



“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

**LA DIRECTORA DE GESTIÓN CONTRACTUAL DE LA UNIDAD DE SERVICIOS
PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS - USPEC**

en uso de las facultades legales y reglamentarias que le fueron atribuidas, en especial las conferidas en los artículos 12 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y en especial aquellas funciones delegadas en el MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC código M3-MA-01 y el artículo 23 del Decreto 4150 de 2011, por la cual la Dirección Gestión Contractual le corresponde adelantar los trámites y procedimientos relacionados con la actividad contractual de la Entidad, en concordancia con las normas vigentes sobre la materia, así como la elaboración de los actos administrativos relacionados con dichos procesos, y:

CONSIDERANDO

A. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. 203 DE 2018

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, adelantó el proceso de contratación de la interventoría para los proyectos de consultorías para los grupos 1 y 2, en procura de garantizar la transparencia y la objetividad, eficiencia y eficacia en la ejecución del proyecto, y en consideración a la necesidad de contar con un acompañamiento en los estudios y diseños técnicos, arquitectónicos y trámites y permisos que valide la correcta elaboración de los diseños acorde a las necesidades y normas vigentes (control y vigilancia).

Con base a lo anterior, La USPEC adelantó el Concurso de Mérito de Abierto USPEC CM-A-065-2018, el cual fue adjudicado mediante la Resolución No. 000986 del 09 de noviembre de 2018, aclarada mediante Resolución No. 001034 del 21 de noviembre de 2018 al proponente GESTIÓN INTEGRAL DE CONSULTORES S.A.S.

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, suscribió Contrato de Interventoría No. 203 de 2018 por un valor de DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$246.787.246), cuyo objeto contractual es: “INTERVENTORIA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, JURIDICA Y FINANCIERA A LA CONSULTORIA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS TECNICOS, DISEÑOS, GESTIONES, TRAMITES Y PERMISOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ERON EPMSC RIOHACHA EN EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA (GRUPO 1) Y EPMSC SILVIA EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA (GRUPO 2).

El acta de inicio se suscribió el 4 de diciembre de 2018. El plazo de ejecución del Contrato de Interventoría No. 203 de 2018 fue hasta el 31 de diciembre 2018, incluyendo las correspondientes prórrogas.

Los hechos relevantes durante la ejecución del Contrato No. 203 de 2018, y a partir de la suscripción del acta de inicio, se relacionan a continuación:



“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

1. El 27 de diciembre de 2018 se suscribió la prórroga No. 1 al Contrato de Interventoría No. 203 de 2018, hasta el 31 de mayo de 2018.
2. El 30 de mayo se suscribió a través de la plataforma SECOP II la prórroga No 2 al Contrato de Interventoría No. 203 de 2018.
3. Mediante acta de fecha 09 de agosto de 2019, suscrita por las partes se suspendió el Contrato de Interventoría No. 203 de 2018, teniendo en cuenta que los Contratos de Consultoría Nos. 166 y 174 de 2018, objeto de la interventoría, fueron suspendidos temporalmente de sus actividades por 30 días calendario, por lo que consecuentemente se decidió suspender hasta el 8 de septiembre de 2019.
4. Mediante acta de fecha 3 de septiembre de 2019, suscrita por las partes se prorrogó el término de suspensión del Contrato de Interventoría No. 203 de 2018, temporalmente para la ejecución de los Contratos de Consultoría Nos. 166 y 174 de 2018 por 20 días calendario, es decir hasta el 28 de septiembre de 2019.
5. Mediante acta de fecha 23 de septiembre de 2019, suscrita por las partes, se reinició el Contrato de Interventoría No. 203 de 2018.
6. Mediante acta de fecha 11 de octubre de 2019, suscrita por las partes, se suspendió el Contrato de Interventoría No. 203 de 2018, teniendo en cuenta que el Contrato de Consultoría No. 166 de 2018 fue suspendido temporalmente por el término de 03 días calendario, por lo que consecuentemente se decidió suspender hasta el 14 de octubre de 2019.
7. Mediante acta de fecha 05 de octubre de 2019, suscrita por las partes, se reinició el Contrato de Interventoría No. 203 de 2018.
8. Mediante oficio No. 163 de 2019 Radicado en la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC con No. R2019-016393 de fecha 07 de octubre de 2019, se solicitó al supervisor del contrato el arquitecto GUSTAVO GALLEGOS RAMÍREZ, la adición y prórroga realizadas al Contrato de Consultoría No. 174 de 2018, en los siguientes términos: *“La interventoría solicita para su contrato una adición proporcional a la solicitud realizada y aprobada a la consultoría, es decir para el Contrato de Interventoría No. 203 de 2018 Grupo 2, una adición por un valor de \$47.138.521.00 que equivale al*



“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la clausula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

49,97% del valor inicial. (...) a su vez la interventoría requiere ampliar el plazo contractual hasta el 31 de diciembre de 2018, con el fin de consolidar la liquidación y verificar los ajustes finales a la información presentada por el consultor y demás tramites que requiera la culminación de los contratos (interventoría y Consultoría) en un término de 90 días calendario, sin que genere un sobre costo a la entidad respecto a la prórroga solicitada”.

9. Mediante oficio No. 163 de 2019 Radicado en la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC con No. R2019-016393 de fecha 07 de octubre de 2019, solicitó de nuevo al supervisor del contrato el arquitecto GUSTAVO GALLEGOS RAMÍREZ, la adición y prórroga realizadas al Contrato de Consultoría No. 166 de 2018, en los siguientes términos: *“La interventoría solicita para su contrato una adición proporcional a la solicitud realizada y aprobada a la consultoría, es decir para el Contrato de Interventoría No. 203 de 2018 Grupo 1, una adición por un valor de \$45.252.042 que equivale al 29,86% del valor inicial. (...) a su vez la interventoría requiere ampliar el plazo contractual hasta el 31 de diciembre de 2019, con el fin de consolidar la liquidación y verificar los ajustes finales a la información presentada por el consultor y demás tramites que requiera la culminación de los contratos (interventoría y Consultoría) en un término de 90 días calendario, sin que genere un sobre costo a la entidad respecto a la prórroga solicitada”.*
10. Mediante memorando I-2019-023763 del 10 de octubre de 2019, la Dirección de Infraestructura - Subdirección de Seguimiento a la infraestructura a través del supervisor del contrato solicitó a la Dirección de Gestión Contractual la adición, modificación y prórroga al Contrato de Interventoría No. 203 de 2018.
11. Que mediante Otrosí No. 3 de Prórroga y Adición al Contrato de Interventoría No. 203 de 2018, se concedió la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2019 y se hace una adición por valor de NOVENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL QUINIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$92.390.563,00), modificando el valor del contrato a la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NUEVE PESOS M/CTE (\$339.117.809,00).
12. Mediante oficio con radicado No. R-2019-0300653 del 26 de diciembre de 2019, el Arquitecto Alexander Parra Rodríguez, indicó que no se le han pagado sus honorarios, e indicando que a partir del 27 de diciembre ya no contaba con contrato con la firma GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S como Director de Interventoría.
13. Mediante oficio USPEC-CONSULTORIA-GABP-72-2019 del 26 de diciembre de 2019, el consultor GERMAN BAZZANI PRADERE, hizo entrega del producto final de las fases 4 y 5 del contrato de “CONSULTORIA DE ESTUDIOS Y





“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la clausula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

DISEÑOS TÉCNICOS, ARQUITECT NICOS, TR MITES Y PERMISOS DE SERVICIOS PÚBLICOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ERON EPMSC SILVIA EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA No. 174 de 2018 a la interventoría en medio magnético.

14. Mediante oficio USPEC-CONSULTORIA-GABP-73-2019 del 27 de diciembre de 2019, el consultor GERMAN BAZZANI PRADERE, informó a la USPEC que no había sido posible establecer con la interventoría el sitio de entrega del producto impreso, razón por la cual, mediante oficio USPECCONSULTORÍA-GABP-74-2020 del 24 de enero de 2020, el consultor GERMAN BAZZANI PRADERE, hace entrega del producto final impreso directamente a la USPEC.
15. El Contrato de Interventoría No. 203 de 2018 estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2019 y no se recibió la información correspondiente donde se le requería allegar el reporte del pago de honorarios por labores desempeñadas del personal vinculado y/o contratado dentro del Contrato de Interventoría No. 203 de 2018 de acuerdo con las obligaciones contractuales.
16. Mediante el correo electrónico del 02 de enero de 2020, enviado por el ingeniero Leonardo José Cardiles, David Ricardo Gonzales, Mario Javier Delgado, Diego Pardo, Andrés Morales, Juan Carlos Beltrán y Juan Carlos Páez, se informó del presuntamente incumplimiento del contratista de interventoría en el pago de honorarios profesionales, a lo que la USPEC responde mediante oficio E2020-010148 del 10 de enero de 2020: *“(...) el contratista del Contrato No. 203 de 2018 es responsable ante sus subcontratistas o personal que labore para él igualmente está en la obligación de cumplir con todas las imposiciones legales en materia laboral establecidas en Colombia, por tanto, se evidencia que no existe ninguna clase vínculos contractuales de los señores peticionarios y la USPEC”*
17. Mediante correo electrónico del 09 de enero de 2020, el consultor “CONSORCIO PYD- CULMEN hizo entrega del producto final de las fases 4 y 5 del contrato de “CONSULTOR A PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOSY DISEÑOS TECNICOS, ARQUITECTÓNICOS, TRÁMITES Y PERMISOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL ERON EPMSC RIOHACHA EN EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA No. 166 de 2018 a la interventoría en medio magnético.
18. Mediante oficio E-2020-010151 del 10 de enero de 2020, La USPEC requirió al representante legal de GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S acercarse a las instalaciones de La USPEC con el fin de suscribir el acta de terminación del contrato y allegar el inventario de entregables de cada consultoría objeto de esta interventoría, sin que se haya presentado.



“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la clausula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

19. El 15 de enero de 2020 y ante la ausencia del representante legal del contratista interventoría GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S, la USPEC suscribió el Acta de terminación de Contrato de Interventoría No. 203 de 2018.
20. Mediante oficio E-2020-000560 del 22 de enero de 2020, se requirió allegar el reporte del pago de honorarios por labores desempeñadas del personal vinculado y/o contratado dentro del Contrato de Interventoría No. 203 de 2018. Dicho requerimiento no fue resuelto por parte del Contratista del Contrato No. 203 de 2018
21. Cada uno de los frentes del Contrato de Interventoría No. 203 de 2018, corresponde a los siguientes valores y porcentajes:

Establecimientos	Valor por establecimiento	% Equivalencia del contrato
EPMSC RIOHACHA	\$197.733.882,00	58,298%
EPMSC SILVIA	\$141.443.927,00	41,702%

22. Que los frentes tuvieron un porcentaje de ejecución financiera al 31 de diciembre de 2019, así:

- **FRENTE GRUPO 1 EPMSC RIOHACHA**, el cual fue entregado por parte de la interventoría con un porcentaje de ejecución total del contrato de 32,690%.
- **FRENTE GRUPO 2 EPMSC SILVIA**, el cual fue entregado por parte de la interventoría con un porcentaje de ejecución total del contrato de 22,638%.

Con base en el informe realizado por el supervisor del contrato, se evidenció el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato No. 203 de 2018, la cual se establece de la siguiente forma:

Teniendo en cuenta en el contrato quedó pactada una cláusula penal del 20% del valor del contrato, y que, para el presente contrato, a 31 de diciembre de 2019, la interventoría presuntamente incumplió en un 44,672%, misma se debe aplicar proporcionalmente al presunto incumplimiento de la firma GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S, así:

VALOR DEL CONTRATO	CLAUSULA PENAL EL 20% DEL CONTRATO	PORCENTAJE INCUMPLIDO DEL TOTAL DEL CONTRATO	PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL SOBRE EL PORCENTAJE INCUMPLIDO
--------------------	------------------------------------	--	--

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la clausula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

\$339.177.809,00	\$67.835.561,80	44,672%	\$30.303.502,167
------------------	-----------------	---------	------------------

B. DE LO ACTUADO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE DECLATORIA DE INCUMPLIMIENTO Y AFECTACIÓN DE CLÁUSULA PENAL.

Que en atención a la citación de inicio del procedimiento de declaratoria de incumplimiento fecha 07 de octubre de 2020, mediante radicados E-2020- 009074 y E-2020-009111, la Dirección de Gestión Contractual de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios- USPEC, convocó en la forma dispuesta en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal de **GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S** y a la compañía aseguradora **SEGUROS SURAMERICANA S.A** a la celebración de la audiencia prevista en la norma citada para el día 19 de noviembre de 2020. Posteriormente, mediante correo electrónico del 19 de noviembre de 2020 la Dirección de Gestión Contractual de la USPEC reprogramó la diligencia mencionada para el día 23 de noviembre de 2020. El 23 de noviembre de 2020, en el desarrollo de la audiencia de incumplimiento que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se hicieron presentes las personas citadas, exceptuando del contratista interventor del Contrato No. 203 de 2018, el señor Harold Antonio Ayala Pinero, en calidad de representante legal de **GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S.**, el cual no se presentó a la audiencia. Entre los asistentes, la apoderada de la firma aseguradora; allí, una vez instalada la diligencia, se dio inicio a la lectura del oficio citatorio de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es decir, los hechos que motivaron la actuación, las posibles normas o cláusulas violadas y las consecuencias que podrían derivarse en desarrollo de la actuación; acto seguido se concedió el uso de la palabra a la apoderada de **SEGUROS SURAMERICANA S.A**, quien presentó sus descargos, manifestando lo siguiente:

En primer lugar, señaló LA INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DE SEGUROS SURAMERICA S.A, Para el presente caso, se solicita exonerar de responsabilidad a SEGUROS SURAMERICANA S.A, por los hechos presentados de la actuación administrativa, toda vez que el amparo dado por esta aseguradora tuvo alcance hasta el día 30 de junio de 2020, tal como se puede verificar en la caratula de la póliza. (cita sentencia del consejo de estado del 31 octubre de 1994, Exp no. 5759 CP Guillermo Lizcano), en la cual expresa que la vigencia de la póliza es ni más y menos que la estipulada en el contrato de seguros consagrada en el artículo 1041 No. 6 del código de comercio y en esta se entiende que es el tiempo dentro del cual se surte los riesgos por cuenta de la aseguradora. Por ende, una vez vencido el periodo de vigencia antes del siniestro desaparece el correspondiente amparo dentro del mismo, luego no cabe pretenderlo en un evento ocurrido, ya que no existe contrato de seguros. En ese orden, se constituyeron los hechos fuera de vigencia de la póliza contratada, de manera extemporánea y por tanto, no hay responsabilidad de la ASEGURADORA SEGUROS SURAMERICANA S.A. y se solicita archivo del presente proceso administrativo sancionatorio. Se debió dar aviso a la compañía de seguros del siniestro por parte del contratista, hasta el 30 de junio de 2020, fecha estipulada en la póliza de seguros”.

Avenida calle 26No. 69-76 Bogotá, Colombia.
Edificio Elementos Torre 4 – pisos 12, 13, 14
Teléfonos: (57) (1) 4864130
www.uspec.gov.co
código: G1-S1-FO-01
Versión: 12

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la clausula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

En segundo lugar, señaló LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA ESTÁ PROSCRITA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

En Colombia se ha planteado la discusión de que si la responsabilidad objetiva está proscrita en el derecho administrativo sancionatorio, pues en este caso la entidad contratante deberá sustentar los supuestos legales si resulta valido imputar la responsabilidad del contratista bajo un actuar de una responsabilidad objetiva. La Corte Constitucional ha determinado que la responsabilidad por las sanciones administrativas ciertamente su acción delictuosa haya causado un perjuicio a la administración, y es claro que para el presente caso no se encuentra plenamente demostrado la culpa o dolo, o que pueda existir hechos extraños que lo exoneren de responsabilidad como en el caso fortuito, fuerza mayor y culpa exclusiva de un tercero. en efecto para el presente caso, la entidad pretende sancionar al contratista bajo supuestos de una responsabilidad objetiva sin indicar claramente la prueba que causa el presunto incumplimiento y que medidas se le puede imputar si dolo o culpa y las actuaciones dadas por el mismo. motivo por el cual se solicita a la entidad de revisar las razones motivadas de la presente citación fundamentada en la ley 1474 de 2011 del artículo 86”.

En tercer lugar, señaló LA DETERMINACIÓN DE LOS PERJUICIOS. *Corresponde a la entidad demostrar de forma clara y precisa los perjuicios y no de manera supuesta, pues en todo contrato de seguros se debe acreditar y cuantificar los perjuicios, dado el carácter indemnizatorio que ostenta la responsabilidad en seguros, pues no sería recibo que por parte de la aseguradora constituyera sumas no debidas de perjuicio. La jurisprudencia ha reiterado que cuando una entidad pretende alterar una póliza de cumplimiento por los perjuicios sufridos bajo el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales, dicho perjuicio no puede ser supuesto, sino que debe ser plenamente determinado, toda vez que el daño o perjuicio indagado por el ente público debe ser demostrado y debidamente motivado, puesto que no se debe dar lugar a un enriquecimiento sin causa del ente estatal. Por ende, las entidades públicas deben cuantificar los perjuicios para determinar que monto asegurado es el que deben pagar las aseguradoras o el contratista”*

En cuarto lugar, señaló LA COMPENSACIÓN. *En el caso de declarar el presunto incumplimiento, que se proceda la compensación de los saldos a favor del contratista artículo 1714 código civil”.*

C. FUNDAMENTOS PARA LA TOMA DE LA DECISION.

a) MARCO CONCEPTUAL.

POTESTAD SANCIONATORIA DE LA UNIDAD DE SERVICIO PENITENCIARIOS Y CARCELARIO- USPEC EN MATERIA CONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES ESTATALES.

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la clausula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

El Estado, como forma de organización política, se ha establecido como un medio a través del cual se aseguran diversas finalidades, situación que se constata *-para el caso colombiano-* en el artículo 2º de la Constitución de 1991, que consagra una pluralidad de fines de la organización estatal, pero que convergen en un común denominador: la consecución de los intereses generales.

Es pues, en consideración al cumplimiento de estos propósitos, que el Estado desarrolla diversas actividades y utiliza diferentes mecanismos jurídicos, económicos, políticos y sociales de acción. Incluso, el contrato estatal se ha erigido *-desde la práctica administrativa-* en uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses de orden general.

De igual forma, la Administración ha tenido que servirse de medios e instrumentos, y que debido a las circunstancias actuales y al creciente surgimiento de funciones a su cargo le han sido otorgadas desde el ordenamiento jurídico. Una de ellas *-de gran importancia por sus efectos-* es la potestad sancionadora, la cual es una herramienta idónea para cautelar el funcionamiento del orden administrativo sobre el que subyace la actuación de la Administración Pública en procura del bien común de la administración para desarrollar cada una de sus actividades.

Es importante, entonces, tener presente el alcance y los fundamentos propios de la actividad punitiva de la administración, en cuanto al desarrollo de sus funciones, conforme a lo cual *-para la sana ejecución de los fines propios del Estado-*, y en ejercicio de funciones administrativas, la administración tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, respetando las disposiciones legales.

En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado que

*“(…) constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos.” De acuerdo con lo anterior, **la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos.** En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, **de la cláusula penal pecuniaria** y de la caducidad *-figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-*. Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. (Nota de Relatoría: Ver Sentencia C597 de 1996; Sentencia C-214 de 1994; Sentencia C-853 de 2005; sobre Principios del Poder Sancionatorio: Sentencia C-827 DE 2001 M.*

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

P. Álvaro Tafur Galvis., todas de la corte Constitucional). (Negrilla y Subrayado Propios).

COMPETENCIA DE LA UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC PARA ADELANTAR EL PROCEDIMIENTO DE IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.

A modo de complemento a las facultades referidas en el respectivo epígrafe del presente acto, se tiene para efecto de establecer la competencia de la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC, para hacer exigible el pago del valor de la Cláusula Penal al contratista GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S., dentro del procedimiento que ahora nos asiste, que el Artículo 4º de la Ley 80 de 1993, en lo relacionado con los deberes de las entidades del Estado, señala que para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales, entre otros: "(...)1. *Exigirán al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacer al garante*".

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

En concordancia con lo anterior, los Incisos 1º, 2º y 3º del Artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen:

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

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

Posteriormente, el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 "*Por la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos*", estableció:

"...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

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

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 solo 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....

Finalmente, el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, que las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, (...) podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal para lo cual establece el procedimiento y ritualidad para hacer las declaraciones y efectivas. Las consecuencias que la ley establece en caso de incumplimiento del contrato.

De tal manera le asistía a la Dirección de Gestión Contractual de la USPEC, la facultad para llevar a cabo el procedimiento de imposición de sanciones y declaratorias de incumplimiento en contra de la empresa **GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S.**, a fin de hacer efectiva al contratista la cláusula penal pactada en el Contrato de Interventoría No. **203 de 2018**, de conformidad con lo señalado en el literal A del presente acto Administrativo.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA CLÁUSULA PENAL

El Decreto 222 de 1983 regulaba, expresamente, lo concerniente a las multas y a la cláusula penal pecuniaria en los contratos de la administración. En los artículos 71 y 72 disponía la obligación de las entidades estatales -con algunas excepciones- de pactar la cláusula de multas y la penal pecuniaria y, además, confería la potestad de imponerlas directamente, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos legales al respecto. De las normas transcritas (decreto-ley 222 de 1983 art 71, 72) se destacan tres aspectos: el primero, relacionado con la obligación que, expresamente, impone la ley a las entidades públicas de pactar en sus contratos administrativos la cláusula de multas y la cláusula penal pecuniaria, con excepción, en ambos casos, del contrato de empréstito; en segundo lugar, son claras las normas al otorgar a las entidades públicas la potestad de imponer y hacer efectivas, directamente, las multas y la cláusula penal, facultad mediante la cual se espera que la administración alcance los fines propios del Estado.

Advirtiendo que en la Ley 80 de 1993 no se reguló, expresamente, la figura de la cláusula penal pecuniaria, pues, sólo en determinados apartes se hace una referencia indirecta a su existencia, es necesario tener presente que con la expedición de la Ley 1150 de 2007,

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

sí se prescribió con precisión esta institución. Como respuesta a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la competencia de la administración para la imponer las sanciones pecuniarias, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007, *“por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos*. Esta norma, en el artículo 17, contempla la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas.

Esta nueva disposición basada el principio de legalidad, **pues queda claro que las entidades pueden ejercitar -de conformidad con la ley y el contrato-, la potestad sancionadora en el desarrollo contractual, esto es, sin tener que acudir al juez para declarar el incumplimiento.** (Consejo De Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Consejero Ponente Enrique Gil Botero – Radicación 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). (Negrilla y Subrayado Propios).

FINALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL.

De acuerdo con lo previsto en el Artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal *“(…) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal*.

Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común *-en lo sustancial-*, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; **la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato**, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones. Con la imposición y ejecución de la cláusula penal se penaliza al contratista, por el incumplimiento grave del contrato, constituyendo una verdadera indemnización, que, aunque parcial es definitiva, pues con ella se resarcen los perjuicios, o parte de ellos, a favor de la parte que ha cumplido el negocio. (Nota de Relatoría: Ver Sentencia de octubre 1 de 1992. Exp. 6631; Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011).

RESPECTO AL EFECTO SUSPENSIVO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Esta Subdirección encuentra necesario referirse a lo expuesto por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 20 de noviembre de 2008 radicado 50422-23-31-000-199201369-01(17031), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio que, con relación al plazo contractual en los contratos administrativos, indicó:

“(…) Al tenor del artículo 1551 del Código Civil “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación”. La doctrina ha entendido,

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

también, en una perspectiva jurídica más amplia que abarca las obligaciones y derechos, que el plazo es “...un hecho futuro y cierto del que pende el goce actual o la extinción de un derecho...” (art. 1138 C.C.); y cuyas notas características, por tanto, son: i) ser un hecho futuro que debe realizarse con posterioridad al acto o contrato, esto es, no ha ocurrido ni está ocurriendo; y ii) ser cierto, esto es, que pueda saberse dentro de las previsiones humanas que se realizará, esto es, necesaria e inevitablemente va a ocurrir.

(...)

Contrario sensu, en el plazo suspensivo, una vez llegada la fecha o realizado el acontecimiento en que consiste el plazo, o sea, vencido éste, tiene por efecto la exigibilidad de la obligación por el incumplimiento y puede el acreedor ejercitar su derecho y las acciones correspondientes, pues se aplica el principio *dies interpellat pro homine*, según el cual se presume que el deudor ha sido conminado desde el momento de la celebración del contrato, que si no satisface su compromiso en el plazo estipulado se hace responsable de los perjuicios sufridos por el acreedor; de ahí que, en las obligaciones sometidas a plazo, la exigibilidad y la mora, de ordinario, se confunden, en la medida en que ésta ópera sin necesidad de reconvencción o intimidación al contratista para que cumpla con la prestación -mora ex re- (art. 1608 C.C.).

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

(...)

EL PLAZO GENERAL DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO SUSCRITO POR LA ADMINISTRACIÓN, DE ORDINARIO, ES SUSPENSIVO, dado que es en una fecha cierta previamente estipulada cuando se hace exigible la totalidad del objeto contractual (art. 1551 C.C.); y de esta misma connotación son los plazos parciales que sin perjuicio del anterior se acuerdan y cuyo vencimiento torna exigibles algunas de las obligaciones y entregas parciales. La excepción, entonces, es que el plazo en el contrato estatal se pacte como resolutorio, esto es, que a su llegada se extingan las obligaciones.



“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

(...)

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

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

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

b) ANÁLISIS DE LOS HECHOS Y PRUEBAS FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN.

La Dirección de Gestión Contractual de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, en estricto acatamiento de lo preceptuado en el literal c) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y con el propósito de motivar el presente Acto Administrativo, accedió al análisis del acervo probatorio recaudado en desarrollo del procedimiento, encontrando que: Aunado a lo presentado dentro del informe técnico de presunto incumplimiento del 3 de febrero de 2020, en cuya parte introductoria del mismo manifiesta “*se permite informar a la Dirección de Gestión Contractual el incumplimiento del Contrato No. 203 de 2018 (...)*” se puede observar que el contratista interventor incumplió con la Cláusula tercera de las obligaciones generales de los numerales 1, 3, 5, 7 y 23, como las obligaciones específicas de los numerales 4 y 13 del contratista, puesto que no realizó las actas de entrega de las fases cuarta y quinta del Contrato de Consultoría No. 166 de 2018 y el No. 174 de 2018, objeto del Contrato No. 203 de 2018.



“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

Lo anterior se puede evidenciar en las comunicaciones de radicado USPEC-CONSULTORIA-GABP-73-2019 del 27 de diciembre de 2019 y USPEC-CONSULTORÍA-GABP-74-2020 del 24 de enero de 2020, donde el consultor GERMAN BAZZANI PRADERE le envió los productos de fase cuarta y quinta de los estudios y diseños de los ERON a la interventoría para su aprobación y concepto, pero no emitió respuesta alguna, por ende, el consultor en ultimas le envió los productos directamente a la USPEC.

Respecto a que el contratista interventor no suscribió el acta de terminación del Contrato No. 203 de 2018. Se evidencia en el acta de terminación del Contrato de Interventoría No. 203 de 2018 la ausencia de la firma por el Representante Legal de GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S., puesto que no hizo presencia en la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC y además, no atendió la solicitud mediante oficio E-2020-010151 del 10 de enero de 2020, donde se le requirió hacer presencia en las instalaciones de la USPEC con el fin de suscribir el acta de terminación del presente contrato y allegar el inventario de entregables de cada consultoría objeto de esta interventoría, sobre el cual ni siquiera emitió concepto de aprobación ante la entidad.

Así mismo, no se obtuvo respuesta a las solicitudes realizadas mediante oficio E-2020-010151 del 10 de enero de 2020, donde se le requería acercarse a la USPEC para suscribir acta de terminación del contrato y allegar el inventario de entregables de cada consultoría objeto de esta interventoría el acta de terminación, y oficio E-2020-000560 del 22 de enero de 2020, donde se le requería allegar el reporte del pago de honorarios por labores desempeñadas del personal vinculado y/o contratado dentro del Contrato de Interventoría No. 203 de 2018, plasmándose el incumplimiento en la cláusula tercera del contrato numerales 15 y 16 de las obligaciones generales del contrato, y respecto a las obligaciones específicas los numerales 31,32,33,34,35,40,42 y 43.

Es de anotar que todo este recaudo documental anexado al expediente por parte del supervisor en su correspondiente informe técnico de presunto incumplimiento, nos muestra una actitud negligente por parte del contratista muy especialmente en cuanto a su falta de pronunciamiento y ausencia de requerimientos, por falta de emitir conceptos respecto a la fase cuarta y quinta de los estudios y diseños presentados por el consultor y el incumplimiento de pago de honorarios a sus trabajadores, todas estas obligaciones sustanciales del contrato de interventoría.

En conclusión, encuentra esta Dirección que el contratista **GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S.**, incumplió parcialmente la obligación principal pactada en el Contrato de Interventoría **No. 203 de 2018** y en consecuencia se hace imperativo hacer exigible al mismo, el valor de la cláusula penal pactada en el contrato reseñado.

En cuanto al argumento esbozado por el garante, a través de su apoderada, en relación con la inexistencia de la obligación por parte de la compañía aseguradora, debido a que expiró la vigencia de la póliza, conviene precisar que una cosa es el término durante el cual se cubre el riesgo – duración del contrato de seguro – y otro es el término dentro del

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

cual es exigible el cumplimiento de la obligación de indemnizar -. En palabras del Consejo de Estado, haciendo referencia al momento en el que debe expedirse el acto administrativo de declaratoria de incumplimiento, se indicó:

“Es preciso dentro de una elemental lógica, que el beneficiario del seguro, en este caso la Administración, ante el conocimiento del siniestro, no solamente a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, como lo previenen las condiciones generales estipuladas en el cuerpo de las pólizas, sino que debe dictar la resolución administrativa que declare su ocurrencia dentro de su vigencia, que sería lo más lógico e indicado o, si no, dentro de los dos años subsiguientes a la fecha en que tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo, de la existencia del riesgo asegurado, para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción, tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1082 del Código de Comercio”.¹

No puede entenderse que, transcurrido el término de vigencia de la póliza, la Administración pierde la prerrogativa de declarar el respectivo siniestro, en los términos del Decreto 1082 de 2015, puesto que el límite temporal para ello, es dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de los hechos constitutivos del siniestro, el cual si debe ocurrir dentro de la vigencia, distinto a la declaratoria, la cual puede ocurrir con posterioridad a su vencimiento.

Respecto al argumento relacionado con la responsabilidad objetiva, se indica que el presente proceso se adelantó con apego a los principios que rigen las actuaciones administrativas, y teniendo en cuenta el acervo probatorio, así como las conductas contractuales desplegadas por el contratista durante la ejecución del contrato, y en el presente proceso, en el cual no desvirtuó de ninguna manera las pruebas aportadas válidamente en el presente proceso, así como tampoco lo hizo la compañía aseguradora. En todo caso, acreditado está en el plenario el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, sin que se evidencia la existencia de una causal eximente de responsabilidad.

En cuanto a la no acreditación de los perjuicios irrogados, es menester señalar que el incumplimiento del contratista generó, a su vez, incumplimientos en relación en la programación del PAC, así como traumatismo en el cumplimiento de las metas y el plan de compras de la USPEC, para el año 2020, teniendo en cuenta que los ESTUDIOS Y DISEÑOS, TÉCNICOS, ARQUITECTÓNICOS, TRÁMITES Y PERMISOS DE SERVICIOS PÚBLICOS contratados mediante consultoría mediante PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL EROE EPMSC RIOHACHA EN EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA y EROE EPMSC SILVIA EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, no fueron entregados a la USPEC ni aprobados por la interventoría, generando consecuentemente afectaciones en cuanto al inicio de la obra resultante de los estudios y diseños que el contratista debió aprobar. Por su parte, la cláusula penal pactada en el contrato de marras establece tajantemente la

¹ Consejo de estado, sentencia del 20 de agosto de 1998. Esta sentencia reiteró lo dicho en fallo del 14 de diciembre de 1992, de la misma corporación.

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

facultad de la USPEC para cobrar una suma equivalente, a título de cláusula penal, de hasta el 20 % del valor del contrato, aplicando, tal como lo dicta la presente resolución, el principio de proporcionalidad.

c) SENTIDO DE LA DECISIÓN.

En virtud de lo anterior, estando probado dentro del procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento que nos ocupa, (i). La existencia del Contrato de Interventoría No. **203 de 2018**. (ii). Las obligaciones convencionales que reposan en cabeza del contratista **GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S.** (iii). El incumplimiento parcial de estas mismas obligaciones por parte del contratista **GESTIÓN INTEGRALES S.A.S** de acuerdo con el acervo probatorio recaudado en el trámite del procedimiento y (iv). La inexistencia de causal alguna que le excluya de responsabilidad del contratista **GESTIÓN INTEGRALES CONSULTORES S.A.S**; esta Dirección, encuentra procedente declarar el incumplimiento parcial del contrato y, en consecuencia, hacer exigible al contratista **GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.A** el valor de la cláusula penal pactada contractualmente con aplicación del principio de proporcionalidad de conformidad con lo acreditado.

d) ESTIMACIÓN DE LA TASACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.

A este propósito sea lo primero traer a colación, lo previsto en la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Interventoría No. **203 de 2018**, en la cual se señala:

“La UNIDAD DE SERVICIOS ' PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS - USPEC, podrá descontar y tomar directamente el valor que resultare a cargo del CONTRATISTA por este concepto, de cualquier suma que se le adeude al CONTRATISTA, en razón del contrato o en su defecto, hacer efectiva, en lo pertinente, la garantía única. Si lo anterior no fuera posible, la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS — USPEC, cobrará la pena pecuniaria por vía de la Jurisdicción Coactiva conforme a la ley. Lo anterior sin perjuicio del derecho que conservará la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC, de aceptar el cumplimiento tardío de la obligación, simultáneamente con el cobro de la cláusula penal, cuando ello sea el caso.

En consecuencia, sea lo primero explicar que de conformidad con lo previsto en el Artículo 1592 del Código Civil, *“la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a la pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.*

Ahora bien, el Artículo 1594 de la norma ibídem establece el tratamiento de la obligación principal y la pena por mora, así:

“(…) Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal. (...).

Por regla general esta es una compensación de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, por lo que no es objeto de prueba, toda vez que la pena estipulada es una apreciación anticipada de los perjuicios

Asimismo, acerca de la cláusula penal, particular la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Magistrado Ponente Luis Alonso Rico Puerta, puntualizó:

“(…) 2.3. La cláusula penal.

Resulta pertinente hacer algunas puntualizaciones sobre el concepto de «cláusula penal», (...).

Pues bien, en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» **al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios**, para el evento del incumplimiento del convenio **o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo**, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.

En virtud de lo anterior, cabe señalar, que dicho pacto tiene el carácter de una «obligación accesoria», en cuanto tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación; igualmente, constituye una «obligación condicional», **porque la pena solo se debe ante el incumplimiento o retardo de la «obligación principal»; y también puede representar una liquidación convencional y anticipada de los perjuicios en caso de configurarse alguno de tales supuestos.**

Con relación a tales aspectos, la jurisprudencia de la Corte, en fallo CSJ SC, 18 dic. 2009, rad. N° 200100389-01, en lo pertinente expuso:

«En fin, es evidente que el Código Civil, como ya se dijera concibe la aludida estipulación de manera polifuncional, pues junto con su carácter aflictivo, coexisten, a la par su condición de caución y la indemnizatoria, que suele deducirse de la regla contenida en el artículo 1594 en cuanto prevé que “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos, a su arbitrio...”

(...).

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

En materia privada no mercantil, el artículo 1592 del Código Civil, preceptúa, que «la cláusula penal es aquélla 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».

Esta Corporación en sentencia SC, 7 oct. 1976, G.J. t. CLII, N° 2393, págs. 446-447, acerca del entendimiento, alcances y utilidad de la aludida estipulación contractual, expuso:

«[...] La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley ‘es aquélla 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 (Art. 1592 del C.C). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios;

[...] Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (Art. 1604 del C. C); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor.

[...] Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena (Art. 1594 del C.C); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de los mismos, salvo que así se haya estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otro evento si puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C. C).

Estipulada la cláusula penal y aunque el acreedor no esté obligado a aceptar del deudor el pago parcial de la obligación, sin embargo, cuando lo acepta en esas condiciones renuncia implícitamente a una parte proporcional de la pena, como claramente se desprende de la ley, en cuanto ésta establece que ‘si el deudor cumple solamente una parte de la obligación y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal . (Art. 1596 del CC)». (...) . (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Así y a fin de establecer el tratamiento de la obligación principal y la pena en este caso en particular, le corresponde a la Dirección de Gestión Contractual de La USPEC reconocer que el contratista **GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S.**, ha

Avenida calle 26No. 69-76 Bogotá, Colombia.
Edificio Elementos Torre 4 – pisos 12, 13, 14
Teléfonos: (57) (1) 4864130
www.uspec.gov.co
código: G1-S1-FO-01
Versión: 12

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la clausula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

incumplido con el objeto del Contrato No. 203 de 2018 al no aprobar ni emitir concepto de los productos entregados por el consultor, además no haya presentado inventario final de los Contratos Nos. 166 de 2018 y 174 de 2018, y adicionalmente presentar incumplimientos en el pago de horarios profesionales a sus trabajadores.

De tal manera y con el propósito de aplicar el principio de proporcionalidad en la tasación de la Cláusula Penal pactada, entendiendo que nos encontramos frente a un incumplimiento del objeto del Contrato de Interventoría No. **203 de 2018**, se procederá a hacer efectiva la clausula penal estipulada en la clausula décima quinta del mencionado contrato, de conformidad con lo siguiente:

Así es como el Supervisor Gustavo Gallegos Ramírez, en el informe técnico del presunto incumplimiento advirtió lo siguiente:

“Teniendo en cuenta en el contrato quedó pactada una cláusula penal del 20% del valor del contrato, en caso de incumplimiento del 100% de ejecución del contrato, y que para el presente contrato, a 31 de diciembre de 2019, la interventoría presuntamente incumplió en un 44,672% y atendiendo al principio de proporcionalidad , que indica que en el caso de un incumplimiento parcial de las obligaciones contratadas, la cláusula penal se aplicará proporcionalmente, se tiene que la misma se debe aplicar proporcionalmente al presunto incumplimiento de la firma GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S, así:

VALOR DEL CONTRATO	CLAUSULA PENAL EL 20% DEL CONTRATO	PORCENTAJE INCUMPLIDO DEL TOTAL DEL CONTRATO	PROPORCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL SOBRE EL PORCENTAJE INCUMPLIDO
\$339.177.809,00	\$67.835.561,80	44,672%	\$30.303.502,167

Con lo que se solicita aplica la cláusula penal pecuniaria por un valor de TREINTA MILLONES TRESCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS DOS PESOS CON CIENTO SESENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE (\$30.303.502.167), siendo este proporcional al valor del incumplimiento del contrato. En mérito de lo expuesto la Directora de la Dirección de Gestión Contractual de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios- La USPEC

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO de INTERVENTORÍA No. 203 de 2018 a cargo del contratista **GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S.**, sociedad identificada con el NIT. **900.109.122-5**, representada

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la cláusula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

legalmente por el señor **HAROLD ANTONIO AYALA PINERO** identificado con la cédula de ciudadanía No. 72.229.476 expedida en la ciudad de Barranquilla- Atlántico, de acuerdo con la parte motiva del presente acto, por la no ejecución debida, oportuna e íntegra de las obligaciones señaladas en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **HACER EXIGIBLE AL CONTRATISTA GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S.**, el pago del valor de la cláusula penal pactada en la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Interventoría No. **203 de 2018**, en suma, correspondiente a TREINTA MILLONES TRESCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS DOS PESOS CON CIENTO SESENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE (**\$30.303.502.167**)

De este recibo de consignación se enviará copia a la Dirección de Gestión Contractual

PARÁGRAFO: Si no se cumple con el pago ordenado en la forma y oportunidad señalada en el inciso anterior, la Entidad procederá a compensar los saldos pendientes – de existir - a favor del **LA UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – LA USPEC**, con los saldos que registre a su favor el contratista; o en su defecto los saldos insolutos deberán ser satisfechos a través de hacer efectiva y exigible la garantía única de cumplimiento y, en todo caso, de ser necesario se podrá acudir al cobro de las sumas no pagadas mediante el cobro coactivo o por vía judicial contra el Contratista, o la Compañía Aseguradora garante según corresponda. El plazo para el pago del siniestro por parte de la aseguradora se sujetará al previsto en las condiciones generales de la garantía única de cumplimiento.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL, dentro del Contrato de Interventoría No. **203 de 2018**, amprado por la póliza de cumplimiento No. 2242836-6 y sus anexos, expedida por la compañía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, cuyo tomador es **GESTIÓN INTEGRAL CONSULTORES S.A.S.**, sociedad identificada con el NIT. **900.109.122-5**, y cuyo beneficiario es **LA UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – LA USPEC**. Lo anterior, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de acuerdo con lo expuesto en el presente acto.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFÍQUESE en estrados el contenido de la presente Resolución al Representante Legal de la firma contratista o su Apoderado y de igual forma al apoderado de la empresa aseguradora **LA UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – LA USPEC.**; todo ello, de conformidad con lo previsto en el Literal c) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO QUINTO: De conformidad con lo previsto en el numeral 6.2., Artículo 6º de la Ley 1150 de 2007 y el Artículo 2018 del Decreto Ley 019 de 2012 modificatorio del Artículo 31 de la Ley 80 de 1993, **INFÓRMESE** a la **CÁMARA DE COMERCIO** y a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** de lo resuelto en el presente Acto Administrativo, para su conocimiento y los asuntos de su competencia.



000591. 23 NOV 2020.

RESOLUCIÓN NÚMERO DEL

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de interventoría No. 203 de 2018, se hace exigible la clausula pena pecuniaria pactada y se toman otras determinaciones”

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

ARTÍCULO SÉPTIMO: Contra la presente Resolución solo procede el Recurso de Reposición, el cual deberá ser interpuesto en los términos y la oportunidad que prevé el literal c) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Dada en Bogotá, D.C., a los 23 días del mes de noviembre de 2020.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

NATALIA QUINTERO PERDOMO
Directora de Gestión Contractual

proyectó: Camilo Andrés Orozco Paternina – abogado Dirección de Gestión contractual.

