

Señores

**CAJA DE VIVIENDA POPULAR.**

[juan.reyes@cvp.gov.co](mailto:juan.reyes@cvp.gov.co)

**TRÁMITE:** ARTÍCULO 86 LEY 1474 DE 2011.  
**CONTRATO:** CVP-CTO-655-2023.  
**CONTRATANTE:** CAJA DE VIVIENDA POPULAR.  
**CONTRATISTA:** CONSORCIO ECOBARRIOS EPICON.  
**ASEGURADORA:** ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

**REFERENCIA:** DESCARGOS.

**ANGIE KATHALINA CARPETTA MEJÍA**, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 1.023.965.126 de Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 317.848 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderada sustituta de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, sociedad comercial anónima de carácter privado, legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT 860.524.654-6, tal y como consta en el expediente, mediante el presente escrito procedo a presentar **DESCARGOS**, conforme a la solicitud efectuada en audiencia por el director del proceso, solicitando desde ya que se profiera resolución favorable a los intereses de mi representada, conforme a los argumentos que procederá a desarrollar:

**1.1. EXISTENCIA DE VICIOS DE NULIDAD POR AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA DEL CONTRATISTA Y EL GARANTE – FALTA DE REQUISITOS DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011.**

Como ha sido manifestado en reiteradas oportunidades tanto por el garante como por el contratista, resulta evidente que la entidad, al continuar con el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio que actualmente nos ocupa, incurre en un vicio de nulidad por violación a los derechos de audiencia y defensa. Ello, por cuanto al iniciar este procedimiento se citó a los mencionados sujetos mediante el simple traslado del informe de interventoría, sin que la entidad a nombre propio expusiera de manera clara, concreta y detallada los hechos que lo motivaban ni las posibles consecuencias jurídicas derivadas del mismo, lo que impide el ejercicio de una defensa material efectiva, tanto por parte del contratista como del garante.

Para iniciar con el análisis propuesto es preciso señalar que los derechos de audiencia y defensa se encuentran intrínsecamente relacionados con el debido proceso, derecho fundamental definido por el artículo 29 superior, el cual ha sido en extenso desarrollado por la jurisprudencia constitucional como el conjunto de garantías que tienen como propósito "(...) *sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y*

*procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados*<sup>1</sup>.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, ha sido categórico en señalar que el derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política rige en los procedimientos administrativos de forma general, debiéndose aplicar en ellos todos los principios que lo componen como el del legalidad, juez natural, presunción de inocencia, derechos de contradicción, audiencia y defensa, aplicación de la Ley preexistente, observancia de las formas de cada juicio, valoración razonable de la prueba, presunción de inocencia, entre otros<sup>2</sup>.

De conformidad con lo anterior, es claro que la garantía al debido proceso debe aplicarse en cualquier trámite administrativo, y los principios antes señalados deben permear por completo la actuación desde su inicio y hasta su terminación, lo cual implica que desde su apertura y, en atención al principio de legalidad y seguridad jurídica, la convocatoria o citación debe ser lo suficientemente clara y precisa, pues solo en la medida que se conozcan con claridad los hechos que originan el trámite administrativo, las personas involucradas, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes, se puede materializar la participación efectiva de los sujetos en el proceso.

Lo anterior por cuanto en la medida en que la convocatoria, citación o notificación no sea clara y precisa, el administrado no tendrá la posibilidad real y material de ejercer su derecho de defensa y, del mismo modo, pretender que se concurra a una diligencia sin tener claridad respecto al hecho que se investiga o a las consecuencias que del mismo se puedan desprender es tanto como cercenar sus posibilidades de intervención en el trámite, imposibilitando el ejercicio de una defensa efectiva, lo que en últimas redundaría en afectación a la garantía fundamental al debido proceso y la defensa.

Es imperativo en este punto resaltar que solo el conocimiento suficiente de los hechos y consecuencias, permite que los administrados puedan concurrir al procedimiento con las herramientas procesales y sustanciales necesarias para ejercer en debida forma su defensa, es por ello por lo que la falta de claridad, precisión u omisión de información impacta directamente la posibilidad o cuando menos la calidad de la defensa material, situación a todas luces contraria al ordenamiento jurídico vigente.

Ahora bien, es importante señalar que no es procedente ni ajustado al ordenamiento aceptar que los requisitos de carácter legal que debían ser cumplidos por la entidad en el acto de convocatoria al procedimiento administrativo, se encuentran cumplidos únicamente con el traslado del informe de interventoría, pues no es al interventor a quien le corresponde cumplir con las cargas procesales

---

<sup>1</sup> Sentencia C-496 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera; M.P. Ruth Stella Correa Palacio. 17 de marzo de 2010. Exp 18394.

que la ley asignó de manera específica, clara y precisa a la administración; Al respecto es importante resaltar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 estableció expresamente:

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;

En el mismo sentido, es menester aclarar en este punto que el informe de interventoría constituye a penas una de las pruebas que obran en el proceso y no posee en modo alguno la virtualidad para subsanar o reemplazar actuaciones que deben ser realizadas por parte de la administración conforme al principio de legalidad y las obligaciones que le impone el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Así mismo es importante señalar que al no ser enunciados por la entidad los hechos y las posibles consecuencias que del trámite administrativo se derivarían, se genera una afectación al debido proceso de mi prohijada, particularmente porque al omitirse estos requisitos que debe contener la notificación de inicio del proceso administrativo, no es posible para la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. ejercer debidamente su derecho a la defensa, lo cual de plano vicia toda la actuación administrativa que se surta, como ya se ha indicado en diversas ocasiones.

## **1.2. INEXISTENCIA Y FALTA DE ACREDITACIÓN PROBATORIA DE INCUMPLIMIENTOS QUE AFECTEN DE MANERA GRAVE Y DIRECTA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO 655-2023.**

En el actual procedimiento de incumplimiento contractual iniciado por la parte contratante, no se ha demostrado de manera concluyente que el CONSORCIO ECOBARRIOS EPICON haya incurrido en un incumplimiento sustancial y directo de sus obligaciones contractuales según lo establecido en el Contrato y menos aún, que dicho supuesto incumplimiento haya afectado de manera grave y directa la ejecución del contrato, por el contrario en los mismos documentos que trasladó la interventoría se menciona que la obra fue entregada y, en la actualidad es utilizada por la comunidad, 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, por el contrario, se evidencia que el convenio se ejecutó a cabalidad, siendo que como se ha mencionado por el mismo interventor, lo que faltaba para el 9 de diciembre de 2024 eran informes y piezas documentales, siendo que incluso, como ya mencionó el contratista, éstos ya fueron entregados a la fecha.

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, así:

**ARTICULO 1592. <DEFINICION DE CLAUSULA PENAL>**. 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:

En esa medida, **“se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido”**<sup>3</sup>

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

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 50623 del 14 de octubre de 2021, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

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**<sup>4</sup>.

En otros pronunciamientos, la misma 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:

“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”<sup>5</sup>

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, el cual reza:

“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”.

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 17009 del 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 30973 del 21 de septiembre de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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.

Conforme a lo anterior, se tiene que el ejercicio de cualquier facultad exorbitante como la imposición de multas, sólo es procedente ante incumplimientos severos y graves de las obligaciones contractuales, sin embargo, no se ha acreditado la existencia de un incumplimiento actual, incluso, teniendo en cuenta el supuesto incumplimiento existente a la fecha de realización del informe de interventoría (diciembre de 2024) es claro que no existe un incumplimiento grave o definitivo que paralice el servicio público que se pretendía satisfacer con la contratación, pues por el contrario, la obra fue entregada y está siendo usada actualmente por la comunidad como señaló la misma interventoría.

Por lo anterior, al no haberse acreditado un incumplimiento grave y directo en los términos que ha definido la jurisprudencia para que tenga aplicabilidad la cláusula penal, es jurídicamente improcedente aplicar esta estipulación contractual al asunto concreto.

### **1.3. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO E INCUMPLIMIENTO IMPUTABLES A LA INTERVENTORÍA Y A LA ENTIDAD PÚBLICA.**

Tal como acertadamente lo expuso el contratista en sus descargos, resulta claro y debidamente acreditado que la entidad contratante ha incumplido con las obligaciones a su cargo, al no dar respuesta oportuna a múltiples solicitudes elevadas por el contratista, así como al abstenerse de realizar los pagos a los que se encontraba obligada contractualmente. Esta omisión ha generado, entre otras consecuencias, la imposibilidad por parte del contratista de cumplir con sus compromisos económicos frente a empleados y proveedores, frente a quienes, actuando de buena fe, ha intentado celebrar acuerdos y efectuar pagos en la medida de sus posibilidades financieras. En el mismo sentido, la interventoría ha omitido dar respuesta a diversas solicitudes presentadas por el contratista, las cuales precisamente buscaban evitar una situación de incumplimiento, situaciones éstas que han puesto al CONSORCIO ECOBARRIOS en una manifiesta imposibilidad de dar cumplimiento a las cargas que le atañen y generando la aplicabilidad al caso concreto de la excepción de contrato no cumplido como se pasa a explicar.

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 este 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, como en efecto ocurrió en el sub lite, como quiera que en caso de existir incumplimientos imputables al contratista, estos se deben a demoras de la entidad en realizar los pagos y atender a las solicitudes elevadas oportunamente por el contratista, lo cual ha puesto al CONSORCIO ECOBARRIOS en una imposibilidad material de dar cabal cumplimiento a todas 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 los pagos pertinentes, ni responder las múltiples solicitudes del contratista, por lo que se configuraría la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil.

#### **1.4. INDEBIDA TASACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.**

En atención a la indebida tasación de la multa a aplicar, debe señalarse que las cifras de incumplimiento que se imputan y, por tanto, el supuesto daño irrogado a la entidad carece de certidumbre y fiabilidad, como quiera que los porcentajes no son coherentes entre sí. Adicionalmente, como se evidencia en el mismo informe de interventoría, en ningún lugar se evidencia cómo se procedió al cálculo de la sanción a aplicar, situación que genera una indebida e inaceptable tasación del daño que se pretende imputar mediante el presente procedimiento de incumplimiento contractual.

Al respecto, también 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<sup>6</sup> 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.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Rad. 17009. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. Al respecto expone Claro Solar:

**“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.

Así las cosas, el valor de la cláusula penal deberá reducirse conforme al porcentaje ejecutado por el contratista y disminuirse en dicha proporción.

#### **1.5. ARGUMENTOS DE DEFENSA PLANTEADOS POR EL CONTRATISTA.**

Coadyuvo expresamente los argumentos de defensa propuestos por el apoderado del CONSORCIO ECOBARRIOS en los descargos que el mismo presentó, solo en cuanto los mismos no perjudiquen los intereses de mi representada, ni comprometan su responsabilidad.

#### **II. FUNDAMENTOS PARA ABSOVER A ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C DEL PAGO DE LA EVENTUAL CLÁUSULA PENAL, EN VIRTUD DEL CLAUSULADO DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO NO. 600 47 994000070823.**

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

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, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00.

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 atribuibles al interventor y a la misma 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.

**2.2. IMPROCEDENCIA DE LA AFECTACION DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL POR IMPAGO DE OBLIGACIONES LABORALES O CON PROVEEDORES A CARGO DEL CONTRATISTA.**

Como se mencionó en audiencia, no resulta procedente afectar el amparo de cumplimiento con ocasión de supuestos e improbados retrasos en los pagos a empleados y proveedores, al respecto es importante señalar que el amparo de cumplimiento se pactó en los siguientes términos:

EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO CUBRE A LAS ENTIDADES ESTATALES CONTRATANTES CONTRA LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA, DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO. ESTE AMPARO COMPRENDE LAS MULTAS Y EL VALOR DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAGA EFECTIVA.

Como se observa, el amparo no incluye el pago de acreencias laborales o incumplimientos imputables al contratista con terceros ajenos a la entidad estatal.

### 2.3. COMPENSACIÓN.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante la ejecución de un contrato estatal, en el cual aplican las normas del derecho administrativo y las normas relativas a la teoría general de las obligaciones, será tarea del Despacho entrar a establecer el estado financiero del contrato a efectos de establecer si existen saldos a favor del contratista en virtud del Contrato.

Lo anterior, bajo el entendido que, como quiera que se desconoce el estado financiero del contrato, y como quiera que la entidad debe o debió realizar pagos al contratista, en caso de tener recursos a favor del CONSORCIO ECOBARRIOS, deberá darse aplicación al principio de la compensación, como un modo de extinguir simultáneamente y hasta la misma cuantía las obligaciones existentes entre personas que recíprocamente son acreedoras y deudoras. Esta figura está contemplada en el artículo 1714 del Código Civil, el cual señala:

“ARTICULO 1714. COMPENSACION. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

Dicho mecanismo se encuentra contemplado también en el Parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. (...)

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros **a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista** (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como puede observarse, la compensación es una de las formas de extinguir las obligaciones que se encuentra contemplada en materia civil, administrativa y comercial. Razón por la que se debe aplicar la mencionada figura respecto de las obligaciones que surjan para el contratista por el presunto incumplimiento parcial en que haya incurrido.

Lo anterior, por ministerio de la ley opera de pleno derecho, por lo que en caso de existencia de saldos a favor y por efecto de la compensación no habría lugar en afectar la póliza. Por lo anterior,

se solicita a la entidad estatal aplicar de pleno derecho la figura que ahora se invoca.

**2.4. DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES 600 47 994000070823.**

En el remoto caso que el Despacho considere que la póliza cubre los hechos materia de debate, así como las sumas pretendidas por los demandantes, deben considerarse los montos máximos de cobertura por la póliza contenidos en la misma y su clausulado.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

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

Por ende, no se podrá obtener una indemnización superior al límite en cuantía de la suma asegurada por parte de mi mandante, que en este caso resulta ser la siguiente:

DESCRIPCION AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CONTRATO			
CUMPLIMIENTO	29/11/2023	27/09/2024	231,691,500.60
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO	29/11/2023	27/09/2024	231,691,500.60
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	29/11/2023	27/03/2027	38,615,250.10
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA		VER NOTA ACLARATORIA	231,691,500.60

El amparo cubierto tiene un tope que depende de la disponibilidad para su pago, en tanto que en el año de la vigencia de la póliza pudo haberse presentado otro siniestro o diversos eventos que agoten los montos pactados en el contrato de seguro, condición que deberá ser tenida en cuenta por el Despacho en el evento de encontrar configurado el riesgo asegurado, esto es, la responsabilidad civil del asegurado.

**III. PETICIÓN.**

Con base en los fundamentos y razones antes expuestas, solicito respetuosamente a la **CAJA DE VIVIENDA POPULAR** que proceda a archivar el proceso sancionatorio administrativo de incumplimiento contractual exonerando de responsabilidad al contratista **CONSORCIO ECOBARRIOS**.

De manera subsidiaria y solo en el remoto e hipotético evento que se considerara declarar el incumplimiento parcial del contrato **CVP-CTO-655-2023**, ruego que se tome en consideración todas

y cada una de las condiciones generales y particulares que rigen el contrato de seguro documentado en la Póliza De Garantía Única De Cumplimiento En Favor De Entidades Estatales No. **600 47 994000070823**.

**IV. MEDIOS DE PRUEBA.**

- Respetuosamente solicito a la **CAJA POPULAR DE VIVIENDA**, se oficie al interventor del contrato de obra CVP-CTO-655-2023 para la elaboración y aporte de informe completo dentro del cual se denote el estado económico y financiero actual del contrato.
- Póliza **600 47 994000070823**.

**V. NOTIFICACIONES.**

El suscrito recibirá notificaciones electrónicas en la dirección de correo electrónico [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co) y físicas en la carrera 11A No. 94A - 56, Oficina 402, de la ciudad de Bogotá.

Cordialmente,

**ANGIE KATHALINA CARPETTA MEJÍA**

C.C. No. 1.023.965.126 de Bogotá D. C.

T.P. No. 371.848 del C. S. J.