



Bolívar
PRIMERO

RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

LA SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en los artículos 209 y 211 de la Constitución Política; artículos 2, 11 y 12 de la Ley 80 de 1993; artículos 9, 10, 11 y 12 de la Ley 489 de 1998; artículos 17 y 21 de la Ley 1150 de 2007, , así como las competencias delegadas mediante el decreto departamental No. 159 del 20 de abril de 2021, y las demás normas vigentes aplicables, procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado sustituto de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, en calidad de garante del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021, con fundamento en las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

Que el 14 de noviembre de 2018, el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** y el **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, identificado con NIT 901.223.412-7, representado legalmente por HUGO ARMANDO CANABAL HOYOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.932.959 de Montería, Córdoba, e integrado por las sociedades BETCON INGENIERIA S.A.S. con NIT 901.026.583, INTEC DE LA COSTA S.A.S. con NIT 830.502.135-1, e INGOSER S.A.S con 9000.808.636-8, celebraron el contrato de obra No. SI-C-4087, cuyo objeto consistía en la ejecución de las obras de *"mejoramiento en placa huella de la vía que conduce desde la Ye de los Arrastres hasta el municipio de San Jacinto del Cauca del Departamento de Bolívar"*.

Que, de conformidad con lo establecido en la cláusula tercera del referido contrato, el valor de las obras contratadas, inicialmente, ascendió a la suma de DIEZ MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVEL MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON SIETE CENTAVOS M/CTE (\$10.625.389.652,07), el cual fue adicionado por las partes mediante otrosí No. 01-2019 del 30 de mayo de 2019, en la suma de MIL CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE (\$1.173.129.642,93), para un valor total del contrato de **ONCE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS CON DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO CENTAVOS M/CTE (\$11.798.519,295)**.

Que, así mismo, tal como se evidencia en la cláusula sexta del texto obligacional, el plazo de ejecución para ejecución de las obras de mejoramiento en placa huella de la vía que conduce desde la Ye de los Arrastres hasta el municipio de San Jacinto del Cauca del Departamento de Bolívar, en principio, correspondió a seis (6) meses, contados a partir del perfeccionamiento, legalización del contrato y suscripción del acta de inicio, la cual fue firmada por las partes el 17 de diciembre de 2018. Sin embargo, y en atención a la última adición en tiempo convenida por las partes, a través del otrosí No. 4 del 10 de diciembre de 2020, el término de ejecución del presente contrato se extendió hasta el 28 de febrero de 2021.

Que tras haber operado el fenecimiento del término de ejecución del contrato de obra No. SI-C-4087 de fecha 14 de noviembre de 2018 y en atención a los presuntos hechos de incumplimiento advertidos por la interventoría CONSORCIO PZ 043, mediante informe CPZ043-1123-2018-193 del 8 de junio de 2021, el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** dio inicio al procedimiento sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, siendo citado el contratista **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** y su garante **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, mediante oficio GOBOL-21-040728, documento en el que la administración departamental relacionó los hechos que fundan el aludido incumplimiento, así como las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones que eventualmente resultarían procedentes.



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

Que el ente departamental adelantó la actuación sancionatoria con plena observancia de las garantías del debido proceso consagradas en los artículos 29 de la Constitución Política y 17 de la Ley 1150 de 2011, siéndoles reconocida tanto al contratista como a la compañía aseguradora, la oportunidad de presentar sus descargos, formular su defensa y contradecir los hechos que fundamentaban la referida actuación, así como la de aportar y solicitar la práctica de pruebas, y controvertir las que fueron decretadas.

Que luego de surtirse cada una de las etapas del procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y durante el desarrollo de la audiencia sancionatoria, cuya continuación se programó para el 13 de octubre de 2021, el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** resolvió declarar el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado con el **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, y, en consecuencia, dispuso imponer al contratista la cláusula penal pecuniaria prevista en cláusula décimo primera del texto obligacional, en la suma de **MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS M/CTE (\$1.179.851.929)**, y declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento total del referido contrato, amparado en la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 51629 y sus anexos, expedida por **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, identificada con NIT 860.026.518-6, por las razones y demás consideraciones contenidas en la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021, decisión que fue notificada a las partes en estrado, conforme lo reza el literal c) del citado artículo 86.

Que dentro de la oportunidad otorgada a las partes para ejercer su derecho a la defensa y oponerse a la decisión sancionatoria adoptada por la administración, el apoderado sustituto de la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** interpuso recurso de reposición en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021. No obstante, el profesional del derecho solicitó sustentar el recurso interpuesto por fuera del curso de la audiencia, estableciendo como término suficiente para ello hasta el 19 de octubre de 2021, en aras de estructurar y preparar mejor los lineamientos de defensa de los intereses de su prohijada.

Que si bien el procedimiento sancionatorio contractual prevé que en la misma audiencia se interpondrá, sustentará y decidirá el recurso de reposición interpuesto, el ente departamental, con la única finalidad de obrar con sumo acatamiento a la máxima del debido proceso, como principio rector del trámite sancionatorio, y brindar las garantías suficientes para resguardar los derechos a la defensa y contradicción que le asisten a las partes, resolvió conceder el término adicional solicitado por el apoderado de la compañía aseguradora para la debida sustentación del recurso de reposición interpuesto.

II. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

2.1. Sesión No. 4: 22 de octubre de 2021, a las 9:00 a.m.

Que llegada la oportunidad prevista para la continuación de la diligencia sancionatoria, en la que sería sustentado el recurso de reposición interpuesto por el apoderado sustituto de la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, la Secretaria de Infraestructura, luego de verificar la asistencia del referido profesional del derecho y de los representantes de la interventoría, dejó constancia de la inasistencia del contratista **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, parte que ha mantenido su ausencia de forma injustificada durante todo el desarrollo del procedimiento sancionatorio, pese a haber sido notificada en debida forma.



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

2.1.1. Sustentación del recurso de reposición:

Que mediante memorial enviado el 19 de octubre de 2021 al correo electrónico de la Secretaría de Infraestructura del **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**, el apoderado sustituto de la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** remitió la sustentación del recurso de reposición formulado en la diligencia del 13 de octubre de 2021, en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021, cuyos fundamentos fueron reiterados en la continuación de la audiencia de fecha 22 de octubre de 2021, los cuales se resumen así:

2.1.1.1. Falta de competencia del Departamento de Bolívar para imponer la cláusula penal.

A juicio del recurrente, la administración perdió competencia para iniciar el procedimiento sancionatorio contractual en contra del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** con ocasión del Contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, pues la misma se extendió hasta el 26 de agosto de 2021, término que coincide con el vencimiento del tiempo establecido contractual o supletivamente por ley (artículo 11 de la Ley 1150 de 2007) para liquidar el contrato.

Como fundamento de su dicho, citó varias providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, entre ellas:

- ❖ Sentencia del 29 de enero de 1988, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Rad. No. 3.615.
- ❖ Subsección C, sentencia del 25 de mayo de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Rad. 18.017.
- ❖ Subsección C, Sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P. Rodrigo Escobar Gil, Rad. No. 24.697.
- ❖ Subsección C, Sentencia del 13 de febrero de 2015, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, Rad. 26.938

Para el recurrente, resulta desafortunado que el Departamento haya citado las sentencias con radicados 18.017 y 24.697, haciendo una lectura que cercena su contenido, para arribar a una conclusión que estima incorrecta. Como fuera indicado, estas dos sentencias reiteran la regla establecida desde el año 1988, reconociendo explícitamente el vencimiento de la facultad sancionatoria para imponer la cláusula penal, una vez transcurridos los plazos para liquidar bilateral y unilateralmente.

Concluye que de la lectura integral de las providencias mencionadas, se entiende que ellas reconocen dos reglas que son complementarias y plenamente aplicables tras la expedición de la Ley 1150 de 2007: **i)** Una entidad sólo puede imponer multas o cláusulas penales mientras las obligaciones se hallen pendientes (art. 17 de la Ley 1150 de 2007) y **ii)** Una entidad podrá imponer una multa hasta el plazo de ejecución contractual, mientras que las cláusulas penales podrán imponerse hasta el vencimiento tiempo establecido contractualmente o supletivamente por ley (art. 11 de la Ley 1150 de 2007) para liquidar el Contrato. La Aseguradora en ningún momento trajo a colación al PAS la primera regla, sino que ha insistido hasta el cansancio que la segunda regla sí resulta plenamente aplicable al caso que nos concita

Bajo los anteriores parámetros, plantea que la ejecución del Contrato de obra No. SI-I- 4087 de 2018 finalizó el 27 de febrero de 2021, por lo que la entidad contó con la competencia para iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio en contra del consorcio hasta el 26 de agosto de tal anualidad; de ahí, que, desde hace bastante tiempo, la Gobernación ya había perdido la competencia para dar inicio al procedimiento de la naturaleza referida, situación que conlleva indefectiblemente a la revocación de la resolución por su falta de competencia para expedirla.



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

2.1.1.2. Imposibilidad de imponer la cláusula penal ante la inexistencia de un incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087

Para el recurrente la garantía del debido proceso que rige el procedimiento sancionatorio contractual trae consigo el derecho a *"no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa"*, premisa que también resulta aplicable en materia contractual, en el sentido que, si bien las partes están autorizadas por ley para pactar las conductas que dan lugar a imponer las sanciones, resulta imperativo que sea una norma –legal o contractual- la que contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, *so pena* de violar el debido proceso¹.

Trajo a colación lo previsto en el artículo 1.613 del Código Civil, el cual establece que existen cuatro modalidades de incumplimiento, a saber: *i)* la inexecución total, *ii)* la inexecución parcial, *iii)* la ejecución defectuosa y *iv)* el retardo. Así, la inexecución, sea total o parcial, consiste en aquel incumplimiento en que no se realiza la prestación debida, la ejecución defectuosa radica en la ejecución de la prestación, pero no en la forma adecuada y, finalmente, el retardo hace referencia a la demora en la realización de lo debido.

Con fundamento en lo anterior, destacó que la cláusula décimo primera del contrato es clara, por lo que la entidad yerra en entrar a dar interpretaciones elucubradas que no tienen cabida, pues la estipulación no establece que sea *"el incumplimiento total de cualquier obligación"*, *"o el incumplimiento total de alguna obligación"*; la misma señaló, con meridiana claridad, que sólo procede su imposición ante el *"incumplimiento total de las obligaciones"*. No obstante, considera que en caso que la estipulación contractual adoleciera de ambigüedad, al encontrarnos ante un contrato que fue predispuesto por el Departamento, las mismas deben interpretarse en favor del contratista, según las reglas establecidas en el segundo inciso del artículo 1.624 del Código Civil.

Corolario de lo expuesto, el recurrente adujo que la entidad únicamente estaba habilitada para imponer la cláusula penal cuando hubiera un incumplimiento total de todas las obligaciones. En el presente caso, la entidad reconoció -como lo hizo el interventor en el informe de incumplimiento- que la obra llegó a un avance del 90%, lo que quedó consignado en la página 3 de la decisión recurrida, cuando señaló que *"luego de haber expirado el plazo de ejecución contractual, el contratista solo ejecutó el 90% de las obras programadas, quedando sin cumplir o ejecutar un 10% del valor total (...)"*. Por su parte, en lo atinente a la no presentación de los informes semanales y mensuales, la misma citación reconoce que los mismos se presentaron hasta octubre de 2020 y agosto de 2020, respectivamente. En ese orden, es claro que las obligaciones bajo las cuales debía presentar los referidos documentos fueron cumplidas hasta tales meses, siendo entonces, de nuevo, un incumplimiento parcial.

En este orden de ideas, consideró que la entidad desconoce abiertamente la realidad contractual para intentar eludir los términos bajo los cuales el mismo departamento redactó el contrato. Al dar lectura de las consideraciones de la resolución, es evidente que en la misma se incurrieron en imprecisiones que, de haber omitido, hubiera reconocido que no había lugar a la imposición de la cláusula penal.

Así mismo, formuló reparos en contra de los argumentos expuestos por la administración para afirmar que el objeto del contrato era de naturaleza indivisible, pues, en primer lugar, al dar lectura de las especificaciones técnicas, se observa que el objeto contractual debía desarrollarse en el cumplimiento de una multiplicidad de ítems, agrupados en los siguientes grupos: preliminares, explanaciones, transporte, sub-Bases y placa huella, estructuras y

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 22 de octubre de 2012, MP Rodrigo Escobar Gil, Exp. 20738; reiterado Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 25 de julio de 2011, Exp. 6.217 MP Olga Mélida Valle de la Hoz.



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

drenajes, señalización y seguridad. Ello de por sí demuestra que sí existen actividades que constituyen obligaciones diferenciables y divisibles.

Por otro lado, el recurrente señaló que la entidad se valió de lo afirmado por el interventor en la sesión del PAS que tuvo lugar el 7 de octubre de 2021, para asegurar que, con el avance inconcluso de la obra "se corre el riesgo de afectar la estabilidad de las obras ya ejecutadas por el contratista", aseveración que demuestra que las obligaciones del contrato no son indivisibles, al punto que actualmente la obra se puso en funcionamiento de la comunidad. Si la obra fuera indivisible, la puesta en servicio no se hubiera podido llevar a cabo.

2.1.1.3. Desconocimiento de las normas legales atinentes a la proporcionalidad de la cláusula penal

En caso de insistir en la aplicación de la cláusula penal, para el recurrente la misma fue desproporcionalmente tasada por el departamento, en el entendido que el contratista ha ejecutado un porcentaje de avance de la obra que es desconocida por la entidad.

Así lo ha reconocido de antaño el Consejo de Estado², cuando en múltiples pronunciamientos reconoce la disminución proporcional de la cláusula penal en contratos de obra que tuvieron un avance parcial de las actividades, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, aplicables a los contratos estatales por gracia del artículo 13 de la Ley 80 de 1993. También sobre este particular, trajo a colación la Sentencia de 2 de diciembre de 2015, de la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con radicación No 47001-23-31-000-2001-00660-01 (Exp. 36.285), con ponencia de la Dra. Marta Nubia Velásquez.

Los argumentos de los que se valió la entidad para oponerse a dar aplicación del ineluctable principio de proporcionalidad consistió, básicamente, en que el objeto del contrato es indivisible, lo que no se identifica con las estipulaciones del contrato, alegando, además, lo dispuesto por el Consejo de Estado, en el sentido que si el objeto del contrato es indivisible no hay lugar a disminuir el monto de la cláusula penal, "salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada", frase esta última que omitió convenientemente.

A juicio del apoderado de la aseguradora, la entidad actuó en contravía de los principios de la buena fe y del deber de respeto por los actos propios, pues ignorando deliberadamente que al contratista le pagaron facturas por un valor total de 90% de las obras ejecutadas, lo que implica que aceptaron avances parciales de obra y el ejercicio de una serie de controles, tales como las actas parciales que acompañaban cada factura, que debían ser el resultado de multiplicar las cantidades efectivamente ejecutadas y recibidas a satisfacción, así como el formato de aprobación de actividades y las memorias de cálculo (soporte de medición de obra) de cada una de las actividades contratadas; ahora se contradice con su postura inicial, y sorprende indebidamente al contratista y a los garantes, al desconocer tal circunstancia, y asumir una falsa realidad, de acuerdo con lo cual no se efectuó ningún porcentaje de ejecución de las obras contratadas.

En conclusión, el Departamento de Bolívar se encuentra en el deber de disminuir su tasación en proporción al porcentaje de obra que resta por ser ejecutada, ello en el entendido que se oponga a la petición consistente en que revoque la imposición de la cláusula penal. Como la misma entidad constató que se comprobó un avance del 90%, el monto máximo a imponer será el 10% del tope establecido en la Cláusula Décimo Primera (10% del valor del Contrato, que asciende a \$1.179.979.221), por lo tanto, esta operación arrojaría un resultado de CIENTO DIECISIETE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTIDOS PESOS (\$117.997.922).

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 1988, citada en la Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Exp. 17009 CP Dr. Enrique Gil Botero.



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

2.1.1.4. Oponerse a dar aplicación al principio de proporcionalidad significaría que la entidad inaplicó el artículo 1.596 del Código Civil

Si se continuara con la tozuda posición consistente en que el avance de la obra, la obligación es una sola, lo cierto es que se desconoció el artículo 1596 del Código Civil, pues la misma entidad aceptó las entregas parciales (avances) de la obra.

La norma indicada es del siguiente tenor:

"ARTICULO 1596. 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."

Así pues, no solo por virtud del principio de proporcionalidad aplicable a toda actuación administrativa, sino también por el artículo 1.596 citado es que resulta inevitable reducir el valor de la cláusula penal.

2.1.1.5. Violación del derecho a la defensa al negar las pruebas solicitadas por la aseguradora

Finalmente, consideró que, al momento de presentar sus descargos, la aseguradora pidió el decreto de una serie de pruebas que se encuentran resumidas en la resolución recurrida, de los cuales la administración negó la exhibición de *"la tutela presentada por el contratista el día de ayer"* y la relativa a que *"en los términos del artículo 275 y subsiguientes del CGP, el interventor rinda un informe que dé cuenta del estado financiero del contrato, esto es, los pagos hasta ahora realizados y que restan por pagar del contrato, en comparación con el valor del contrato"*, por aducir no resultaban pertinentes para efectos del procedimiento sancionatorio.

Para el recurrente, ambos medios probatorios cumplían con los requisitos de conducencia, pertinente y utilidad. Así pues, sobre la tutela interpuesta por el contratista en contra del ente departamental, la misma tenía una directa incidencia en el proceso, debido a que, según lo manifestado por la entidad el 7 de octubre de 2021, dicho medio fue incoado para que fuera suspendido el procedimiento sancionatorio. Por lo anterior, resulta más que evidente que los argumentos expuestos por el contratista en dicho medio guardan incidencia directa sobre el procedimiento que culminó en la expedición de la resolución, y **CHUBB**, como interesada en el contenido de la tutela y el resultado de la misma, debió tener la oportunidad de conocerla.

Por su parte, y frente al informe del interventor, señaló que el mismo buscaba analizar si desde el informe del presunto incumplimiento presentado por la interventoría en septiembre de 2021, hasta la fecha, existían saldos a favor del contratista, lo cual hubiera podido variar en los términos establecidos en la cláusula cuarta del Contrato.

2.1.2. Decreto de oficio de pruebas para resolver el recurso de reposición

Que con el ánimo de construir los elementos de juicio que permitan esclarecer la verdad procesal y adquirir la convicción objetiva para tomar la decisión que corresponda en sede de reposición, la Secretaria de Infraestructura del Departamento de Bolívar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, por tratarse de un aspecto no previsto en el procedimiento especial contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, consideró necesario decretar de oficio la práctica de la prueba relacionada a continuación, por considerarla pertinente, útil y necesaria para los fines de la actuación.

Que, en ese orden, resolvió aperturar el periodo probatorio dentro del trámite del recurso de reposición interpuesto por el apoderado sustituto de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**,



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

en contra de la Resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación en estrado de esta decisión. Así mismo, de oficio, decretó la práctica de la prueba encaminada a **"requerir a la interventoría CONSORCIO PZ 043 para que, con fundamento en sus conocimientos especializados y como responsable de la vigilancia y control de la ejecución del objeto contractual del Contrato Obra Pública No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, presente un informe técnico dentro del cual determine con claridad y especificidad si la placa huella, de acuerdo con el avance físico del 90% informado, es funcional o no para la comunidad"**, siendo otorgado el término de tres (3) días para allegar dicha información. Contra la referida decisión no procedía recurso alguno, conforme lo establece el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011.

2.1.2.1. Informe remitido por la Interventoría CONSORCIO PZ 043

Que el 26 de octubre de 2021, el representante legal de la interventoría **CONSORCIO PZ 043** remitió al correo electrónico de la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar, el informe CPZ043-1123-2018-190, con asunto **"Concepto de interventoría sobre estabilidad de obras ejecutadas"**, en el que, previa exposición de otras consideraciones, concluyó lo siguiente:

"En conclusión, la placa huella construida en el desarrollo del contrato de obra de la referencia 1 es funcional y presta el servicio para mejorar las condiciones de movilidad de los residentes del área intervenida, pero no es estable ni será durable. Por la falta de las obras antes citadas y que estaban contempladas para desarrollarse con los recursos del último diez por ciento (10%) del contrato de obra SI-C 4087 de 2018 se pone en riesgo la estabilidad de las obras de mejoramiento en placa huella ya construidas en la vía Y de los arrastres - San Jacinto del Cauca, lo que influirá notablemente en la reducción de la vida útil de las obras, lo que implicaría una pérdida sustancial de la inversión realizada con el otro noventa por ciento (90%) del valor del contrato"

2.1.2.2. Traslado del informe rendido por la Interventoría CONSORCIO PZ 043 a las partes

Que en atención a lo señalado en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, se tiene que la autoridad administrativa deberá correr traslado a las partes de las pruebas practicadas durante el trámite del recurso de reposición, por el término de cinco (5) días, para su conocimiento y debida contradicción.

Que mediante oficio GOBOL-21-046639 del 27 de octubre de 2021, la Secretaría de Infraestructura, con plena observancia de las garantías del debido proceso que les asisten a las partes durante el desarrollo de la actuación sancionatoria contractual y mediante mensaje de datos enviado a las direcciones de correo electrónicos, corrió traslado al **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** y a **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** del informe CPZ043-1123-2018-190 del 26 de octubre de 2021, rendido por la interventoría **CONSORCIO PZ 043**.

2.1.2.3. Manifestaciones de las partes frente al informe rendido por la interventoría CONSORCIO PZ 043

- **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**

Que el 4 de noviembre de 2021, el apoderado sustituto de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** remitió memorial al correo electrónico de la Secretaría de Infraestructura, en el que expuso las consideraciones frente al informe rendido por la interventoría, las cuales se relacionan así:



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

"En primer lugar, la interventoría reconoce que la obra se encuentra puesta al servicio de la comunidad, lo cual demuestra fehacientemente que, en caso de haberse constatado el porcentaje de ejecución faltante, el avance presentado permitió cumplir con el fin para el cual se celebró el contrato de obra (Ver pág. 1).

Ahora bien, respecto de la supuesta incidencia que tienen las actividades faltantes (equivalente al 10%, según la entidad) en la estabilidad de la obra, los argumentos expuestos en el informe carecen de asidero técnico, según las explicaciones que se leen en el dictamen pericial que se allega con el presente escrito. Para no reiterar lo que puede auscultarse en dicho documento, rogamos dar lectura acuciosa de las páginas 9 y subsiguientes de la pericia."

Que frente al informe técnico allegado por el profesional del derecho para soportar la contradicción a las conclusiones arribadas por la interventoría, al cual pretende otorgarle la calidad de dictamen pericial, en primer lugar, este despacho esgrime que este no resulta ser el escenario procesal idóneo para hacer valer una prueba de tal naturaleza, pues, a las voces del artículo 227 de la Ley 1564 de 2012, aplicable a la presente actuación sancionatoria por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, cuando una parte pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas.

Que, en la presente actuación, y tal como lo prescribe el procedimiento especial contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la oportunidad para aportar y solicitar la práctica de pruebas corresponde al momento concedido al contratista y a su garante para presentar sus descargos en el desarrollo de la audiencia sancionatoria, lo cual tuvo ocurrencia en la sesión No. 2 de fecha 7 de octubre de 2021, donde se echa de menos la aportación de un informe pericial por parte de la compañía aseguradora.

Que, en ese mismo sentido, el apoderado de la entidad garante, al sustentar el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución 878 del 13 de octubre de 2021, no aportó el informe pericial que ahora pretende hacer valer y que solo exhibe durante el traslado de las pruebas que, conforme a lo señalado en el artículo 79 de la Ley 1437 2011, fueron decretadas de oficio por el ente departamental; de tal suerte, que el documento anexo, sencillamente, corresponde a un informe-concepto técnico, como bien se señala en el asunto descrito en el cuerpo del mismo.

Que, sobre el particular, debemos acotar que los términos que regulan el procedimiento sancionatorio contractual son de carácter perentorio y preclusivo, por lo que, vencido el plazo para realizar un determinado acto jurídico, la parte involucrada pierde la oportunidad para desplegar dicha acción, tornándose inválido lo ejercido por fuera del plazo conferido, sin que opere la reviviscencia de las etapas procesales que ya quedaron amparadas por la preclusión.

- **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**

Que, por su parte, el contratista **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** no remitió manifestación alguna frente al informe CPZ043-1123-2018-190 del 26 de octubre de 2021, rendido por la interventoría **CONSORCIO PZ 043**, del cual se le corrió traslado.

III. ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO DE LA SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA

Que frente a los argumentos que sustentan el recurso de reposición interpuesto por el apoderado sustituto de la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, y atendiendo a las evidencias recaudadas durante el periodo de pruebas aperturado, así como las manifestaciones que frente a las mismas fueron expuestas por las partes, procede la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar a realizar el siguiente análisis:



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

3.1. Procedencia del recurso de reposición

De conformidad con el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 y en concordancia con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual. De acuerdo con las reglas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la finalidad del recurso en cita consiste en aclarar, modificar, adicionar o revocar los actos administrativos que, para el caso de marras, se expiden con motivo u ocasión de la actividad contractual, actuación a la que resultan aplicables las normas que rigen la función administrativa.

Para el efecto, son los recursos la oportunidad o mecanismo establecido por la ley para permitirle a la administración que, en su propia sede, ejerza la facultad de modificar una decisión previamente adoptada. Esta posibilidad se encuentra justificada en el concepto de la autotutela administrativa, lo cual constituye una posibilidad que se deriva de la posición privilegiada de la administración en el marco de las relaciones con los particulares, como quiera que uno de los privilegios de la misma radica en la facultad de ejercer un autocontrol de sus decisiones para el cumplimiento de los fines de la administración pública.

Es así, que la Ley 1437 de 2011 reafirmó en su proyecto legislativo la importancia del acto administrativo siendo este uno de los mecanismos principales del actuar de la administración: *"el acto administrativo continúa siendo en la actualidad el principal instrumento en manos de la Administración para la realización de las funciones encomendadas; por esta razón, puede afirmarse que a través de él se materializa el interés general y sobre todo se hace frente a necesidades cambiantes que requieren soluciones inmediatas"*.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, mediante sentencia de fecha 20 de septiembre de 2007, reiteró la finalidad e importancia de la utilización de los recursos establecidos por la norma, como una oportunidad para el administrado *"de obtener una revisión y corrección de la decisión contenida en ese acto, mediante su revocación, modificación o aclaración, y por ende la satisfacción o protección de sus derechos o intereses individuales, sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, brindar a la Administración la oportunidad de revisar su decisión y subsanar las irregularidades y errores en que hubiere incurrido, de manera tal que de encontrarla ilegal la modifique, aclare o revoque, evitando así, en últimas, la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, que por lo mismo viene a ser subsidiaria"*.³

3.2. Confirmación de la competencia *pro tempore* del Departamento de Bolívar para promover el procedimiento sancionatorio contractual dentro del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018

El apoderado de la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** insiste en alegar la falta de competencia temporal del **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** para iniciar el procedimiento sancionatorio contractual dentro del negocio jurídico de la referencia, pues supedita el ejercicio de dicha facultad sancionatoria al plazo previsto para la liquidación bilateral y unilateral del mismo, obviando el recuento jurisprudencial citado por la administración en el numeral 5.3.1. del acto recurrido, donde fueron relacionados los diferentes criterios adoptados por el Consejo de Estado para la interpretación de dicho límite temporal a lo largo de las disposiciones normativas que han regulado los contratos estatales; resaltándose como la posición vigente e imperante la relativa a que, bajo el imperio de la Ley 1150 de 2007, la cláusula penal se puede

³ Número de radicación: 13001-23-31-000-1995-12217-01, Consejero ponente Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

imponer dentro del plazo del contrato o por fuera de él, siempre que esté pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista⁴.

La tesis sostenida por el recurrente, si bien encuentra su sustento en varios pronunciamientos del Consejo de Estado, la misma no resulta aplicable al negocio jurídico celebrado entre el ente departamental y el **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, pues se trata de interpretaciones jurisprudenciales realizadas bajo la vigencia de regímenes contractuales distintos a la Ley 1150 de 2007, cuyos contenidos no hicieron alusión expresa al término dentro del cual las entidades estatales podían ejercer las facultades sancionatorias a ellas conferidas, correspondiéndole al órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo orientar, a través de su jurisprudencia, la interpretación que sobre el particular debía aplicarse, ante el inminente vacío de la legislación contractual.

No obstante, con la expedición del estatuto 1150 de 2007, quedó zanjada cualquier discusión en torno a la competencia *pro tempore* de las entidades públicas para declarar el incumplimiento de su contratista e imponer la cláusula penal pecuniaria pactada en el respectivo contrato, pues en su artículo 17, de manera expresa, dispuso que mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, para la administración resulta procedente la imposición de dicha sanción. De ahí, que se estime errada cualquier interpretación realizada por fuera del límite temporal señalado en el mencionado texto legal, como la que pretende imponer el recurrente, máxime, que, bajo el principio general de interpretación jurídica, donde la ley no distingue no le es dado al intérprete hacerlo, debiendo este sujetarse al sentido claro y literal de las disposiciones contentivas de la misma⁵.

En el presente caso, en una de las conclusiones a las que arriba el recurrente reconoce que "i) Una entidad sólo puede imponer multas o cláusulas penales mientras las obligaciones se hallen pendientes", razonamiento que se ajusta correctamente al espíritu general del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y que guarda correspondencia con la posición que, a partir de la expedición de la citada normativa, domina en la jurisprudencia del Consejo de Estado. No obstante, contrario a la postura anterior, a renglón seguido, el mismo recurrente alega que "ii) Una entidad podrá imponer una multa hasta el plazo de ejecución contractual, mientras que las cláusulas penales podrán imponerse hasta el vencimiento tiempo establecido contractualmente o supletivamente por ley (art. 11 de la Ley 1150 de 2007) para liquidar el contrato"; tal elucubración no sólo desconoce la voluntad primigenia del legislativo, sino que se constituye en una interpretación equivocada de las disposiciones legales que, de manera independiente, regulan trámites disímiles para liquidar los contratos e imponer sanciones frente a eventos de incumplimiento contractual.

Tal como lo reconoció el mismo Consejo de Estado, con la expresión referente a "mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista", categóricamente, la Ley 1150 de 2007 reguló la competencia *pro tempore* de las entidades estatales para la imposición de sanciones en materia contractual⁶. El sentido claro de las expresiones utilizadas por el legislador de la época para establecer dicho límite temporal, nos obliga a no desatender el tenor literal del mencionado texto legal, el cual sugiere que el ejercicio de la potestad sancionatoria no se extiende hasta el cumplimiento de un plazo en sí mismo, por el contrario, se trata del acaecimiento de una condición relativa a la subsistencia de la infracción de las obligaciones contractuales; de tal suerte, que entretanto el contratista no satisfaga totalmente las cargas asumidas en virtud del vínculo negocial, bien puede la administración valerse de

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24.697) de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. De la misma forma, esta tesis se expone en el expediente No. 18.017 de 25 del mayo de 2011, C.P. Enrique Gil Botero.

⁵ Código Civil, "Artículo 27 <INTERPRETACION GRAMATICAL>. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento."

⁶ Ibídem.



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

las facultades conferidas por mandato de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011.

En ese orden, yerra el abogado de la compañía aseguradora al pretender aplicar el término señalado en la ley para liquidar los contratos estatales como el límite máximo con el que contaba la administración departamental para promover el procedimiento sancionatorio en contra del consorcio contratista incumplido, pues, por un lado, el aludido término de liquidación fue un referente temporal adoptado por la jurisprudencia del Consejo de Estado durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 y a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, postura que varió ostensiblemente con la promulgación de la Ley 1150 de 2007, normativa bajo la cual se celebró el contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, pues fue la misma ley la que cerró la puerta a cualquier tipo interpretación y, de manera expresa, señaló que la competencia sancionatoria se conserva *"mientras se halle pendiente la ejecución"* del contrato, sin que, de ninguna manera, se entienda que la misma quedó limitada a que se ejerza sólo durante el plazo contractual y, mucho menos, dentro del término para la liquidación del negocio jurídico, como sí lo indicaba la otrora postura jurisprudencial.

Ahora bien, con el ánimo de reiterar el criterio de interpretación que, en el presente caso, debe ser atendido para confirmar la competencia temporal de la administración departamental para promover el procedimiento sancionatorio contractual en contra del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** y que dio lugar a la declaratoria de incumplimiento total del objeto contratado, este despacho procederá a analizar los antecedentes fácticos y algunos apartes textuales de las sentencias citadas en el escrito de reposición⁷, para efectos de corroborar que la tesis jurisprudencial traída a colación por el recurrente corresponde a negocios jurídicos celebrados con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007 y, por tanto, no procede ni resulta vinculante frente al contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, del cual es garante la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**

❖ **Sentencia del 29 de enero de 1988, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Rad. No. 3.615.**

La línea establecida en la sentencia 3.615 de 29 de enero de 1.988, la cual ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores⁸, apuntaba a reconocer, en el marco del Decreto 222 de 1983, la potestad de la entidad estatal para declarar el incumplimiento del contratista, únicamente para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, después de vencido el plazo de ejecución del contrato y hasta su liquidación.

En este sentido, dicho proveído señaló:

"[...] De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria."

❖ **Subsección C, sentencia del 25 de mayo de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Rad. 18.017.**

Esta providencia reitera la posición histórica de la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto de la competencia de la administración para declarar el incumplimiento del contrato,

⁷ Página 3 del memorial de sustentación del recurso de reposición interpuesto por el apoderado sustituto de CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24.697) de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. Tesis también sostenida en el expediente No. 18.017 de 25 de mayo de 2011 y en la sentencia No. 18.017 del 25 de mayo de 2011.

RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Así pues, de manera textual, dicha sentencia reza:

"5. Competencia temporal de la entidad estatal para declarar el incumplimiento del contrato, y hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria"

"Definido el anterior problema, se debe considerar ahora si era posible declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, vencido su plazo, teniendo en cuenta que BENEDAN impuso la sanción dos semanas después de vencido el término del contrato -resolución No. 392-, decisión confirmada cuatro meses después -resolución No. 811-."

"La Sala recuerda que en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 -aplicable al contrato sub iudice- la jurisprudencia admitió que la administración podía declarar el incumplimiento -no la caducidad- de los contratos de tracto sucesivo, después de vencido el plazo de ejecución, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso antes de efectuarse la liquidación del contrato, tal como se desprende del siguiente pronunciamiento, que recoge una línea jurisprudencial ininterrumpida hasta hoy:

(...)

"El fundamento de esta facultad se encuentra en el mandato contenido en el inciso 1º del artículo 72 del Decreto 222 de 1983, idéntico a la previsión contemplada en el mismo inciso del artículo 61 del Decreto 150 de 1976.

(...)" (Subrayas fuera del texto)

❖ **Subsección C, Sentencia del 24 de octubre de 2013, C.P. Rodrigo Escobar Gil, Rad. No. 24.697.**

De los antecedentes de la sentencia se colige que el Consorcio Dislicores Comercializador Internacional Ltda. y otros, instauraron demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales en contra Departamento de Córdoba, mediante la cual solicitaban la nulidad de las resoluciones Nos. 0000149 del 14 de febrero del año 2.000 y 0000894 del 3 de abril del año 2.000, en virtud de las cuales la entidad contratante declaró la caducidad administrativa del **contrato celebrado el 7 de diciembre de 1998**, cuyo objeto fue la entrega en concesión, por parte del Departamento al contratista, de la introducción, distribución y venta en su territorio, de los productos actuales y futuros fabricados por la Industria Licorera de Caldas, de conformidad con el convenio marco suscrito entre el Departamento de Córdoba y el Departamento de Caldas.

Así mismo, y dentro de las consideraciones expuesta en la parte motiva de esta providencia, se trae a colación el siguiente aparte textual que resume la posición de la época adoptada por el Consejo de Estado y que reitera el pronunciamiento citado en el punto anterior, así:

"De otro lado, y en sentido contrario, la Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria. En este sentido ya expresó la Subsección C de la Sección Tercera -sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 18.017-, providencia que reitera la posición histórica de la Sala (...)"

RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

Del anterior recuento, se infiere, con meridiana claridad, que los criterios jurisprudenciales bajo los cuales el recurrente funda los argumentos para reponer la decisión contenida en la Resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021, no se acompañan con la realidad del negocio jurídico dentro del cual fue promovido el presente procedimiento sancionatorio contractual, pues si bien la tesis que predomina en las anteriores providencias apunta a que la competencia sancionatoria se extiende hasta el periodo de liquidación del contrato estatal, lo cierto es que, tal como se evidencia en los fundamentos fácticos referidos y en los apartes jurisprudenciales transcritos, se trata de una postura admitida históricamente por el Consejo de Estado para los contratos celebrados en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 o con anterioridad a la reforma introducida al régimen de contratación pública por la Ley 1150 de 2007; de ahí, que no deba ser tenida en cuenta para interpretar el ejercicio de la facultad sancionatoria dentro del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, por tratarse de un acuerdo de voluntades suscrito bajo el imperio de la citada Ley 1150.

Así las cosas, el rasero bajo el cual debe interpretarse correctamente el ejercicio de la competencia *pro tempore* de la entidad departamental, en lo relativo a la imposición de la cláusula penal pecuniaria, debe ser el condicionamiento referente a "*mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista*", pues así expresamente lo dispone el mandato legal y así lo ha reconocido el Consejo de Estado en la evolución que, sobre la materia y a partir de la Ley 1150 de 2007, ha tenido su jurisprudencia. Sobre el particular, esa Corporación ha señalado:

"No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema –competencia temporal para imponer sanciones–, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva "mientras esté pendiente la ejecución" del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo "durante el plazo" del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: "... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista..."

*En los términos indicados, dependiendo del régimen jurídico que rija cada contrato (Decreto-ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993 o ley 1150 de 2007–, el problema de la temporalidad para ejercer el poder de declaración unilateral del incumplimiento tiene diversas respuestas, según se sea: la caducidad, las multas o la cláusula penal pecuniaria."*⁹

En el asunto *sub examine*, el plazo de ejecución del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018 venció el 28 de febrero de 2021, oportunidad en la que, de acuerdo a lo concluido por la interventoría mediante informe CPZ043-1123-2018-193 del 8 de junio de 2021, se advirtió el incumplimiento de las obligaciones a cargo del consorcio contratista, lo que motivó la aplicación del procedimiento sancionatorio contractual señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Así pues, el 24 de septiembre de 2021, la administración departamental envió citación al **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA** y a la compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, con indicación de los hechos que fundaban el presunto incumplimiento, así como de las normas trasgredidas y de las sanciones eventualmente resultaría procedentes, oportunidad en que persistía el incumplimiento a la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, hecho que, a las voces del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, habilitaba y legitimaba al ente departamental para ejercer las facultades sancionatorias a ellas reconocidas en el texto contractual.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24.697) de 24 de octubre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero. De la misma forma, esta tesis se expone en el expediente No. 18.017 de 25 del mayo de 2011, C.P. Enrique Gil Botero.



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

En ese orden, la Secretaría de Infraestructura confirma la competencia temporal del **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** para adelantar el procedimiento sancionatorio en contra del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, por el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, el cual fue declarado mediante la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021, por lo que este primer motivo de inconformidad será despachado en sentido desfavorable.

3.3. Procedibilidad de la cláusula penal ante la inexistencia de un incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087

El Artículo 4º de la Ley 80 de 1993, en lo relacionado con los deberes de las entidades del Estado, señala que para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales, entre otros: "(...)1. Exigirán al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacer al garante".

Así mismo el Numeral 1º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina que, en virtud del principio de responsabilidad, los servidores públicos, están obligados, entre otros, a "...buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".

En concordancia con lo anterior, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece:

*"Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. *Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración".

Posteriormente, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 reiteró la facultad legal de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas, la cual deberá ejercerse con fundamento en el principio de legalidad, pues queda claro que las entidades pueden ejercitar -de conformidad con la ley y el contrato-, la potestad sancionadora en el desarrollo contractual, esto es, sin tener que acudir al juez para declarar el incumplimiento¹⁰.

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; mientras 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 resarcan los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio¹¹.

¹⁰ Consejo De Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Consejero Ponente Enrique Gil Botero – Radicación 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). (Negrilla y Subrayado Propios)

¹¹ Ver Sentencia de octubre 1 de 1992. Exp. 6.631; Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011.



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en 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."

En el asunto objeto de análisis, mediante la cláusula décimo primera del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, convinieron la imposición de la cláusula penal en los siguientes términos:

"DECIMA PRIMERA – SANCIONES: (...) b) PENAL PECUNIARIA: En caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento total de las obligaciones derivadas del presente Contrato, EL CONTRATISTA pagará a EL DEPARTAMENTO a título de pena pecuniaria, una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como pago parcial y definitivo de los perjuicios que cause a EL DEPARTAMENTO. No obstante, EL DEPARTAMENTO se reserva el derecho de cobrar perjuicios adicionales por encima del monto de lo aquí pactado, siempre que los mismos se acrediten. Tanto el valor de las multas, como el de la cláusula penal pecuniaria serán descontados de los pagos que se efectúen al EL CONTRATISTA. El pago de la cláusula penal pecuniaria estar amparado mediante póliza de seguros en las condiciones establecidas en el presente Contrato. PARAGRAFO: APLICACIÓN DEL VALOR DE LAS SANCIONES PECUNIARIAS: El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria se tomará del saldo a favor de EL CONTRATISTA si lo hubiere, o de la garantía constituida. Si esto último no fuere posible, se cobrará por vía ejecutiva"

A juicio del recurrente, la administración departamental incurrió en error al aplicar la cláusula penal pecuniaria como consecuencia de la infracción del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, pues, en el texto contractual, la misma quedó reservada, exclusivamente, para eventos de incumplimiento total de las obligaciones, escenario que no corresponde al contrato del cual es garante **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, en tanto el ejecutor alcanzó un nivel de avance del 90%.

No obstante, atendiendo a la naturaleza de la sanción que aquí se cuestiona, debemos argüir que la procedencia de la misma, en el presente caso, se encuentra justificada en la expiración del plazo de ejecución del contrato sin el cumplimiento del deber correlativo del contratista de ejecutar satisfactoriamente y en su integridad las cargas obligacionales asumidas con la suscripción del contrato, conducta que, sin distingo del avance alcanzado, configura el incumplimiento total del objeto contractual.

Tratándose del acatamiento que, dentro la vigencia del plazo de ejecución del contrato estatal, está llamado a demostrar el ejecutor seleccionado, el Consejo de Estado ha señalado:

"En el contrato estatal, la estipulación del término dentro del cual se debe construir la obra, prestar los servicios o entregar los suministros, resulta de singular importancia y relevancia jurídica, debido a la necesidad e interés público que se pretende satisfacer con él, razón por la cual, por regla general, se define un plazo fijo o determinado por la Administración en los pliegos de condiciones (art. 30.2 Ley 80 de 1993) o en los documentos de la contratación, que luego asume convencionalmente el contratista para ejecutar y cumplir sus prestaciones en tiempo oportuno.

(...)

El plazo general de ejecución del contrato suscrito por la administración, de ordinario, es suspensivo, dado que es en una fecha cierta previamente estipulada cuando se hace exigible la totalidad del objeto contractual (art. 1551 Código Civil); y de esta misma connotación son los plazos parciales que sin perjuicio del anterior se acuerdan y cuyo



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

vencimiento torna exigibles algunas de las obligaciones y entregas parciales. La excepción, entonces, es que el plazo en el contrato estatal se pacte como resolutorio, esto es, que a su llegada se extingan las obligaciones.

(...)

Como arriba se explicó, la estipulación de un plazo de ejecución del contrato es de vital importancia para el cumplimiento puntual de su objeto y, por tanto, en orden a atender y satisfacer la necesidad pública que dio lugar a su celebración; además, responde a estrictos principios de la contratación pública, como los de economía y planeación, y resulta congruente con las normas presupuestales que reclaman precisar en el tiempo los compromisos contractuales que las entidades públicas adquieran en las respectivas vigencias fiscales, con cargo a las apropiaciones que conforman su presupuesto anual.

De ahí que, lo normal sea acatar el contrato dentro la vigencia del plazo de ejecución que se señaló en el contrato y, mientras no se hayan cumplido las prestaciones preservar esa vigencia de acuerdo con lo señalado en la ley, de manera que cuando las necesidades exijan un mayor tiempo para el cumplimiento de las obligaciones se proceda a suscribir un contrato adicional o modificatorio para ampliar o prorrogar el plazo inicialmente convenido, pues, no se olvide que en virtud del principio de legalidad que rige la contratación pública, en este ámbito no existen figuras como la tácita reconducción del contrato o el simple acuerdo implícito para la extensión del plazo.

Tampoco pasa inadvertido que a la terminación del plazo de ejecución, la Administración debe verificar si la obligación de dar, hacer o no hacer sobre la que versa el contrato se ha cumplido en su totalidad, para declarar o no el incumplimiento contractual, por tanto, se realizará una verificación o control del cumplimiento del objeto contractual y con base a las pruebas aportadas y descargos de las partes."¹² (Subrayas fuera del texto original)

En el *sub lite*, a la terminación del plazo de ejecución del contrato, esto es, el día 28 de febrero de 2021, y tal como lo advirtió la interventoría en su informe No. CPZ043-1123-2018-193 de fecha 8 de junio de 2021, el consorcio contratista no cumplió con la totalidad del objeto contratado, pues solo alcanzó un nivel de ejecución de hasta el 90% de la obra contratada. El deber que al mismo le asistía de satisfacer, dentro del tiempo proyectado, la totalidad de las obligaciones a su cargo no puede considerarse como un aspecto del contrato sometido a consideración o al arbitrio del ejecutor, se trata, pues, de una carga que, a las voces de la jurisprudencia del Consejo de Estado, garantiza la satisfacción del interés público y la concreción de los fines mismos de la contratación.

Ahora bien, frente al avance alcanzado por el contratista debemos señalar que para la ejecución de las obras relativas al "mejoramiento en placa huella de la vía que conduce desde la Ye de los Arrastres hasta el municipio de San Jacinto del Cauca del Departamento de Bolívar", técnicamente, fueron establecidas varias fases constructivas para llegar al resultado final, a saber, (i) Preliminares; (ii) Explanaciones; (iii) Sub- Bases – Placa Huella; (iv) Estructuras y Drenajes y (v) Señalización y Seguridad. La determinación de tales fases obedece a un proceso organizado y estructurado de construcción, en la medida que cada actividad contractual deviene de la otra y cada una se reputa necesaria para cumplir el 100% del objeto contratado, de ahí, que la falta de una de ella configure el incumplimiento total de las obligaciones derivadas del presente contrato, sin que haya lugar a validar o aceptar la ejecución parcial de las mismas, pues, por un lado, no corresponde a los términos contratados y, por otro, lo poco o mucho alcanzado no satisface íntegramente las condiciones técnicas exigidas por la entidad contratante, las cuales eran conocidas por el ejecutor desde los albores

¹² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 20 de noviembre de 2008 radicado 50422-23-31-000-199201369-01(17031), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

del proceso de selección, encontrándose así habilitada la administración para imponer la correspondiente sanción penal pecuniaria.

Aunado a lo anterior, y tal como lo concluyó la interventoría en el informe CPZ043-1123-2018-190 del 26 de octubre de 2021, se tiene que:

"En conclusión, la placa huella construida en el desarrollo del contrato de obra de la referencia es funcional y presta el servicio para mejorar las condiciones de movilidad de los residentes del área intervenida, pero no es estable ni será durable. Por la falta de las obras antes citadas y que estaban contempladas para desarrollarse con los recursos del último diez por ciento (10%) del contrato de obra SI-C 4087 de 2018 se pone en riesgo la estabilidad de las obras de mejoramiento en placa huella ya construidas en la vía Y de los arrastres – San Jacinto del Cauca, lo que influirá notablemente en la reducción de la vida útil de las obras, lo que implicaría una pérdida sustancial de la inversión realizada con el otro noventa por ciento (90%) del valor del contrato".

Entonces, a pesar que el contratista ejecutó parcialmente unas obligaciones contractuales hasta llegar al 90% de las actividades contratadas, estas se encuentran en peligro de deterioro rápidamente por la falta de construcción de unos ítems de obra que confirman la dependencia existente entre las diferentes actividades pactadas en el contrato, lo que reafirma el incumplimiento total del objeto del negocio jurídico celebrado con el **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**. Los ítems no ejecutados se relacionan así: **(i)** 10.442 metros lineales de bordillos, permitiendo que *"todas las aguas superficiales que se presentan en períodos de lluvias, se descarguen lateralmente en la totalidad de la calzada en ambos lados de la misma, provocando socavaciones en las orillas de la vía, desplazando la sub-base granular, debilitando el área de soporte de la placa huella, dejando ésta última sin apoyo y ante la acción de las cargas vehiculares estas losas sufrirán fracturas, lo cual implicará la reducción del ancho útil de la vía, lo que podría aumentar los niveles de accidentalidad en la zona"*; **(ii)** cunetas en punto de descole *"Ante la carencia de éstas cunetas y puntos de descole específicos se producirán daños en las placas por el desplazamiento del material de soporte y en los puntos donde hay bordillos cerrados sin descoles, se presentan encharcamientos de agua en la placa huella, los cuáles ya son evidentes"*; **(iii)** de protecciones en Concreto Ciclópeo de los diez (10) box culverts construidos *"con el fin de evitar el desplazamiento del material de relleno y/o terraplén por la acción de escorrentías superficiales en períodos de lluvia, las cuales pueden debilitar estas orillas sobre las cuales está la sub-base granular generando el mismo daño en la placa huella que ocasiona la falta de bordillos como se indicó anteriormente."* y **(iv)** Gaviones *"como soporte a los terraplenes donde se construyeron box culverts que hayan quedado con mayor altura (definir in situ) evitando de este modo el colapso del material en períodos prolongados de invierno"*.

Así las cosas, la postura interpretativa que pretende imponer el recurrente frente al contenido de la cláusula décimo primera del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, no solo desconoce las facultades que le fueron conferidas a la administración sino que riñe abiertamente con la naturaleza jurídica de las sanciones pactadas en el contrato, pues, legalmente, frente a eventos de incumplimiento total como el que nos concita, donde expiró el plazo de ejecución contractual sin que el contratista haya cumplido con el todo al que se comprometió, la figura jurídica a aplicar corresponde a la cláusula penal.

Se encuentra plenamente demostrado que el **CONSORCIO VÍAS DE SAN JACINTO DEL CAUCA** incumplió definitiva y totalmente con el objeto del contrato celebrado con la administración departamental, al no entregar en un 100% y dentro del plazo contractual ampliado mediante otrosí No. 4 del 10 de diciembre de 2020, la obra encaminada al mejoramiento en placa huella de la vía que conduce desde la Ye de los Arrastres hasta el municipio de San Jacinto del Cauca del Departamento de Bolívar, dejando de ejecutar actividades contractuales pactadas sin justificación alguna, supuesto de hecho que habilita a

RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

la entidad estatal a ejercer la potestad sancionatoria a ella reconocida y a imponer la respectiva cláusula penal pecuniaria, razones suficientes para que el segundo cargo formulado por el recurrente tampoco esté llamado a prosperar.

3.4. Aplicación del principio de proporcionalidad para la imposición de la cláusula penal pecuniaria

Ahora bien, frente al reparo de la tasación de la cláusula penal pecuniaria en proporción al porcentaje de incumplimiento del contrato, debemos señalar que la tesis sostenida por el ente departamental en la decisión impugnada encuentra asidero en la indivisibilidad del objeto del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, aspecto que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como una excepción a la regla general de aplicación del principio de proporcionalidad frente a la cláusula penal pecuniaria¹³.

No obstante, y luego de valorar los argumentos expuestos por el abogado de la compañía aseguradora en sede de reposición, concretamente, las alegaciones en torno a la funcionalidad de la infraestructura construida por el consorcio contratista, este despacho, con miras a corroborar técnicamente el nivel de provecho que representaba para el municipio de San Jacinto del Cauca la obra construida solo en un 90%, consideró necesario y útil para los fines de la actuación sancionatoria, la práctica de una prueba de oficio, encaminada a requerir a la interventoría **CONSORCIO PZ 043** para que rindiera un informe en el que precisara si la placa huella, de acuerdo con el avance físico del 90% informado, resultaba funcional o no para la comunidad.

En atención a dicha solicitud, el representante legal de la interventoría **CONSORCIO PZ 043** remitió vía correo electrónico a la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar, el informe CPZ043-1123-2018-190 del 26 de octubre de 2021, en el que, previa exposición de otras consideraciones, concluyó:

"En conclusión, la placa huella construida en el desarrollo del contrato de obra de la referencia 1 es funcional y presta el servicio para mejorar las condiciones de movilidad de los residentes del área intervenida, pero no es estable ni será durable. Por la falta de las obras antes citadas y que estaban contempladas para desarrollarse con los recursos del último diez por ciento (10%) del contrato de obra SI-C 4087 de 2018 se pone en riesgo la estabilidad de las obras de mejoramiento en placa huella ya construidas en la vía Y de los arrastres – San Jacinto del Cauca, lo que influirá notablemente en la reducción de la vida útil de las obras, lo que implicaría una pérdida sustancial de la inversión realizada con el otro noventa por ciento (90%) del valor del contrato"

De lo anterior se colige que, pese a existir un incumplimiento total del objeto del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, el cual fue declarado mediante la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021 y que dio lugar a la declaratoria del siniestro de incumplimiento amparado en la garantía única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 51629 y sus anexos, expedida por **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, en la actualidad, la obra contratada en las condiciones ejecutadas por el **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, representa cierta utilidad y provecho para la comunidad del municipio de San Jacinto del Cauca, aspecto que fue corroborado por la interventoría del contrato y que deberá ser valorado por la administración, para efectos de determinar el monto final en el que será tasada la sanción penal pecuniaria.

¹³ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero, Bogotá D. C., Noviembre Trece (13) De Dos Mil Ocho (2008), Radicación Número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad frente a sanciones de igual naturaleza, resulta procedente señalar algunas consideraciones de índole legal y jurisprudencial, aplicables al caso en concreto, así:

Debe recordarse que la proporcionalidad de las sanciones contractuales pactadas en los contratos suscritos con el Estado, especialmente en la cláusula penal, encuentra su fuente legal en la normatividad comercial y civil, a saber, los artículos 867 y 1596 respectivamente, disposiciones que regulan lo concerniente a la imposición de dicha sanción en las relaciones negociales y que resultan aplicables a los contratos suscritos por el Estado, atendiendo lo estipulado en el artículo 13 de la ley 80 de 1993.

Así pues, el artículo 1596 del Código Civil establece que *"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"*.

Por su parte, el artículo 867 de estatuto mercantil dispone que, *"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"*.

Por su parte, en cuanto a la importancia y obligatoriedad de la aplicación del principio de proporcionalidad, se destaca lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia C-564 de 2000, en la cual se dijo:

"En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal - reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición. En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable como garantía del principio de legalidad."

Concordantemente, el Consejo de Estado, ha reiterado la necesidad de dar aplicación de este principio, tanto en el marco de las actuaciones administrativas sancionatorias como judiciales, tal y como se expresa a continuación:

"(...) la sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionatoria de la administración en la actividad contractual, pues en ella sustenta la imposición de multas, de la cláusula penal pecuniaria y de caducidad (...) Pero de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, (...) así mismo hay que agregar, que debe observar el principio de proporcionalidad en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción."¹⁴

En el asunto *sub examine*, de acuerdo a las pruebas arrimadas a la actuación sancionatoria, la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar, quien se encuentra delegada para realizar los procesos de contratación y los actos inherentes a los mismos, incluyendo la imposición de sanciones, recaudó suficientes elementos facticos y jurídicos para declarar el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018,

¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado, Sección tercera, 13 de noviembre 2008. MP Enrique Gil Botero



RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

decisión adoptada mediante la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021 y que es objeto de refrendación por las consideraciones expuestas en precedencia.

No obstante, y tal como se colige del nuevo material probatorio allegado en la instancia del recurso de reposición, este despacho, razonadamente, encuentra demostrado el provecho y la utilidad que representa para la comunidad la vía ejecutada en un 90% por parte del **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, por lo que, pese a la naturaleza indivisible de las obligaciones que se derivan del objeto del contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018 y a no encontrarse acabada en su totalidad la obra contratada, lo cierto es que se evidencia cierto valor en las condiciones actuales de la mencionada infraestructura; de ahí, que en ejercicio del principio de autotutela administrativa, el ente departamental tenga la facultad de modificar parcialmente la decisión contenida en la resolución 878 del 13 de octubre de 2021, en el sentido de imponer la cláusula penal pecuniaria proporcionalmente al avance y al nivel de ejecución alcanzado en el contrato, cuya tasación será discriminada más adelante.

3.5. Observancia del derecho a la defensa de las partes durante el desarrollo de la actuación sancionatoria

Finalmente, y en lo relativo a la presunta vulneración del derecho de defensa de **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** como consecuencia de la decisión adoptada por este despacho de negar las pruebas relativas a (i) remitir copia del expediente de la acción de tutela presentada por el consorcio contratista y a (ii) solicitar el informe rendido por la interventoría del contrato que dé cuenta del estado financiero del mismo, debemos señalar que, en su oportunidad, tales medios de prueba no fueron decretados por no superar el análisis de conducencia, pertinencia y utilidad que, ordinariamente, debe realizar la autoridad administrativa frente a una petición de tal naturaleza.

Para el caso del expediente de la acción de tutela, en la sesión de fecha 7 de octubre de 2021, le fue informado al abogado de la compañía aseguradora que, si bien mediante comunicación enviada en esa misma fecha al correo electrónico de la Secretaría de Infraestructura, el contratista comunicó la radicación de dicho instrumento constitucional en contra de la administración departamental, lo cierto que no remitió copia del libelo de la tutela como tampoco del respectivo auto admisorio, por lo que no resultaba posible remitir la documentación solicitada; situación que sumado a la falta de pertinencia de la petición de prueba con el objeto de la actuación sancionatoria, motivó la decisión de negar su decreto, por tratarse de actos procesales ajenos a la misma y que no guardaban relación con los hechos debatidos.

Así mismo, y con miras a dejar claridad sobre la falta de pertinencia del referido instrumento constitucional, en la continuación de la diligencia sancionatoria realizada el 13 de octubre de la presente anualidad, como cuestión previa, la cartera de infraestructura dejó constancia que mediante auto de fecha 11 de octubre de 2021, el Juzgado Segundo civil Municipal de Cartagena de Indias admitió la acción de tutela interpuesta por el **CONSORCIO VÍA SAN JACINTO DEL CAUCA** en contra del **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**; no obstante, ese mismo despacho judicial resolvió negar la solicitud de medida provisional solicitada por el accionante, encaminada a suspender el curso de la presente actuación sancionatoria, toda vez que, la solicitud de tutela fue radicada con posterioridad a la fecha fijada por la administración para realizar la audiencia sancionatoria, de ahí, que carecía de vocación útil la cautela presentada.

Aunado a lo anterior, y como una nueva consideración, este despacho trae a colación la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo civil Municipal de Cartagena de Indias, mediante la cual resolvió no tutelar el derecho fundamental invocado por el **CONSORCIO VÍA SAN JACINTO DEL CAUCA**, pues concluyó la responsabilidad que le asiste al contratista de documentar y llevar la relación de los procesos que se van generando



Bolívar
PRIMERO

RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

en la ejecución del contrato, además de llevar un registro en la bitácora de obra de las actividades realizadas con ocasión del objeto contratado.

Por otro lado, y frente a la solicitud del informe rendido por la interventoría del contrato que dé cuenta del estado financiero del mismo, en su oportunidad, dicho medio de prueba fue descartado por la administración departamental por no resultar necesario y útil para el esclarecimiento de los hechos que aquí se discuten, pues la información que pretendía ser corroborada por el apoderado de la compañía aseguradora ya reposaba en el acervo probatorio de la presente actuación sancionatoria, esto es, en el informe CPZ043-1123-2018-193 del 8 de junio de 2021 rendido por el interventor **CONSORCIO PZ 043**, el cual acompañó y soportó la citación notificada a las partes desde el 24 de septiembre de 2021.

Durante el desarrollo de la actuación que nos ocupa, el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** obró con suma observancia de las garantías del debido proceso que les asistían a las partes encartadas, pues, desde un principio, notificó en debida forma la citación de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, accediendo en varias oportunidades a las solicitudes de aplazamientos radicadas por las partes, con el propósito de permitirles preparar en debida forma la defensa de sus intereses frente a los cargos expuestos. Así mismo, las partes gozaron de la oportunidad de presentar sus descargos, formular su defensa y contradecir los hechos que fundamentaban la actuación, al igual que aportar y solicitar la práctica de pruebas, fase esta última que, si bien es objeto de reproche por el recurrente, fue adelantada con aplicación de las garantías probatorias enmarcadas dentro del debido proceso administrativo, encontrándose debidamente sustentada y motivada la decisión de negar las pruebas referidas, en la falta de pertinencia o relación de las mismas con el objeto investigado dentro del procedimiento; razón suficiente para que este último motivo de inconformidad también sea despachado de forma desfavorable.

IV. IMPOSICIÓN Y TASACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Que en virtud de lo anteriormente expuesto y atendiendo a lo preceptuado por los artículos 1.596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**, pese a advertir el incumplimiento total del contrato No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, reducirá el monto impuesto en la resolución recurrida por concepto de la cláusula penal pecuniaria, en proporción a la parte ejecutada del contrato, la cual, para el caso que nos ocupa, corresponde a un 90%.

Que el valor de la sanción penal pecuniaria a imponer equivale a **CIENTO DIECISIETE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTITRES PESOS MCTE (\$117.997.923)**, correspondientes al 10% del valor total dejado de ejecutar del contrato y que puede corroborarse a través de la siguiente operación:

SANCIÓN PENAL PECUNIARIA (10%) DEL VALOR TOTAL DEL CONTRATO:	\$1.179.851.929
VALOR DEJADO DE EJECUTAR:	\$1.179.851.929
\$1.179.851.929 X 10% / 100:	\$ 117.997.923
VALOR DE CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA:	\$ 117.997.923

Que, en mérito de lo expuesto, la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Bolívar



Bolívar
PRIMERO

RESOLUCIÓN No. 981 DEL 18 DE NOVIEMBRE DE 2021

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la aseguradora CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en contra de la resolución No. 878 del 13 de octubre de 2021"

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: REPONER PARCIALMENTE el acto administrativo contenido en la resolución 878 del 13 de octubre de 2021, por medio de la cual se declara el incumplimiento total del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, celebrado entre el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR** y el **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, por las razones expuestas en precedencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: MODÍFIQUESE el artículo segundo de la resolución 878 del 13 de octubre de 2021, el cual quedará así:

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER al contratista **CONSORCIO VÍAS SAN JACINTO DEL CAUCA**, identificado con NIT 901.223.412-7, representado legalmente por HUGO ARMANDO CANABAL HOYOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.932.959 de Montería, Córdoba, e integrado por las sociedades BETCON INGENIERIA S.A.S. con NIT 901.026.583, INTEC DE LA COSTA S.A.S. con NIT 830.502.135-1, e INGOSER S.A.S con 900.808.636-8, la cláusula penal pecuniaria prevista en cláusula décimo primera del contrato de obra No. SI-C-4087 del 14 de noviembre de 2018, en la suma de **CIENTO DIECISIETE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTITRES PESOS MCTE (\$117.997.923)**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO: De conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, la presente decisión queda notificada a las partes en estrado.

ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

ARTÍCULO QUINTO: En atención a lo normado en el numeral 2 del artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la decisión aquí adoptada rige a partir del día siguiente al de su notificación.

ARTÍCULO SEXTO: PUBLÍQUESE el presente acto administrativo en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP, de conformidad con lo ordenado en el Artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012 modificadorio del Artículo 31 de la Ley 80 de 1993.

Dada en el municipio de Turbaco, Bolívar, a los dieciocho (18) días del mes de noviembre de 2021.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

DIANA MARGARITA MANRIQUE TERÁN
SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Proyectó: María Margarita Blanco Caro - Asesora Externa Secretaría Jurídica
Proyecto: Gustavo Marrugo Lozada - Asesor Externo Secretaría de Infraestructura