**ARGUMENTOS DEFENSA SANCIONATORIOS:**

* **PÉRDIDA DE COMPETENCIA PARA DECLARAR LA CADUCIDAD, UNA VEZ FINALIZADO EL PLAZO CONTRACTUAL**

Como se señaló líneas atrás, el despacho reconoció que el plazo contractual feneció el 29 de diciembre de 2021 como consecuencia de las múltiples prórrogas y suspensiones que hubo en la ejecución contractual. Por contera, atendiendo la jurisprudencia uniforme y consolidada del Consejo de Estado sobre el límite temporal para declarar la caducidad del contrato, vemos que en el presente asunto la entidad perdió competencia para su declaratoria, toda vez que sólo fue hasta la expedición del acto administrativo objeto de discusión, esto es, el 3 de octubre de 2023, que se declaró la caducidad, aun cuando el plazo contractual finalizó el 29 de diciembre de 2021. Tal pérdida de competencia fue advertida por el contratista en sus alegatos de conclusión y, aun así, el despacho guardó silencio, por lo que en el numeral 8.2 se restringió a esgrimir que el contratista incumplió de manera severa y grave sus obligaciones, reuniéndose así los presupuestos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

Sobre el particular, conviene recordar que la caducidad es una potestad exorbitante de la administración que le permite terminar unilateralmente el contrato, como consecuencia de incumplimientos del contratista que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato. De tal modo, esta facultad está contemplada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 18.- De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.*

*Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.*

*La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”*.

Con base en tal estipulación normativa, el Consejo de Estado ha sintetizado los requisitos para declarar la caducidad, así:

*“De conformidad con lo prescrito por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Administración está habilitada para declarar la caducidad del contrato por medio de acto administrativo debidamente motivado, siempre que se reúnen los siguientes presupuestos: (i) un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; (ii) que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y (iii) que el mismo evidencie que puede conducir a la paralización del contrato. Según la norma en cita, dicha declaratoria trae aparejada la pérdida de los derechos que dimanaban del negocio jurídico para el contratista y, particularmente, que se traducen en: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años”*[[1]](#footnote-1)*.*

Ahora bien, como se observa, la norma no establece ningún lineamiento con relación al límite temporal que tiene la administración para la declaratoria de caducidad, de manera que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aclarado dicho límite, sosteniendo uniformemente que la caducidad sólo puede declararse en vigencia del contrato. Bajo esta óptica, ha dicho:

*“El ejercicio de la prerrogativa de terminar unilateralmente el vínculo negocial ante un incumplimiento grave del contratista se explica en los fines propios del contrato y, por lo mismo,* ***se trata de una competencia que no puede extenderse más allá del término de ejecución pactado****. O lo que es igual, para su ejercicio el plazo no puede estar vencido o finalizado, habida consideración (i) de los elementos de su definición legal; (ii) de la finalidad de protección del interés público que esta medida excepcional comporta; (iii) que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y (iv) que el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo”*[[2]](#footnote-2)*.*

En otra oportunidad, se advirtió:

*“****En relación con la competencia temporal para ejercer el poder exorbitante de declaración de la caducidad****, el Consejo de Estado ha discurrido con suficiencia sobre este aspecto, pero sólo desde la óptica del límite temporal definitivo para su ejercicio, o sea, desde cuándo y hasta cuándo la administración puede hacer uso de ella. Luego de infinidad de debates, recientemente la Sala Plena de la Sección Tercera profirió una sentencia de unificación jurisprudencial,* ***que sostiene que sólo durante el plazo del contrato se puede declarar la caducidad, de manera que tan pronto vence, aunque siga en ejecución, no es posible hacerlo*** *(…) la Ley 80 de 1993 no contempla un límite temporal que restrinja a la administración -por este exclusivo factor- para ejercer el poder exorbitante de declaración de caducidad. De hecho, la jurisprudencia sí estableció un límite, pero solo para indicar que no procede con posterioridad al vencimiento del plazo del contrato -aunque el negocio jurídico siga en ejecución-, pero no restringió su ejercicio al interior del plazo que corre, salvo -claro está- por otros aspectos o requisitos que exige la norma para su ejercicio: que el incumplimiento de las obligaciones sea grave y paralice el servicio o amenace con hacerlo*”[[3]](#footnote-3).

Como vemos, el Consejo de Estado ha reiterado que el límite temporal para la declaratoria de caducidad es la vigencia del contrato, por lo que tan pronto finaliza el plazo, no es posible hacerlo, perdiendo así competencia temporal para ello.

En el caso de marras, como la administración carecía de competencia para declarar la caducidad del contrato, habida cuenta que el plazo contractual finalizó el 29 de diciembre de 2021 y solo hasta el 3 de octubre de 2023, esto es, 1 año, 9 meses y 4 días después de vencido el plazo declaró la caducidad, el acto administrativo que así lo hizo deviene en ilegal, de modo tal que la entidad deberá revocarlo ante la imposibilidad de declarar la caducidad, una vez fenecido el término contractual.

* **NO SE LOGRÓ ACREDITAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DE BUEN AMPARO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO, NI LOS PERJUICIOS OCASIONADOS A LA ENTIDAD PÚBLICA**

Sobre el particular, cabe precisar que el despacho no logró acreditar la ocurrencia de ninguno de los riesgos cubiertos por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, toda vez que sólo afirmó que: *(…) el contratista no ejecutó en la obra el valor desembolsado a título de anticipo en cuantía de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS DOS MIL DOSCIENTOS PESOS MCTE ($154.502.200) según lo pactado en el literal a) del numeral 4.1. de la cláusula cuarta del contrato, habiéndose reportado una ejecución total de $33.571.42,00, correspondiente a cantidades de obra inconclusa no susceptible de ser recibida, y además conservando a la fecha recursos girados a título de anticipo no reflejados en obra por valor de CIENTO VIENTIDOS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($122.6789.572) (…)”.* Aun así, no se indicó cuál de los tres (3) riesgos se había configurado, esto es, i) la no inversión del anticipo, ii) el uso indebido del anticipo y, iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo, incumpliendo la carga de que trata el artículo 1077 del Código de Comercio.

Para comenzar, es importante mencionar que el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad de los siguientes riesgos, los cuales están contemplados tanto en las condiciones generales de la póliza como en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, a saber:

*“Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; ii) el uso indebido del anticipo; y iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo”.*

Así las cosas, a partir de dicho presupuesto, la entidad estatal, como facultada para iniciar el procedimiento sancionatorio, tiene la carga de probar la ocurrencia de dichos riesgos, **además de cuantificar los perjuicios,** tal y como lo ha reconocido COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, así:

*“En relación con el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo se pueden presentar dos situaciones que determinan la actuación administrativa a seguir para la declaratoria del siniestro: i) que se declare el incumplimiento de las obligaciones y el siniestro de este amparo; o ii) que únicamente se declare el siniestro de este amparo.*

*En el primer evento, debe tenerse en cuenta que si la declaración del siniestro se realiza con el acto administrativo que declara el incumplimiento, o el que impone multas, o el que declara la caducidad, debe adelantarse el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, correspondiente al proceso sancionatorio. Ello es así, dado que en este caso la Administración está ejerciendo una potestad sancionatoria, y en tal sentido, le corresponde atender la norma especial en materia de contratación. En este escenario, con fundamento en lo establecido en el artículo 86 ibídem, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista.* ***Concretamente para el amparo del buen manejo y correcta inversión del anticipo, deberá relacionar las situaciones de hecho que soportan el siniestro, así como cuantificar los perjuicios sufridos por la entidad estatal con ocasión de la no inversión del anticipo, el uso indebido del anticipo; y/o la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo****”*[[4]](#footnote-4)*.*

Entonces, al revisar el informe de interventoría y el acto administrativo objeto de discusión, se evidencia que la entidad no cumplió con la carga de acreditar la ocurrencia de ninguno de los riesgos cubiertos por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo y, mucho menos, cuantificó el perjuicio, limitándose a esgrimir que presuntamente no se invirtieron dichos recursos, cuantificando el valor del amparo en lo no amortizado, a pesar de que la no amortización no es un riesgo cubierto por el mentado amparo.

Así pues, la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, lo que hace imposible su afectación por el mero hecho de no haberse amortizado el anticipo. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*“Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente –como lo hace el tribunal– que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo. Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos.* ***El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia –de ninguna manera– que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo; razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado****”*[[5]](#footnote-5) *.*

Bajo esta óptica, es claro que no se configuró ninguno de los riesgos cubiertos en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, esto es, i) no inversión, ii) uso inadecuado o iii) apropiación indebida del anticipo, como se anticipó al inicio de este acápite, lo que hace turno implica la imposibilidad de afectar la póliza.

En esta línea argumentativa, no se probó que el contratista no invirtiera los recursos girados a título de anticipo de conformidad con el plan de inversión del anticipo, recordando que este último es el parámetro según el cual debe verificarse el cumplimiento o no de la inversión del anticipo. Así las cosas, como se anticipó, en ninguno de los acápites que conforman el acto administrativo que declaró el siniestro se relacionó el plan de inversión o manejo de anticipo, y mucho menos se indicó en qué medida o porcentaje se incumplió dicho plan. De tal modo, no se probó este riesgo asegurado por el amparo de buen manejo y correcta inversión de anticipo.

Por su parte, tampoco se logró acreditar la apropiación indebida del anticipo, en la medida que, tal y como es reconocido por el Consejo de Estado, “(…) *esto implica que el contratista destine los bienes que se le haya[n] entregado en calidad de anticipo a un asunto ajeno de la ejecución contractual”*[[6]](#footnote-6)*,* situación que no se comprobó.

Igualmente, no se acreditó el supuesto del uso indebido del anticipo, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado hizo claridad respecto a los riesgos cubiertos en este amparo, así:

*“La doctrina ha explicado el punto de la siguiente manera:*

*Podemos definirlo (el amparo de anticipo) como el amparo mediante el cual la compañía de seguros se obliga a indemnizar al contratante asegurado por los perjuicios que sufra este por causas imputables al contratista garantizado, derivados de manera directa de los distintos riesgos que emanen del manejo de dineros o bienes entregados a este último a título de anticipo, los cuales, no están siempre cubiertos en su totalidad, de tal suerte que solo los que sean explícitamente nombrados estarán amparados, y los que no lo estén, valga la redundancia estarán excluidos…*

*Bien se trate de buen manejo, correcta inversión o uso****, se busca indemnizar al asegurado por los perjuicios derivados de la destinación que el contratista haga del anticipo sin hacer honor a las reglas del contrato para tal fin, empleándolos para gastos que no estén relacionados con el objeto contratado, y/o dirigiéndolos de manera distinta a la pactada en el contrato garantizado, sin haberse apropiado de ellos****….*

*La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando, ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato39. En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación. (…) Puede agregarse que un anticipo puede no haber sido amortizado, pero sí correctamente utilizado e invertido. Lo dicho, puesto que se trata como ya se adujo de riesgos distintos, en la medida en que la no amortización puede derivarse, por ejemplo, de un anticipo que sí tuvo la destinación que debía dársele conforme a las reglas contractuales, pero que por circunstancias imputables al contratista no se devolvió al contratante”*[[7]](#footnote-7)*.*

Como se observa, los riesgos cubiertos en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo están dirigidos a indemnizar a la entidad por **la destinación inapropiada que haga el contratista de los recursos entregados a título de anticipo, desconociendo el plan de inversión y dirigiéndolos de manera distinta a la pactada.** Sin embargo – se insiste-, el despacho no cumplió con dicha carga, pues no relación el plan de manejo o inversión del anticipo y, mucho menos, indicó en qué porcentaje se incumplió, obviando así su obligación de acreditar y cuantificar el perjuicio.

Con todo, es evidente que no se configuró ninguno de los riesgos amparados, y es que el Despacho ni siquiera aclaró cuál de las tres (3) situaciones fue la que se configuró en el caso concreto, esto es, i) la no inversión del anticipo, ii) el uso indebido del anticipo y, iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo. Asimismo, tampoco se lograron acreditar los perjuicios ocasionados.

Es claro entones que no se acreditó el riesgo asegurado, así como tampoco el perjuicio causado, de manera que lo procedente será revocar la decisión, ante la clara falta de motivación de la misma.

* **SE CONFIGURÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO**

Con relación a este argumento, el despacho adujo que el siniestro ocurrió en vigencia de la póliza y, pese a que se tuvo conocimiento y se procedió a su declaración una vez terminado el contrato de seguro, ello no es óbice para desconocer la potestad de la administración de su declaratoria. Así pues, insistió en que el acto administrativo es declaratorio -más no constitutivo- del siniestro y, por tanto, puede expedirse luego de terminado el contrato. Sin embargo, la entidad confunde la vigencia de la póliza con la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, por cuanto aun sin reconocer que los hechos están cubiertos por la póliza al, presuntamente, haber ocurrido durante su vigencia; no puede desconocerse que la entidad tiene un límite temporal para declarar el siniestro y, así, hacer uso de las acciones derivadas del contrato de seguro, término que según el artículo 1082 del Código de Comercio es de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia de los hechos y, considerando que la póliza tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2021, es claro que trascurrieron más de dos (2) años desde que ocurrió el hecho hasta que se declaró el siniestro, configurándose así la prescripción derivada del contrato de seguro.

Al respecto, conviene precisar que el Consejo de Estado ha dicho que no es viable que la entidad pública argumente que tuvo conocimiento de los hechos hasta la terminación del contrato, más aún en contratos de ejecución sucesiva, pues con ello se estaría reconociendo que se desconocieron deberes de control y seguimiento a las actividades realizadas por el contratista. En estos términos, se adujo:

*“En efecto, si se trata, por ejemplo, de la construcción de una obra es evidente que la entidad pública se encuentra en capacidad, de conformidad con la programación de las actividades o el plan de trabajo acordado, de determinar si la misma se entregará o no dentro del plazo convenido y de establecer a partir de ese seguimiento que en forma permanente y responsable le demanda la ley, si resulta pertinente o no la adopción de una medida preventiva, como puede ser la ampliación o prórroga del plazo, o, si por el contrario, amerita la imposición de medidas extremas, como la declaratoria de caducidad del contrato, para desplazar al contratista a efectos de terminar directamente o por conducto de otro contratista la obra requerida.*

*En fin, que sólo hasta el último día del plazo de ejecución del contrato o un día después se conozca si se cumplió o no con la construcción de la obra pública, o con la elaboración de los estudios, o con la prestación completa de un servicio, o con cualquier objeto de realización en el tiempo, deja la impresión de que la Administración jamás se enteró suficientemente de su ejecución, ni se entendió adecuada, estricta y juiciosamente -como deber ser- de la verificación del cumplimiento del objeto contractual; es decir, que no cumplió cabalmente con su deber de dirección, control y vigilancia del contrato, ejerciendo oportunamente los poderes que le otorga la ley para velar por la obtención de los fines que se buscan con el contrato, razón que no puede justificar a posteriori y legitimar la adopción de un poder exorbitante como la declaratoria de caducidad, porque simplemente al final del plazo convenido se da cuenta en forma “sorpresiva” que no se logró satisfacer el bien o servicio contemplado en el objeto contractual”*[[8]](#footnote-8)*.*

Al respecto, es importante tener en cuenta que el artículo 1081 del Estatuto Comercial establece que las acciones derivadas de los contratos de seguro prescriben en el término de dos años. Dicho precepto establece lo siguiente:

***“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>.*** *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

*La prescripción ordinaria* ***será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción****.*

*La prescripción extraordinaria* ***será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.***

*Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Por otro lado, el Consejo de Estado ha establecido que la prescripción respecto de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de obligaciones contractuales comienza a contar a partir del momento en que se configura dicho incumplimiento, expresando dicha postura de la siguiente forma:

*“CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que,* ***también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño****. Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que* ***se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato****. Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados****, la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico****. En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”*[[9]](#footnote-9)(Negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, el operador jurídico debió analizar la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro a partir del hecho generador del daño que evidentemente ocurrió, como fecha máxima, el 30 de junio de 2021, fecha para la cual se extendió la vigencia de los amparos de cumplimiento y buen manejo y correcta inversión del anticipo. En ese entendido, al configurarse el presunto daño desde este momento, la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro ya se configuró.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso concreto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, a luces de lo establecido en la normatividad vigente y en la jurisprudencia, toda vez que la ocurrencia de los hechos materia del proceso sancionatoria acaecieron, a más tardar, el 30 de junio de 2021, última fecha de vigencia del contrato de seguro, de manera que, a la fecha en que se notificó la decisión, transcurrieron más de dos (2) años, resultando claro que operó el fenómeno de la prescripción extintiva.

Conforme lo expuesto, se solicita al Honorable Juzgador proceder con la revocatoria de la Resolución No. 357 del 03 de octubre de 2023 y, consecuentemente, con la desvinculación de mi prohijada en las presentes diligencias, declarando el cierre y archivo de las diligencias.

* **INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MI PROHIJADA POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO E**

Sin perjuicio de los argumentos antes señalados, 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) (…)*[[10]](#footnote-10)*”.*

Entonces, de acuerdo con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las partes intervinientes en el contrato de seguros pactaron que el riesgo asegurado correspondía a los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones imputables al contratista.

Sin embargo, como lo expuso el contratista en sus descargos, los presuntos incumplimientos se debieron a situaciones como la mayor permanencia en obra, diferencia en los precios entre la fecha del contrato y la fecha de inicio, circunstancias imputables únicamente a la entidad contratante. De tal manera, al no ser imputables al contratista, es claro que no se configuró el riesgo asegurado.

En conclusión, como no se comprobó que hubiese incumplimientos imputables al garantizado en la póliza, tampoco se acreditó la configuración del riesgo asegurado, ni la obligación condicional de asegurador, de manera que no existe deber de indemnizar a cargo de mi representada, así como tampoco hay lugar a hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

# FALTA DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LA CLÁUSULA PENAL IMPUESTA

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[[11]](#footnote-11) 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.

Conforme lo anterior, la cláusula penal debió calcularse proporcionalmente al avance de obra, el cual se cuantificó en $33.571.428, tal y como lo reconoció el despacho en el acto administrativo objeto de discusión. Así las cosas, el valor de la cláusula penal deberá reducirse conforme al porcentaje ejecutado por el contratista y disminuirse en dicha proporción.

**SITUACIONES IMPREVISIBLES E IRRESISTIBLES:**

Ahora, es necesario advertir que la entidad pública cuenta con diferentes herramientas para solventar inconvenientes imprevisibles e irresistibles (como el hecho de que las personas a quien se destina el programa no asistan al mismo), como lo son las prórrogas y suspensiones, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*“*Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar. Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la eficacia, existencia y validez de la suspensión en el negocio jurídico **cuando las partes la utilizan como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de procura del interés público -que de forma suficiente y justificada le dan fundamento-, y hacen constar esas circunstancias y sus efectos por escrito con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual.**

(…)

*A pesar de que las normas que desplazaron el Decreto Ley 222 de 1983 no reprodujeron o sustituyeron la disposición transcrita, las exigencias en la práctica cuotidiana de la ejecución de los contratos y la ausencia de una regla general han supuesto un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevén que,* ***cuando en la ejecución del contrato llegaren a sobrevenir situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o necesidades de interés público, el contrato pueda suspenderse justificada y temporalmente mientras se resuelven los inconvenientes que impiden su ejecución****”[[12]](#footnote-12).*

En el mismo sentido, el alto tribunal ha dicho que el plazo es un elemento accidental de los contratos estatales, de modo que puede modificarse por acuerdo entre las partes ante situaciones adversas e imprevistas que impidan el cumplimiento del plazo inicialmente pactado. De tal manera, adujo:

*“[L]a Sala 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”[[13]](#footnote-13).*

Vemos entonces que era perfectamente viable prorrogar el contrato a efectos de que los recursos se destinaran a nuevas personas que no había podido asistir al programa.

**DESEQUILIBRIO ECONÓMICO:**

Sobre el particular, es necesario recordar que respecto al equilibrio económico del contrato, existen teorías reconocidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la imprevisión y el hecho del príncipe, que constituyen un desequilibrio económico que debe ser solventado por la entidad pública. Así pues, se ha dicho:

*“****El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.*** *(…) ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio,* ***ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas.*** *Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por: a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no. b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación - llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. (..) con independencia de la causa que se invoque como factor de desequilibrio económico y financiero del contrato estatal, dentro de los requisitos necesarios para su reconocimiento y el consecuente restablecimiento de la ecuación contractual, existen unos elementos comunes que deben acreditarse en forma concurrente tales como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y fundamentalmente la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato, pues no es viable inferir a priori que acontecido el hecho del príncipe o el hecho de imprevisión haya necesariamente rompimiento del equilibrio contractual y surja el deber de reparar”[[14]](#footnote-14).*

En otra oportunidad, se afirmó:

*“Acá es preciso recordar que la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalgia funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su cocontratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes”[[15]](#footnote-15).*

Entonces, tenemos que el Consejo de Estado ha reconocido que existen tres (3) situaciones capaces de romper el equilibrio contractual que debe mantenerse en las relaciones negociales con el Estado, **y que correlativamente implican el restablecimiento de la ecuación financiera *so pena* de responsabilidad contractual**, esto es, i) actos imputables a la administración por incumplimiento de las obligaciones, ii) actos del Estado en ejercicio de sus potestades legales o constitucionales, lo que se ha denominado como *“hecho del príncipe”,* y) iii) actos imprevisibles e irresistibles que no son imputables a ninguna de las partes, o teoría de la imprevisión.

**En todos estos casos, es necesario que la administración restablezca las condiciones contractuales y económicas a efectos de reajustar la ecuación financiera del contrato, a través de compensaciones o indemnizaciones.**

Vemos aquí que existieron situaciones imprevisibles, irresistibles y no imputables al contratista que rompieron la ecuación económica del contrato, a tal punto de imposibilitarlo para continuar con la ejecución del mismo, aun así, no se tomaron las medidas de saneamiento correspondientes, de modo tal que los retrasos y parálisis del proyecto son imputables única y exclusivamente al INVÍAS y la interventoría por desconocer su obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato.

**EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO E INCUMPLIMIENTOS IMPUTABLES A LA ENTIDAD PÚBLICA**

La entidad pública ha incumplido con sus obligaciones al no hacer un seguimiento constante del contrato, por cuanto 4 meses después del inicio del contrato se realizó el primer comité técnico e, igualmente, hubo demoras en la designación de los apoyos a la supervisión. Además de lo anterior, solo fue 8 meses después del inicio del contrato que requirió al contratista para que diera explicaciones sobre el inicio de los componentes 1 y 2, lo que también evidencia su falta de supervisión e incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Acerca de esta excepción, debe señalarse que está contemplada en el artículo 1609 del Código Civil, aplicable a los contratos de las sociedades de economía mixta por disposición del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 1609. <MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES>. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

Con relación a esta excepción, el Consejo de Estado ha aclarado que procede en los contratos estatales aun cuando esta debe ser armonizada con las normas de derecho público y, por tanto, tienen que cumplirse ciertas características para que se configure. De esta modo, se afirmó:

*“El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (…) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones*

En pronunciamiento más reciente, esta Corporación adujo:

*“En materia de contratación estatal no cualquier desatención obligacional de la entidad tiene la virtualidad de situar en estado de incumplimiento al contratista o de conjurarlo. Ello obedece a que, en atención al fin público que se encuentra ínsito en la suscripción de un contrato estatal, el contratista debe procurar satisfacer su objeto en las condiciones inicialmente convenidas, a menos que, en realidad, el apartamiento de las obligaciones a cargo de la entidad lo lleven a un estado de imposibilidad material de cumplirlo, supuesto que en este caso no acaeció”*

Como se aprecia, para que se predique la excepción de contrato no cumplido en materia estatal, el incumplimiento de la entidad debe ser grave, determinante y trascendente, al punto de situar al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones. En ese sentido, en el evento de encontrar un incumplimiento del contratista, es claro que este se derivó del incumplimiento previo de la entidad al no hacer un debido seguimiento del contrato, por lo que se configuraría la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil.

**REQUISITOS CITACIÓN A AUDIENCIA ART. 86:**

# Al respecto, es necesario recordar los requisitos que debe contener la citación que convoca a las partes a audiencia de descargos, *so pena* de incurrir en un posible desconocimiento de su debido proceso. Así las cosas, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone:

# *“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

# *a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; (…)”*

# De esta manera, la citación debe contener como mínimo: i) una mención expresa y detallada de los hechos que soportan el inicio del proceso de incumplimiento contractual; ii) debe estar acompañada del informe de interventoría o supervisión en el que sustente la actuación; iii) debe enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y; iv) es necesario que contenga las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.

# Ahora bien, al revisar la citación que fuese remitida a mi procurada junto con sus anexos, se evidencia que no se acompañó del informe de interventoría que sustentó la actuación, pues en ninguno de los anexos de la citación se logra apreciar el informe que fuese remitido por la interventoría y/o supervisión a la entidad contratante.

En virtud de lo anterior, se ponen en evidencia las falencias de la citación remitida a mi representada, lo cual puede derivar en una afectación grave al debido proceso y derecho de defensa de las partes, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“El debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, principio rector de las actuaciones administrativas (artículo 3 del CPACA), tiene una materialización singular y significativa frente a las actuaciones de la administración durante su actividad contractual. La desaparición, en la redacción original de la Ley 80 de 1993, de la posibilidad de pactar y hacer efectivas las multas y la cláusula penal, dio origen a un número importante de providencias que se pronunciaron sobre el debido proceso administrativo, y a la adopción de las disposiciones del artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sobre las actuaciones administrativas sancionatorias en materia contractual.*

*En vigencia de la Ley 1474 de 2011, hoy resulta claro que para la declaratoria de incumplimiento, y para hacer efectiva la cláusula penal (como ocurrió en los actos administrativos demandados), la administración debe cumplir con el procedimiento legal establecido, en el cual se requiere una citación previa al contratista para que asista a una audiencia, en desarrollo de la cual la administración debe dar a conocer las razones que motivaron su actuación y las normas violadas, para que el contratista pueda, a su vez, ejercer su derecho de defensa” [[16]](#footnote-16).*

En otra oportunidad, se adujo:

*“27. Salta a la vista que el documento en mención no llena las exigencias del literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, norma que prevé el procedimiento que deben observar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para “declarar el incumplimiento” e “imponer las multa*

*s y sanciones pactadas en el contrato”. En efecto, se echan completamente de menos en la citación la “mención expresa y detallada de los hechos que la soportan” y la enunciación de “las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación”, requisitos que no podían ser obviados, como lo consideró el Tribunal, porque el Consorcio Ingenieros Asociados (se trascribe): “siempre estuvo enterado de los hechos que motivaron el desarrollo de la audiencia que se llevó a cabo en el curso del proceso sancionatorio”.*

*28. Así las cosas, la Sala considera acreditada la nulidad de los actos administrativos demandados por violación del derecho al debido proceso y, en consecuencia, revocará la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la nulidad de las Resoluciones No. 941 y 1441 de 2013. Al haberse accedido a este argumento, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre aquel relacionado con la imputación al Consorcio Ingenieros Asociados de la inejecución del contrato de obra No. 1555 de 2011 y la configuración de la excepción de contrato no cumplido”[[17]](#footnote-17).*

Bajo esta línea argumentativa, es necesario que la entidad subsane los yerros de la citación e indique de forma detallada y expresa los hechos que soportan el procedimiento, además de acompañarla con el informe de interventoría, porque de otra manera se estaría vulnerando el debido proceso y derecho de defensa de las partes, lo que conllevaría indudablemente a la ilegalidad de la actuación.

**INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTOS:**

**ARTICULO 1608. <MORA DEL DEUDOR>.** El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

SE HAN ENTREGADO LAS ACTIVIDADES TOTAL Y PARCIALMENTE SEGÚN EL NUEVO CRONOGRAMA.

**IMPOSIBILIDAD DE IMPONER MULTAS, UNA VEZ FINALIZADO EL PLAZO CONTRACTUAL:**

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, las Entidades estatales recobraron la potestad legal para imponer multas, declarar el incumplimiento e imponer la cláusula penal sin necesidad de acudir a la vía judicial, siempre que esta se encontrara pactada expresamente dentro del contrato. Aunque no existía una reglamentación del articulo 17 para adoptar una decisión, si debía garantizarse el debido proceso al ser 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.” (…)*

Posteriormente, se expidió la Ley 1474 de 2011 por la cual se dictó el Estatuto Anticorrupción, a través del artículo 86 se reguló de manera específica el trámite y el procedimiento a seguir para la declaratoria de incumplimiento, con el fin de imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal.

Nuevamente se reitera por la recurrente que la Entidad no tomo realizo las actuaciones administrativas de manera correcta para la expedición de la Resolución por medio de la cual se declara la ocurrencia del siniestro, debido que, si bien es cierto, no hubo un incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato sino por el contrario fue un cumplimiento tardío que no es imputable al contratista porque fue con ocasión al cierre de la vía de Villavicencio (lugar donde se encontraba los insumos) que impidió la recepción de los insumos en el hospital en los plazos esperados, pues como se establece en la resolución recurrida todos los insumos ya se encuentra en el lugar de la ejecución, por lo que es claro que si existe un cumplimiento contractual

Al respecto de la definición de multa y su finalidad, el Consejo de Estado, en sentencia con radicación No. 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28875), del 10 de septiembre de 2014, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se expuso lo siguiente:

*“CONTRATO ESTATAL - Multa: Definición: Aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato,* ***con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones****, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual. (…)*  (negrillas fuera del texto)

En igual sentido, mediante sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado del 6 de julio de 2015, con Radicación No. 25000-23-26-000-1998-02422-01 (32428), C.P.: Olga Melida Valle De La Hoz se indicó:

*“Al inicio conviene señalar que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han considerado que las multas estipuladas en los contratos estatales****tienen como objeto compeler, constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es decir, que al ser su función conminatoria y no sancionatoria, es evidente que no se persigue indemnizar o reparar los daños ocasionados por el incumplimiento del contratista, sino requerirlo para que cumpla lo pactado, y con ello se garantice la adecuada ejecución del contrato****.” (negrillas fuera del texto)*

Esta misma Corporación mediante sentencia expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero, del 2 de noviembre de 2016, Radicación No. 05001-23-31-000-1997-00662-01(33396), previó que las multas solo pueden imponerse en un límite temporal que corresponde al del plazo contractual, pues solo en él se cumpliría el propósito de esta sanción:

*(…)* ***La cláusula de multas sólo puede imponerse dentro del plazo contractual y siempre que se honre la finalidad de esa cláusula, que no es otra que la de apremiar al contratista para que cumpla. Si esta finalidad no se satisface, la administración perderá la competencia para su imposición*** *[E]s claro que la demandada había perdido la competencia temporal para imponer las multas contenidas en las resoluciones demandadas, toda vez que estas fueron adoptadas cuando el plazo del contrato ya había expirado. En consecuencia, se declarará la nulidad de los actos administrativos.” (…)*

Hecho que se reitera en la sentencia con radicado No. 28875, anteriormente referido:

*“Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento,* ***no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.*** *(…) La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. (…)”*

Ha de considerarse que la Sección Tercera, mediante sentencia con número de expediente 28206 de 2014, determinó la imposibilidad de imponer una multa fuera del plazo contractual, so pena de generar un vicio de incompetencia:

*“En el Sub lite, la Sala observa que, si bien la prórroga del contrato de obra No. 039 de 1993 venció el 23 de Julio de 1994, en los términos de la resolución que liquido unilateralmente, la fecha real de terminación fue el 20 de septiembre de 1994.*

*Lo anterior, significa que el acto administrativo que impuso la multa al contratista, que data el 19 de enero de 1995, aclarado el 22 de agosto del mismo año,* ***se profirió por fuera del plazo contractual****. Al respecto, la parte actora no esgrimió ningún argumento, empero ello no impide a la Sala aborda su estudio, pues* ***se trata de un vicio de incompetencia****, respecto del cual la jurisprudencia de la Sección ha considerado que es tal la gravedad, que incluso puede dar lugar a la declaratoria oficiosa de nulidad de los actos administrativos, evidentemente afectados con dicha irregularidad. Sobre el punto se ha dicho:*

*(…) la Corte Constitucional al referirse a este aspecto de la actuación de las autoridades estatales, ha manifestado que no se trata de una formalidad de la misma, sino de un elemento sustancial, ya que se trata de “un presupuesto esencial de validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado.(asimilar ese requisito a la forma es incurrir en una confusión inadmisible, puesto que a esa solo puede acceder el sujeto calificado (competente, capaz, según el caso)para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica”(…)*

***La competencia de la administración pública contratante tiene un límite temporal, ligado a la vigencia del contrato dentro de ella, la entidad debe establecer el incumplimiento parcial de las obligaciones, y en consecuencia decretar unilateralmente la imposición de la multa, facultades que no puede ejercer luego de vencido dicho termino, que es conocido por las partes y otorga seguridad jurídica frente a la competencia que al respecto tiene la administración****”. (…) (Subrayas y Negrillas fuera del texto original)*

Ahora bien, respecto al incumplimiento parcial de la obligaciones en las que se basa la administración para la imposición de la multa, esta situación varió en el momento de la instalación de la audiencia pues el 30 de julio de 2019 y tal como lo establece el supervisor del contrato, los hechos que generaron el cumplimiento fueron subsanados, por lo que los motivos que iniciaron la actuación administrativa fenecieron, dejando infundado el procedimiento razón por la que la administración debió cerrar el procedimiento por hecho superado.

Así lo establece el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011:

“… d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. **La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.**”

Para el caso en concreto, la finalidad de este procedimiento administrativo era la imposición de la multa solo si se cumplía con las situaciones de tiempo, modo y lugar para permitir su imposición. Tal como se ha venido esbozando, la multa procede para conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones contractuales, es decir que llegado el momento de adoptar una decisión y si aun persiste el incumplimiento contractual **imputable** al contratista procede la imposición de multa como objeto DE REQUERIR AL CONTRATISTA PARA QUE CUMPLA, empero, si llegado el momento de tomar una decisión e incluso en cualquier estado de la audiencia se evidencia el cumplimiento de las obligaciones, tal como ocurre en este caso, la Entidad debe cerrar el procedimiento por cuanto los hechos que iniciaron el procedimiento desaparecieron.

Diferente situación, si, lo que busca la administración es resarcir perjuicios causados por el incumplimiento tardío o parcial de las obligaciones, caso en el cual, la multa no es la consecuencia jurídica que debe perseguir a administración.

Por lo anteriormente expuesto, solicito se REVOQUE la decisión adoptada por la Entidad, por cuanto existe un cumplimiento de la ejecución contractual, materializándose el hecho superado.

**IMPOSIBILIDAD DE IMPONER SANCIONES O CLÁUSULAS PENALES, MIENTRAS EL CONTRATO ESTÁ SUSPENDIDO**

Sobre el particular, debe indicarse que es imposible sancionar al contratista con multas o cláusulas penales mientras el contrato está suspendido, toda vez que las obligaciones derivadas de mismo se encuentran suspendidas y, en tal sentido, no son exigibles. Así las cosas, vemos que el contrato se encuentra suspendido desde el 12 de septiembre de 2023 por un término de quince (15) días hábiles, por lo que solo hasta que se reanude su término, es posible expedir una consecuencia de tipo sancionatorio. Aun así, como se explicará más adelante, las situaciones que han dado lugar a las suspensiones han sido externas al contratista, así como constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, por lo que de ninguna manera habría lugar a declarar una responsabilidad de su parte.

Respecto a lo que se viene de advertir, no obsta recordar que el Consejo de Estado, en Sentencia con radicado No. 2278 de 5 de julio de 2016, y ponencia del magistrado GERMÁN BULA ESCOBAR:

*“Sea pues lo primero advertir que, en estricto sentido, el contrato no cesa con la suspensión sino que sigue vigente, en estado potencial o de latencia, pues mientras la terminación de un contrato afecta como es obvio su subsistencia misma, la suspensión afecta las obligaciones que a las partes les resulta temporalmente imposible de cumplir . Una vez se ha aclarado que la suspensión no perturba el vínculo contractual sino solamente las obligaciones que de él emanan, también debe señalarse que dependiendo de la magnitud de la causa que la origine puede ser total o parcial. Es decir, puede imposibilitar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones de las partes o, puede impedir a los contratantes honrar solo algunas de estas pudiendo continuar con la ejecución de las demás.* ***(…) Así las cosas, la suspensión materialmente constituye un intervalo pasivo en la dinámica del contrato cuando el cumplimiento de una, de varias o de todas las obligaciones a que están obligadas las partes resultan imposibles de ejecutar”.***

Concluí entonces que no es posible derivar consecuencia alguna en el contratista, atendiendo a que el contrato se encuentra suspendido, así como sus obligaciones, siendo estas inexgibles.

1. **AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE HAYAN AFECTADO GRAVEMENTE EL OBJETO CONTRACTUAL**

Para comenzar, es necesario advertir sin mayor elucubración que los presuntos incumplimientos imputados al contratista no son graves, ni afectaron de manera directa la ejecución del Convenio de Asociación No. 8993 de 2022, de modo tal que no se ha causado perjuicio alguno a la entidad contratante, lo que torna imposible la aplicación de la cláusula penal.

Así las cosas, sin ánimo de reconocer incumplimientos por parte del contratista, por cuanto mi representada desconoce las condiciones en que se ha venido ejecutando el contrato, 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. De hecho, se evidencia que el convenio se ha venido ejecutando en su totalidad y los presuntos incumplimientos ni siquiera le son imputables a la FUNDACIÓN CLÍNICA MEGASALUD, sino a los terceros beneficiarios del convenio, quienes no están obligados a asistir a las actividades brindadas en virtud de aquel.

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”.*

Con base en la anterior definición, el Consejo de Estado ha diferenciado entre las multas y las cláusulas penales, indicando que las primeras tienen naturaleza conminatoria, mientras que las segundas corresponden a una tasación anticipada de perjuicios y, en virtud de ello, **su naturaleza es indemnizatoria**. Bajo esta óptica, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicha Corporación ha establecido que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios que, si bien libera a la parte de cumplida de acreditar su ocurrencia y cuantía, **esto no supone que se imponga sin la existencia de perjuicios.** En este sentido, se ha afirmado:

*“La Corte Suprema de Justicia ha considerado que la cláusula penal pecuniaria, como regla general, es “simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma”. En esa medida,* ***“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”. En ese orden de ideas, la cláusula penal pecuniaria habilita a las partes para convenir la consecuencia que se desprende de la indebida conducta contractual, como mecanismo de valoración anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento, liberando a la parte afectada de la carga de acreditar su ocurrencia y su cuantía”[[18]](#footnote-18).*

Entonces, queda claro que la naturaleza de la cláusula penal es la de indemnizar los perjuicios causados por un incumplimiento parcial o total de las obligaciones y, aun sin que sea necesario acreditar su ocurrencia y cuantía al ser una tasación anticipada de perjuicios, **debe avizorarse al menos la existencia de dicho perjuicio**, de modo contrario, se estaría desconociendo la naturaleza indemnizatoria de esta estipulación contractual.

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”****[[19]](#footnote-19)****.***

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”[[20]](#footnote-20)*

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 definitivo, 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 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.

Una vez aclarado lo anterior, vemos que los presuntos incumplimientos no han afectado gravemente el objeto contractual, ni el interés público que se pretende asegurar con la contratación, considerando que el objeto contractual es: *“BRINDAR ATENCIÓN INTEGRAL INTERDISCIPLINARIA PARA PERSONAS MAYORES, A TRAVÉS DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO SOCIAL DENTRO DÍA DEL PROYECTO DE INVERSIÓN 7770 “COMPROMISO CON EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y UNA BOGOTÁ CUIDADORA E INCLUYENTE” DE LA SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL”* y, precisamente, dicho objeto se ha cumplido a cabalidad, pues como bien lo reconoce el supervisor en su informe, mensualmente se ha venido prestando el servicio a la población a la que se dirige el convenio, esto es, a personas mayores, quienes se han beneficiado del programa, a través de su contratista, la FUNDACIÓN CLÍNICA MEGASALUD.

Así pues, aun cuando presuntamente no se hubiese cumplido con los cupos previstos, esto en lo absoluto puede ser imputable al contratista, toda vez que si bien la entidad contratante previó recursos técnicos y financieros para atender un total de 720 personas, resulta imposible para el contratista conminar e, incluso, forzar a las personas a que acudan al servicio prestado por este. Sobre el particular, resulta importante recordar uno de los principios generales del derecho denominado *“nadie está obligado a lo imposible”* o *“ad impossibilia nemo tenetur”* y, en este caso, se hace evidente la imposibilidad de que la FUNDACIÓN CLÍNICA MEGASALUD conmine a los destinatarios del programa a asistir.

**PLANEACIÓN:**

Al respecto, debe recordarse que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación Pública deben aplicar los principios generales de la actividad contractual, así: *“las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.*

Como vemos, el deber de planeación está inmerso en todos los contratos del Estado, cualquiera sea su régimen de contratación. Así lo ha considerado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*“De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.*

*La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.*

*Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.*

*En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado”[[21]](#footnote-21).*

Entonces, no cabe duda de que el principio de planeación debe aplicarse en cualquier contrato celebrado por las entidades estatales sin importar su régimen de contratación, lo que implica un adecuado diseño y estructuración de la necesidad que busca ser suplida; una cuantificación de los costos, valores y alternativas de los productos o servicios a contratar; la disponibilidad de recursos y demás elementos que envuelven la correcta ejecución del contrato, en aras de propender por el interés general. Por tal razón, es un principio transversal a los regímenes de contratación estatal y tiene como objetivo evitar la improvisación de las entidades oficiales, así como garantizar los fines de los negocios estatales.

Dentro de este deber, se encuentra inmersa la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, a luces del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, comoquiera que con ello se pretende: *“(…) reducir la amplitud de esta última (la teoría de la imprevisión) a su mínima expresión. En efecto, mediante la gestión de los riesgos contractuales, las partes buscan identificar toda las situaciones imaginables que pueden afectar la ejecución del contrato, que generen dificultades y sobrecostos de las prestaciones originales, para determinar luego cual de las partes debería soportar las consecuencias”[[22]](#footnote-22).*

De esta manera, en concordancia con el principio de planeación, las entidades públicas tienen el deber de identificar los riegos previsibles y asignarlos a la parte que mejor lo podría controlar, lo cual está relacionado con el mantenimiento del equilibrio económico, conforme lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008.

* + - 1. **NO PROCEDENCIA DE LA AFECTACION DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL POR INEXISTENCIA DE INIMPUTABILIDAD DEL CONTRATISTA POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO**

Como es de conocimiento de los presentes, en virtud de lo establecido en la normatividad legal que regula lo pertinente a la contratación estatal, se expidió la póliza de cumplimiento estatal a favor del \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ En virtud de ello, las condiciones generales aplicables al mencionado seguro que son de conocimiento y aprobacion por parte del\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, establecen para el amparo de cumplimiento lo siguiente:

***“1.4 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO****.*

*EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO, CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, POR LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DE: (A) EL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DEL CONTRATO, CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA; (B) EL CUMPLIMIENTO TARDÍO O DEFECTUOSO DEL CONTRATO, CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE AL CONTRATISTA; (C) LOS DAÑOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA POR ENTREGAS PARCIALES DE LA OBRA, CUANDO EL CONTRATO NO PREVÉ ENTREGAS PARCIALES; Y (D) EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA SIEMPRE QUE SE HUBIEREN PACTADO PREVIAMENTE EN EL CONTRATO GARANTIZADO.”*

Asi las cosas, es necesario que se presenten los siguientes presupuestos para poder afectar la mencionada póliza de complimiento:

1. Que se genere un perjuicio a la Entidad Contratante
2. Que exista un incumplimiento total o parcial, tardio o defectuoso del contratista garantizado
3. Que dicho perjuicio esté directamente relacionado con el incumplimiento total o parcial, tardio o defectuoso
4. Que dicho incumplimiento le sea imputable al contratista garantizado.

Dichos presupuestos estan directamente relacionados con los elementos esenciales de la Responsabilidad Civil Contractual que le pueda surgir a la aseguradora; y que corresponden al contrato validamente celebrado la culpa o dolo, daño y el nexo causal .

Lo anterior implica necesariamente que estamos ante un escenario de presunta responsabilidad subjetiva y que para el efecto, debe tenerse clara la diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva; siendo la primera de ellas un tipo de [responsabilidad civil](https://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_civil) que se produce con independencia de toda [culpa](https://es.wikipedia.org/wiki/Culpa) por parte del [sujeto](https://es.wikipedia.org/wiki/Sujeto_(derecho)) responsable; mientras que la responsabilidad subjetiva se funda exclusivamente en la existencia de culpa por parte de un sujeto, destacando que la responsabilidad objetiva no exige tal requisito.

1. **INDEBIDA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA FIRMA CONTRATISTA- Violación al principio indemnizatorio del contrato de seguros**

En lo que concierne la ocurrencia de un eventual siniestro, traducido en el posible incumplimiento de un contrato, que posiblemente ocasione perjuicios a la Entidad Contratante, se entiende que una vez ocurrido el mismo, este, según lo establecido en el Código de Comercio y normas concordantes, debe entrar a demostrarse y tasarse de tal forma que el siniestro sea evidentemente un menoscabo al patrimonio de la Entidad y que con este efectivamente se haya ocasionado un perjuicio.

Lo anterior, encuentra sustento normativo en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, así:

***“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:*

*(…)*

***(Subrayado y Negrilla fuera del texto original)***

Corolario a lo anterior, el Código de Comercio en su artículo 1077 establece que:

***“ARTÍCULO 1077. CARGA DE LA PRUEBA.****Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro****, así como la cuantía de la pérdida****, si fuere el caso.*

*El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.”*(Subrayado y Negrilla fuera del texto original)

De ahí que, si la intención de la Administración es declarar el siniestro y en consecuencia afectar la Póliza de Cumplimiento Estatal, no solo basta con manifestar la ocurrencia del siniestro, es menester a este proceder que, conforme el artículo mentado con anterioridad, la Entidad demuestre los perjuicios efectivamente padecidos por el presunto incumplimiento del contrato que garantizado con la póliza que pretende afectarse.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“la disposición a que se ha hecho referencia, está orientada hacia el régimen común de los seguros regulados por el Código de Comercio, que rige las relaciones entre particulares y por ello determina****que el asegurado deba acreditar ante la entidad aseguradora, la ocurrencia del siniestro y el monto del perjuicio****, por lo cual la carga de demostrarlos está en sus manos, pero teniendo presente que, en todo caso,****es el asegurador quien determina si reconoce o no la existencia del siniestro y el monto del perjuicio, para lo cual emplea ajustadores y personal calificado que evalúan la reclamación que hace el asegurado****(art. 1080 C. Co).” Negrilla y Subrayado fuera de texto.*

Ahora bien, ante la obligación del asegurado en lo que concierne acreditar no solo la ocurrencia del siniestro, sino cuantificar el perjuicio sufrido por la Entidad, es preciso indicar lo que jurisprudencialmente se ha recogido en torno a ello, atendiendo el criterio de ausencia de pacto contractual de la Cláusula Penal, confirmando esta tesis la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante Sentencia del 27 de mayo de 2009, Magistrada Ponente, Dra. Myriam Guerrero de Escobar, Exp. 36600, al señalar:

***“****e)**El numeral 14.1 demandado, se refiere a la forma como debe hacerse efectiva la garantía de cumplimiento en el evento de declararse la caducidad del contrato, ordenando garantizar el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción tanto del contratista como de su garante, (esto es la Compañía de Seguros o la entidad Bancaria) y facultando a la Administración para que en el Acto Administrativo que declara la caducidad del contrato****se fije el monto del perjuicio por el cual se hará efectiva la garantía,****en el caso de no optar por la cláusula penal pactada en el contrato y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante.****Quiere decir, que, al tenor de la norma, la Administración debe tasar los perjuicios sufridos con el fin de hacer efectiva la garantía****y si la hace efectiva por vía de caducidad, el acto administrativo será constitutivo de siniestro.*

***…***

*f) Ahora bien, en relación con el numeral 14-3, cuya suspensión provisional también se solicita, resulta pertinente precisar que la materia en él reglamentada se refiere a la efectividad de la garantía constituida por el contratista en los eventos de declaratoria, es decir, eventos diferentes de la declaratoria de caducidad del contrato, norma que también ordena agotar el debido proceso; garantizar los derechos de defensa y contradicción del contratista y su garante, así como, hacer efectiva la cláusula penal****cuando hubiere sido pactada,****en caso contrario, es decir, cuando no se pactó en el contrato, deberá proceder a cuantificar el monto de la pérdida…****”***(Subrayado y Negrilla fuera de texto).

**NO ACREDITACIÓN DE PERJUICIOS**

Para mayor claridad, se indica respecto a la posible afectación del amparo de cumplimiento (único amparo otorgado), que su alcance se encuentra definido en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento Estatal que se encuentran en su poder, en los siguientes términos:

*“****1.4 Amparo de cumplimiento del contrato****. El amparo de cumplimiento, cubre a la entidad Estatal asegurada, por los perjuicios directos derivados de: (a) el incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista; (b) el cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista; (c) los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y (d) el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria siempre que se hubieren pactado previamente en el contrato garantizado. En virtud de lo señalado por el artículo 44 de la ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, imputable al contratista garantizado, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado”.*

Así las cosas, en cuanto a la posible afectación del amparo de Cumplimiento contenido en la póliza del asunto, es del caso manifestar que dicha cobertura opera, siempre y cuando el Asegurado **sufra algún perjuicio directo, derivado del incumplimiento imputable de forma exclusiva al Tomador del seguro, debiendo ser debidamente probado y cuantificado**.

Por lo tanto, para acceder a cualquier tipo de indemnización con cargo al citado amparo, es necesario que el Asegurado demuestre, **además del incumplimiento de las obligaciones a cargo del Tomador de la póliza**, la existencia de un **perjuicio efectivamente sufrido**, como consecuencia de la conducta desplegada por el contratista, mediante el envío de las pruebas idóneas que considere para tal fin, tales como: **nuevos contratos, soportes de pago, facturas de compras, etc**.; que demuestren en forma inequívoca la asunción por el beneficiario del contrato de seguro; sin que medie ninguna causal eximente de responsabilidad a favor del contratista- tomador.

Se precisa que, corresponde al concepto de perjuicio previamente aludido: aquel detrimento patrimonial padecido por el asegurado, representado, en la asunción de mayores costos a los inicialmente previstos para la ejecución y/o terminación de los trabajos objeto del contrato, circunstancia que no se comprueba con la documentación aportada.

Soportando un poco más lo señalado, vale la pena resaltar que la doctrina define como “perjuicio directo”:

“*Las Erogaciones que ha debido asumir el acreedor (contratante) y que no le hubiera correspondido asumir en caso de no haberse el incumplimiento del deudor (contratista).*

*En este sentido, el daño resarcible presenta unos contornos más restringidos en las pólizas de seguro de cumplimiento con respecto a aquel que es propio de la responsabilidad contractual”[[23]](#footnote-23).*

Bajo este precepto, es importante recordarle que el contrato de seguro tiene un carácter indemnizatorio, y así lo consagra el código de comercio así:

***“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.”*

Por lo anterior, su despacho no pude pretender cobrar sumas adicionales a las del presunto perjuicio con el que se indemnizaría el menoscabo patrimonial sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual; so pena de incurrir en un ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA.

*“No obstante, no basta con la mera realización del riesgo -ocurrencia del siniestro-, sino que, por expresa disposición legal (artículo 1077 del Código de Comercio), hace falta que el asegurado demuestre ese hecho y también la cuantía de la pérdida originada en aquel. Como se observa, la carga que se ubica en cabeza del asegurado no se limita a que afirme que el riesgo ha ocurrido y a que señale una determinada cifra a título de perjuicio o a que realice una mera liquidación; la carga consiste en demostrar efectivamente ambas cosas.*

*Entonces, si a la exigibilidad de la garantía pretende llegarse a través de la expedición de un acto administrativo, ello supone que en tal acto la entidad pública contratante deba cumplir con la acreditación de ambos supuestos, pues, aun cuando se admita que tiene competencia para proferirlo, ello no la releva de la carga de demostrar lo que exige la ley comercial para el surgimiento de la obligación de pago de la indemnización en cabeza de la aseguradora. Otra cosa es que, al quedar contenida tal decisión en un acto de esa naturaleza, quede cobijada por la presunción de legalidad, lo que impone suponer que la decisión está basada en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para ello; sin perjuicio, claro está, de que pueda ser desvirtuada por vía judicial.* (SENTENCIA CE, S3, RAD. 54911, 23 DE SEPT. DE 2022)”.

**PRESCRIPCIÓN**

**CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA**

**LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO**

Frente al límite del valor asegurado, la normatividad legal vigente para el efecto ha dispuesto que:

***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*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr033.html#1074)*.*

Asimismo, las condiciones generales que fueron conocidas y aprobadas por la administración, disponen que:

*“****3. SUMA ASEGURADA****.*

*DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 1079 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SEGURESTADO NO ESTARÁ OBLIGADO A RESPONDER SI NO HASTA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA EN CASO DE SINIESTRO, DETERMINADA EN LA CARÁTULA DE ESTA PÓLIZA PARA CADA AMPARO.”*

En el presente caso, COLJUEGOS ordenó el reembolso de la suma de $215´226.459 por concepto de mora en los derechos de explotación, $2.152.264 por concepto de mora en los gastos de administración, $3´859.093 por concepto de la inexactitud en el pago de los derechos de explotación y gastos de administración, y $54´574.090 por concepto de la cláusula penal pecuniaria, para un total de **$275´811.906**, respecto de la cual, Seguros del Estado S.A., considera que dicha cuantía no corresponde a un perjuicio realmente padecido por COLJUEGOS, para pretenderse hacer efectivo un valor que sobrepasa realmente padecido.

**COMPENSACIÓN:**

1. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 26705 del 26 de junio de 2014, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ibidem. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 24697 del 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
4. COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-080 del 08 de abril de 2021. [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 47760 del 3 de noviembre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz. [↑](#footnote-ref-5)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 58593 del 8 de septiembre de 2021, C.P. Martín Bermúdez Muñoz. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ibidem. [↑](#footnote-ref-7)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 17031 del 20 de noviembre de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio). [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00 [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-11)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad: 2278 del 5 de julio de 2016, C.P. Germán Bula Escobar. [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 61641 del 18 de noviembre de 2021, C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-13)
14. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 21990 del 28 de junio de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-14)
15. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 26862 del 13 de noviembre de 2018, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-15)
16. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 59325 del 9 de julio de 2021, C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-16)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 66206 del 4 de mayo de 2022, C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-17)
18. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 50623 del 14 de octubre de 2021, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-18)
19. 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-19)
20. 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-20)
21. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 27315 del 24 de abril de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-21)
22. MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública, 2015, Universidad Externado de Colombia. [↑](#footnote-ref-22)
23. Narváez Bonnet, Jorge Eduardo, El Seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones, Editorial Ibañez, 2011. Pag 433 [↑](#footnote-ref-23)