RESOLUCIÓN NÚMERO 24 DE 22 DE FEBRERO DE 2024

"Por el cual se resuelve el recurso de reposición a la resolución 21 del 15 de febrero de 2024 por la cual se decide el proceso administrativo sancionatorio del contrato 232-2023"

LA ALCALDESA LOCAL DE TEUSAQUILLO (E)

En uso de sus facultades legales y en especial las conferidas por el Decreto-Ley 1421 de 1993, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Decreto 019 de 2012, Decreto 1082 de 2015, Ley 1882 de 2018, Decreto 374 de 2019, y demás normatividad complementaria con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

PRIMERO: Que mediante RESOLUCIÓN NÚMERO 19 DEL 15 DE FEBRERO DE 2024 **el FDLT** DECLARAR LA CADUCIDAD DEL CONTRATO 232-2023 y en consecuencia aplicar la cláusula decimosexta contractual haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de perjuicios por la suma de SEISCIENTOS CUATRO MILLONES CIENTO DIEZ MIL SETECIENTOS CINCO PESOS M/CTE ($604.110.705) en contra de DEL CONSORCIO LOS ANDES , identificado con NIT 901.705.243-8 representado por CAROLINA TRIANA MOLINA identificada con cédula de ciudadanía No 52.409.050 de Bogotá D.C, conformado por ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S con sigla ELCO S.A.S. identificado con NIT 800.193.117- 2 con compromiso del 50%, y METRO INGENIEROS CIVILES SAS identificado con NIT 900273120- 1 con compromiso del 50%.

Grabación de la reunión de Citación Audiencia Presunto Incumplimiento Del Contrato 232 - 2023 - PRESENCIAL -20240122_082448.mp4
Grabación de la reunión de PRESENCIAL - Reanudación de Audiencia de Presunto Incumplimiento Contrato 232-2023-20240205_085547.mp4
PRESENCIAL - Reanudación de Audiencia de Presunto Incumplimiento Malla Vial 232-20240207_160239-Meeting Recording.mp4
Grabación de la reunión de PRESENCIAL - Reanudación Audiencia Incumplimiento 232-2023 - 20240215_081942.mp4

SEGUNDO: Que, en audiencia del 15 de febrero de 2024, el contratista mediante su apoderada y la aseguradora mediante su apoderada solicitaron suspender la audiencia para interponer recurso de reposición y sustentarlo en debida forma, para lo cual se otorgó el plazo hasta el 21 de febrero de 2024 a las 10:00am.

TERCERO: Que EDNA CAMILA NIETO POLANÍA, identificada con C.C. Nº 1.019.042.462 y T.P. Nº 255.379 del C.S. de la J., actuando como apoderada del CONSORCIO LOS ANDES, presentó recurso de reposición el día 20 de febrero de la presenta anualidad y alcance al mismo el 21 de febrero de 2024 a las 9:56 am.

CUARTO: Claudia García Echeverri, mayor de edad, vecina y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía N.52.283.101 de Bogotá D.C., abogada titulada, portadora de la tarjeta profesional N.113.958 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de Apoderada Especial de Nacional de Seguros S.A., presento el recurso de reposición el 21 de febrero de 2024 a las 7:36 am.

QUINTO: Los argumentos expuestos por el contratista podrán ser consultados en el siguiente enlace:

VIRTUAL - Reanudación De Audiencia De Presunto Incumplimiento Del Contrato No. 232 - 2023-20240222_143142-Meeting Recording.mp4

SEXTO. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, se procederá a resolver el recurso interpuesto, de acuerdo con las siguientes,

CONSIDERACIONES

Que la Alcaldesa Local de Teusaquillo (e) en su calidad de Ordenador del Gasto tiene la facultad de adelantar la presente actuación administrativa sancionatoria de conformidad con lo establecido en el artículo cuatro (4°) del. Decreto 176 de 1998 y Adicionado por el art. 2, Decreto Distrital 359 de 1998, que establece:

> *Delegar en los Alcaldes Locales la facultad de ordenar los pagos, contratar interventores, suscribir prórrogas, adiciones originadas en obras adicionales y extras, actas de iniciación, suspensión, liquidación y, en general, todas las actividades inherentes a los contratos celebrados en las localidades con anterioridad a la expedición del Decreto 176 de 1998.*

Que las estipulaciones contractuales sobre la facultad que le asiste a la Alcaldía local de Teusaquillo, para adelantar trámites sancionatorios por el incumplimiento del contrato, están estipuladas, en este caso en la ley 80 de 1993, en los documentos previos y el clausulado del contrato 232-2023, el cual establece:

> ***A. APLICACIÓN DE LA CADUCIDAD***
> *El art. 18 de la ley 80 de 1993, precisa "la caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.
Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.
La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento"

CLÁUSULA 16. CLÁUSULA PENAL:

(…) Las partes acuerdan que la aplicación de la cláusula penal no exime el cumplimiento de las obligaciones contractuales y podrá exigirse al Contratista la pena y la indemnización de perjuicios.
En caso de declaratoria de caducidad, de presentarse por parte del Contratista incumplimiento parcial o total del Contrato, o por incurrir en mora o retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, este pagará a título de cláusula penal pecuniaria a la Entidad, una suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato. La imposición de esta pena pecuniaria se considerará como una estimación anticipada de perjuicios que el Contratista cause a la Entidad.
El valor pagado como cláusula penal no es óbice para reclamar la indemnización integral de perjuicios causados si estos superan el valor de la pena.
El pago o deducción de la cláusula penal no exonerará al Contratista del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, incluyendo las que dieron lugar a la imposición de la pena.
En caso de aplicar la cláusula penal, el Contratista autoriza expresamente a la Entidad con la firma del presente Contrato, para hacer el descuento correspondiente de los saldos a él adeudados, previo a practicar las retenciones por tributos a que haya lugar, sobre los saldos a favor del Contratista; sin perjuicio de lo anterior la Entidad podrá hacer efectiva la garantía única de cumplimiento"

Que, de acuerdo con lo expuesto, este despacho es competente funcionalmente para decidir el recurso de reposición del trámite sancionatorio de declaratoria de caducidad e imposición de la cláusula penal y de ser procedente, declarar el incumplimiento, constituir el siniestro, hacer efectiva la cláusula penal y afectar la póliza que fue otorgada para respaldar la ejecución de este, en observancia de los preceptos constitucionales y legales dispuestos para el efecto.

Adicional a lo anterior y de conformidad a la normatividad aplicable al caso concreto, el artículo 29 de la Constitución Política, dispone:

"ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Así mismo el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, establece:

"ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.
Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.
1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.
En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.
(…)
3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.
(…)
. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos."

El principio al debido proceso rige todas las actuaciones administrativas, y en materia contractual estatal está previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece:

"*Artículo 17. Del Derecho Al Debido Proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*
En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la

facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.
PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.
PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas."

A su turno, los artículos 84 y 86 de la Ley 1474 de 2011, disponen:

"Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.
Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente". (Subrayado fuera de texto)

(…)"

"Articulo 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. (…)

En este orden de ideas, la Ley 80 de 1993 al estipular los deberes de las Entidades Estatales preceptúa:

"***Artículo 40.*** *De Los Derechos Y Deberes De Las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*
1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Iguales exigencias podrán hacer al garante.
2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias

y garantías a que hubiere lugar. (…)."
La misma disposición legal ordena:

***"Artículo 26.** Del Principio De Responsabilidad. En virtud de este principio:*

1o. Los servidores públicos están obligados 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.
(…)".
Que, conforme lo estipulado por el parágrafo primero (1°) del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 3º de la Ley 2080, "Las actuaciones administrativas sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia", de tal manera que la disposición legal aplicable a los procesos sancionatorios contractuales administrativos es el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

2. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO SURTIDO

Que los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen al presunto incumplimiento se encuentran descritos en la citación de radicado 20246320008661 de fecha de 11 de enero de 2024 remitida mediante el Centro de Información y Documentación.

Que el 11 de enero de 2024 mediante radicados No con Radicado No. 20246320008661, el cual también fue remitido a la Aseguradora con el radicado 20246320008671 de fecha del se envió la citación de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la que se requiere a Consorcio Los andes (Contratista) y a la Nacional de seguros (Garante), respectivamente, con el fin de llevar a cabo audiencia de incumplimiento del contrato, para el día 22 de enero de 2022

Que, llegado el día y hora para la evacuación de la audiencia, la misma se instaló por parte del FDLT con la comparecencia de la representante legal de la parte contratista y del garante.

Que Los argumentos de contradicción allegados por el contratista son los siguientes:

1. **Culpa exclusiva de un tercero, toda vez que los PMT´s no han sido expedidos por la Secretraia distrital de movilidad**
2. **Falta del lleno de los requisitos para constituir los presupuestos de la caducidad**
3. **Imposibilidad de sancionar al contratista de obra con la caducidad del contrato en virtud de trámite de reorganización ley 1116.**
4. **Presentan solicitud de arreglo directo.**

Los descargos presentados pueden ser consultados a través del siguiente enlace:

Que conforme al principio de integración normativa y la jurisprudencia del Consejo de Estado, se dará aplicación al artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, el cual señala:

> *"**ARTÍCULO 40. PRUEBAS.** Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo. Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales. Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil."*

Que los convocados realizaron la solicitud de incorporación y practica de las siguientes pruebas

PRUEBAS SOLICITADAS

POR CONTRATISTA
PDF FLUJO DE CAJA _232-2023-18_01_2024 (Excel)
Plan de trabajo Excel
Programación de contarto 232-2023 – Excel –PDF
4.CLA 232-2024 Arreglo directo solicitud de prroroga.
Solicitud de proceso extraprocesal de Reorganización.
Trazabilidad de correo de 30 de noviembre de 2023 con SIC.

POR LA ASEGURDORA
Poliza y condiciones generales de la misma
Copia de plan de contingencia del
Acta parcial número 1 con soportes de pagos.
Documentos de proceso extraprocesal de Reorganización de Consorcios los andes.
POR LA ENTIDAD
Auto de apertura del proceso de reorganización del Consorcios los andes.

Que allegadas las pruebas (Anexo 1 – Pruebas 22 de enero 2024), se corrió traslado de las mismas al contratista de obra, aseguradora e interventoría.

Finalmente, el 5 de febrero a las 8:30 a.m. se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 en la cual la entidad procedió a pronunciarse sobre las pruebas aportadas y poner en conocimiento el

pronunciamiento del interventor sobre las mismas y poner en conocimiento el pronunciamiento INT-MALLAVIALALCTEUSAQUILLO-163-2023 del 26 de enero de 2024.

Que se le otorgó el uso de la palabra al contratista de obra para pronunciarse ante el traslado de la pruebas y la respuesta dada por la entidad.

Que conforme al principio de integración normativa y la jurisprudencia del Consejo de Estado, se dió aplicación al artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, el cual señala: "*ARTÍCULO 40. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.*

Teniendo en cuenta que el contratista de obra consorcio los andes solicita 2 días hábiles para la incorporación de las siguientes pruebas documentales

1. CONSOLIDADO PMT S _FDLT_232_223
2. PDF RADICADO SMD_FDLT_232
3. INFORME DE TIEMPO DE EJECUCION DEL PROCESO- RESULTADOS REDES Y DISEÑOS

Que la apoderada de la aseguradora solicita que le sea remitidos los documentos a su correo personal de notificación clauss024@gmail.com para evitar dilaciones en el traslado de pruebas remitidos al correo informacion@nacionaldeseguros.com.co el pasado 1 de febrero de 2024
La audiencia fue suspendida para adoptar la decisión por parte de la entidad hasta el día 15 de febrero de 2024.

El día 14 de febrero de 2024 la apoderada Camila Nieto remitió Solicitud suspensión audiencia y reconsideración Arreglo Directo.

Teniendo en cuenta que el mismo fue radicado con un día de anterioridad y que en el mismo no se evidenciaba hechos que soportarán la suspensión del mismo la audiencia fue reanudada en fecha y hora prevista

De esta manera, se reanudo la audiencia, el 15 de febrero a 8:20 dando continuidad con el punto 13 del orden del día, "lectura de la parte resolutiva del acto administrativo que resuelve el proceso administrativo sancionatorio", del mismo se dio lectura y se notificó en audiencia en el siguiente sentido

> ***ARTICULO PRIMERO**: **DECLARAR LA CADUCIDAD DEL CONTRATO 232-2023** y en consecuencia aplicar la cláusula decimosexta contractual haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de perjuicios por la suma de **SEISCIENTOS CUATRO MILLONES CIENTO DIEZ MIL SETECIENTOS CINCO PESOS M/CTE (604.110.705)** en contra de DEL CONSORCIO LOS ANDES , identificado con NIT 901.705.243-8 representado por CAROLINA TRIANA MOLINA identificada con cédula de ciudadanía No 52.409.050 de Bogotá D.C, conformado por ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S con sigla ELCO S.A.S identificado con NIT 800.193.117- 2 con compromiso del 50%, y METRO INGENIEROS CIVILES SAS identificado con NIT 900273120- 1 con compromiso del 50%.*
>
> ***PARÁGRAFO PRIMERO**: La declaratoria de caducidad trae como consecuencias para el contratista las previstas en los artículos 8° y 18° de la Ley 80 de 1993 y en las demás normas vigentes sobre la materia.*
>
> ***PARÁGRAFO SEGUNDO**: Su efectividad un en firme este acto administrativo, se hará en los términos del parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[1].*
>
> ***ARTÍCULO SEGUNDO**: **NOTIFICAR en audiencia pública** según lo dispone el literal c) del artículo 86° de la Ley 1474 de 2011, el contenido de la presente resolución a **CONSORCIO LOS ANDES** y al garante del contrato, **NACIONAL DE SEGUROS**; advirtiéndoles que contra el mismo procede recurso*

[1] **PARÁGRAFO.** La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

de reposición, que deberán interponer y sustentar en audiencia pública.

***ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR** la liquidación del contrato 232-2023 en el estado en que se encuentre en los términos previstos en la ley y actualizar en la misma los perjuicios adicionales a los que haya lugar, una vez este acto administrativo este en firme.*

***ARTICULO CUARTO: GESTIONAR** la suspensión de mutuo acuerdo o unilatera88l del contarto 252-2023 del contarto de interventoria en tanto se definan los parámetros a seguir para la ejecución de las actividades de obra*

***ARTÍCULO QUINTO: APLICAR** lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 80 de 1993 y 9 de la Ley 1150 de 2007, una vez este acto administrativo este en firme.*

***ARTÍCULO SEXTO:** En cumplimiento del numeral 6.2 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007, una vez en firme el presente acto administrativo, remitir copia de este junto con la respectiva constancia de ejecutoria a la Cámara de Comercio del domicilio del contratista.*

***ARTÍCULO SEPTIMO: PUBLICAR** en la plataforma transaccional SECOP II este acto administrativo, junto con la respectiva constancia de ejecutoria, una vez en firme.*

***ARTÍCULO OCTAVO: COMUNICAR** a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 19 de 2012, para lo de su competencia.*

***ARTÍCULO NOVENO: COMUNICAR** al interventor del contrato, para lo de su competencia.*

***ARTICULO DECIMO**: La presente resolución rige a partir de su ejecutoria.*

Ahora bien, se le otorgó el uso de la palabra a la apoderada del contratista y de la aseguradora para que si lo consideraba procediera a intervenir en el orden del día numeral 14, interposición del recurso de reposición.

Que en virtud de la solicitud elevada por el apoderado del contratista se suspende la audiencia hasta el 22 de febrero de 2024 a las 2:30 pm para que se continúe con el orden del día.

El día 22 de febrero de 2024 a las 2:30, se reanudo la audiencia y se sustentaron lo argumentos por parte de los recurrentes.

SOBRE LA IMPUGNACIÓN

Que, de conformidad la decisión adoptada en audiencia, el acto administrativo definitivo es pasible del recurso de reposición el cual debe interponerse, sustentarse y decidirse en audiencia, en cumplimiento a lo señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la norma especial establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

REPOSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Cada argumento se desarrollará en el acápite de "Consideraciones con relación a los argumentos presentados por el contratista".

CONSIDERACIONES DEL FONDO CON RELACIÓN A LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EL CONTRATISTA

Previo al análisis propio de cada uno de los argumentos expuestos por el contratista, es imperioso recordar que la reposición es un medio de impugnación de las providencias cuya función consiste en que el mismo funcionario que la profirió pueda corregir los errores de juicio y, eventualmente, de actividad que aquéllas padezcan, como consecuencia de lo cual podrán ser revocadas, modificadas o adicionadas.

De igual manera el artículo 77 de la Ley 1437 de 2011 se establecen los requisitos para la presentación del mismo:

> *ARTÍCULO 77. REQUISITOS. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.*
>
> *Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:*
>
> *1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.*
>
> ***2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.***
>
> *3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.*
>
> *4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.*

De esa manera, los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos de la decisión constituyen el objeto legítimo del ejercicio dialéctico propio de los recursos. De allí que la discusión ha de partir de lo plasmado en el proveído que genera la inconformidad con el propósito de demostrarle al funcionario que se equivocó y que, además, la decisión le ha causado agravio al sujeto que impugna.

En este caso los argumentos presentados por el recurrente, lejos de confrontar lo la decisión de la resolución 19 del 15 de febrero de 2024, persistió en los argumentos que respaldaron sus descargos iniciales, olvidando que el recurso de reposición está destinado a que sean corregidos eventuales errores en que haya podido incurrir el funcionario, y no en una oportunidad adicional para insistir tozudamente en sus argumentos, sin expresar el concreto fundamento en contra de la decisión recurrida.

Así, siendo de la esencia de los medios de impugnación posibilitar a quienes intervienen a controvertir las decisiones que les reportan perjuicio o afectan sus intereses, bien porque en ellas se haya incurrido en errores de tipo fáctico ora de naturaleza jurídica, suponen por lo mismo la exposición de aquellas razones de hecho o de derecho que exhiban el disentimiento con la determinación que se cuestiona, de modo que el funcionario que la profirió, según sea el caso, confronte las propias en aras de constatar el acierto o no de las mismas.

Su simple reiteración de los argumentos con que sustentó sus descargos, no revela cuál habría sido el equívoco fáctico o jurídico en que supuestamente se incurrió en la decisión que se cuestiona por vía del recurso de reposición. En tales condiciones, el recurso habrá de ser declarado desierto, por falta de sustentación.

No obstante, y en procura del debido proceso la entidad procederá a dar respuesta a cada uno de los argumentos expuestos.

1. ***CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO Y EN LA MATRIZ DE RIESGO****.*

> *Frente al primer descargo presentado por la Suscrita referente a la eximente de responsabilidad denominado hecho de un tercero, el Despacho indicó: "(…) de acuerdo con la matriz de riesgo del proceso FLDT-LP-005- 2023 por el cual se adjudicó el contrato 232-2023, se indicaba que el riesgo asociado a la demora en el trámite de permisos y autorizaciones por parte de la ESP, entidades distritales (SDA, SDM, SDP) se encontraba a cargo del contratista (…)" Ahora bien, al analizar la Matriz de Riesgo es claro que conforme lo establece el numeral 23 del documento antes citado, las demoras en la consecución de permisos, licencias y/o aprobaciones con otras entidades o empresas de servicios públicos involucradas directamente con el proceso contractual, están a cargo del Contratista; sin embargo, olvida ese Despacho que en dicha matriz de riesgo también se establece la forma en que se mide el cumplimiento de dicha obligación a cargo de EL CONTRATISTA, señalando que se entiende cumplida una vez el Contratista realice las gestiones necesarias para la*

obtención de los respectivos permisos y lleve a cabo todas las gestiones a su alcance, no siendo posible endilgarle los tiempos adicionales en que las entidades incurran por desidia administrativa. Adicional a lo anterior, resulta imperioso traer a colación las pruebas allegadas al proceso, pues contrario a lo manifestado por la Interventoría mediante oficio INTMALLAVIALCTEUSAQUILLO-163-2023 del 26 de enero de 2024, la implementación del Plan de Manejo de Tránsito (en adelante los "PMT") sobre los CIV´s a intervenir, no se encontraba cancelada sino suspendida, toda vez que mi Procurada solo pudo realizar las gestiones necesarias para obtener sus prórrogas, con posterioridad a la celebración del Otrosí N° 01al Contrato 232 de 2023, hecho que se dio únicamente hasta el 23 de diciembre de 2023.

En ese orden de ideas, el Otrosí N° 01 resultaba indispensable para dar inicio a dicho trámite ante la Secretaría de Movilidad, so pena de ser negadas las prórrogas de los PMT sobre los CIV´s. Es importante tener en cuenta que el otrosí se obtuvo en temporada navideña y de fin de año, cuando el personal encargado de realizar estos trámites se encontraba de vacaciones. Por lo anterior, solo hasta la primera semana de enero de 2024, Consorcio los Andes inició los trámites de renovación de los PMT ante secretaria de Movilidad. Que, los PMT de los CIV´s número 13002328 y 13001898 están renovados; razón por la cual, sobre el primero se encuentran ejecutando obra; mientras que, sobre el segundo, al existir cambio de redes, se está programando junto con la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá una reunión con la comunidad, comoquiera que la intervención puede afectar las redes. Que, los PMT de los CIV´s con código número 13001336, 13000927, 13001190, 13001336 y 13002001, se encuentran en trámite para su renovación, aclarando que no han sido cancelados. Respecto a los PMT de los CIV´s con código número 13000937 y 13000943, conocidos por la Interventoría y mi Cliente como el punto cercano al estadio o la esquina de venta de arepas, es importante informar que estos dos se encuentran unidos en forma de L; razón por la cual, su renovación se solicitó para llevar a cabo la implementación de los PMT de manera simultánea y, de esta manera, ejecutar la obra de éstos. Por lo anterior, la Secretaria de Movilidad solicitó socializar con la comunidad la nueva tipología de cierre, gestión que se realizó por parte del Consorcio los Andes y una vez se contó con las nuevas actas de socialización, se radicó la renovación y, a la fecha, se encuentra en trámite los PMT. Así mismo, reitero que, aunque mi Procurada presentó nuevamente el trámite para las aprobaciones de estos PMT sobre los CIV´s con códigos número 13001457 y 13001394, a la fecha, sobre estos tramos continúan las aprobaciones de los PMT a favor del IDU, hecho que impediría la aprobación de los del Consorcio los Andes, como fue manifestado anteriormente por la Secretaria de Movilidad, quien manifestó: "No es técnicamente viable debido que el contratista CONSORCIO ESPACIO PÚBLICO – Contrato IDU No. 1794 DE 2021, quien tiene PMT AUTORIZADO". Que, lo antes expuesto, es un hecho generador de suspensión del Contrato 232 – 2023, comoquiera que el Consorcio los Andes no podría ejecutar a cabalidad

la totalidad del objeto del contrato, hasta tanto la Secretaria de Movilidad no apruebe la implementación de los PMT sobre esos CIV´s. Así las cosas, tenemos que el Consorcio los Andes si cumplió a cabalidad con sus obligaciones dentro del Contrato 232-2023, así como su Matriz de Riesgo; no obstante, pese a la realización de todos los trámites o gestiones necesarias para la obtención de las respectivas prórrogas de los PMT, éstas no han sido aprobadas por la Secretaria de Movilidad, encontrándose mi Procurada ante una irresistibilidad no superable, toda vez que no puede interferir en los tiempos que los funcionarios públicos se toman para la ejecución de sus funciones, configurándose en el presente caso los eximentes de responsabilidad denominados hecho de un tercero, caso fortuito y fuerza mayor.

Consideraciones de la entidad:

Se reitera que frente a la justificación "Culpa exclusiva de un tercero" de acuerdo con la matriz de riesgo del proceso FLDT-LP-005-2023 por el cual se adjudicó el contrato 232-2023, se indicaba que el riesgo asociado a la demora en el trámite de permisos y autorizaciones por parte de la ESP, entidades distritales (SDA, SDM, SDP) se encontraba a cargo del contratista, de igual manera se encuentra que los retrasos presentados NO CORRESPONDEN A FACTORES DEL FDLT puesto que los tramites están a cargo única y exclusivamente del contratista y NO CORRESPONDEN a la Secretaria de Movilidad Distrital toda vez que las observaciones realizadas por la SMD no han sido acogidas, por consiguiente estas causas son atribuibles al contratista, como se ha demostrado durante el desarrollo de la audiencia, los comunicados INT-MALLAVIALALCTEUSAQUILLO-162-2023 , INT-MALLAVIALALCTEUSAQUILLO-163-2023 Y INT-MALLAVIALALCTEUSAQUILLO-178-2023 y como se evidencia a continuación:

CIV	PMT RADICACION A INTERVENTORIA	OBSERVACIONES INTERVENTORIA O SDM	SUBSANACION CONTRATISTA	OBSERVACIONES 2 SDM	SUSPENSION SDM	RENOVACION	APROBACION	ESTADO
13002328	28/08/2023	5/09/2023	14/10/2023	N/A	14/11/2023 por no iniciar obras	21/11/2023	23/11/2023	APROBADO, obra paralizada
13001898	28/08/2023	5/09/2023	4/01/2024	N/A	N/A	N/A	18/01/2024	APROBADO, no inicio actividades
13000937	19/10/2023	31/10/2023	3/01/2024	16/01/2024	N/A	N/A	NO APROBADO	NO APROBADO
13000943	19/10/2023	31/10/2023		15/11/2023	20/12/2023 por no iniciar obras	16/01/2024	16/01/2024	APROBADO
13001457	23/10/2023	25/10/2023	ene-24	30/01/2024	N/A	N/A	NO APROBADO	NO APROBADO, Debía realizar armonizacion con contratista IDU, y no lo hizo
13001336	29/11/2023	30/11/2023	16/01/2024	18/01/2024	N/A	N/A	NO APROBADO	NO APROBADO
13000927	16/01/2024	18/01/2024	Sin atender observaciones	N/A	N/A	N/A	NO APROBADO	NO APROBADO

Como hecho adicional conocido por la entidad el 15 de febrero de 2024 se recibió comunicado de radicado número 202431201369831 de asunto incumplimientos en la implementación del plan de manejo de tránsito (PMT), documento que se incorporará al presente proceso.

Tabla 1. Frente de obra con incumplimiento a lo autorizado por la SDM

Comité	Radicado	Dirección	Tipo de Afectación
COI[2] 47 de 2023 (bajo impacto)	SDM-202361205178442	Carrera 17 entre Calle 30 y Calle 31	Cierre total de calzada para actividades de reconstrucción vial.

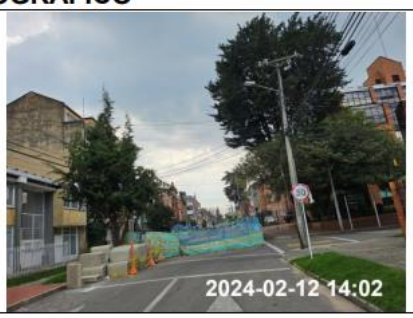
Fuente: SDM-SPMT

Incumplimiento:

- Se evidencia cierre parcial de la intersección de la Carrera 17 con Calle 31 para actividades de reconstrucción vial y acopio de materiales sobre calzada, lo cual no corresponde con la propuesta presentada, ya que en la autorización se indicó *"...ESTA AUTORIZACIÓN NO INCLUYE AFECTACIÓN DE LAS INTERSECCIONES DE LA KR 17 CL 30 NI KR 17 CL 31..."* Asimismo, se evidenció acopio de materiales fuera del cerramiento sin aislamiento pertinente. (Véase registro fotográfico).

REGISTRO FOTOGRÁFICO





Fotografías 1 y 2. *Carrera 17 Calle 31.*

De lo anterior se extrae el siguiente apartado

"Se advierte; que en caso de evidenciar en una nueva visita que persisten los incumplimientos (incluidas actividades diferentes a las autorizadas), se suspenderá los PMT autorizados para el CTO FDLT-232-2023 y por lo tanto se deberá radicar nuevamente el PMT cumpliendo con los requisitos estipulados en el Concepto Técnico para Gestionar Plan de Manejo de Tránsito."

Situación que permite confirmar los argumentos expuesto por la entidad, Por lo anterior se desvirtúa el eximente de responsabilidad presentado por el contratista de obra.

2. LA OBRA SE ENCUENTRA EN EJECUCIÓN

Frente al segundo descargo presentado por la Suscrita referente al no cumplimiento de los elementos para configurarse la declaratoria de caducidad, el Despacho indicó: "(…) la entidad encuentra que en virtud del cronograma inicial y el cronograma pactado en arreglo directo del 4 de diciembre de 2023 se encuentra un porcentaje programado de 68.55%, Ejecutado de 6.19 % y un atraso total de 62.36 %" Así mismo, como prueba de lo manifestado señalan que de la totalidad de los CIV´s objeto del contrato, solo uno fue intervenido por mi Cliente y, a la fecha, se encuentra abandonado y allegan a la Resolución aquí recurrida una fotografía tomada el 13 de febrero de 2024, a las 7:46 a.m. Al respecto, cabe resaltar que, sobre la totalidad de los CIV´s a intervenir, solo dos tiene PMT aprobados por la Secretaría de Movilidad y sobre estos, mi Cliente se encuentra ejecutando obra o gestiones pertinentes para iniciar la misma. Por lo anterior, me permito pronunciarme sobre cada uno de ellos: CIV 13002328, Consorcio los Andes se encuentra ejecutando obra; sin embargo, la fotografía allegada como prueba a la Resolución no demuestra esto, comoquiera que fue tomada a las 7:46 a.m.; sin embargo, el horario de trabajo del personal del Consorcio Andes es de 8:00 a.m. a 6:00 p.m., razón por la cual, no se evidencia trabajadores ni maquinaria en obra. CIV 13001898, Consorcio los Andes se encuentra adelantando una reunión en conjunto con la empresa de Acueducto y Alcantarillado con la comunidad, toda vez que, al existir intervención en redes, éstas se pueden ver afectadas y es deber de mi Representado ponerlo en conocimiento de las personas. Aunado a lo anterior, es menester resaltar la contradicción en la que incurre ese Despacho, pues cuando se dio la apertura del presente proceso, lo señalado en el pliego de cargos era que el porcentaje de ejecución programado correspondía al 68,55%, sobre el cual, el Consorcio los Andes había ejecutado el 0%; no obstante, en las consideraciones de la Resolución señalan como avance de obra el 6,19%, hecho que demuestra de manera fehaciente que la obra no se encuentra paralizada. Además, es pertinente resaltar que el avance de obra presentado a la fecha es mayor. Así las cosas, de acuerdo con el artículo 18 de la ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, se tiene que la declaratoria de caducidad es una facultad exorbitante otorgada por el legislador al Administrador para dar por terminado un contrato; lo anterior, siempre que se reúnan la totalidad de los siguientes requisitos: (i) Un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; (ii) Que el incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (iii) Y que el mismo evidencie que puede conducir a la paralización del contrato. Expuesto lo anterior, reiteramos que en el presente caso no se cumple con la totalidad de los tres requisitos exigidos por la Ley y la jurisprudencia para declararse la caducidad del Contrato 232-2023, comoquiera que no hay paralización en la ejecución del contrato, que las demoras en el PMT obedecen a extra-tiempos de las entidades competentes y que las interrupciones presentadas no afectan de manera grave y directa la ejecución de éste. Además, Consorcio los Andes continúa gestionando la prórroga de los PMT restantes para iniciar las obras y así

mismo presentó ante su Despacho una fórmula de Arreglo Directo.

Consideraciones de la entidad:

La entidad reitera que en virtud del cronograma inicial y el cronograma pactado en arreglo directo del 4 de diciembre de 2023 se encuentra que al 22 de febrero de 2023 existe un porcentaje programado de 98,5%, Ejecutado de 6.2 % y un atraso total de 92,3 %.

CRONOGRAMA- CONSORCIO LOS ANDES - CONTRATO FDLT-232-2023	216 días	lun 26/06/23	dom 25/02/24	$ 3.157.146.401,00	99%	
ETAPA DE OBRA	60 días	lun 4/12/23	vie 23/02/24	$ 2.708.215.009,00	99%	
CIV 13002328	47 días	lun 4/12/23	mar 6/02/24	$ 352.506.159,00	100%	94%
CIV 13001898	50 días	lun 18/12/23	vie 23/02/24	$ 282.609.225,00	99%	99%
CIV 13000937	34 días	mar 9/01/24	vie 23/02/24	$ 716.597.637,00	99%	99%
CIV 13000943	34 días	mar 9/01/24	vie 23/02/24	$ 444.229.216,00	98%	98%
CIV 13001457	34 días	mar 9/01/24	vie 23/02/24	$ 277.367.211,00	97%	97%
CIV 13001336	34 días	mar 9/01/24	vie 23/02/24	$ 634.905.561,00	99%	99%
ACTIVIDADES ESPECIALES (ACCIONES DE MOVILIDAD)	18 días	jue 1/02/24	dom 25/02/24	$ 206.150.376,00	89%	89%
COMPONENTE SOCIAL Y SST	61 días	lun 4/12/23	dom 25/02/24	$ 33.106.502,00	97%	
COMPONENTE AMBIENTAL	61 días	lun 4/12/23	dom 25/02/24	$ 44.142.003,00	97%	
COMPONENTE PLAN DE MANEO DE TRAFICO	61 días	lun 4/12/23	dom 25/02/24	$ 44.142.003,00	97%	
AL 22 DE FEBRERO DE 2024 SE TIENE						
PROGRAMADO TOTAL GENERAL DEL PROYECTO	98,5%					
EJECUTADO TOTAL DEL PROYECTO	6,2%					
ATRASO	92,3%					

Adicionalmente se encuentra incumplidas las siguientes obligaciones

1) Ejecutar el contrato de obra cumpliendo con las normas y especificaciones técnicas vigentes y propias del proyecto, teniendo en cuenta los principios de economía, eficiencia, celeridad y calidad.
3) Revisar, estudiar y complementar si es necesario los documentos e información en general

suministrados por la interventoría, con el propósito de evaluar que estén de acuerdo con las normas, especificaciones, permisos, resoluciones vigentes, etc. Indispensables para el desarrollo normal del proyecto.
15) Cumplir con el cronograma de obra, las especificaciones técnicas y el programa de inversiones aprobado por la Interventoría, asegurando el uso adecuado y oportuno de los recursos. En caso de incumplimientos efectuar de manera inmediata los correctivos necesarios. En caso de variaciones por atraso en la ejecución prevista, presentar de inmediato a la Interventoría para su estudio y aprobación el plan de contingencia.
16) Implementar y cumplir el plan de manejo de transito aprobado por la SDM
17) Implementar el plan de calidad.
18) Presentar a la Interventoría para aprobación, ya sea por iniciativa propia o por solicitud de la Interventoría o del FDLT, las medidas de contingencia tendientes al cumplimiento del objeto del contrato dentro del plazo inicialmente previsto. De lo contrario debe proponer una nueva programación con las justificaciones necesarias para la ejecución del contrato y someter la misma a aprobación de la Interventoría
19) Entregar oportunamente a la Interventoría los insumos requeridos para la elaboración de los informes semanales, mensuales y finales.
27) Realizar de manera conjunta con las ESP, entidades competentes y la Interventoría la visita de inspección detallada, para verificar el estado final de las obras, el contratista debe asistir con todos los especialistas respectivos.
31) Retirar la señalización temporal utilizada tanto en la obra como en los desvíos e implementar la señalización y demarcación de pavimentos definitiva para la obra y para las vías utilizadas corno desvíos.
32) Realizar cierres parciales por unidad funcional de obra, y gestionar los permisos que se requieran con dicho fin.
33) Disponer de los equipos, personal, materiales y demás insumos necesarios para la iniciación y ejecución de las diferentes actividades de acuerdo con las fechas previstas en el cronograma aprobado por l interventoría
34) Efectuar los correctivos de obras solicitados por la interventoría y/o el FDLT, en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles.

Nótese entonces que el proceso que nos concierne, su desarrollo y decisión se basan en la estricta aplicación no solo de lo preceptuado en el artículo 86° de la Ley 1474 de 2011, sino en lo consagrado en la Constitución Política y la Ley 1150 de 2007 sobre el debido proceso y la evacuación de sus etapas, por lo es esta dable para este Despacho concluir sin asomo de duda y con total certeza que existe una paralización completa de las actividades de obra a la fecha del 22 de febrero de 2024, a tan solo 5 días de finalizar el plazo establecido contractualmente.

En este sentido se aclara, que la declaración de la CADUCIDAD del contrato es una potestad excepcional

atribuida por la ley a las entidades estatales para el ejercicio de su función de dirección general del proceso contractual, y para el cumplimiento de sus responsabilidades de control y vigilancia de la ejecución del contrato. En virtud de esta estipulación, la entidad contratante por medio de acto administrativo debidamente motivado, dará por terminado el contrato y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Y sus Requisitos son: i) Que se presente algún hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, hecho que se encuentra demostrado mediante el atraso de obra del 98%, la paralización de las actividades, toda vez que a la fecha el único frente de obra que inicio intervención del civ 13002328 se encuentra suspendido y sin capa asfáltica, maquinaria o personal, mediante el incumplimiento de obligaciones contractuales acreditado durante la audiencia y que son imputables exclusivamente al contratista.

Como se evidencia a continuación, el simple hecho de que el contrato se encuentre en ejecución, per se, no significa que se estén adelantando actividades



ii) Que tal hecho afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, consecuencia que ha sido demostrada puesto el retraso de la obra y la paralización de las actividades de la misma, no permitió el cumplimiento del objeto del contrato,
Por lo anterior se desvirtúa que la entidad no tenga motivos suficientes para enmarcar el incumplimiento en los presupuestos necesarios de la Caducidad.

3. DE LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA PROSPERIDAD DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

Adicional a lo anterior, en el caso que nos ocupa no se encuentran configurados los presupuestos básicos para la prosperidad del proceso administrativo sancionatorio, por cuanto a que, carece de culpabilidad la inejecución contractual que se le imputa a la Compañía, conforme a lo siguiente: Carece de CULPABILIDAD la misma conducta, por cuanto a que, no existe el elemento volitivo, a título de dolo o culpa, siendo entendidos estos últimos como: "Dolo. Producción de un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y el curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio del mundo exterior, y con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere" y "Culpa. Producción de un resultado típico y antijurídico, previsible y evitable, a consecuencia de haber desatendido un deber de cuidado que le era exigible". De este modo, la culpabilidad se instituye como uno de los pilares sobre los que se debe fundamentar el ejercicio de la actividad sancionadora. Y, asimismo, en un derecho fundamental garantizado por el Estado de derecho. De manera para que nazca la responsabilidad administrativa es necesario que la infracción se haya realizado con dolo, o por lo menos con culpa o imprudencia, pues el principio de culpabilidad es una "pieza básica del ordenamiento punitivo". La Corte, refiriéndose al derecho disciplinario, exige la culpa para que opere el aparato sancionador de la Administración: "La jurisprudencia especializada reconoce que la regla general sancionatoria es el castigo de la culpa". En definitiva, la culpa se erige como una condición para que pueda imponerse una sanción y junto a otras exigencias, como son: "la tipificación legal preexistente al acto que se imputa, (…) la manifestación clara de la antijuricidad del hecho y de la imputabilidad de la conducta".

Consideraciones de la entidad:

La entidad encuentra que dicho argumento carece de coherencia jurídica con el caso en concreto, puesto que el vínculo que existe entre las partes acaece a una relación contractual, en la que se prevén derechos y obligaciones, las causales eximentes de responsabilidad en dicha relacionan se encuentran previstas jurídicamente de la siguiente manera

En el mismo sentido se precisa cuáles son los posibles hechos eximentes de responsabilidad:

a) Fuerza mayor Enneccerus define la fuerza mayor diciendo que es el "acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar"12. De acuerdo con la doctrina francesa, "es un caso constitutivo de fuerza mayor el evento que presenta las tres características siguientes: exterioridad (respecto del demandado), imprevisibilidad (en su ocurrencia) e irresistibilidad (en sus efectos)13. En Colombia esta figura fue definida legalmente por el artículo 1º. de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil cuyo texto enuncia: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no

es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.". Así las cosas, la fuerza mayor de acuerdo con la ley colombiana se entiende como sinónima del caso fortuito. Veremos más adelante cómo la jurisprudencia ha hecho enormes esfuerzos por diferenciar estas dos figuras las cuales, de acuerdo con esa diferenciación tienen la potencialidad de impedir la imputación en regímenes de responsabilidad diferentes

Respecto de la fuerza mayor ha expuesto el Consejo de Estado evocando la doctrina: "La fuerza mayor sólo se demuestra: mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias... En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito..."

De los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales se deduce claramente que la fuerza mayor para que se configure como causal eximente de responsabilidad debe contener los tres elementos indicadores que hacen parte de su definición: 1. Es un hecho externo 2. Es un hecho imprevisible 3. Es un hecho irresistible 1. Es un hecho externo: la exigencia de este elemento le da el verdadero carácter de causa extraña a la fuerza mayor. El hecho constitutivo de fuerza mayor debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño; dicho de otra manera, la fuerza mayor está definida como aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino: no debe ser imputable ni a quien lo causa ni a quien lo sufre.

2. Es un hecho imprevisible: conforme al criterio unívoco de la jurisprudencia tradicional, la imprevisibilidad se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor. Que el hecho sea imprevisible implica que en condiciones normales haya sido totalmente imposible para el agente precaverse contra él. Dice la jurisprudencia ya referenciada "cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor"18. En la práctica, la imprevisibilidad entendida desde esta perspectiva, hacía realmente difícil configurar un evento como fuerza mayor, pues en estricto sentido, casi todos los hechos o circunstancias de la vida pueden ser humanamente imaginados, es decir, previstos, lo que haría infructuoso alegar esta causal de exoneración, pues prácticamente nunca se configuraría como hecho imprevisible.

3. Es un hecho irresistible: se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que este elemento de la fuerza mayor consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados para superarlo. También implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir

sus efectos. En palabras de la Corte: “Conviene ahora, por su importancia y pertinencia en el asunto sometido al escrutinio de la Sala, destacar que un hecho sólo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales o personales del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas. Ello sirve de fundamento para pregonar que la imposibilidad requerida para la liberación del deudor, en casos como el que ocupa la atención de la Corte, es únicamente la absoluta, cerrándosele entonces el camino a cualquier otra.

c) El caso fortuito

se refieren entonces al caso fortuito como sinónimo de “causa desconocida” la cual si bien puede o no puede ser previsible o imprevisible, y en todos los casos es irresistible, se reputa como consustancial a la actividad en desarrollo de la cual se causa el daño lo que le da el carácter de interioridad, razón por la cual no tiene la potencialidad de exonerar de responsabilidad en aquellos regímenes por riesgo excepcional proveniente de la realización de una actividad peligrosa. Se ha entendido que si la causa del daño no es externa a la actividad, no existe en este sentido una causa extraña que tenga la consecuencia de exonerar de responsabilidad.

d) Hecho del tercero Esta causal de exoneración parte del supuesto inicial, según el cual, el causante directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. No son terceros las personas a quienes además del demandado, la ley adjudica responsabilidad solidaria o indistinta y que por ende resultan co-obligados. Jurídicamente solo es tercero alguien extraño, por quien no se debe responder; es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria32. A este respecto ha establecido la jurisprudencia: “Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél”33. La jurisprudencia contenciosa ha considerado que para que se presente la figura del hecho del tercero como causal de exoneración de responsabilidad, es necesario que confluyan los siguientes elementos: a. Debe ser un hecho único exclusivo y determinante del daño producido b. Debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega.

a) El hecho del tercero debe ser causa exclusiva única y determinante del daño para que se convierta en exoneratorio de responsabilidad. El supuesto más común del hecho del tercero es aquel en el cual la participación del alguien extraño al demandante y al demandado fue el verdadero causante del daño y en este sentido, se configura una inexistencia del nexo causal. No obstante, también hay casos en los cuales el hecho fue causado desde el punto de vista fáctico por el demandado, quien vio determinada su conducta por el actuar de un tercero, haciendo que el daño sea imputable a ese tercero de forma exclusiva, como en el caso de la legítima defensa cuando el daño producto de esa defensa se causa a alguien distinto de aquel cuya agresión

se pretende repeler. En este último caso nos encontramos frente a una imposibilidad de imputación, puesto que la defensa fue determinada por el hecho del tercero agresor

Que en dicha solicitud no se evidenciaron hechos que pudiesen ser imprevisibles, irresistible o eximentes de responsabilidad imputables al contratista.

Es decir que la conducta incumplida de contratista en nada atenderá a los elementos volitivos del mismo, ya que su intención culposa o dolosa resulta irrelevante en la valoración del cumplimiento objetivo o no del objeto contractual.

4. DEL DEBER DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL ACCESO A MECANISMOS PARA PRESERVAR LA ESTABILIDAD DE LAS EMPRESAS

Frente al tercer descargo presentado por la Suscrita referente a la incursión de ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S., empresa consorciada del Consorcio lo Andes, a reorganización empresarial, el Despacho indicó: (…) se aclara que los efectos del capítulo IV recaen solamente sobre el acto que valida el acuerdo de reorganización, el acuerdo no se encuentra validado, ya que la simple presentación no hace las veces del auto de iniciación del proceso por parte del juez del concurso o de la validación judicial de un acuerdo de extrajudicial de reorganización, por tal motivo el correo del 30 de noviembre y del 4 de diciembre de 2023 no da cuenta de los efectos previstos en el artículo 16 y 21 de la ley 1116 de 2006 referentes a la ineficacia de las cláusulas contractuales o la prohibición de la declaratoria de caducidad de los contratos vigentes. Por tal motivo se desvirtúan los argumentos expuestos por el contratista, cabe resaltar que para la valoración de los mismos se tuvieron en cuenta todas las pruebas, solicitadas, decretadas y aportada e incorporadas en garantía de debido proceso.".

En este sentido, es importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución Política, ya que al Estado le corresponde la dirección general de la economía y, en tal virtud, el legislador está obligado no solo a dictar normas de intervención en ella que garanticen que la actividad económica se desarrolle, sino a asegurar el acceso a los mecanismos previstos para salvaguardar la operación de las empresas que es la principal fuente de pago y de empleo de quienes dependen de ella. Así mismo, al Estado le compete garantizar la organización democrática de las empresas; toda vez que éstas tienen una función social, reflejada en el fomento del empleo, generación de riqueza, mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la igualdad de oportunidades y el estímulo a las actividades empresariales, fundamentos que rigen un Estado social de Derecho y una economía social de mercado. En este sentido, las Altas Cortes de Justicia han reconocido que la legislación sobre reactivación empresarial; es decir, la Ley 1116 de 2006 y demás normas concordantes, constituyen una manifestación legítima del Estado en la economía que tiene por finalidad la preservación del interés general a fin de que la empresa supere dificultades transitorias de afugias económicas y continúe con

sus actividades, de las cuales no ha de beneficiarse únicamente el empresario sino la sociedad, garantizando los derechos de los acreedores de la empresa, estableciendo un régimen especial para el cumplimiento de sus obligaciones. Ahora bien, ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S., es una empresa miembro del Consorcio los Andes, la cual, el pasado 30 de noviembre de 2023, presentó ante la Superintendencia de Sociedades el Acuerdo Extrajudicial de Reorganización, para que éste fuera validado por esta entidad conforme lo estipula el artículo 84 de la Ley 1116 de 2006.

Que, ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S. por decisión social empresarial resolvió someterse a una reorganización empresarial, a través de una Acuerdo Extrajudicial, en aras de cesar la carga financiera que la estaba abrumando, con el propósito de preservar la operación como principal fuente de pago y honrar los contratos que se encuentran en ejecución, entre los que está el Contrato 232-2023 y, de esta manera, cumplir con el Estado y la comunidad en general, única beneficiaria de las obras. Que, desde la presentación del Acuerdo Extrajudicial ante la Supersociedades, ELECTRECTROCONSTRUCCIONES S.A.S. logró ponerse en una situación de cumplir las obligaciones emanadas de los diferentes contratos que, a la fecha, se encuentran en ejecución, pues estos son los únicos vehículos que tiene para superar las dificultades transitorias de afugias económicas por las que esta atravesando y, como consecuencia, poder cumplir con todos sus acreedores, entre los que se encuentran Ustedes, sus trabajadores, proveedores, etc. Que, el Fondo de Desarrollo Local de Teusaquillo no puede ser indiferente ante los grandes esfuerzos que está haciendo ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S., a través del Consorcio los Andes, para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales vigentes, pues a la fecha sobre los CIV´s con código número 13002328 y 13001898 se encuentran ejecutando obra y/o realizando todas las gestiones pertinentes para iniciar éstas. Así mismo, mi Representada se encuentra a la espera de la prórroga por parte de la Secretaría de Movilidad de los PMT sobre los CIV´S restantes, con el fin de iniciar las obras y cumplir a cabalidad con el Contrato 232-2023, pues es su voluntad y objetivo cumplir con sus obligaciones y están en la capacidad para hacerlo. Que el fin de las cláusulas de apremio no es sancionar por sancionar sino apremiar al Contratista a dar cumplimiento al Contrato, lo cual, pese a todas las dificultades conocidas por su Despacho, el Consorcio los Andes esta haciendo y se compromete a cumplirlas cabalmente. Que, si el Fondo de Desarrollo Local de Teusaquillo se mantiene en su posición de declarar la caducidad del Contrato 232-2023, pese a todos los argumentos facticos y jurídicos antes expuesto, eso sería la "muerte" para una sociedad, que confío legitimante en el vehículo brindado por el Estado, para superar una crisis económica.

Decisión que también afectaría a la sociedad METRO INGENIEROS CIVILES S.A.S., empresa miembro del Consorcio los Andes, quien sin encontrarse inmersa en la Ley 1116 de 2006 y demás normas concordantes, se vería obligada a entrar a reorganización empresarial, afectando de esta manera a sus trabajadores, proveedores, clientes, etc., pues la declaratoria de caducidad tiene implicaciones graves para cualquier contratista, entre ellas: no poder participar en nuevos procesos de selección de contratistas – inhabilidad, debe renunciar a los contratos que tenga en ejecución –

inhabilidad sobreviniente- y no tiene derecho a indemnización en el contrato caducado. Consecuente con lo anterior, es pertinente traer a colación la Sentencia C-620 de 2012, proferida por la H. Corte Constitucional, en la cual los Magistrados indican que carecería de toda coherencia legislativa y económica que el Estado sea el único que no confíe en la viabilidad y éxito de los procesos de reorganización, cuando él mismo como titular de la dirección de la economía tenga el deber de preservar a la empresa como base del desarrollo, siendo entonces el Estado, a través de sus entidades el llamado a garantizar el cumplimiento de la legislación sobre reactivación empresarial. Así las cosas, ruego al Fondo de Desarrollo Local de Teusaquillo que, como representante del Estado, confíe en la reorganización empresarial a la cual se sometió ELECTRCONSTRUCCIONES S.A.S. y le permita, a través del Consorcio los Andes, continuar con la ejecución del Contrato 232-2023, a través del Arreglo Directo solicitado, para que de esta manera pueda superar los inconvenientes económicos por los cuales atravesó y ya está superando. Finalmente, su Despacho reprocha que ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S. solo notificó el inicio de la reorganización empresarial el 22 de enero de 2024 y no antes. Por lo anterior, es pertinente es pertinente traer a colación lo establecido en la Ley 1116 de 2006, pues esta norma establece la obligatoriedad de notificar a los Acreedores de la empresa que entra en reorganización y antes del 30 de noviembre de 2023, ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S. no tenía obligaciones en mora con el Fondo de Desarrollo Local de Teusaquillo; motivo por el cual, no fueron notificados y vinculados al Acuerdo Extrajudicial.

Consideraciones de la entidad:

Frente a lo anterior la entidad reitera los argumentos expuestos en el desarrollo de la audiencia

1. El ARTÍCULO 84. De la ley 1116 de 2006, indica que el proceso de validación tendrá en consideración las reglas sobre notificación establecidas en esta ley, las reglas para la calificación y graduación de créditos y votos, y las demás que en lo relativo a su forma y sustancia le sean aplicables, incluyendo los efectos jurídicos a que hace referencia el artículo 17 y el Capítulo IV de la presente ley.

Si como resultado del proceso de validación el juez del Concurso autoriza el acuerdo, este tendrá los mismos efectos que la presente ley confiere a un acuerdo de reorganización.

Es decir, la empresa que ingrese en acuerdo de reorganización deberá notificar a las partes o interesados del mismo, hecho que solo se dio el 22 de enero de 2024 durante la audiencia de presunto incumplimiento.

El proceso tendrá los efectos del artículo 17 de la mencionada ley. EFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE ADMISIÓN AL PROCESO DE REORGANIZACIÓN CON RESPECTO AL DEUDOR. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias;

la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

La autorización para la celebración, ejecución o modificación de cualquiera de las operaciones indicadas podrá ser solicitada por el deudor mediante escrito motivado ante el juez del concurso, según sea el caso.

Es decir que le queda prohibido a partir de la presentación de la solitud, hecho que se dio el 30 de noviembre de 202, hacer compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo.

E igual mente se aclara que los efectos del capítulo IV recaen solamente sobre el acto que valida el acuerdo de reorganización, el acuerdo no se encuentra validado, ya que la simple presentación no hace las veces del auto de iniciación del proceso por parte del juez del concurso o de la validación judicial de un acuerdo de extrajudicial de reorganización, por tal motivo el correo del 30 de noviembre y del 4 de diciembre de 2023 no da cuenta de los efectos previstos en el artículo 16 y 21 de la ley 1116 de 2006 referentes a la ineficacia de las cláusulas contractuales o la prohibición de la declaratoria de caducidad de los contratos vigentes.

Adicionalmente en virtud del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 son Fines de la Contratación Estatal. "*Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.*

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."

Y seguidamente el Artículo 4 establece **los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales**. "*Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

1. *Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado igual exigencia podrán hacer al garante.*
2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar*. (…)*
6*.* ***Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado****."*

Artículo 5. **De los Derechos y Deberes de los Contratistas**. "*Para la realización de los fines de que trata el artículo 3. de esta Ley, los contratistas:*
"(…) Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y en trabamiento que pudieran presentarse. 4 garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello."

En este sentido también es responsabilidad de las entidades estatales velar por los recursos públicos, en primacía de los principios de interés público, transparencia, economía, austeridad, evitando que mediante maniobras dilatorias de los términos contractuales empresas incumplidas ejecuten los contratos de los cuales son adjudicatarios en los tiempos y en las condiciones que unilateralmente decidan a su voluntad, vulnerando los principios de planeación y buena fe.

Por tal motivo se desvirtúan los argumentos expuestos por el contratista, cabe resaltar que para la valoración de los mismos se tuvieron en cuenta todas las pruebas, solicitadas, decretadas y aportada e incorporadas en garantía de debido proceso.

5. DE LA VIABILIDAD DEL ARREGLO DIRECTO

Finalmente, frente a la solicitud de solución de controversias, pilar fundamental de la contratación estatal, hecha por la Suscrita, su Despacho indicó que la misma no era viable, comoquiera que, al haber presentado ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S. el Acuerdo Extrajudicial para su validación ante la Supersociedades, el Consorcio los Andes se encontraba inmerso en las prohibiciones consagradas en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006. Así mismo, reforzó su negación señalando que el Arreglo Directo presentado por mi Procurado no incluía la cesión de derechos económicos para el pago de los servicios de interventoría, actividad que no se encontraban dentro de su objeto sociales y, por ende, no pertenecía al giro ordinario de los negocios. Al respecto, cabe resaltar que dentro de los objetos sociales de las empresas que conforman el Consorcio los Andes, se encuentran los servicios

de interventoría, comoquiera que sus certificados de existencia y representación legal señalan expresamente: ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S.: "La sociedad tendrá como objeto social principal Realizar toda clase de actividades relacionadas con el área de la construcción como son: La demolición y el derribo de obras de ingeniería civil, movimiento de tierra (excavación, nivelación y ordenamiento del terreno de construcción, excavación de zanjas, retirada de piedras, voladuras etc.). Replanteo y demás actividades de preparación del terreno para la construcción de obras civiles. La retirada de la capa superficial contaminada del suelo como parte de las actividades de construcción de obras civiles. El drenaje de los terrenos de construcción de obras civiles. Perforaciones de prueba. sondeos de exploración y recogida de muestras de sondeo para actividades de construcción de obras civiles y fines geofísicos geológicos o similares. Las actividades de construcción corriente comprende la construcción de viviendas completas, edificios de oficinas, almacenes y otros edificios públicos y de servicios, locales agropecuarios, etc., y la construcción de toda clase de obras de ingeniería civil, tales como autopistas, calles, puentes, tuéneles, vías de ferrocarril, campos de aviación, puertos y otros proyectos de ordenamiento hídrico sistema de riego sistema de alcantarillado instalaciones industriales conductos y líneas de conducción de energía eléctrica instalaciones deportivas etc." (…) "Prestar servicios de consultoría, asesoría, desarrollo y gestión en todos los campos relacionados con el objeto social a entidades de derecho público y privado, nacionales extranjeras o de economía mixta. METRO INGENIEROS CIVILES S.A.S.: "La sociedad tendrá como objeto principal la planeación, desarrollo y ejecución de obras y trabajos de urbanización y construcción en predios propios o ajenos, el diseño, construcción, explotación, administración, interventoría, promoción y venta de inmuebles de cualquier clase o destinación propios o ajenos, la importación producción, compra y venta de materiales y elementos de construcción así como repuestos para maquinaria o equipo de construcción, la inversión en sectores de comunicaciones, la agroindustria, las actividades turísticas y hoteleras y la inversión en acciones o cuotas de interés social de otras sociedades. La sociedad podrá celebrar con entidades estatales, contratos de consultoría y contratos para la construcción de todo tipo de obras civiles, hidráulicas, edificaciones y obras de urbanismo sanitarias ambientales entre otras podrá suscribir y otorgar todos los actos y contratos necesarios para el adecuado desarrollo de su objeto social. La prestación de servicios de asesoría, estudios y consultoría de toda índole relacionadas con la ingeniería en todas sus fases y ramas, la administración, los sistemas, las finanzas la economía la auditoria y la arquitectura y en general la prestación de estudios organizacionales y técnicos con estas ciencias." Que, Mediante Oficio N° 900931 [375] de 2020, la DIAN señaló expresamente: "Artículo 2º. Definición de consultoría en ingeniería de proyectos de infraestructura y edificaciones. (…) Son también contratos de consultoría en ingeniería de proyectos de infraestructura y edificaciones los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos en infraestructura y edificaciones." Por otra parte, reiteramos que de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, la prohibición de celebrar arreglos recae sobre procesos en curso; es decir, aquellos que hayan iniciado con anterioridad a la presentación de solicitud de validación del Acuerdo Extrajudicial; por lo anterior, es pertinente resaltar que este proceso de declaratoria de caducidad tuvo inicio el 11 de enero de 2024, fecha

posterior a la presentación de validación del acuerdo, lo cual ocurrió el 30 de noviembre de 2023. Consecuentemente, la Supersociedades mediante Oficio N° 220-028783 del 10 de abril de 2019, señaló expresamente: "En efecto, cualquier operación del giro ordinario de los negocios de la sociedad, conforme a la mencionada cita, no requieren de autorización por parte del juez del concurso, siempre y cuando dichas obligaciones se causen a partir de la fecha de presentación de la solicitud al trámite de reorganización y hasta la fecha de admisión del trámite respectivo." Así las cosas, el Consorcio los Andes está facultado a celebrar el Arreglo Directo propuesto al Fondo de Desarrollo Local de Teusaquillo y/o Alcaldía Local de Teusaquillo, hasta tanto, no sea admitido por el juez del Concurso la validación del Acuerdo Extrajudicial de ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S

Consideraciones de la entidad:

Finalmente, en radicado el 14 de febrero de la presente anualidad, la apoderada del consorcio los andes remite solitud de reconsideración acerca del arreglo directo el cual consiste en:

1. Iniciar las actividades en obra de manera inmediata una vez aprobados los PMTs por parte de la SDM, cabe anotar que tenemos los CIV 13000937 y 13000943 que la SDM no nos permite la ejecución simultánea, se debe termina un CIV para iniciar l otro, estos segmentos tienen intervención de redes de alcantarillado, agua potable y andenes
2. Solicitud de Prorroga por 90 días calendario.
3. Asumir por parte del Contratista los costos de la interventoría.
4. Finalizar el proceso de incumplimiento.

Primero, es importante reiterar el pronunciamiento de la interventoría, quien textualmente manifestó:

"Es importante recordar a la entidad contratante, que el contrato de obra de la referencia previo al inicio del proceso enunciado, en virtud de otro proceso administrativo sancionatorio había aceptado un ARREGLO DIRECTO presentado por el contratista de obra, relacionada de igual forma en una prórroga al contrato cuya finalidad era la ejecución y cumplimiento del objeto mismo contratado, finalidad que no se concretó a pesar de los continuos requerimientos del supervisor de la entidad e interventor del proyecto, situación que a juicio del interventor da a entrever que la intención que se aduce por el consorcio los andes en su comunicado no es el cumplimiento del 100 % del contrato, por cuanto ello no se evidencia en la ejecución contractual ni en obra: más aún cuando en los descargos presentados en virtud del trámite sancionatorio, este aduce que la ejecución se afectó por ausencia de su flujo de caja, responsabilidad exclusiva del mismo; así como la novedad de que uno de los miembros de consorcio inició solicitud de proceso de restructuración, aspecto que desconoce qué impacto tendrá en el proyecto que se encuentra en ejecución"

Ahora bien, no es correcto considerar como argumenta el contratista que obra que el arreglo directo presentado corresponde a "*cualquier operación del giro ordinario de los negocios de la sociedad*" los cuales no requieren de autorización por parte del juez del concurso, siempre y cuando dichas obligaciones se causen a partir de la fecha de presentación de la solicitud al trámite de reorganización y hasta la fecha de admisión del trámite respectivo.

Puesto que las operaciones de giro ordinario de los negocios hace referencia a las actividades que realizan las sociedades, que pueden calificarse como actos de comercio o mercantiles habituales en desarrollo del objeto social, que incluye el principal y el secundario, entre los cuales no se encuentra la cesión de derechos económicos de los saldos a favor del contratista.

En el entendido de la naturaleza del arreglo directo, la propuesta realizada estaría inmersa en la prohibición de la sociedad ELECTROCONSTRUCCIONES SAS para efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo, al proponer realizar pagos para cubrir los gastos de la interventoría, de igual manera consiste en una transacción de las obligaciones adquiridas a su cargo, lo cual sería contrario a la ley.

En concordancia con esto y atendiendo la recomendación de la interventoría la entidad reitera que en su voluntad administradora no acepta la propuesta del contratista.

REPOSICIÓN DE LA ASEGURADORA:

Cada argumento se desarrollará en el acápite de "Consideraciones con relación a los argumentos presentados por la aseguradora".

CONSIDERACIONES DEL FONDO CON RELACIÓN A LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA ASEGURADORA

1. LA PRORROGA N.1 QUE SOPORTA DECLARATORIA DE CADUCIDAD DEL CONTRATO 232-2023 NO FUE AMPARADA POR LA ASEGURADORA. POR TANTO, SUS CONSECUENCIAS LE SON INOPONIBLES

> *En ese orden, debemos resaltar que las circunstancias del incumplimiento que originó la declaratoria de caducidad se circunscriben a las obligaciones pactadas en la Prórroga No. 1 al Contrato de Obra Pública No 232 – 2023, en la cual el Consorcio los Andes se obligó a: "El contratista de obra deberá solicitar la modificación contractual de prórroga del contrato de Obra N. 232 de 2023, por el plazo de dos (02) meses a partir del 26 de diciembre de 2023 hasta el 25 de febrero de 2024, asumiendo los costos derivados de la interventoría frente a los pagos mensuales, el cual equivale a CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS*

PESOS ($44.784.336)." Particularmente en la CLÁUSULA TERCERA: El contratista se obligó a ampliar la garantía única en los términos del presente documento y enviarla al Fondo a través del SECOP II, para su correspondiente aprobación

El Consorcio, no solicitó a la aseguradora la ampliación de la póliza, por lo tanto, la póliza expedida N. 400047883 no tuvo por objeto ni alcance amparar las obligaciones adquiridas en la prórroga N.1 y, en consecuencia, tanto los efectos de la prórroga como de la declaratoria de caducidad no se le podrán exigir a Nacional de Seguros S.A. Por otra parte, no se dio cumplimiento a lo estipulado en las condiciones generales de la póliza a saber: CLÁUSULA TERCERA – MODIFICACIONES AL CONTRATO EN EL EVENTO QUE SE INTRODUZCAN MODIFICACIONES AL CONTRATO GARANTIZADO, ÉSTAS DEBERÁN SER INFORMADAS A LA COMPAÑÍA PARA QUE ÉSTA, EXPIDA EL CERTIFICADO CORRESPONDIENTE. CLÁUSULA DÉCIMA – CERTIFICADOS O ANEXOS DE MODIFICACIÓN. PARA LOS CASOS EN QUE LA SUMA ASEGURADA SEA AUMENTADA O DISMINUIDA Y PARA AQUELLOS EN LOS CUALES LAS ESTIPULACIONES DEL CONTRATO ORIGINAL SEAN MODIFICADAS DE ACUERDO CON LA LEY, LA COMPAÑÍA EXPEDIRÁ UN CERTIFICADO O ANEXO DE MODIFICACIÓN DEL SEGURO, EN DONDE EXPRESE SU CONOCIMIENTO Y AUTORIZACIÓN RESPECTO DE LAS MODIFICACIONES ACORDADAS ENTRE EL CONTRATISTA GARANTIZADO Y LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA. Recordemos, que la entidad pública en su calidad de beneficiaria y asegurada de la póliza tiene unas cargas establecidas en la póliza, frente a su derecho de reclamar la respectiva indemnización y ante la inobservancia de estas cargas su consecuencia será la imposibilidad de obtener la indemnización En este punto, resaltamos que la póliza es un requisito de ejecución del contrato junto con su aprobación, situación que en el presente contrato paso por alto, por lo que reiteramos los efectos de la declaratoria de caducidad del contrato no podrán trasladarse al garante, quien no expidió anexo a la póliza.

Consideraciones de la entidad:

Previo al análisis del argumento expuesto se aclara que le COMPAÑÍA NACIONAL DE SEGUROS S.A mediante apoderada Claudia García Echeverri, mayor de edad, vecina y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía N.52.283.101 de Bogotá D.C., abogada titulada, portadora de la tarjeta profesional N.113.958 del Consejo Superior de la Judicatura, participo del proceso administrativo sancionatorio y de la notificación del arreglo directo del 4 de diciembre de 2023, de igual manera está a cargo del contratista ampliar la garantía única en los términos del presente documento y enviarla al Fondo a través del SECOP II.

Obligación que fue reiterada en repetidas ocasiones por la interventoría en particular en el comunicado INT-MALLAVIALALCTEUSAQUILLO-169-2023 el Bogotá, 01 de febrero de 2023, por lo que será, el contratista quien asuma los procesos administrativos sancionatorios a los que haya lugar por el presunto incumplimiento a dicha obligación.

2. INEXIGIBILIDAD DE LA PÓLIZA POR INEXISTENCIA DE OBLIGACION DE PAGO A CARGO LA ASEGURADORA

En las Condiciones Generales de la póliza, cláusula séptima se establecieron los presupuestos para que el asegurado haga efectiva la póliza así:

CLÁUSULA SÉPTIMA – EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA

DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1077 EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 1080, AMBOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA DEBERÁ DEMOSTRAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y ACREDITAR LA CUANTÍA DE LA PÉRDIDA, PREVIO AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA DEL CONTRATISTA GARANTIZADO Y DE LA COMPAÑÍA, DE LA SIGUIENTE FORMA:

A. POR MEDIO DE ACTO ADMINISTRATIVO EN FIRME, EN EL CUAL LA ENTIDAD ESTATAL DECLARE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO, O DECLARE EL INCUMPLIMIENTO, IMPONGA LA CLÁUSULA PENAL O IMPONGA LA MULTA Y ORDENE EL PAGO AL CONTRATISTA Y AL GARANTE, BIEN SEA DE LA CLÁUSULA PENAL O DE LOS PERJUICIOS QUE HAN CUANTIFICADO. EL ACTO ADMINISTRATIVO DE CADUCIDAD CONSTITUYE EL SINIESTRO.

Es decir, que para que el asegurado pueda afectar el amparo de cumplimiento del contrato de seguro debe cumplir de forma suficiente las condiciones que contempla el artículo 1077 del Código de Comercio que consagra:

"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."

Por su parte, el literal A de la cláusula séptima de las condiciones generales, es claro al exigir que el acto administrativo no solo debe contener la declaratoria de caducidad, sino la orden de pago al contratista y al garante.

En el caso concreto, la Resolución N.19 de febrero 15 de 2024 dispuso en su artículo primero:

"ARTICULO PRIMERO: DECLARAR LA CADUCIDAD DEL CONTRATO 232-2023 y en consecuencia aplicar la cláusula decimosexta contractual haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de perjuicios por la suma de SEISCIENTOS CUATRO

MILLONES CIENTO DIEZ MIL SETECIENTOS CINCO PESOS M/CTE (604.110.705) en contra de DEL CONSORCIO LOS ANDES , identificado con NIT 901.705.243-8 representado por CAROLINA TRIANA MOLINA identificada con cédula de ciudadanía No 52.409.050 de Bogotá D.C, conformado por ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S con sigla ELCO S.A.S identificado con NIT 800.193.117- 2 con compromiso del 50%, y METRO INGENIEROS CIVILES SAS identificado con NIT 900273120- 1 con compromiso del 50%."

Como se puede observar, es claro que el acto administrativo únicamente impone obligación de pago al Consorcio y no dispuso ninguna obligación de pago a cargo de Nacional de Seguros S.A., por lo que no es posible que en adelante la Entidad le exija pagar suma alguna a título de cláusula penal.

En sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. del 16 de julio de 2021, C.P. María Adriana Marín, Rad.25000-23-26-000-2012-00110-01(53272), se dispuso que: La entidad pública no asume obligaciones que le puedan ser exigidas por la aseguradora, sino que, en su calidad de beneficiaria y de asegurada, tiene unas cargas establecidas en la póliza, frente a su derecho de reclamar la respectiva indemnización de perjuicios, cuya inobservancia se traduce en unas consecuencias adversas a sus propios intereses.

El hecho de que el asegurado desconozca el procedimiento de reclamación correspondiente no conduce a predicar un incumplimiento contractual de su parte, sino a la imposibilidad de obtener esa indemnización en los términos estipulados en la póliza. (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto a la luz de lo dispuesto por el Consejo de Estado, la Entidad paso por alto ordenar el pago de la indemnización a cargo del garante, conforme se pactó en las condiciones generales aprobadas. Por tanto, no será posible hacer efectiva la póliza y pretender que Nacional de Seguros S.A. realice pago alguno cuando no existe en el acto administrativo que nos ocupa una obligación clara, expresa y exigible a su cargo.

Con lo anterior, se concluye que con la expedición de la Resolución N.19 no se dieron los requisitos legales para afectar la póliza y así debe mantenerse, so pena de vulnerar el PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS.

Pues bien, la prohibición de la reformatio in pejus se torna en un principio constitucional con carácter de derecho fundamental. En sana lógica, es evidente que quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales. La situación del apelante puede mejorarse, pero nunca hacerse más gravosa. Cobra, por supuesto, mayor vigor esta garantía cuando quiera que se trate de actuaciones penales, pues si el apelante es único frente a una sentencia de condena, es claro que su objetivo es lograr que se mejore su situación disminuyendo la pena, pero jamás, que se empeore. (Corte

Constitucional, Expediente T-1249393 - Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, sentencia del 6 de abril de 2.006).
La Entidad, no podrá desmejorar la condición del garante ordenándole afectar la póliza, pues es claro que en el acto administrativo de declaratoria de caducidad no se impuso ninguna obligación de pago a su cargo.

Consideraciones de la entidad:

La entidad, el FDLT, concuerda con la recurrente en los siguientes aspectos, "*Como se puede observar, es claro que el acto administrativo únicamente impone obligación de pago al Consorcio y no dispuso ninguna obligación de pago a cargo de Nacional de Seguros S.A., por lo que no es posible que en adelante la Entidad le exija pagar suma alguna a título de cláusula penal*". toda vez que en virtud de que el contratista nunca procedió a ampliar la póliza aun con los requerimientos de la entidad y sin perjuicio de los procedimientos administrativos a los que haya lugar, no era dable al FDLT condenar al pago a la aseguradora a la fecha de la decisión de la entidad es decir el 15 de febrero de 2024.

No obstante, cabe resaltar la nota inscrita en el pie de página 10 de la resolución 19 del 25 de febrero de 2024 a saber:

---

[10] **PARÁGRAFO**. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Por lo que la entidad si vincula ante las reclamaciones a las que haya lugar al garante, de igual manera lo anterior sin perjuicio de las reclamaciones que pueda efectuar el mismo tomador a su garante.

3. APLICAR PROPORCIONALIDAD ACTUALIZADA A LA CLAUSULA PENAL

En materia penal, el artículo 3 del Código Penal reconoce como principios de las sanciones penales el de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Al referirnos a la proporcionalidad de la sanción, la Corte Constitucional en Sentencia 721 de 2015 reconoció el principio como aquel que busca que la sanción impuesta equivalga a la infracción objeto de reproche, supeditando la imposición de la sanción al cumplimiento de los fines del Estado y los principios constitucionales de la función pública.

En ese orden, la Corte en Sentencia C-1161 de 2000 menciona que los principios de legalidad y proporcionalidad de las sanciones, si bien provienen del derecho penal, son aplicables a todos los ámbitos del derecho sancionador, es decir, pueden extenderse a las sanciones administrativas, de la

siguiente manera:

"Esta Corporación tiene bien establecido que, si bien el derecho penal no es más que una de las especies del derecho sancionador, sin embargo, los principios penales se aplican, mutatus mutandi, a los distintos ámbitos en donde opera el derecho sancionador. En efecto, en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. Y es que la Constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP art. 29). Por consiguiente, el actor tiene razón en que la definición de una infracción debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado." (Resaltado y negrita propios)
Por otra parte, en Concepto de Sala de Consulta C.E. 1454 de 2022 del Consejo de Estado, se resalta como diferencia entre la potestad sancionaría administrativa y penal, la siguiente:

"Resulta de la mayor importancia para el análisis que aquí se hace, realizar la distinción existente entre la potestad sancionatoria administrativa, de la facultad sancionatoria penal; en efecto, el carácter eminentemente preventivo de la primera por oposición a la naturaleza esencialmente correctiva de la segunda." (Resaltado y negrita propios)

Lo anterior, deja claro que el principio de proporcionalidad de la sanción del derecho penal es aplicable al derecho sancionador en general y consecuentemente, al derecho administrativo sancionatorio. Además, queda de manifiesto que limitar la sanción a ser proporcional a la infracción que se pretende castigar es una forma de desarrollo y aplicación del debido proceso constitucional, como principio que rige todas las actuaciones judiciales y administrativas. Asimismo, la naturaleza esencialmente correctiva de las sanciones administrativas reitera que la imposición de sanción alguna esté supeditada a la proporcionalidad y necesidad de esta.
En lo que atañe al contrato de seguro, la entidad debe tener en cuenta el artículo 1089 del Código de Comercio; que establece:

"Dentro de los limites indicados..., la indemnización no excederá en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, NI DEL MONTO EFECTIVO DEL PERJUICIO PATRIMONIAL sufrido por el asegurado"

Lo anterior, en concordancia con el artículo 1596 del Código Civil que establece:

"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".
Y el artículo 867 del Código de Comercio que reza:

"(…) Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte…"
Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior la entidad sostiene que el contratista ha incumplido sus obligaciones, admitiendo conforme a la citación a audiencia que para ese momento el porcentaje ejecutado era del 4.33%

En desarrollo de la audiencia, realizada el 22 de enero de 2024 la interventoría indicó que el porcentaje de ejecución del contrato era del 4.9%.
Según informe de interventoría INT-MALLAVIALALCTEUSAQUILLO-178-2023 del 7 de febrero de 2024, el porcentaje ejecutado era del 6.19%.

Pese a que dentro de los descargos la Aseguradora pidió revisar el cálculo de la cláusula penal (así el avance ejecutado fuera poco) la entidad pasó por alto el argumento y no lo desarrollo en ningún momento.
Pasar por alto, lo dicho e imponer la cláusula penal por valor de $604.110.705 contraria los principios de legalidad y tipicidad, desconocería además la parte realmente ejecutada por el Consorcio generando inseguridad jurídica, ya que no es posible que la entidad desconozca la parte que en efecto sí se cumplió, dejando a su vez de lado la naturaleza meramente indemnizatoria del seguro de cumplimiento, así como lo estipulado en el artículo 1089 del Código de Comercio:
"Dentro de los limites indicados..., la indemnización no excederá en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, NI DEL MONTO EFECTIVO DEL PERJUICIO PATRIMONIAL sufrido por el asegurado. (Subrayado propio)
Por lo expuesto es evidente que se omite la aplicación de las normas y principios señalados, desconociendo la parte realmente cumplida, la cual, en efecto deberá atenderse, para la aplicación de la cláusula penal en la medida que en la citación a audiencia se hizo referencia a un porcentaje de ejecución distinto al señalado en audiencia, en las pruebas y en la Resolución. Por lo que en ejercicio del debido proceso es deber de la Entidad pedir a la interventoría revisar y determinar el valor real ejecutado para aplicar en debida forma la proporción de la cláusula penal.
A título de ejemplo, se tiene que con un porcentaje de ejecución del 4.33% la cláusula penal a imponer sería de $604.110.705, como se dijo en la resolución N.19 de febrero 15 de 2024.
Si nos centramos en el principio de legalidad y proporcionalidad, para el 7 de febrero de 2024, el porcentaje ejecutado era del 6.19%, por tanto, el valor eventual a imponer sería de:

CONCEPTO	VALORES DEL CONTRATO	PORCENTAJE Y VALOR
VALOR TOTAL DEL CONTRATO	$ 3.157.146.401,00	100%
VALOR EJECUTADO	$ 195.427.362,00	6.19%
	PROPORCIONALIDAD	
VALOR NO EJECUTADO	$ 2.961.719.039,00	93.81%
VALOR CLAUSULA PENAL PROPORCIONAL	2961719039 * 20%	
TOTAL CLAUSULA PENAL	$ 592.343.808,00	

No obstante, y pese al anterior ejercicio es importante advertir que a febrero 7 de 2024 lo ejecutado era del 6.19%, pero con el fin de tener certeza de dicho porcentaje, acudiendo al principio de equidad se solicita como prueba que el informe de interventoría sea actualizado a la fecha para conocer el estado real de ejecución.

Sobre la cláusula penal, en reciente fallo la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE, Radicación N. 11001-31-03-041-2020-00020-01 de 12 de enero de 2024. Expuso que la reducción de la Cláusula Penal ha de basarse en un juicio de equidad sobre el presupuesto de un incumplimiento parcial o irregular de la prestación:

"En Colombia, el Código Civil la consagra de manera polifuncional, pues le otorga un carácter aflictivo o de apremio, pero también le da un tratamiento de caución, así como una función indemnizatoria. Al efecto, el artículo 1592 dice que «[l]a 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», lo cual permite entender que también es un pacto punitivo. Se trata, en estricto sentido, de un acto jurídico que se manifiesta como un elemento accidental de los contratos y origina una obligación accesoria y condicional, que puede ser divisible si la obligación principal es sobre cosa divisible, sin desconocer que dicha penalidad está sujeta a reducción o moderación cuando a ello haya lugar. Esos caracteres, que distinguen a la cláusula penal de cualquier otro vínculo jurídico, brotan de la propia ley. En efecto, el artículo 1593 ejusdem, le otorga carácter accesorio, y el precepto siguiente le confiere un tratamiento especial en torno a su exigibilidad (art. 1594) al decir que se activa según sea la naturaleza de la obligación principal, esto es, desde que el deudor sea constituido en mora, en el caso de las prestaciones positivas o desde que ejecutó el hecho

que acordó no realizar, tratándose de las negativas (art. 1595 ib.). De igual manera, el artículo 1596 ejusdem contempla un sistema de equilibrio y de reducción proporcional de la pena para el evento en que la obligación principal haya sido parcialmente atendida y prevé que «[s]i 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», lo cual coincide con el artículo 867 del Código de Comercio.

En punto de su reducción, el artículo 1596 ídem advierte que «[s]i 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», regla que es concordante con el ordenamiento mercantil, cuyo artículo 867 in fine dispone que «[c]uando 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», lo cual acompasa con el principio de proporcionalidad entre la infracción y su reproche, que, al ser un dictado general, tiene inclusive venero en la Constitución Política. Ese parámetro de que todo castigo ha de ser proporcional a la entidad o magnitud del quebranto coincide y se articula con lo justo. Por ejemplo, si el deudor de $10'000.000 está sujeto a una penalidad de $2'000.000, pero paga la mitad de la deuda, es de esperar que la pena se reduzca en proporción al saldo pagado, pues así lo impone la equidad. Entonces, la sanción será solo de $1'000.000." (Negrilla fuera de texto)

Consideraciones de la entidad:

La entidad acoge la observación y en virtud de la información remitida por la interventoría se actualizará el valor de la cláusula penal:

VALOR DEL CONTRATO	**$ 3.157.146.401,00**	100%
AVANCE	**$ 195.441.101,00**	6,19%
VALOR NO EJECUTADO (ETAPA DE MANTENIMIENTO Y REHABILIT	**$ 2.961.705.300,00**	93,8%
VALOR CLÁUSULA PENAL PROPORCIONAL		
$ 2.961.705.300 * 20 %=	**$ 592.341.060,00**	

4. COMPENSACION DE OBLIGACIONES

De manera respetuosa solicito que la Cláusula penal impuesta, sea descontada directamente al Consorcio aplicando el principio de compensación.

Soportados en la normatividad que rige dicha figura y en lo pactado en las condiciones generales de la póliza expedida:

CLÁUSULA OCTAVA – REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

SI LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA AL MOMENTO DE TENER CONOCIMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO O CON POSTERIORIDAD A ESTE O DEL RESULTADO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO Y ANTERIOR AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN, FUERE DEUDOR DEL CONTRATISTA GARANTIZADO POR CUALQUIER CONCEPTO, SE APLICARÁ LA COMPENSACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA LEY 1150 DE 2007 Y LA INDEMNIZACIÓN SE DISMINUIRÁ EN EL MONTO DE LAS ACREENCIAS, DE CONFORMIDAD CON LO SEÑALADO EN LOS ARTÍCULOS 1714 Y SS. DEL CÓDIGO CIVIL.

IGUALMENTE SE DISMINUIRÁ DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN, EL VALOR DE LOS BIENES QUE LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA HAYA OBTENIDO DEL CONTRATISTA GARANTIZADO JUDICIAL O EXTRAJUDICIALMENTE, EN EJERCICIO DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO CUYO CUMPLIMIENTO SE GARANTIZA POR LA PRESENTE PÓLIZA.

El Artículo 1625 del Código Civil contempla los modos de extinción de las obligaciones de las partes así:

"ARTICULO 1625. MODOS DE EXTINCIÓN. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.
Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

1.) Por la solución o pago efectivo. 2.) Por la novación.
3.) Por la transacción.
4.) Por la remisión.
5.) Por la compensación. 6.) Por la confusión.
7.) Por la pérdida de la cosa que se debe.
8.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión. 9.) Por el evento de la condición resolutoria.
10.) Por la prescripción" (Negrita por fuera del texto)

La compensación consiste en la existencia de dos deudores recíprocos de géneros homogéneos, cuya deuda sea actualmente exigible entre sí. El Código Civil Colombiano en el artículo 1714 y subsiguientes estipula la Compensación como una forma de extinguir las obligaciones:

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

Artículo 1715. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores…"

Consideraciones de la entidad:

La entidad acogerá parcialmente el argumento expuesto, teniendo en cuenta que el valor ejecutado pendiente por pagar asciende solo a la suma de CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CIENTO UN PESOS M/CTE ($195.441.101,00) y en tanto la cláusula penal (la cual fue actualizada) se encuentra tasada en QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SESENTA PESOS ($592.341.060,00), por lo que no es posible realizar la compensación del total de la cláusula prevista.

Que, por lo expuesto, la Alcaldesa Local de Teusaquillo (E)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el artículo primero el cual quedará así: **DECLARAR LA CADUCIDAD DEL CONTRATO 232-2023** y en consecuencia aplicar la cláusula decimosexta contractual haciendo efectiva la cláusula penal pecuniaria como estimación anticipada de perjuicios por la suma de *QUINENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SESENTA PESOS ($592.341.060,00)* en contra de DEL CONSORCIO LOS ANDES , identificado con NIT 901.705.243-8 representado por CAROLINA TRIANA MOLINA identificada con cédula de ciudadanía No 52.409.050 de Bogotá D.C, conformado por ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S con sigla ELCO S.A.S identificado con NIT 800.193.117- 2 con compromiso del 50%, y METRO INGENIEROS CIVILES SAS identificado con NIT 900273120- 1 con compromiso del 50%.

PARÁGRAFO PRIMERO: La declaratoria de caducidad trae como consecuencias para el contratista las previstas en los artículos 8° y 18° de la Ley 80 de 1993 y en las demás normas vigentes sobre la materia.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Su efectividad un en firme este acto administrativo, se hará en los términos del parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007[2].

[2] **PARÁGRAFO.** La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

ARTÍCULO SEGUNDO: COMPENSAR el valor de CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CIENTO UN PESOS M/CTE ($195.441.101,00) del valor ejecutado por el contratista y pendiente por pago, equivalente al 6.2% del avance de obra sobre el valor tasado de la cláusula penal.

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR los Artículos, Tercero, Cuarto, Quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno de la Resolución No. **19 de 15 de febrero de 2023**.

ARTÍCULO CUARTO: REQUIÉRASE al contratista CONSORCIO LOS ANDES, para que en un término de diez (10) días hábiles posteriores a la ejecutoria del presente acto administrativo, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta decisión, realice el pago de las sumas aquí ordenadas mediante consignación al FDLT y/o SHD o a quien haga las veces de recaudo.

ARTÍCULO QUINTO: Notificar en estrados el contenido de la presente Resolución a **CONSORCIO LOS ANDES** y al garante del contrato, **NACIONAL DE SEGUROS**, de conformidad con lo ordenado en el Artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, contra el presente Acto Administrativo no procede recurso alguno.

ARTÍCULO SEXTO: Ejecutoriada la decisión, publicar en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP la presente Resolución.

ARTÍCULO SEPTIMO: Ejecutoriada la decisión, comunicar la presente Resolución, así como la Resolución No. **19 de 15 de febrero de 2024**. a la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., de conformidad con el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto No. 019 de 2012.

ARTÍCULO OCTAVO: Ejecutoriada la decisión, comunicar la presente Resolución, así como la Resolución No. **19 de 15 de febrero de 2024**. a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 218 del Decreto No. 019 de 2012.

ARTÍCULO NOVENO: La presente Resolución rige a partir de su notificación.

Dada en Bogotá D.C., a los 22 días del mes de febrero de 2024

ROSA ISABEL MONTERO TORRES
ALCALDESA LOCAL DE TEUSAQUILLO (E)

Proyectó: Katherine Rocío Peña Lozano- Abogada