

	<p>PROCESO COMUNICACIÓN ESTRATÉGICA</p> <p>RESOLUCIÓN No . . 8 6</p>	<p>22</p>
---	--	-----------

RESOLUCION No. No . . 8 6
(25 de julio de 2022)

“Por medio de la cual se resuelve la solicitud de Revocatoria Directa interpuesta contra la Resolución N° 63 de fecha 18 de mayo de 2022, proferida dentro de la Actuación Administrativa Sancionatoria del contrato de Obra Pública N° 327 de 2019”.

El Gerente General de la Empresa Caucana de Servicios Públicos **EMCASERVICIOS S.A. E.S.P.**, en uso de las facultades legales y estatutarias y en especial las establecidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y

CONSIDERANDO

ASPECTOS PREVIOS

a. El acto administrativo recurrido

El Gerente General de EMCASERVICIOS por medio de la Resolución N° 63 del 18 de mayo de 2022 declaró el incumplimiento total del Contrato de Obra N°. 327 de 2019, decisión que dispuso lo siguiente en la parte resolutive:

“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).”

La anterior decisión quedó notificada en estrados, y debidamente ejecutoriada el día 25 de mayo de 2022, toda vez que, dentro de la oportunidad legal no fueron interpuestos recursos contra la misma. Sin embargo, con posterioridad, el día 31 de mayo de 2022 la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa, por medio de su apoderada KELLY ALEJANDRA PAZ CHAMORRO, presentó solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 63 del 18 de mayo de 2022, escrito en el cual expuso en síntesis los siguientes argumentos:

b. Argumentos de la solicitud

1. La Resolución N° 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 hacer efectiva la cláusula penal pactada en sus contratos a través del procedimiento consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

“(…) Es necesario 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 N° 111239. Su objeto social consiste en la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico.



[Handwritten signature]

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.

"(...) En mérito de lo expuesto, 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 ADMINISTRACION PÚBLICA COOPERATIVA DE DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS DE COLOMBIA, en adelante, CODENCO, como contratista, no está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993. En este orden de cosas, 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 hacer efectiva la cláusula penal contractualmente pactada.

"(...) 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 de 2011, generándose a mi representada un perjuicio que no está en el deber de soportar (...)"

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.

3. Inexistencia de prueba del supuesto perjuicio.

"(...) 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 N° 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 que se pudiera reclamar como perjuicio material causado a raíz del supuesto incumplimiento.

CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD

1. Frente a la falta de competencia de EMCASERVICIOS para aplicar el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debemos precisar que EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. es una sociedad anónima, creada mediante la Escritura Pública No. 1845 del 11 de agosto de 2009 otorgada en la Notaría Tercera de Popayán, mencionándose en dicho instrumento que se trata de una Empresa de Servicios

REVISIÓN JURÍDICA
Castellanos F. España
C.A.E. ABOGADOS S.A.S.

Handwritten signature or mark.

Públicos Domiciliarios del orden Departamental, la cual tiene dentro de su objeto ser el Gestor del Plan Departamental de Aguas en el Departamento del Cauca.

Esta especial condición, la de ser el Gestor del PDA Cauca, le impone una especial consecuencia en cuanto al régimen legal de los contratos que en tal condición celebre, aspecto que analizaremos más adelante. Previo a ello, resulta metodológicamente conveniente estudiar el planteamiento expuesto por la solicitante, según el cual, los contratos celebrados por EMCASERVICIOS se rigen por el derecho privado y no por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, régimen del cual deriva la potestad de declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista.

El argumento expuesto por la aseguradora deriva de lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, norma que dispone:

“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.” (Resaltado nuestro)

Como se puede leer, los contratos que no se encuentran sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no son, precisamente, los celebrados por las empresas de servicios públicos, sino lo celebrados por las entidades estatales que prestan los servicios públicos. Es decir, el criterio para establecer la excepcionalidad del régimen de contratación no es orgánico (por la naturaleza de la entidad), sino funcional, es decir, solamente aquellas que presten servicios públicos de los que trata la Ley 142 de 1994.

En el caso de EMCASERVICIOS S.A. E.S.P., si bien fue constituida como empresa de servicios públicos, nunca ha prestado servicios públicos de los que refiere la Ley 142 de 1994, es decir, aquellos servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible. Su actividad se ha concretado en las funciones de Gestor del PDA Cauca, tal como se indica en el acto de constitución.

En virtud de lo anterior, EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. no es destinatario del régimen excepcional consagrado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, toda vez que, no presta servicios públicos de los señalados en la citada Ley.

Contrario a ello, y como se manifestó al inicio del presente acápite, la condición de Gestor del PDA Cauca, que ostenta EMCASERVICIOS, genera importantes consecuencias en el régimen legal de los contratos que en tal condición celebre. De este modo, el artículo 1 del Decreto 4548 de 2009 dispuso en relación con este aspecto:

“Los procesos de contratación que se adelanten por el Gestor, en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 12 del Decreto 3200 de 2008, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones previstas en el mencionado decreto.” (Resaltado nuestro)

Es claro que, el contrato de obra No. 327 de 2019 cuyo objeto es “EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EMCASERVICIOS S.A. E.S.P. A REALIZAR LA CONSTRUCCIÓN DE 101 UNIDADES SANITARIAS CON SISTEMAS DE TRATAMIENTO PARA VIVIENDA RURAL DISPERSA DE LAS VEREDAS SAMANGO, EL ALTO, LAGUNA NEGRA, LOMA GRANDE Y LOS CORREGIMIENTOS DE SANTIAGO, VENECIA, PARAMILLOS, EL ROSAL Y VALENCIA DEL MUNICIO DE SAN SEBASTIÁN”, corresponde a aquellos celebrados en calidad de Gestor del PDA Cauca, al punto que los recursos con los cuales se financió provienen del CONSORCIO FIA, según Certificado de Disponibilidad de Recursos No. 8120 del 5 de agosto de 2019, expedido por esta misma entidad fiduciaria, en virtud de lo dispuesto en el lineamiento dado por el Viceministro de Agua y Saneamiento Básico, por medio de la Circular No. 7300-3-127-91 del 12 de diciembre de 2013.

Por lo anterior, debemos precisar que el argumento expuesto por la compañía aseguradora carece de fundamento, pues los contratos celebrados por EMCASERVICIOS S.A E.S.P. en general, y el contrato de obra

REVISIÓN JURÍDICA
Cristian F. Espitia
C.A.E. ABOGADOS S.A.S.

Handwritten signature or mark.

No. 327 de 2019, en particular, se encuentran regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007¹), régimen legal del cual deviene la potestad exorbitante de declarar unilateralmente el incumplimiento contractual, según el procedimiento dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

2. Frente al argumento según el cual el contrato de seguro terminó anticipadamente, por cuanto el contratista CODENCO no informó oportunamente a la Aseguradora sobre la variación del riesgo que tuvo lugar con la orden de embargo decretada por la DIAN, se debe indicar lo siguiente:

La apoderada de la Compañía Aseguradora interpreta que el embargo ordenado por la DIAN de los recursos a favor del contratista constituye un hecho que impide la ejecución del contrato y que, por ende, agrava el riesgo, de suerte que se trata de un hecho que debió ser informado en los términos del artículo 1060 del Código de Comercio, al Asegurador.

Evidentemente la apoderada de la Compañía Aseguradora parte de un supuesto que no es cierto y que contradice lo probado en el proceso por presunto incumplimiento del cual deriva la resolución cuya revocatoria solicita. En el trámite del proceso no existe ninguna prueba que permita concluir que la no ejecución contractual por parte de CODENCO obedezca a una imposibilidad generada por la orden de embargo impartida por la DIAN. No existe en el expediente, prueba alguna de la imposibilidad que dicha medida hubiese generado para el contratista, debiendo recordar que en la oportunidad para aportar o solicitar pruebas éste ni aportó ni solicitó ninguna encaminada a demostrar tal circunstancia.

Por el contrario, el monto del embargo (\$2.954.345.000) resulta muy inferior a los indicadores financieros demostrados por CODENCO al momento de participar en el proceso de selección que dio lugar a la celebración del contrato 327 de 2019, según los cuales, contaba con un activo corriente de \$3.498.791.000 y unos indicadores de liquidez y endeudamiento de 15,81 y 0,06 respectivamente, tal como se puede comprobar con la información registrada en el RUP aportado con la propuesta, lo que demuestra que CODENCO contaba con la capacidad financiera para ejecutar el contrato por valor de \$1.464.009.026, cuando los indicadores requeridos en el proceso fueron 1,2 para liquidez y 70% para nivel de endeudamiento. Es decir, a pesar del embargo por \$2.954.345.000 CODENCO contaba con la capacidad financiera para ejecutar el contrato No. 327 de 2019, pues así lo demostraban sus indicadores financieros reportados en el RUP.

Igualmente, en el acto que declaró el incumplimiento de CODENCO se indicó con claridad que el referido incumplimiento no obedece a la circunstancia relacionada con el embargo, pues la inejecución de sus obligaciones es anterior a la notificación de dicha medida y que dicha inejecución se mantiene con posterioridad a ésta. En tal virtud, nada tuvo que ver la medida de embargo aludida con el incumplimiento contractual declarado.

Al respecto se indicó:

¹ 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."

REVISIÓN JURÍDICA
Cristian F. España
CAE ABOGADOS S.A.S.

Handwritten signature

“En este contexto es fácil concluir que la orden de embargo emitida por la DIAN en contra del contratista no resultó determinante en el incumplimiento analizado, toda vez que, desde antes de conocerse dicha orden, el contratista ya venía presentando atrasos, no parciales, no en determinados aspectos de la obra o respecto de determinadas obligaciones únicamente, sino un atraso total en la ejecución contractual, como quiera que ni antes de la orden de embargo, ni después de ésta, presentó acta parcial alguna que acreditara su ejecución en la obra.”

En tal virtud, no es cierto, ni se encuentra probado, si quiera sumariamente, que el embargo constituya un hecho que agravara el riesgo de incumplimiento, ni mucho menos que fuera la causa del mismo, tal como lo pretende mostrar la compañía aseguradora. Esta postura solo pretende liberar de responsabilidad a la compañía aseguradora quien sí fue informada de los hechos que efectivamente pudieron variar el riesgo, como fue la suscripción de suspensiones y reinicios, frente a lo cual la misma Aseguradora emitió las correspondientes actualizaciones de la póliza de cumplimiento según Anexo 4 de fecha 5 de agosto de 2021. En tal virtud, tomador y asegurado cumplieron con su obligación de informar las variaciones del riesgo ocurridas en la ejecución del contrato y la aseguradora, con la suya de emitir las ampliaciones de la póliza que por tales hechos correspondía.

En conclusión, la orden de embargo emitida por la DIAN en contra de CODENCO en nada influyó en el incumplimiento del contrato No. 327 de 2019, de suerte que no constituye un hecho que debiera ser informado al asegurador en virtud de lo dispuesto por el artículo 1060 de C. Co. y que, por el contrario, resultó irrelevante en el resultado de la ejecución contractual, al punto que se puede afirmar que la orden de embargo fue comunicada a EMCASERVICIOS con posterioridad al incumplimiento que ya venía presentando el contratista CODENCO. En este orden de ideas, el resultado conocido de incumplimiento nunca obedeció al hecho posterior, imprevisible y ajeno a la voluntad de las partes del seguro, como es presentada por la Aseguradora la orden de embargo, sino exclusivamente a la negligencia del contratista, tal como quedó demostrado en el proceso que por presunto incumplimiento se adelantó contra éste.

3. En relación con la inexistencia de la prueba del supuesto perjuicio, vale recordar lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la naturaleza de la cláusula penal pecuniaria:

Al respecto expresó la Sección Tercera en sentencia del 11 de abril de 2019, C.P. MARÍA ADRIANA MARÍN, radicado: 250002326000200201217 01 (36128):

“Con respecto a la posibilidad de que la cláusula penal pueda tener una naturaleza punitiva en lugar de ser resarcitoria -de suerte que su reclamación pueda concurrir con la de la reparación de los perjuicios derivados del incumplimiento-, esta Corporación ha señalado²:

... [L]a cláusula penal pecuniaria no se limita a una función reparatoria, sino que dependiendo de su pacto y de la elección del acreedor frente a su exigibilidad, como ocurre en el presente asunto, puede tener diferentes facetas, a saber: (i) de apremio o moratoria, exigible por el simple retardo; (ii) reparatoria o indemnizatoria, como estimación anticipada de perjuicios y (iii) punitiva, en tanto lo es a título de sanción coercitiva³. Así lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia⁴:

‘1.2. Examinada la regulación legal de la cláusula penal en el ordenamiento colombiano es menester asentar rotundamente y sin lugar a titubeos, que en el Código Civil no existe norma alguna (...) que explícita e invariablemente la conciba únicamente como la compensación de los daños padecidos por el acreedor o que circunscriba de algún modo su función en ese sentido.

Por el contrario, bien pronto el artículo 1592 ídem, siguiendo fielmente la tradición hispana, comienza por advertir que ‘La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una

² Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de julio de 2015, exp. N° 25000-23-26-000-1998-02134-01(29429). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

³ Nota transcrita: “ESCOBAR GIL, Rodrigo. Ob. cit., p. 368. Dicho autor sostiene frente a las sanciones coercitivas lo siguiente: ‘(...) no tienen una naturaleza reparatoria, porque su finalidad no es proporcionarle una suma de dinero a la Administración Pública para resarcirla de un daño patrimonial sufrido, sino que se encaminan a tutelar el interés público mediante la garantía de la efectiva ejecución del objeto contractual por parte del particular que colabora en la consecución de los fines del Estado’”.

⁴ Cita transcrita: “Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2009, expediente 68001 3103 001 2001 00389 01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena”.

[Handwritten signature]

obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal', poniendo de presente, de manera palmaria, que también asume un carácter particularmente punitivo, aunque, obviamente, tampoco es el único.

A su vez, el artículo 1593 dispone que '... cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona', prescripción que, además de subrayar el carácter sancionatorio de la dicha estipulación, no la ciñe al incumplimiento de la obligación principal, vale decir, la pretendida en últimas por el interesado, toda vez que ésta, por falta de consentimiento del tercero no se pudo ajustar.

Otro tanto ocurre con el artículo 1599 del C. Civil, el que dejando de lado sin reservas la función indemnizatoria de la cláusula penal, señala que 'habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio'. Es irrefragable, entonces, que la reseñada regla acentúa enfáticamente en el aspecto aflictivo de la misma, al punto de ser ella exigible a pesar de que el acreedor no sufra mengua alguna por causa del incumplimiento del deudor o, incluso, que por alguna extraña razón resultó beneficiado.

(...)

En fin, es evidente que el Código Civil, como ya se dijera concibe la aludida estipulación de manera polifuncional, pues junto con su carácter aflictivo, coexisten, a la par su condición de caución y la indemnizatoria (...).

(...)

En consecuencia, la pena no se traduce per se en una indemnización porque su tasación supone siempre una prestación que, por su valor y función, puede y suele estar situada al margen de la reparación de perjuicios'.

En ese orden, atendiendo a la forma en que se pacte la cláusula penal pecuniaria sus efectos también varían, con independencia de la causación de perjuicios o beneficios⁵. Así, la (i) de apremio o moratoria dará lugar a exigir la pena, sin que se extinga la obligación principal (...) y (iii) la punitiva dará lugar a exigir, además de la pena, la obligación principal. En todos los anteriores eventos podrá pedirse, incluso, la indemnización de perjuicios, si así se pacta⁶.

Es claro entonces que la exigibilidad de la cláusula penal no depende de la demostración de perjuicios por parte del acreedor, en este caso EMCASERVICIOS, y que, en todo caso, lo que debe decantarse es la forma en que las partes la pactaron para efectos de establecer sus efectos.

En el contrato No. 327 de 2019, la cláusula penal fue pactada en los siguientes términos:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. – CLAUSULA PENAL: En caso de la declaratoria de caducidad o de incumplimiento (total o parcial, sea en la etapa de ejecución o de liquidación), **EMCAERVICIOS** exigirá al contratista a título de cláusula penal una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, pena que se pacta por el mero retardo y sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal. **PARAGRAFO: EL CONTRATISTA** renuncia expresamente a cualquier requerimiento judicial o extrajudicial para efectos de ser constituido en mora por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en el presente contrato. (Resaltado nuestro)

De conformidad con la confección de la citada cláusula, la misma permite hacer efectiva la pena como medida punitiva ante el acaecimiento del incumplimiento del contratista, hecho que resultó probado en el proceso respectivo, sin que resulte necesario acreditar la existencia o monto de perjuicios por parte de

⁵ Cita transcrita: "El artículo 1599 del Código Civil: '<EXIGIBILIDAD DE LA PENA>. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio'".

⁶ Cita transcrita: "Igualmente, frente a la transacción, el Código Civil prescribe: 'ARTÍCULO 2486. <ESTIPULACION DE CLAUSULA PENAL>. Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes'".

Handwritten signature or mark.

EMCASERVICIOS, pues la pena no fue pactada con efectos resarcitorios o indemnizatorios únicamente, como erradamente lo propone la compañía Aseguradora.

4. En relación con la revocatoria directa de los actos administrativos, el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 establece:

“ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
- 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
- 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.”

En el presente caso no se evidencia la existencia de ninguna de las causales establecidas en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, como es la manifiesta oposición de la Resolución No. 63 de 2022 a la Constitución o a la Ley, ni su inconformidad o contradicción con el interés público o social ni mucho menos, que con ella se haya causado un agravio injustificado a determinada persona.

De los tres argumentos expuestos en la solicitud, solo el primero hace alusión a la posible ilegalidad del acto, aspecto que al ser analizado permite concluir que no existe tal ilegalidad y que el argumento planeado se basa en un supuesto falso, como es el que el régimen legal del contrato No. 327 de 2019 es el derecho privado y no el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Los dos argumentos restantes, si bien cuestionan la responsabilidad de la compañía Aseguradora y la exigibilidad de la pena pactada, no atacan directamente la legalidad del acto administrativo, aspecto que impediría, per se, revocar directamente la Resolución No. 63 de 2022 basándose únicamente en ellos, pues aun, en el hipotético evento de resultar veraces, lo cual no ocurre en este caso, no resultan suficientes para lograr la configuración de alguna de las causales consagradas en la norma antes transcrita.

Por lo anterior, éste despacho procederá a negar la solicitud de revocatoria directa presentada por la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa.

En mérito de lo expuesto

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.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Popayán a los 25 días del mes de julio de 2022.


JULIÁN ANDRÉS MUÑOZ LOMBARDI
Gerente General

Proyectó: Sandra Gamboa – Profesional Universitario
Revisó: Alejandro Flórez – Jefe OAJ
Revisó: C&E ABOGADOS S.A.S.

