Bogotá D.C. febrero 21 de 2024

Señores
ALCALDIA LOCAL DE TEUSAQUILLO
Dra. ROSA ISABEL MONTERO TORRES
Alcaldesa Local (E)
Transversal 18 Bis No. 38-41
Ciudad

Asunto: Recurso de Reposición Resolución N.19 de febrero 15 de 2024

Referencia: Audiencia Contrato FDLT-232 DE 2023 - Póliza de seguro de cumplimiento estatal N. 400047883.
Contratista: CONSORCIO LOS ANDES. conformado por ELECTROCONSTRUCCIONES S.A.S – ELCO S.A.S identificada con NIT 800.193.117- 2 con el 50% y METRO INGENIEROS CIVILES SAS identificado con NIT 900273120- 1 con el 50%.

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., estando dentro del término legal concedido por su despacho en audiencia del 15 de febrero (link de grabación audiencia minuto 39 en adelante), por medio del presente escrito me permito sustentar el recurso de reposición conforme a las siguientes consideraciones:

OPORTUNIDAD

Conforme a lo estipulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el recurso se interpuso en audiencia el 15 de febrero de 2024, en la cual se concedió plazo para radicar la sustentación por escrito hasta el 21 de febrero de 2024 antes de las 10:00 am, como consta a partir del minuto 39 de la grabación de audiencia por tanto nos encontramos dentro del término concedido.

Grabación de la reunión de PRESENCIAL - Reanudación Audiencia Incumplimiento 232-2023 -20240215_081942.mp4

FUNDAMENTOS DE HECHO

Entre el Fondo de Desarrollo Local de Teusaquillo y Consorcio Los Andes, el día 27 de abril de 2023, se celebró el Contrato de Obra No. 232 de 2023, cuyo objeto es: "Ejecutar a precios unitarios y a monto agotable, las obras y actividades necesarias para la conservación de la malla vial local e intermedia, y espacio público de la localidad de Teusaquillo, en la ciudad de Bogotá D.C. de conformidad con los estudios previos, anexo técnico y apéndices".

El valor del contrato es de TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS UN PESOS ($3.157.146.401) M/CTE.

El plazo de ejecución es 6 (SEIS) MESES, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, es decir, a partir del 26 de junio de 2023 hasta el 25 de diciembre de 2023.

El plazo del contrato se divide en tres etapas conforme lo establece el anexo técnico, así:

ETAPAS CONTRACTUALES		PLAZO	DESCRIPCIÓN
ETAPAS DEL CONTRATO	ETAPA DE DIAGNOSTICO	Un mes	Levantamiento de la estructura del pavimento, evaluación superficial, toma de deflexiones, mediciones con georradar,
			Mesas de trabajo con las Empresas de Servicios Públicos, EAAB, GAS NATURAL, CODENSA, ETB, SDM, UAERMV, TELEFONIAS.
			Entrega de los diagnósticos de los segmentos viales priorizados.
	ETAPA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS	Un mes	Topografía, transito, señalización y demarcación, redes, diseño de pavimentos y espacio público.
	ETAPA DE MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN	Cuatro meses	Intervenciones de Mantenimiento rutinario (Limpieza de sumideros, pozos, alcantarillas, sello de fisuras, limpieza y sello de juntas). Mantenimiento periódico (parcheo, bacheo, lechada asfáltica o sello de arena-asfalto). Rehabilitación y Reconstrucción de la estructura del pavimento. Renovación y/o reparaciones de redes si aplica

El 22 de diciembre de 2023, la entidad contratante legalizó la prórroga del contrato de obra conforme el acuerdo directo, para tal efecto las partes suscribieron Prórroga N.° 1 al contrato de obra por dos (2) meses contados a partir del 26 de diciembre de 2023 hasta el 25 de febrero de 2024, en pro y garantía del cumplimiento del objeto del contrato conforme lo dispone el art.3 de la ley 80 de 1993.

Conforme el estado actual del contrato de obra conforme el cronograma de aprobado con la prórroga N°1, el plazo del contrato de obra a la fecha finiquita el 25 de febrero de 2024, y teniendo en cuenta que el contratista de obra no iniciado obra es viable anotar que no se concluirá la etapa de MATENIMIENTO Y REHABILITACIÓN pactada en la oportunidad descrita, ya que el avance de esta a la fecha es de un 0 %.

En ese sentido de las etapas contractuales para la fecha de la audiencia 22 de enero de 2024 lo ejecutado y no ejecutado se encontraba así:

De acuerdo con lo expuesto, el presunto incumplimiento del Contratista da lugar a la aplicación de la CADUCIDAD Y/O CLÁSULA PENAL, así:

CONCEPTO	VALORES DEL CONTRATO	PORCENTAJE Y VALOR
VALOR TOTAL DEL CONTRATO	**$ 3.157.146.401**	**100 %**
VALOR EJECUTADO (ETAPA DE DIAGNOSTICO Y ESTUDIOS Y DISEÑOS)	**$ 136.592.878,16**	**4.33%**
PROPORCIONALIDAD		
VALOR NO EJECUTADO (ETAPA DE MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN)	**$ 3.020.553.523**	**96.67% Del valor contractual**
VALOR CLÁUSULA PENAL PROPORCIONAL[1]	**$ 3.020.553.523 * 20 %= $ 604.110.705**	
TOTAL CLAUSULA PENAL:	**$604.110.705**	

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%.

Dentro de las pruebas solicitadas se allegó informe de interventoría INT-MALLAVIALALCTEUSAQUILLO-178-2023 del 7 de febrero de 2024, del cual destacamos que para esa fecha el porcentaje ejecutado era del 6.19%

> Esta interventoría manifiesta que no comparte la apreciación de que el trámite de PMT ante la Secretaría de Movilidad, sea argumento para la suspensión del contrato de obra, cómo quiera que existen actividades de obra a ejecutar e intervenir que cuentan con Plan de manejo de tráfico aprobado por la Secretaria de Movilidad y que presentan atraso en su ejecución como el CIV 13002328, no obstante lo único claro es que ha corte del 05 de febrero de 2024 según cronograma de obra para la ejecución del contrato presenta un porcentaje programado del 60.85%, ejecutado del 6.19%, con un atraso del 54.66%.

En audiencia realizada el 15 de febrero de 2024 se dio lectura a la Resolución N.19 del 15 de febrero de 2024 en la cual se decidió:

***"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 200710.*

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 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 contrato 252-2023 del contrato de interventoría 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."*

CARACTERISTICAS DE LA PÓLIZA

A continuación, se detallan las características de la póliza N.400047883 que ampara el contrato de obra FDLT-232 DE 2023.

VERIFICA TU POLIZA AQUÍ

PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ESTATAL

nacional de seguros

NIT.: 860.002.527-9
www.nacionaldeseguros.com.co

CIUDAD DE EXPEDICIÓN: BOGOTÁ, D.C.
DIRECCIÓN GENERAL: CL 94 No. 11 - 30 PISO 4
TELÉFONO: (601) 7463219

REFERENCIA	SUCURSAL		CÓD. SUCURSAL		CÓD.PUNTO DE VENTA	RAMO	No. PÓLIZA	ANEXO
141670	BOGOTÁ D.C.		11			30	400047883	1
FECHA EXPEDICIÓN	**VIGENCIA DESDE**	**A LAS**	**VIGENCIA HASTA**	**A LAS**	**TIPO DE MOVIMIENTO**			**HOJA**
Día - Mes - Año	Día - Mes - Año	Horas	Día - Mes - Año	Horas				
9 / 6 / 2023	27 / 4 / 2023	00:00	9 / 11 / 2028	00:00	MODIFICACIÓN			1

DATOS DEL TOMADOR

NOMBRE	CONSORCIO LOS ANDES.	NIT	901.705.243 - 8
DIRECCIÓN	AVENIDA 19 NO.118 - 95 OFICINA 614, BOGOTÁ, D.C., DISTRITO CAPITAL	TELÉFONO	3003252494

DATOS DEL AFIANZADO

NOMBRE	CONSORCIO LOS ANDES.	NIT	901.705.243 - 8
DIRECCIÓN	AVENIDA 19 NO.118 - 95 OFICINA 614, BOGOTÁ, D.C., DISTRITO CAPITAL	TELÉFONO	3003252494

DATOS DEL ASEGURADO / BENEFICIARIO

ASEGURADO	FONDO DE DESARROLLO LOCAL TEUSAQUILLO	NIT	899.999.061 - 9	TELÉFONO	5557087
BENEFICIARIO	FONDO DE DESARROLLO LOCAL TEUSAQUILLO	NIT	899.999.061 - 9	TELÉFONO	5557087

OBJETO DEL SEGURO

ANEXO 1:

POR MEDIO DEL PRESENTE ANEXO POR SOLICITUD DEL ASEGURADO Y SEGÚN COMUNICACIÓN DEL 08 05 2023, SE AJUSTA LA VIGENCIA DE LA PRESENTE POLIZA, MODIFICANDO LAS GARANTIAS TAL COMO LO REFLEJA EL PRESENTE DOCUMENTO.

SE ACLARA QUE EL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA ES DE 5 AÑOS CONTADOS A PARTIR DE LA FECHA DE ENTREGA DE LA OBRA.

TIPO DE OBLIGACIÓN: CUMP-CONSTRUCCION DE VIAS URBANAS

AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA	VALOR PRIMA
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	27/04/2023	09/05/2024	947.143.920.30	0.00
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES	27/04/2023	09/11/2026	631.429.280.20	0.00
ESTABILIDAD DE LA OBRA	27/10/2023	09/11/2028	947.143.920.30	0.00

Nacional de Seguros S.A.

ARGUMENTOS DEL RECURSO

Formulamos los siguientes:

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

Para que sea viable declarar la caducidad, el Consejo de Estado en Sentencia (50045), dic. 15/17, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, manifestó que se requiere lo siguiente:

Se presenten unos hechos constitutivos de incumplimiento del contratista; (ii) que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato; (iii) que se evidencie que los hechos pueden conducir a la paralización del bien, obra o servicio; (iv) que como consecuencia de lo anterior, el plazo del contrato se encuentre vigente, mas no en la etapa de liquidación; (v) que se expida un acto administrativo debidamente motivado a través del cual se dé por terminada la relación negocial; (vi) que se respete de manera integral el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de contradicción y las formas propias de cada juicio, por supuesto, bajo parámetros de proporcionalidad, y (vii) que se ordene su liquidación en el estado en que se encuentre.

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece las características de la caducidad, y advierte que se trata de un poder establecido en favor de la administración, que sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista. En este sentido, los hechos constitutivos de incumplimiento del contratista deben circunscribirse al contrato, es decir, que son las obligaciones derivadas del negocio jurídico las que determinan si éste ha cumplido o no. No obstante, ese incumplimiento debe ser de tal magnitud que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que conduce a su paralización.

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.

En atención a la naturaleza de la garantía orientada a amparar las obligaciones de un contrato del Estado el Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 52001-23-31-000-2005-00512-01 (32.867) señaló:

> *"De esta manera, se tiene entonces que en los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de contratos estatales, en cuanto medie la aprobación que la entidad estatal contratante haya impartido a los términos de la póliza expedida por la compañía aseguradora -aprobación que constituye requisito legal para que pueda darse inicio a la ejecución del contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 41, Ley 80)-, en modo alguno puede admitirse que a la respectiva entidad estatal contratante se la califique como un tercero, ajeno por completo al referido contrato de seguro de cumplimiento, puesto que queda visto que con ocasión de la aceptación o ratificación que ella imparte a la estipulación que la aseguradora ha realizado en su favor, i) aquella asume directamente la condición de parte dentro del correspondiente contrato de seguro; ii) porque de todas maneras resulta claro*

que la entidad estatal contratante es la verdadera titular del riesgo asegurable y, por ende, le corresponde la posición del asegurado y, además, iii) porque en todo caso se tiene que la aceptación o ratificación que la entidad estatal contratante imparte a la estipulación de la aseguradora configura una relación contractual que erige a aquella en la única legitimada para exigirle a la aseguradora el pago de las obligaciones indemnizatorias, en los eventos en que acaezca el respectivo siniestro.

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.

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%

CONCEPTO	**VALORES DEL CONTRATO**	**PORCENTAJE Y VALOR**
VALOR TOTAL DEL CONTRATO	**$ 3.157.146.401**	**100 %**
VALOR EJECUTADO (ETAPA DE DIAGNOSTICO Y ESTUDIOS Y DISEÑOS)	**$ 136.592.878,16**	**4.33%**
PROPORCIONALIDAD		
VALOR NO EJECUTADO (ETAPA DE MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN)	**$ 3.020.553.523**	**96.67% Del valor contractual**
VALOR CLÁUSULA PENAL PROPORCIONAL[1]	**$ 3.020.553.523 * 20 %= $ 604.110.705**	
TOTAL CLAUSULA PENAL:	**$604.110.705**	

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)*

COMPENSACION DE OBLIGACIONES

De manera respetuosa solicito que la Clausula 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…"

PETICIONES

Por las razones expuestas en los argumentos de defensa presentados, respetuosamente solicitó:

- Se revoque la resolución N.19 de febrero 15 de 2024 mediante la cual se declara la caducidad del contrato, ya que la prórroga N.1 no fue amparada por la garante.
- Se revoque la resolución N.19 de febrero 15 de 2024 mediante la cual se impone la cláusula penal por la suma de $604.110.705 y en su lugar se aplique la proporcionalidad como en derecho corresponde.
- En el evento de confirmar la imposición de la cláusula penal, aplique la compensación de obligaciones cuando se liquide el contrato.

PRUEBAS

Sírvase tener como tales todas las que reposan en el expediente del contrato y adelantadas a lo largo del proceso sancionatorio y en especial, los siguientes documentales:

1. Póliza de Seguro de Cumplimiento N. 400047883 y su respectivo anexo.
2. Clausulado Cumplimiento Entidades Estatales.
3. Informe de interventoría INT-MALLAVIALALCTEUSAQUILLO-178-2023 del 7 de febrero de 2024
4. Copia de todas las grabaciones de las sesiones de audiencia.

Se decrete:

1. La actualización del informe de Interventoría, que determine el estado actual de ejecución del contrato, en especial porcentaje ejecutado y saldos a favor del Consorcio los Andes.

NOTIFICACIONES

Para efectos de notificación, las recibiremos de manera electrónica en los correos clauss024@gmail.com / informacion@nacionaldeseguros.com.co

Cordialmente,



Claudia García Echeverri
C.C. 52.283.101 de Bogotá
Celular 3208028931