que equivocadamente se ordenó hacer efectiva una póliza de seguro, pese a que la misma había terminado automáticamente como consecuencia de la falta de notificación de la agravación del estado del riesgo. De ese modo, subsiguientemente se presentarán los fundamentos fácticos y jurídicos, por los cuales es claro que en el caso concreto debe revocarse la Resolución previamente identificada.

En este caso operó la terminación automática del contrato de seguro como quiera que el contratista tomador de la póliza, no notificó por escrito a la Aseguradora en el término del artículo 1060 del Código de Comercio, acerca de las circunstancias que agravaron el estado del riesgo en la ejecución del convenio garantizado. Lo anterior, toda vez que el afianzado no informó a la Compañía de Seguros acerca del embargo de la DIAN que fue definitivo e impidió la ejecución del contrato estatal. En otras palabras, el embargo de la DIAN representó un hecho de suma importancia que indefectiblemente alteró el estado del riesgo asumido por mi representada a través de la póliza No. **980-47-9940000012286** y que debía ser informado, so pena de producir la consecuencia legal, esto es, la terminación automática de la póliza de cumplimiento.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el hecho de tener un embargo por parte de la DIAN que impida ejecutar el contrato, es una circunstancia que claramente agravó el estado del riesgo y de lo cual debió conocer la Compañía Aseguradora dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se materializó. Lo anterior, dado que el riesgo de incumplimiento claramente se hizo más gravoso ante esta situación, como quiera que es mucho más probable que las actividades contractuales no se ejecuten, o se ejecuten de manera tardía, ante la falta de disponibilidad de recursos. Por tal motivo, es totalmente claro que se produce la terminación automática del contrato de seguro por no dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio.

La jurisprudencia ha sido clara en establecer que el asegurado o el tomador, según sea el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. Así entonces, durante la vigencia del contrato se deberá notificar al asegurador todo aquello que pueda modificar el riesgo, en su agravación o variación de su identidad, so pena de producirse la terminación del contrato. En este sentido, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “B” magistrada ponente: Stella Conto Díaz del Castillo en sentencia del 22 de febrero de 2016, expuso:

“En cuanto a la conservación del riesgo, es de anotar que, en los términos del artículo 1039 del Código de Comercio, al asegurado le corresponden las obligaciones que no pueden ser cumplidas más que por él mismo, motivo por el cual le es oponible la obligación consagrada en el artículo 1060 de la misma normativa, respecto de la conservación del riesgo y la notificación de cambios. Las normas en cita son del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 1039. SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o

determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.

ARTÍCULO 1060. MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS. El asegurado o el tomador, según el caso, están 25 Exp. 34226 Actor: Confianza S.A. obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella".

Como se observa, esta última norma consagra dos efectos jurídicos a saber: i) si se cumple con la notificación oportuna de la modificación del riesgo, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima; ii) en caso contrario se produce la terminación del contrato. El cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, pueden conllevar a deducir del monto de la indemnización de los perjuicios causados a la asegurada, en los términos del artículo 1078 del Código de Comercio.

Según el artículo 1060 transcrito, el asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad.

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas (artículo 1074 C. Cío.). El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes (artículo 1075 ibídem)". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por otro lado, en cuanto a la modificación del estado del riesgo en el contrato de seguro, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 28 de febrero de 2007, referencia 00133-01 magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo, dispuso:

“La Corte acierta en su decisión, acogiendo los argumentos establecidos por el Tribunal respecto a la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, en el cual se establece la obligación que tiene el tomador o asegurado de notificar al asegurador todos los hechos o circunstancias posteriores a la celebración del contrato que signifiquen una agravación del riesgo.

(...)

Estas circunstancias de agravación inciden en la obligación condicional del asegurador, quien es el que asume el riesgo, por lo tanto tiene el derecho a ser informado de todo tipo de eventualidades, para que de acuerdo a la situación y a las nuevas condiciones pueda revocar el contrato o hacer algún tipo de ajuste, sobre todo en lo relacionado con la prima.

Por consiguiente **“El régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en que las nuevas circunstancias que lo alteran, aumentan la probabilidad de ocurrencia del siniestro, o de la intensidad de sus consecuencias, sin que el asegurador deba soportar esa variación por un mal entendimiento del carácter aleatorio del contrato, pues aunque es claro que asumió la contingencia de la materialización del riesgo, lo hizo sobre la base de unas específicas condiciones,** de tal manera que si ellas cambian por el advenimiento de circunstancias no previsibles, en línea de principio deben cambiar las reglas que gobiernan la relación contractual, o dársele fin a ella.”

Al respecto el artículo 1060 del Código de Comercio dispone:

“ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. **En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.**

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella”.

Así como el artículo 1058 del Código de Comercio hace referencia a la carga de información del tomador del seguro previo a la celebración de un contrato, de forma similar, el artículo 1060 del C. Co., regula taxativamente las cargas de información adicionales que el tomador, el asegurado, o el beneficiario según sea el caso, deben cumplir con posterioridad a la suscripción del contrato de seguro. Ahora bien, la carga de informar sobre la agravación del estado del riesgo, según lo prevé

el artículo 1060 del Código de Comercio, opera en el presente asunto, so pena de terminar automáticamente el contrato de seguro⁶.

En virtud de lo anterior, las circunstancias de agravación en que incurrió el contratista, incidieron en la obligación del asegurador, quien es el que asume el riesgo. Bajo ese entendido, el asegurador debe ser informado de cualquier eventualidad que incida en el régimen de agravación del estado del riesgo. Dicho de otro modo, el régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en cualquier circunstancia que lo altere, sin que el asegurador deba soportar tal variación, por cuanto la asunción del riesgo la realiza con base en ciertas condiciones que no pueden ser alteradas sin su notificación.

Así las cosas, vale la pena resaltar que el contratista en su calidad de tomador de la póliza de seguro en favor de entidades estatales, tenía la obligación de mantener el estado del riesgo. No obstante, y de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario, no se logra evidenciar la notificación por escrito dentro del término señalado en el artículo 1060 del Código de Comercio, respecto de los hechos que sobrevinieron con posterioridad a la celebración del contrato y que claramente implican una agravación del riesgo, esto es, del embargo de la DIAN. Es por lo anterior que, en virtud de la normatividad precitada, se produce la terminación del contrato de seguro, no pudiendo en este proceso exigir ningún emolumento con cargo a la póliza de seguro.

Por ende, la falta de notificación constituye una negación indefinida, frente a lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil ha dispuesto:

“Es decir, existe un deber ex lege de comunicar hechos que inciden en la estructura y dinámica del riesgo previamente amparado. En el caso del artículo 1061, en lo que respecta a su origen o fuente, al mismo tiempo que a su teleología, la prestación es enteramente diferente, puesto que **la garantía constituye una promesa de conducta (hacer o no hacer), o de afirmación o negación que otorga el tomador o asegurado en relación con la existencia de un determinado hecho, lo que supone, invariablemente, una declaración ex voluntate y, por ende, de claro contenido negocial, la que en tal virtud no se puede inferir o presumir, menos si se tiene en cuenta las drásticas secuelas derivadas de su inobservancia o quebrantamiento.** Ello explica que sea menester que aflore o se evidencie “...la intención inequívoca de otorgarla”⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Asimismo, respecto de las negaciones indefinidas, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

“(...) que éstas se dividen en definidas e indefinidas, siendo las primeras aquéllas que tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente, las segundas, en cambio, no implican, ni indirecta ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno”.

para las [definidas], el régimen relacionado con el deber de probarlas continúa intacto ‘por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical’; las [indefinidas], ‘son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno’, de suerte que éstas no se pueden demostrar, no porque sean negaciones, sino porque son indefinidas (...)”⁸.

En conclusión, la falta de notificación es una negación indefinida que a la luz del artículo 1060 del Código de Comercio y de la jurisprudencia señalada no requiere de prueba. En consecuencia y al

⁶ <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/596/562>

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2007. Exp. 2000-133. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de julio de 2005, exp. 00126 citada el 20 de enero de 2006, exp. 1999-00037

no evidenciarse la notificación al asegurador de las modificaciones en el estado del riesgo, como lo fue el embargo de la DIAN, es totalmente claro que se terminó automáticamente el contrato de seguro de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio, razón por la cual no puede hacerse efectivo. Por tal motivo, respetuosamente solicito se revoque la Resolución No. 63 del 18 de mayo de 2022, toda vez que no resulta jurídicamente viable hacer efectiva una póliza de seguro que terminó automática y anticipadamente por la falta de notificación de la alteración del estado del riesgo.

3. INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL SUPUESTO PERJUICIO.

Es preciso recordar la naturaleza jurídica que la ley imparte a las cláusulas penales como forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, se ha referido a ellas, y por ser explicativa de los temas que se analizan, se transcribe el siguiente párrafo, a saber:

"Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que" como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato."⁹

De la anterior transcripción se resaltan que, por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad, ser una estimación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso cumple las finalidades de servir de apremio o de garantía. Excepcionalmente y por acuerdo entre las partes, en palabras de la Corte, se puede considerar que la cláusula penal cumple otras funciones. De aquí se desprende que, si hay dudas en la interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios.

Ahora bien, cuando se pretende la indemnización de un perjuicio, su prosperidad depende de que el mismo sea cierto y no hipotético. En el caso que nos convoca, la contratante únicamente se ocupó de demostrar que en el contrato de obra No. 327-19, se pactó una cláusula penal, más no acreditó, ni la existencia, ni la cuantía de un supuesto perjuicio que se hubiera generado por la aludida inexecución de las obras. Si bien es cierto, el contratista durante la etapa de descargos, admitió que le sobrevinieron circunstancias externas que dificultaron el normal cumplimiento de las obligaciones contractuales, también lo es que, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., ni siquiera hizo alusión a alguna erogación que el negocio jurídico le hubiera implicado y que se pudiera reclamar como perjuicio material causado a raíz del supuesto incumplimiento.

⁹ Sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Expediente No. 4607.

Dicho lo anterior, se concluye que, al no estar probada la existencia de un perjuicio cierto, tampoco se podrá sostener la decisión de afectar la garantía única de cumplimiento expedida por mi representada, pues por disposición del Estatuto Mercantil, el contrato de seguro adolece de carácter meramente indemnizatorio y en ningún caso podrá constituir fuente de enriquecimiento, así lo ha dispuesto su artículo 1088:

“ARTÍCULO 1088. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>. Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”.

En consecuencia, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., nunca demostró el perjuicio ocasionado con el supuesto incumplimiento de CODENCO, pese a ello decidió declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza expedida por mi procurada.

VII. JURAMENTO

En representación de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, respetuosamente me permito manifestar bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado demanda o solicitud alguna por los mismos hechos y pretensiones.

VIII. COMPETENCIA Y CUANTÍA

La competencia para conocer el presente asunto corresponde a los jueces administrativos de la ciudad de Cali, teniendo en cuenta que el ente que profirió los actos administrativos que se pretenden demandar es la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cali.

Así mismo, son competentes estos jueces administrativos, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que, la cuantía de las pretensiones no supera los 500 S.M.L.M.V.

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

IX. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

La cuantía se estima razonadamente en la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS **(\$292.801.805)** M/Cte., correspondiente al valor de la obligación impuesta a mi representada a través de la Resolución No. 63 del 18 de mayo de 2022.

X. RELACIÓN PROBATORIA

• Pruebas documentales aportadas

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

1. Copia de la Resolución No. **63** del 18 de mayo de 2022, expedida por **EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.**
2. Solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. **63** del 18 de mayo de 2022, expedida por **EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.**
3. Copia de la Resolución No. **86** del 25 de julio de 2022, expedida por **EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.**
4. Copia de la Póliza de Cumplimiento a Favor de Empresas de Servicios Públicos No. **980-47-9940000012286**.
5. Condicionado general de la Póliza de Cumplimiento a Favor de Empresas de Servicios Públicos No. **980-47-9940000012286**.
6. Copia de la solicitud de conciliación extrajudicial donde se convocó a **EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.**
7. Acta No. 043 del 21 de junio de 2024, expedida por la Procuradora 183 Judicial I Para Asuntos Administrativos de Popayán, por medio de la cual se declaró fallida la diligencia de conciliación.
8. Copia Contrato de Obra No. **327 – 19**.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS.

Dando alcance a lo establecido en el artículo 175 Parágrafo 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicito se requiera a la empresa Demandada **EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.**, para que, en la contestación de la presente demanda, allegue al proceso todos los antecedentes administrativos de la actuación objeto de este medio de control que se encuentren en su poder, la cual reposa dentro de la carpeta del Contrato de Obra No. **327 de 2019**, en virtud del cual se emitió el acto administrativo que aquí se ataca.

XI. ANEXOS

- Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.
- Poder especial conferido al suscrito por parte de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**.
- Copia del certificado de existencia y representación legal de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

XII. NOTIFICACIONES

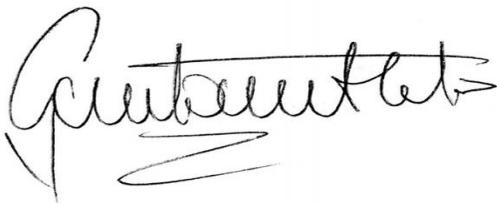
Al suscrito apoderado en la Avenida 6A bis # 35N – 100, oficina 212 Centro Empresarial Chipichape de la ciudad de Cali, Valle. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el art. 162 Núm. 7 del C.P.A.C.A., la dirección electrónica es: notificaciones@gha.com.co

A EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., en la dirección electrónica notificacionesjudiciales@pdacauca.gov.co

A la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA – CODENCO, en la Calle 59 #2 ESTE - 58 MZ C CA 9, Tunja, Boyacá. **SE DESCONOCE LA DIRECCIÓN ELECTRÓNICA.**

A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En la dirección electrónica: notificacionesjudiciales@defensajuridica.gov.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA.

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá, D.C.

T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.