INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTOS:

Así mismo es relevante señalar que de conformidad con el acervo probatorio allegado, es claro que actualmente y en los términos del artículo 1608 del CC, actualmente el contratista no está en mora del cumplimiento de sus obligaciones como quiera que ya se realizó la entrega de los informes 1 al 4, con lo cual es claro que no existe incumplimiento actual a las obligaciones contractuales.

Al respecto es importante resaltar que la supervisión del convenio No 8223-de 2024 señaló que los informes 1 al 4 ya fueron entregados a la entidad, por lo anterior es procedente la cesación del presente procedimiento como quiera que el artículo 86 de la L1474 de 2011 establece:

*La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.*

Así las cosas como quiera que la entidad conoció de cuenta de la supervisión del contrato que los incumplimientos cesaron, es decir, los informes se entregaron, debe proceder a la terminación del procedimiento, por cuanto el legislador no realizó una distinción en relación con el cumplimiento tardío, motivo por el cual no corresponde a la administración interpretar la ley dándole un alcance diferente al que pretendía darle el legislador, que era justamente el de superar los incumplimientos, objeto que ya fue conseguido en el presente trámite siendo procedente su terminación.

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

Así mismo, 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 No 8223-de 2024, de modo tal que no se ha causado perjuicio alguno a la entidad contratante, lo que torna imposible la aplicación de la cláusula penal, pues lo cierto es que se evidencia que el convenio se ha venido ejecutando en su totalidad y que no ha acreditado la entidad convocante cómo se ha afectado el servicio público, pues así no lo ha manifestado ni mucho menos acreditado hasta esta instancia del trámite administrativo sancionatorio contractual.

En ese sentido, se reitera que con el acervo probatorio allegado y, principalmente con la prueba por informe practicada, se estableció que los supuestos incumplimientos no afectaron de manera grave y directa la ejecución contractual y, por el contrario a la fecha se encuentran superados los supuestos incumplimientos,

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 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”.*

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, es decir para su aplicación se requiere la acreditación no solo de un supuesto incumplimiento sino también de los perjuicios que con el mismo se irrogaron.

Bajo esta óptica, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado en su calidad de máximo tribunal de lo contencioso administrativo, 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, al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. mediante Rad. 50623 del 14 de octubre de 2021, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas consideró lo siguiente:

*“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,”[[1]](#footnote-1).*

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 y esto, de cara al acto administrativo resultante de la actuación implicaría la nulidad del mismo por falsa motivación y violación de normas superiores.

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 Sentencia del 13 de noviembre de 2008:

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

*El mismo concepto lo pueden encontrar en la*  CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 30973 del 21 de septiembre de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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,

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 en el asunto que hoy nos convoca, no se acreditó los presuntos incumplimientos hayan afectado gravemente el objeto contractual, ni el interés público que se pretende asegurar con la contratación,*con lo cual es evidente la inexistencia de perjuicios a cargo de la entidad pública convocante* y, precisamente, dicho objeto se ha cumplido a cabalidad, pues 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, pues de otra manera no lo ha acreditado la entidad que citó a la presente diligencia, quien ostenta la carga probatoria de acreditar por medios probatorios útiles, pertinentes y conducentes el supuesto incumplimiento grave y además, los perjuicios supuestamente irrogados.

Así pues, aun cuando presuntamente no se hubiese cumplido con los informes previstos, esto no es óbice para afectar la cláusula penal, como quiera que no se ha acreditado ninguna clase de perjuicio que supuestamente se haya irrogado a la entidad, pues así no se encuentra acreditado probatoriamente en el expediente del PIC, siendo que a penas en la citación se realizó una mera manifestación en el sentido de señalar que “hubo desgaste administrativo, y logístico”, sin explicar cómo, en qué fechas, qué costos tuvo, etc. Con lo anterior es evidente la orfandad probatoria y argumentativa que tiene la virtualidad para afectar la válidez y la eficacia del acto administrativo que resulte en aplicación de la cláusula penal.

* 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.

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 las dificultades de salud experimentadas por el personal a cargo que generaron atrasos que claramente no son imputables al contratista sino que obedecen a situaciones de caso fortuito. 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 evento en que aún contra la naturaleza de la cláusula penal se llegare a sancionar al 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.

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 debe calcularse proporcionalmente a la ejecución contractual, siendo improcedente realizar un cobro por el 20% del valor del contrato como pretende la entidad de conformidad con el citatorio a esta diligencia, pues debe proporcionar el porcentaje de supuesto incumplimiento por mandato legal e incluso contractual, puesto que el Parágrafo 2 del inciso B de la Cláusula Décima del Convenio establece:



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

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 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.*

*…*

NO ACREDITACIÓN DE PERJUICIOS

Ahora, se indica respecto a la posible afectación del amparo de cumplimiento que su alcance se encuentra definido en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento Estatal que se encuentran en su poder,

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”[[3]](#footnote-3).*

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)”.

Para finalizar, solicito comedidamente se tengan en consideración las condiciones generales y particulares del contrato de seguros, especialmente en lo atinente a sus vigencias y a la suma asegurada que asciende a la suma de 387,912,151.60

1. 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-1)
2. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 17009 del 13 de noviembre de 2008, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-2)
3. Narváez Bonnet, Jorge Eduardo, El Seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones, Editorial Ibañez, 2011. Pag 433 [↑](#footnote-ref-3)