

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI SENTENCIA No. 063

RADICACIÓN: 760013103004-2022-00064-00

Santiago de Cali, veintiuno (21) de febrero de dos mil veinticinco (2025)

1. Objeto de la providencia

Se profiere sentencia de primera instancia dentro de la demanda declarativa de **responsabilidad civil contractual** instaurada por FIDUCIARIA BOGOTA (Vocera) de FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER, en contra de la sociedad DICONSULTORIA S.A., y la de reconvención por el mismo tema, pero intercambiando los roles entre demandante y demandado.

Al examinar los denominados presupuestos procesales, es claro que aquí se encuentran presentes y no se hallan actuaciones u omisiones que ameriten la declaratoria de nulidad en el proceso.

2. Hechos de ambas demandas

Los hechos de ambas demandas, tanto la inicial como la de reconvención para todos los efectos se entenderán transcritos en esta sentencia.

Sin embargo, tales hechos se compendian en que entre las partes se celebró el contrato PAF-ATF-C-039-2015, cuyo objeto fue el siguiente:

“CONSULTORÍA CONSISTENTE EN LA “FORMULACIÓN, ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS DEL PLAN MAESTRO DE ALCANTARILLADO DE SAN ANDRÉS DE TUMACO – DEPARTAMENTO DE NARIÑO”, que se va a ejecutar en el Municipio de TUMACO Departamento de Nariño, de conformidad con lo establecido en los términos de referencia de la convocatoria No. PAF-ATF-C-039-2015 y con la propuesta presentada por el CONTRATISTA, los cuales para todos los efectos forman parte integral del contrato”

Durante la ejecución del contrato, dada la complejidad y la participación del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y la Interventoría, se firmaron suspensiones y “otro sí” al contrato para poder continuar con el objeto del mismo, hasta que finalmente terminó por vencimiento del plazo, al no suscribirse el otro sí No. 8 por parte del contratista, sin que se hubiere cumplido con lo contratado.

Ahora bien, tanto el demandante inicial como el demandante en reconvención indican que su contraparte incumplió el mencionado contrato, razón por la cual, ambos pretenden el pago de la cláusula penal pactada y la consecuencial condena por los perjuicios causados.

3. Trámite procesal

La demanda fue admitida y la sociedad demandada principal contestó oportunamente proponiendo las siguientes excepciones de mérito:

1. **FALTA DE JURISDICCIÓN.**
2. **CONTRATO NO CUMPLIDO O EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS; CLAUSULA PENAL ES ABUSIVA O LEONINA.**
3. **DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO Y LA BUENA FE EN RELACIÓN CON LA CLAUSULA PENAL IMPUESTA Y POR ELLO ACARREA LA INAPLICABILIDAD DE LA MISMA.**
4. **CUMPLIMIENTO PARCIAL O LA EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS.**

Igualmente propusieron como excepción previa la denominada "falta de jurisdicción y competencia", la cual fue declarada no probada mediante auto del 19 de enero de 2024.

A su vez, el demandado oportunamente presentó demanda de reconvenición la cual fue contestada dentro del término legal por el demandado en reconvenición, quien propuso las siguientes excepciones de fondo:

1. **IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.**
2. **INEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS QUE SE EXIGEN.**
3. **TERGIVERSACIÓN DE LOS HECHOS Y ACTOS CONTRACTUALES.**
4. **FALTA DE BUENA FE CONTRACTUAL Y JUDICIAL.**
5. **DESGASTE LABORAL DE LA RAMA JUDICIAL.**
6. **ABUSO DEL DERECHO.**
7. **DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO.**

En el curso de proceso se desarrollaron todas las etapas señaladas en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso.

Así, se recibió el testimonio del señor HENRY ANDRES GAÑAN LOPEZ. Los demás testigos que se habían citado no se presentaron a la respectiva audiencia, por lo cual, se declaró cerrada la etapa probatoria.

Finalmente, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

4. Consideraciones

4.1. Problema Jurídico.

Tal como se indicó en la etapa de fijación del litigio, el problema jurídico en este proceso se contrae en establecer si se dan los presupuestos axiológicos de la **responsabilidad civil contractual** en este caso, para lo cual habrá de determinarse los siguientes aspectos importantes: **(i)** Se debe determinar cuál de los contratantes incumplió el Contrato de Consultoría PAF-ATF-C-039-2015. O si ambos incumplieron. **(ii)** Se debe determinar también el monto al cual asciende la Cláusula penal y si existen montos por pagar del contratista al contratante, o, si de acuerdo con la demanda de reconvenición, hay lugar condenar al pago de

saldos adeudados que reclama DICONULTORÍA S.A., y al pago de perjuicios en la forma pedida.

5. Argumento central

5.1. Sobre las pretensiones principales

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

En apretada síntesis, la responsabilidad civil contractual es la obligación de reparar un daño proveniente del incumplimiento culposo de una obligación derivada de un contrato.

Para la prosperidad de la acción de responsabilidad civil contractual es menester verificar si se encuentran demostrados sus presupuestos, los que, de conformidad con lo dicho por la Honorable Corte Suprema de Justicia, refieren: el contrato, la mora o el incumplimiento de las obligaciones por el demandado, un daño y una relación de causalidad entre éstos, elementos que la mencionada Corporación explicó en los siguientes términos:

“Lo primero indica la inejecución de las obligaciones contraídas en el contrato; lo segundo, vale decir el daño, se concreta con la prueba de la lesión o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio, porque no siempre el incumplimiento de uno de los extremos del contrato ocasiona perjuicios al otro, pues eventos se dan en que no se produce daño alguno, es por lo que precisamente se tiene cuando se demanda judicialmente el pago de los perjuicios, le incumbe al actor demostrar el daño cuya reparación solicita y su cuantía, debido este último aspecto a que la condena que por este tópico se haga, no puede ir más allá del detrimento patrimonial sufrido por la víctima, carga de la prueba en cabeza del demandante que la establece el artículo 1757 del Código Civil que dispone que incumbe probar las obligaciones a quien alega su existencia. (Se destacó) ”

(...) en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. (..)“¹

Caso concreto

Es un hecho indiscutido en el proceso que las partes suscribieron un contrato denominado **“PAF-ATF-C-039-2015**, cuyo objeto fue el señalado en párrafos anteriores que, en términos prácticos, **según la declaración del testigo HENRY ANDRES GAÑAN LOPEZ (único testimonio recaudado en el proceso)**, en su calidad de Gestor de Proyectos en la Gerencia de Medio Ambiente de FINDETER, este era el Proyecto de Estudios y Diseños del Plan Maestro de Alcantarillado del municipio de Tumaco, Nariño, cuyo alcance era realizar unos estudios y diseños que le permitieran al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (en adelante MVCT), emitir posteriormente una viabilidad técnica y financiera que viabilizaran la ejecución del Plan Maestro de Alcantarillado del municipio de Tumaco, Nariño.

Ese contrato estableció unos alcances que se debían ejecutar, orientados a una serie de productos que debía entregar el consultor en unos tiempos determinados. Dijo que,

¹ Corte Suprema de Justicia Sala Civil. Sent. Marzo 14 de 1996 M. P. Dr. Pedro Lafont Pianetta,

" básicamente, los productos que se tenían que entregar estaban orientados al levantamiento de una información, al diagnóstico técnico de lo que se tiene que hacer, al planteamiento de unas alternativas, a todo el tema de superación de la gestión predial, de gestión comunitario y demás."

Lo anterior, dentro del contexto de que FINDETER, suscribe una serie de contratos interadministrativos con el MVCT, los cuales tienen por objeto prestar asistencia técnica a ese ministerio para desarrollar una serie de proyectos de agua potable y saneamiento básico a nivel nacional. Uno de esos contratos interadministrativos es el No. 438 celerado entre el MVCT y FINDETER en el año 2015, el cual, tiene como objeto esa asistencia técnica para desarrollar más de 100 proyectos de agua potable y saneamiento básico, entre ellos, el Proyecto De Estudios y Diseños del Plan Maestro de Alcantarillado del municipio de Tumaco, Nariño.

Reveló que con base en la viabilidad emitida por el MVCT en el año 2015, FINDETER a través de un Patrimonio Autónomo, que nace a través de un contrato de fiducia mercantil con Fiduciaria Bogotá, se adelanta la contratación, en este caso, del contrato de consultoría No. 039 de 2015 suscrito entre el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica – FINDETER – la firma Diconsultoría S.A.S.

En cuanto al valor del contrato, este fue pactado en la suma de \$2.395.748.000; y un plazo inicial previsto para la ejecución del Contrato de ocho (8) meses, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio del Contrato, lo cual se llevó a cabo el 18 de enero de 2016 según documento que obra en el expediente.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SC3674-2021, recordó que es principio general del derecho que los contratos se celebran para cumplirse y, en consecuencia, ambas partes deben estar dispuestas a ejecutarlos efectiva y oportunamente (artículo 1602 del Código Civil). Continúa diciendo que el propósito de una obligación consiste en que el deudor la cumpla y si es del caso en forma compulsiva. De no ser así, el deber jurídico sería irrelevante y permitiría a las partes sustraerse caprichosamente de su cumplimiento. Todo, con el consecuente caos y desconcierto, tal como ocurrió en este caso.

En el caso concreto, en donde es predominante la prueba documental, se observa que el plazo inicial pactado para la ejecución del contrato no se llevó a cabo debido a una serie de suspensiones y prorrogas (Ver cuadros 01 y 02) convenidas también entre las partes. Dichas prorrogas constan en los respectivos otrosíes suscritos que también reposan en el dossier.

Cuadro No. 01. OTROSÍES

No. del otrosí	Fecha de inicio de la prórroga	Fecha final	Fecha de la firma
Otrosí 1 Página 55 archivo "002anexo01"	18/09/2016	24/10/2016	27/06/2016
Otrosí 2	21/11/2016	24/03/2017	24/11/2016
Otrosí 3	25/04/2017	31/05/2017	25/04/2017
Otrosí 4	23/05/2017	31/07/2017	23/05/2017
Otrosí 5	08/07/2018	08/09/2018	04/07/2018
Otrosí 6	13/11/2018	08/08/2019	13/11/2018

Otrosí 7	31/07/2019	08/10/2019	31/07/2019
Otrosí 8	NO SE FIRMÓ		

Cuadro No. 02. SUSPENSIONES

No. de la suspensión	Fecha de inicio	Fecha final	Fecha de la firma
Suspensión 1	21/10/2016	20/11/2016	21/10/2016
Suspensión 2	13/03/2017	28/04/2017	13/03/2017
Suspensión 3	24/07/2017	30/09/2017	24/07/2017
Prorroga 1 a la suspensión 3	01/10/2017	31/10/2017	19/09/2017
Prorroga 2 a la suspensión 3	31/10/2017	31/12/2017	24/10/2017
Prorroga 3 a la suspensión 3	31/12/2017	28/02/2018	05/12/2017
Prorroga 4 a la suspensión 3	01/03/2018	30/04/2018	27/02/2018
Prorroga 5 a la suspensión 3	01/05/2018	01/07/2018	26/04/2018
Suspensión 4	13/08/2018	13/10/2018	13/08/2018
Prorroga 1 a la suspensión 4	13/10/2018	13/11/2018	09/10/2018

Ahora, independiente de las fechas en que finalmente se ejecutó parcialmente el contrato, de acuerdo con el alcance de este, descrito por el testigo citado, lo cierto es que la sociedad demandada debía cumplir con la entrega de unos "productos", que, en palabras de aquel, consistían en el levantamiento de una información, diagnóstico técnico de lo que se tiene que hacer, al planteamiento de unas alternativas, etc.

Sobre los periodos de entrega de los productos, y su equivalente porcentaje de pago, se pactó inicialmente de la siguiente forma:

PRODUCTO	PLAZO	VALOR
Metodología y plan de trabajo	60 días desde acta de inicio	10% del valor del contrato
Producto 1 avance	90 días desde acta de inicio	3% del valor del contrato
Producto 1 informe final	90 días desde acta de inicio	4% del valor del contrato
Producto 2 avance	120 días desde acta de inicio	2% del valor del contrato
Producto 2 informe final	120 días desde acta de inicio	2% del valor del contrato
Producto 3,4,7 avance	120 días desde acta de inicio	3% del valor del contrato
Producto 3,4 informe final	150 días desde acta de inicio	5% del valor del contrato
Producto 7 informe final	180 días desde acta de inicio	2% del valor del contrato
Producto 6 avance	150 días desde acta de inicio	2% del valor del contrato
Producto 6 informe final	210 días desde acta de inicio	5% del valor del contrato
Producto 5 avance	180 días desde acta de inicio	35% del valor del contrato
Producto 5 informe final	240 días desde acta de inicio	15% del valor del contrato
Producto 8 avance	240 días desde acta de inicio	2% del valor del contrato
Producto 8 informe final	240 días desde acta de inicio	10% del valor del contrato

Ahora, se advierte que con el Otrosí No. 06, cláusula segunda, se modificó el alcance de los productos 2, 3, 4, 5, 6 y 8, y, en consecuencia, según la cláusula segunda del mismo documento, a partir de su suscripción (13 de noviembre de 2018) las partes acordaron modificar los numerales 6, 7, 10, 12, 13 y 14 de la Cláusula Sexta del Contrato, relativa a la forma de pago.

Sobre el incumplimiento que se le endilga al contratista, dice la parte demandante que este dejó de ejecutar los productos 5-6 y 7 correspondiente al 47,4% del objeto del contrato. **Tal incumplimiento se concretó, supuestamente, el ocho (8) de octubre de 2019, fecha en la cual terminó la prórroga pactada mediante el Otrosí No. 7 de fecha 31 de julio de 2018,**

mediante el cual las partes consintieron que el contrato se prorrogaría por dos meses, contados desde la fecha de terminación que en ese momento estaba vigente según el Otrosí.

En consecuencia, del incumplimiento, dice la parte demandante que la sociedad demandada debe pagarle el valor correspondiente por concepto a la cláusula penal, señalada en la cláusula No. 16 del contrato, la cual, con base en la Supervisión ejercida por FINDETER, se tasó en la suma de CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$ 192.715.272,00) según el siguiente detalle:

APLICACIÓN DE CLAUSULA PENAL AL CONTRATISTA POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO según acta de cierre del 24/07/2020	\$ 479.149.600
APLICACIÓN DE APREMIO AL CONTRATISTA según alcance a acta de cierre del 17/11/2017	\$ 143.744.880
PAGADO POR EL CONTRATISTA DICONSULTORIA SA AL INTERVENTOR ING INGENIERÍA SAS según relación control de pagos (ver anexo 4 del acta de liquidación)	-\$ 80.400.000
DESCUENTO EFECTUADO AL CONTRATISTA DE PAGO A SU FAVOR CONTRA ESTA ACTA DE LIQUIDACIÓN (ver cláusula segunda anterior)	-\$ 349.779.208
VALOR A CARGO DEL CONTRATISTA DICONSULTORIA SA y A FAVOR DEL Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER	\$ 192.715.272

Contrario sensu, la sociedad DICONSULTORIA S.A., en su contestación y en la demanda de reconvencción sostiene que fue su contraparte quien incumplió el contrato, así:

- Pone en contexto que, mediante comunicación DC-02005-247-2018 del 23 de enero del 2018, radicadas a FINDETER se les informó sobre el desbalance del contrato y los sobrecostos asumidos por DICONSULTORIA S.A., valor que para el 30 de noviembre del 2017 ascendían a \$1.008.882.490.
- Que, en ese mismo contexto, el 21 de agosto del 2018, se había informado a FINDETER S.A., que el CONTRATISTA fue condenado al pago de la suma de Catorce mil setecientos cincuenta y nueve millones doscientos sesenta y dos mil trescientos cinco pesos (\$14.759.262.305) en un trámite arbitral adelantado en el Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Manizales (Caldas); situación que le generaba una situación sobreviniente que podría poner en peligro continuar con el este contrato y que consideraba que se podía dar una causal de terminación anticipada del mismo. No obstante, supuestamente, no existió pronunciamiento alguno por parte de los demandados en reconvencción.
- Asegura que los productos 3 y 4 recibieron aprobación de interventoría el 5 de septiembre de 2019, a través de la comunicación INGI-50178-097-19, sin embargo, FINDETER S.A., le comunicó de estos productos al Ministerio de Vivienda el 12 de septiembre de 2019, mediante oficio con radicado 2201931000034709.
- En cuanto a lo referente al retraso en la entrega de los productos 5, 6 y 7, menciona que ello dependía de la aprobación del producto 4, dado en el mes de septiembre de 2019 la entidad manifestó estar a la espera de las recomendaciones del Ministerio de

Vivienda, Ciudad y Territorio (en adelante MVCT), requisito que además no estaba contemplado en el contrato inicial, ni en ninguno de los otrosíes suscritos por las partes.

- Dijo que el MVCT se pronunció cuando ya se había vencido el plazo contractual, lo cual queda comprobado con la recomendación 2019EEE000993025 emitida el dieciocho (18) de octubre de 2019, y enviada al correo electrónico el día seis (6) de noviembre de 2019; y la recomendación 2019EE0102565, emitida el diecinueve (19) de noviembre.
- Que, tal situación generó retrasos en la revisión y aprobación de los productos, y finalmente ocasionó que el plazo se agotara, sin que las partes pudieran realizar una suspensión o ampliación de plazo como otrora se había realizado.
- Que, en las consideraciones del otrosí No. 7, es claro en los numerales 19, 20 y 21, DICONSULTORÍAS S.A. solicitó la ampliación del plazo por sesenta (días), teniendo en cuenta que hasta la fecha no habían sido aprobados los productos 3 y 4. Por ello, solicitó la prórroga por cuarenta y cinco (45) días hasta la aprobación de dichos productos y quince (15) días adicionales para la discusión previa del producto cinco (5); prórroga avalada por parte del interventor, ING INGENIERIA S.A.S., mediante comunicación INGI-50178-079-19 de fecha veinticuatro (24) de julio de 2019.
- Que, lo anterior, no fue atendido y por ello cuando el MVCT se pronunció en las fechas mencionadas en el numeral 3.9. de los hechos, ya se había culminado el plazo, ergo, no se pudo llevar a cabo la reunión técnica para discutir el producto 5.
- Señaló que el contrato No. PAF-ATF-C-039-2015 finalizó el día 8 de octubre de 2019, porque DICONSULTORÍA S.A., no suscribió el otrosí No. 8, con el que se legalizaba una nueva prórroga que había sido aprobada con la finalidad de continuar con la ejecución del contrato.
- En ese sentido, aseguró que El CONTRATISTA, el día 26 de noviembre de 2019, mediante el oficio DC0050-2019, dirigida a la Dra. CAROLINA LOZANO OSTOS, representante legal de la FIDUCIARIA BOGOTÁ, informó nuevamente la terminación del contrato, amparado en el numeral 7° de la cláusula Decimoquinta, y debido a la imposibilidad de que el CONTRATISTA continuara la ejecución de este. Fecha en la cual incluso el plazo se encontraba vencido.
- Insiste en que la CONTRATISTA se encontraba en constante inseguridad contractual, porque pese a que informes como el 3 y 4, ya habían sido aprobados por la CONTRATANTE, eran enviados al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, que incluía nuevos elementos, y además realizaba requerimientos a los productos para que fueran modificados por la CONTRATISTA. Sin embargo, el CONTRATO suscrito entre las partes, no dice nada con respecto a que la aprobación final de los productos tenga que ser aprobada por un tercero.

En resumen, lo que dice la sociedad DICONSULTORÍA S.A., es que los productos 5, 6 y 7 no pudieron ser entregados, debido a la demora en la aprobación de los productos 3 y 4 por parte del MVCT, sin embargo, esa entidad los aprobó con recomendaciones mediante documento radicado 2019EEE000993025 de fecha dieciocho (18) de octubre de 2019, notificada al correo

electrónico el día seis (6) de noviembre de 2019; y recomendación 2019EE0102565, emitida el diecinueve (19) de noviembre del mismo año fue el ocho de octubre de 2019.

En ese orden de ideas, tal como se planteó el problema jurídico, se debe determinar cuál de los contratantes incumplió el Contrato de Consultoría PAF-ATF-C-039-2015. O si ambos incumplieron.

Analizadas las pruebas documentales que obran en el expediente, así como las declaraciones rendidas por las partes y el testimonio que fue recaudado, considera esta judicatura que quien incumplió el contrato fue la sociedad DICONSULTORIA S.A.; teniendo en cuenta que, a la fecha en que dicho contrato terminó, el ocho (8) de octubre de 2019, no había hecho entrega de los productos 5 y 6, debiendo hacerse la claridad que, aunque se reclama también como no entregado el producto 7, lo cierto es que según el ACTA DE LIQUIDACIÓN CONTRATO DE CONSULTORÍA PAF-ATF-C-039-2015, el producto 7 cuyo alcance se denominó "DESARROLLO COMUNITARIO" se indica que fue entregado y aprobado así:

<u>Se describen a continuación los productos elaborados por el contratista consultor que fueron aprobados por la interventoría:</u>	
PRODUCTOS ELABORADOS POR EL CONTRATISTA Y APROBADOS POR LA INTERVENTORÍA	1 Informe de Avance del Producto 1: DIAGNOSTICO INTEGRAL, CATASTRO DE REDES Y CATASTRO DE USUARIOS
	Informe de Avance de los Productos
Referencia a no existencia de acta de entrega y recibo a satisfacción está contenida en informe del Supervisor Gabriel Enrique Bonnet Solano en correo electrónico del 28/08/2020 (ver anexo 7 de esta acta de liquidación)	P2: ALTERNATIVAS PROPUESTAS Y PREDIMENSIONAMIENTO.
	2 P3: INFORME DISEÑO CONCEPTUAL ALTERNATIVA SELECCIONADA.
	P4: INFORME CRITERIOS BÁSICOS DE DISEÑO.
	P7: DESARROLLO COMUNITARIO

En relación con la terminación del contrato, en la cláusula décima quinta del mismo se establecen cuáles son sus causales, y una de ellas, según el numeral 4 es "**por el vencimiento del plazo del contrato**".

En este caso no hay discusión en cuanto a que el contrato terminó por la referida causal, y que la fecha de la terminación fue el ocho (8) de octubre de 2019.

Estando definida la causa y fecha de la terminación, no hay lugar a referirse a los argumentos planteados por la sociedad DICONSULTORIA S.A., relacionados con que el 26 de noviembre de 2019, mediante el oficio DC0050-2019, dirigida a la representante legal de la FIDUCIARIA BOGOTÁ, informó la terminación del contrato, amparado en el numeral 7° de la cláusula Decimoquinta, debido a la imposibilidad de que el CONTRATISTA continuara la ejecución de este.

Ahora bien, está demostrado, pues no fue objeto de discusión, que los productos 5 y 6, no fueron entregados, empero, lo que invoca la sociedad demandada es que ello es atribuible al contratante por imponer a cada producto la previa valoración aprobación del MVCT, actuación que, dice, no estaba contemplada en el contrato inicial ni en los otrosíes.

No obstante, en este caso según los documentos aportados, se advierte que, en realidad, DICONSULTORIA S.A., siempre tuvo conocimiento y consintió la intervención del MVCT en cada etapa de la ejecución del contrato, lo cual es apenas lógico, pues, como lo indicó el testigo ANDRES GAÑAN LOPEZ, el contrato es producto de los contratos interadministrativos que FINDETER, suscribe precisamente con el MVCT, los cuales tienen por objeto prestar asistencia técnica a ese Ministerio para desarrollar una serie de proyectos de agua potable y saneamiento básico a nivel nacional.

Es decir, que, en últimas, en este caso prima un interés de carácter general, lo que hace viable y, se insiste, lógico, la intervención del MVCT, lo cual, en ninguna etapa de la ejecución del contrato fue una sorpresa para el contratista.

Lo anterior, como quiera que, no solo los productos 3 y 4 fueron sometidos al escrutinio del MVCT, sino que desde el producto No. 2, inclusive, ya esa entidad había ejercido su intervención como se observa en el Otrosí No. 03, numeral 10 donde se estableció lo siguiente:

- 10. Que mediante concepto de fecha dieciocho (18) de abril de 2017, la Supervisora por parte de Findeter, recomendó la prórroga del Contrato de Consultoría PAF-ATF-C-039-2015, hasta el treinta y uno (31) de mayo del 2017, ya que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio realizó nuevas observaciones a los productos 1 y 2 presentados por la Consultoría, por lo que se hace necesario dar respuesta y realizar las mesas técnicas que se requieran con el Ministerio para la aprobación de los citados productos. Así mismo, informa que esta solicitud de prórroga no representa costos adicionales para el proyecto.**

Igualmente, el Otrosí No. 4 fue el resultado de una solicitud de prórroga con base en la necesidad de que el MVCT atendiera unas recomendaciones del Banco Mundial y de la Unidad de Gestión del Riesgo, así:

- 9. Que el Consultor mediante oficio No. DC-0205-223-2017 del día dieciséis (16) de Mayo de 2017, solicitó la prórroga del plazo del Contrato PAF-ATF-C-039-2015 hasta el treinta y uno (31) de julio del 2017, en razón que "el día 12 de mayo del 2017 se recibieron observaciones al componente ambiental realizadas por el Banco Mundial y la unidad de gestión del riesgo, las cuales deben ser atendidas para la aprobación de los productos 1 y 2 por parte del MVCT". Adicionalmente, se dejó constancia que la Prórroga solicitada no causará mayores costos al contrato en mención.**

Posteriormente, el Otrosí No. 06, se describe que la reformulación No. 02 del proyecto del Plan Maestro de Alcantarillado de San Andrés de Tumaco, fue remitido al MVCT, para la modificación de alcance viabilizado inicialmente, de la forma de pago y para prorrogar los contratos de consultoría y de interventoría, para realizar modificaciones a la estructura del proyecto en algunos componentes.

En ese mismo Otrosí, se indica que el MVCT mediante comunicación del 11 de octubre de 2018 aprobó la referida reformulación.

Seguidamente, si se observan las motivaciones del Otrosí No. 07, estas fueron planteadas por la sociedad DICONSULTORIA S.A., así:

19. Que, el contratista, DICONULTORIA INGENIEROS S.A., mediante comunicado DC-0205-266-2019 del veinticuatro (24) de julio de 2019, solicitó la prórroga del Contrato de Consultoría PAF-ATF-C-039-2015, por el término de sesenta (60) días, teniendo en cuenta que para a la fecha no se han aprobado los productos 3 y 4. En este sentido, solicitó la prórroga por cuarenta y cinco (45) días hasta la aprobación de dichos productos y por quince (15) días adicionales para que se discuta previamente el alcance del producto 5.

Del anterior recuento se puede deducir que la ejecución del contrato y su desarrollo normal consentido por las partes siempre tuvo en cuenta la participación o intervención del MVCT, como entidad a la que finalmente se le harían entrega de los productos para desarrollar una serie de proyectos de agua potable y saneamiento básico a nivel nacional. Así que, por más que en el contrato no se estableciera de forma expresa la intervención del referido ministerio, no es menos cierto que tal participación hacia parte del giro ordinario de la ejecución del contrato.

Ahora, amén de la intervención del MVCT con la anuencia de las partes, aduce la sociedad demandada que, si no entregó los productos 5 y 6, fue debido a que el alcance del producto No. 05 no fue discutido, tal y como se planteó al momento de suscribir el Otrosí No. 07. No obstante, haciendo referencia, nuevamente, a la secuencia de ejecución del contrato, se advierte que para la firma de los Otrosí 1 al 7 nunca fue excusa que el MVCT estuviera en mora de hacer las respectivas observaciones a los productos entregados, bien fuera para su modificación o para su definitiva aprobación. Entonces, resulta extraño que, la razón invocada para no suscribir el Otrosí No. 08 fuera que aquella cartera no hubiera aprobado los productos 3 y 4.

De hecho, se observa que entre los Otrosíes 1 al 7, algunos se suscribieron antes del vencimiento del contrato, justamente para que se continuara con la ejecución del contrato, aun a pesar de extender el plazo de ejecución y todo lo que ello implica para el interés general, e incluso el particular.

Por tanto, para este Despacho no es de recibo la razón entregada por DICONULTORÍA S.A., para no haber suscrito el Otrosí No. 08 el cual hubiera supuesto la extensión del plazo de ejecución del contrato, como en efecto se venía haciendo, y no su finalización con productos aun sin entregar. Así mismo, tampoco puede aceptarse el argumento de que, al no aprobarse los productos 3 y 4, tampoco se efectuaba su pago y que ello impedía, económicamente, la continuidad de la ejecución del contrato; esto por la misma razón indicada, es decir, que antes, en el desarrollo normal del contrato, esa nunca fue una excusa para no prorrogar los plazos a través de los Otrosíes.

De hecho, sobre el presunto estado de insolvencia e imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, debido al desbalance económico que había manifestado a la entidad contratante, y debido a una resolución en su contra por un Laudo Arbitral, vale decir que, lo primero fue comunicado a FINDETER en el mes de enero del año 2018, sin embargo, el alcance del contrato y la forma de pago fue modificado en noviembre de 2018, y siguió ejecutándose hasta octubre de 2019, sin que el supuesto desbalance fuera un obstáculo mayúsculo, lo que además no volvió a ser objeto de queja por el contratista luego de que fuera modificado al parecer por razón de su petición.

En cuanto al Laudo Arbitral, según las pruebas obrantes esto solo fue comunicado a la contratante en noviembre de 2019, cuando ya había fenecido el término contractual sin que se

prorrogara o suspendiera como se venía haciendo, muy a pesar de que desde agosto del mismo año fue proferido dicho laudo del cual ya conocía el contratista y no informó en su momento; además, no hay pruebas sobre el alcance de las condenas impuestas a la sociedad DICONSULTORIA S.A., ni que sobre el perjuicio económico que ello le causara, pues si bien se hace referencia a que en un juzgado civil se libró mandamiento de pago en su contra y se decretaron medidas cautelares por ello, no reposa en el expediente ninguna prueba.

En todo caso, bien fuera por el desbalance económico o por la condena del Laudo Arbitral, el contrato prevenía tales situaciones y las encajaba en las causales de terminación establecidas en los numerales 2 y 7 de la cláusula decimoquinta, así:

2) POR IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN.

Las partes convienen en que existe imposibilidad de ejecución, cuando se establezca que el presente contrato no puede ejecutarse en las condiciones técnicas o económicas previstas en el proyecto viabilizado, o deba suspenderse por más de seis (6) meses continuos, o el precio final estimado de la consultoría resulte ser un valor superior no justificado al cincuenta por ciento (50%) del inicialmente previsto; o si durante la ejecución del contrato sobrevienen o se evidencien riesgos adicionales a los previstos, que puedan afectar la funcionalidad del proyecto. En estos eventos:

- a) No habrá lugar a indemnización a favor del CONTRATISTA y a cargo del CONTRATANTE si las causas de la imposibilidad no le son atribuibles;
- b) Quedarán sin efecto las prestaciones no causadas a favor del CONTRATISTA;
- c) Se suspenderán los pagos que se hubieren librado o fueren a librarse o entregarse a favor del CONTRATISTA, hasta tanto se liquide el contrato.

Declarada la terminación anticipada del contrato por imposibilidad de ejecución, se ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En la liquidación se realizará un cruce de cuentas y se consignarán las prestaciones pendientes a cargo de las partes y en general todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos inherentes a la ejecución del contrato, de tal suerte que las partes puedan declararse a paz y salvo, sin perjuicio de las salvedades a que haya lugar.

7) POR CESACIÓN DE PAGOS, CONCURSO DE ACREEDORES, EMBARGOS JUDICIALES O INSOLVENCIA DEL CONTRATISTA. Por cesación de pagos, concurso de acreedores, embargos judiciales o insolvencia del CONTRATISTA, que puedan afectar de manera grave el cumplimiento del contrato.

No obstante, DICONSULTORIA S.A., teniendo a su alcance las referidas causales de terminación del contrato no las invocó y acreditó de forma oportuna, sino que convino en prorrogar el plazo una y otra vez, sustrayéndose de sus obligaciones finalmente al no suscribir el Otrosí No. 08.

En su interrogatorio, el demandado contratista señaló que la aprobación del MVCT y el pago de los productos 3 y 4, eran lo que hacía viable continuar la ejecución del contrato, es decir los productos 5, 6 y 7. Frente a esta aseveración, debe decir este Despacho que, de la manera cómo se venía desarrollando el contrato, lo cierto es que los pagos de los productos se hacían una vez aprobados, y por ello, se venían realizando las prórrogas y suspensiones, todo debido a que había ciertas actuaciones que dependían de la aprobación del Ministerio. Por tanto, tal situación no era motivo válido para que el contratista se sustrajera de firmar el otro sí, pues ello equivale a que no se allanó a cumplir sus obligaciones, como si lo venía haciendo durante la ejecución del contrato con anterioridad, y como se dispuso también a hacerlo la demandante que remitió el otro sí para su firma.

En ese orden de ideas, se ratifica que fue esa sociedad la que incumplió el contrato, y ni siquiera se allanó a cumplirlo, pues, de haber sido así, habría firmado el Otrosí No. 08, bien fuera para seguir la ejecución o solicitar una nueva prórroga o suspensión, tal como se había hecho en el

pasado. Así, la sociedad demandada se hace acreedora del pago de la cláusula penal pactada, la cual es del siguiente tenor literal:

CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA.- CLÁUSULA PENAL. En caso de resolución o terminación del contrato por incumplimiento total, parcial o defectuoso del CONTRATISTA, éste debe pagar a nombre del CONTRATANTE, a título de indemnización, una suma equivalente al 20% del valor total del contrato. El valor pactado en la presente cláusula penal es el de la estimación anticipada de perjuicios, no obstante, la presente cláusula no impide el cobro de todos los perjuicios adicionales que se causen sobre el citado valor.

Se observa que, según lo pactado, basta con que el incumplimiento sea parcial o incluso defectuoso, para que el contratista deba pagar al contratante una suma equivalente al 20% del valor total del contrato.

En este punto, por lo indicado, de nada vale que el contrato se hubiere ejecutado o cumplido parcialmente, porque la cláusula es clara en señalar el porcentaje del valor del contrato que se debe pagar a título de sanción, sin que haya lugar a deducciones por haber cumplido parcialmente, por lo demás, la finalidad del contrato era una, y para completarla debían haberse desarrollado todos los productos contratados.

Así las cosas, a juicio de este despacho, como solución al segundo problema jurídico planteado, la suma que se demanda por concepto de cláusula penal se ajusta al contrato, y en tal sentido el monto adeudado por parte del contratista al contratante asciende a CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS QUINCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$192.715.272,00)

En consecuencia, se concluye que no hay lugar condenar al pago de saldos adeudados que reclama DICONULTORÍA S.A., ni al pago de perjuicios en la forma que los pide, pues no se demuestra que se hubieran causado.

Lo anterior se explica de la siguiente manera:

- La cláusula decimonovena del contrato establece una cláusula penal de apremio que se causaría en contra del contratista en los siguientes eventos:

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA.- CLÁUSULA PENAL DE APREMIO . En caso de retardo en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales previstas en el presente contrato, verificable bien sea durante el plazo de ejecución o al término del mismo, y sin que se extinga la obligación principal, el CONTRATISTA se sujeta a una pena que consiste en dar una suma de dinero hasta por el equivalente al diez por ciento (10%) del valor de este contrato así:

a) Por atraso injustificado mayor a cinco (5) días hábiles en la presentación de los documentos o en el cumplimiento los requisitos para iniciar la ejecución del contrato, con el equivalente al uno por ciento (1%) del valor total del contrato por cada día hábil de retraso, sin que se supere el cinco por ciento (5%) del valor total del contrato;

b) Por mora o incumplimiento parcial de las obligaciones adquiridas en virtud del presente contrato hasta por un valor equivalente al uno por ciento (1%) del valor del contrato por cada día de mora o de incumplimiento, sin que se supere el diez por ciento (10%) del valor total del contrato.

- Según el Otrosí No. 002, el consultor DICONULTORÍA S.A., mediante oficio No. DC-0205-175-2016 de fecha tres (03) de octubre de 2016, presentó una solicitud de prórroga al contrato por un plazo de cuatro (4) meses adicionales. La interventoría mediante concepto del 11 de noviembre de 2016 consideró que el término solicitado era suficiente para adelantar las actividades faltantes para llevar el proyecto a buen término. Sin embargo, " *dado que los motivos que originan la prórroga del contrato son atribuibles a la gestión del Contratista, tal como lo prevé la CLAUSULA SEGUNDA – OBLIGACIONES GENERAL DEL CONTRATISTA del contrato, en su numeral 2.33, el*

contratista de consultoría deberá asumir los costos de la interventoría que ascienden a la suma de \$134.000.000 incluido IVA”.

Así, en la cláusula tercera del referido Otrosí, se estableció que el contratista se comprometió a pagar la suma indicada.

- La suma que debía pagar el consultor es una auténtica clausula penal de apremio, y así se definió en el ACTA DE LIQUIDACIÓN CONTRATO DE CONSULTORÍA PAF-ATF-C-039-2015, en el título denominado “PROCEDIMIENTOS DE APREMIO Y DE INCUMPLIMIENTO”:

“En ejecución del contrato PAF-ATF-C-039-2015 y a la luz del contenido de sus cláusulas DÉCIMO NOVENA y DÉCIMO OCTAVA se tramitaron los siguientes apremios e incumplimientos al contratista, según soporte documental contenido en el anexo 10 de la presente acta de liquidación y que se resume así:

1. Apremio por retraso en la entrega e incumplimiento parcial de los productos 1 y 2 del contrato. En alcance del 17 de noviembre de 2017 a acta de cierre del procedimiento de apremio del 31 de marzo de 2017 suscritas por el representante legal de Fiduciaria Bogotá SA.”

- Según el ACTA DE LIQUIDACIÓN CONTRATO DE CONSULTORÍA PAF-ATF-C-039-2015, del referido apremio, el contratista, a la fecha de terminación del contrato, aun adeudaba la suma de \$143.744.880 según alcance al acta de cierre del 17/11/2017, de los cuales ha pagado \$80.400.000.
- Por otro lado, el ACTA DE LIQUIDACIÓN CONTRATO DE CONSULTORÍA PAF-ATF-C-039-2015 reconoce que el contratante adeuda a la contratista la suma de \$349.779.208, por concepto de los productos 3 y 4, que finalmente fueron aceptados, pero con las observaciones del MVCT.
- Así, por la cláusula penal, según acta de cierre del 20 de julio de 2020, asciende a la suma de \$479.149.600.
- Es decir, en total el contratista adeuda entre la cláusula penal y el apremio, la suma de \$622.894.480, con la cual, la contratante al hacer cruce de cuentas descuenta la suma total de **\$430.179.208**; correspondientes a \$80.400.000 por concepto de PAGADO POR EL CONTRATISTA DICONSULTORÍA SA AL INTERVENTOR ING INGENIERÍA SAS según relación control de pagos; y \$349.779.208 por concepto de DESCUENTO EFECTUADO AL CONTRATISTA DE PAGO A SU FAVOR.
- Con los descuentos, resta por pagar la cláusula penal que se establece en cabeza del contratista, en la suma total de **\$192.715.272**.
- En relación con el cruce de cuentas, este fue pactado en el contrato, en el parágrafo de la cláusula décima séptima “LIQUIDACION DEL CONTRATO”, así:

“PARÁGRAFO: (...) En la liquidación se realizará un cruce de cuentas y se consignaran las prestaciones pendientes de pago de las partes y en general, todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos inherentes a la ejecución de la aceptación de oferta, de tal suerte que las partes puedan declararse a paz y salvo, sin perjuicio de las salvedades a que haya lugar.”

De conformidad con las consideraciones hasta este punto vertido, concluye este Despacho que el contratante incumplido fue la sociedad DICONSULTORÍA S.A., y por ello debe pagar la cláusula penal en la suma ya indicada.

5.2. Decisión sobre las excepciones de mérito

Sobre las planteadas por la parte demandada DICONSULTORIA S.A.

Con base en los argumentos planteados se declararán no probadas las excepciones denominadas:

1. FALTA DE JURISDICCIÓN.

Al respecto, ya fue resuelto mediante auto de fecha 19 de enero de 2024, con el cual se resolvió la misma excepción que también fue presentada como previa.

2. CONTRATO NO CUMPLIDO O EXCEPCIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

Básicamente, se fundamenta en que, *“a la fecha no le han sido cancelados los saldos correspondientes a la entrega de los productos 3 y 4, pues de acuerdo con lo establecido en el contrato era necesaria la aprobación del interventor, la cual se dio en septiembre de 2019, lo cual deja en evidencia el incumplimiento de la cláusula de pago del contrato. La suma adeudada a DICONSULTORIA S.A. por los productos 3 y 4 es de TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS (349.779.208), que correspondía al pago No. 7 del contrato”*

(...) el CONTRATO suscrito entre las partes, no dice nada con respecto a que la aprobación final de los productos tenga que ser aprobada por un tercero. Con lo cual también se incumplieron con las obligaciones contractuales por el demandante.

En el plazo del contrato de ocho (8) meses (plazo inicial), se extendió a tres (3) años y veinte (20) días. Cabe mencionar, que estos plazos fueron convenidos por las partes, con la finalidad de dar cumplimiento al objeto del contrato. Mi poderdante no podía asumir más pérdidas, no se debe olvidar que al ser un contrato de consultoría involucra costos de personal a la ejecución del mismo.”

Al respecto, ya se consideró que, tanto la extensión del plazo de ejecución del contrato, así como la intervención del MVCT fueron actuaciones en las que fue participe la sociedad DICONSULTORIA S.A. De manera que nunca se vio sorprendida ni asaltada en su buena fe, ni aquellas reflejan un incumplimiento del contrato por parte de la contratante, ya que lo descrito fue consentido por la empresa de consultoría en armonía con los alcances finales del contrato que atañen a un bien general dentro del plan de ordenamiento y saneamiento básico del referido ministerio. Ahora, no debe perderse de vista que, inclusive, fue la misma contratista la que en varias oportunidades solicitó la prórroga o la suspensión del contrato, así que no puede ahora alegar tal circunstancia en su favor.

Sobre la no cancelación de los saldos pendientes por los productos 3 y 4, es un hecho indiscutido que en realidad no le fue pagado el rubro correspondiente a \$349.779.208 por ellos, sin embargo, dando alcance al cruce de cuentas estipulado en el parágrafo de la cláusula décima séptima del contrato, en el acta de liquidación se estipuló que aquella suma se descontaba de la cláusula penal, por tanto, se advierte que no se le adeuda nada. En todo caso, también debe revisarse que, con las pruebas recaudadas en este trámite, quedó demostrado que el incumplido fue el contratista, de modo que era procedente el cruce de cuentas que

finalmente quedó establecido en el acta de liquidación.

3. CLAUSULA PENAL ES ABUSIVA O LEONINA.

Dice la demandada que *"En el presente caso la CLÁUSULA DECIMA OCTAVA al señalar la cláusula penal, solo realizó mención a una de las partes, es decir que el único incumplimiento que generaba imposición de la cláusula penal era el de mi representada, de una parte, estableció una unilateralidad, que sin bien la ley las permite si termina en el presente caso rompiendo por abuso del derecho la conmutatividad del contrato, estableciendo un desequilibrio en favor del contratante al permitir que este imponga la sanción, y de otra parte, realizar su tasación a través del Comité Fiduciario del Fideicomiso Asistencia Técnica Findeter.*

Pero no contentos con imponer la sanción, determinar el monto en el párrafo de la CLÁUSULA DECIMA NOVENA determina que de los saldos adeudados se pueden descontar. Por todo lo anterior, se consideró que se genera una nulidad la cláusula penal y su procedimiento para imponerla."

Con relación a esta excepción, toca indicar que, en contra de lo que dice la sociedad demandada, la cláusula penal es aplicable a quien incumpla el contrato que, en este caso, fue ella. De otro lado, bastaba con que el incumplimiento fuera parcial para que se causara la obligación. Así mismo, cabe señalar que, si, hipotéticamente, se hubiera encontrado demostrado el incumplimiento por parte del contratante, se purgaría la mora y a ninguna de las partes tendría derecho a recibir el pago de la cláusula penal.

En cuanto al carácter presuntamente abusivo de la sanción impuesta, refiere que ello es así porque además de la sanción se procedió a liquidarla descontando los valores que la contratante adeudaba al contratista, sin embargo, tal como se explicó antes, el cruce de cuentas también fue pactado en el contrato, y se encuentra en párrafo de la cláusula décima séptima "LIQUIDACION DEL CONTRATO", así:

"PARÁGRAFO: (...) En la liquidación se realizará un cruce de cuentas y se consignaran las prestaciones pendientes de pago de las partes y en general, todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos inherentes a la ejecución de la aceptación de oferta, de tal suerte que las partes puedan declararse a paz y salvo, sin perjuicio de las salvedades a que haya lugar."

De tal manera que, el descuento realizado en el acta de liquidación no es abusivo, y tampoco se genera ninguna causal de nulidad sobre la cláusula penal, debiendo agregar que en este caso no se ha destruido la presunción de validez, eficacia y legalidad del contrato.

Sobre este aspecto, de antaño tiene decantado la Corte Suprema de Justicia que: *"El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley.*

La presunción de la validez y eficacia del acto jurídico ampara y favorece a quienes en él han intervenido como partes, cuando se trata de un acto bilateral, o a quien lo ha realizado cuando es unilateral.

Quiere decir esto que para anular o desvirtuar un acto de esa naturaleza, es preciso que quien lo impugna destruya esa presunción, lo cual no puede verificarse sino aduciendo la prueba plena del caso, que demuestre o los vicios internos del acto o la falta de las solemnidades o formalidades requeridas (...)"

(CSJ. Civil. Sentencia del 15 de marzo de 1944)

4. DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO Y LA BUENA FE EN RELACIÓN CON LA CLAUSULA PENAL IMPUESTA Y POR ELLO ACARREA LA INAPLICABILIDAD DE LA MISMA; y CUMPLIMIENTO PARCIAL O LA EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS

Para resolver sobre estas excepciones, basta con remitirse a los argumentos planteados sobre la anterior, puesto que, en esencia, se fundamentan en las mismas razones.

Adicionalmente, cuestiona la demandada que el procedimiento para la liquidación de la cláusula penal no fue el indicado en la cláusula decimonovena del contrato. No obstante, sobre el particular es necesario indicar que la referida cláusula regula la liquidación de la cláusula penal de apremio, no la cláusula penal, pues esta está definida en la cláusula décimo-octava, y refiere que quien incumpla el contrato de manera total, parcial, o defectuosa, debe pagar el equivalente al 20% del valor del contrato, pero nada se indica sobre su trámite de liquidación. Lo que sí estipula el contrato es el trámite de la liquidación como tal del contrato, esto "*de común acuerdo, a la expiración del término previsto para su ejecución o a la terminación anticipada del mismo o a la comunicación por parte del CONTRATANTE al CONTRATISTA de la resolución o terminación por incumplimiento, dentro del plazo fijado en los términos de referencia o el fijado de común acuerdo entre las partes, en su orden, y en ausencia de los anteriores, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la ocurrencia de una de las anteriores circunstancias*"; lo anterior según lo pactado en la cláusula décima séptima del contrato.

Asimismo, debe diferenciarse que, la cláusula penal entra en la liquidación del contrato mismo, cuando este termina por alguna de las circunstancias señaladas, y en caso tal de haberse causado. Por el contrario, la cláusula penal de apremio, que cuenta con su propio trámite de liquidación y sus propias causales de generación según los literales a y b, se debe verificar durante el plazo de ejecución del contrato o al término de este, pero "***sin que se extinga la obligación principal***".

Es más, el procedimiento al que hace referencia la parte demandada donde echa de menos la intervención por parte del Comité Fiduciario del Fideicomiso Asistencia Técnica -Findeter, como la encargada de determinar el monto a pagar de la cláusula penal de apremio, se realiza cuando se presenta el escenario descrito en el literal b, es decir: "*Por mora o incumplimiento parcial de las obligaciones adquiridas en virtud del presente contrato hasta por un valor equivalente al uno por ciento (1%) del valor del contrato por cada día de mora o de incumplimiento sin que se supere el diez por ciento (10%) del valor del contrato*"

En ese orden, se observa que durante la ejecución del contrato fueron tres (3) los trámites de apremios que, con base en la cláusula decimonovena, de los cuales solo el primero fue concluido con sanción, así:

1. Apremio por retraso en la entrega e incumplimiento parcial de los productos 1 y 2 del contrato
2. Apremio por la demora en la entrega de los productos 3, 4, 6 y 7 del contrato
3. Apremio iniciado el 10 de junio de 2019

Así mismo, ya finalizado el contrato, fueron dos los trámites por la aplicación de la cláusula

penal, el primero que optaba por una aplicación parcial, pero que fue desistido “por cuanto no se estaba dando cumplimiento a la CLAUSULA DECIMO OCTAVA – CLAUSULA PENAL”; esto en razón a que, la referida clausula no permite una aplicación parcial de la sanción, sino de un total equivalente al 20% del valor del contrato, con independencia de si el incumplimiento fue total o parcial, o incluso defectuoso, siempre y cuando el contrato se encuentre finalizado, sin que persistiera la obligación principal.

El segundo trámite sobre la cláusula penal concluyó con la decisión de hacerla efectiva, esto según lo resuelto en el acta de cierre del procedimiento de apremio del 24 de julio de 2020 suscrita por el representante legal de Fiduciaria Bogotá SA.

En todo caso, amén de las diferencias señaladas entre la cláusula penal de apremio, y la cláusula penal, lo cierto es que el hecho de la determinación del monto de esta última por parte del Supervisor del contrato, no hace que aquella deba desecharse o pasarse por alto, solo porque no hiciera lo mismo el Comité Fiduciario del Fideicomiso Asistencia Técnica -FINDETER, porque desde el mismo contrato, clausula novena, viene determinado que el Supervisor tenía la función de realizar el seguimiento, técnico, administrativo, **financiero, contable** y jurídico sobre el **cumplimiento del objeto contractual y verificar que el mismo se ejecute de acuerdo con las especificaciones y normas del contrato**, es decir, es un actor ampliamente facultado para establecer el monto de la cláusula penal, y ello fue aceptado por el contratista cuando suscribió el acuerdo de voluntades.

Conclusiones

De acuerdo con todo lo expuesto, concluye esta instancia que el contrato de Consultoría PAF-ATF-C-039-2015, fue incumplido por la sociedad DICONSULTORIA S.A., al haber finalizado el plazo de ejecución pactado, y no hacer entrega de los productos Nos. 5 y 6. Así, el contrato no fue incumplido por la contratante FIDUCIARIA BOGOTA (Vocera) de FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER, quien por el contrario, estando presto a continuar la ejecución, aprobó las prórrogas y otrosíes con la finalidad de que se lograra el objetivo de la contratación.

Así mismo, se concluye que las excepciones de mérito planteadas por la sociedad DICONSULTORIA S.A. dentro de la demanda principal, deben ser declaradas no probadas.

En consecuencia, hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda principal, ordenando el pago de la cláusula penal; y a negar las pretensiones de la demanda de reconvenición.

Vale mencionar que la parte demandante pretende el pago de la cláusula penal y de intereses moratorios causados desde el 14 de octubre de 2020, hasta que se verifique el pago efectivo de la obligación; sin embargo, tal pretensión resulta improcedente si se tiene en cuenta que, la cláusula penal en sí misma ya constituye una sanción por el incumplimiento del contrato, entonces, imponer el pago de intereses moratorios, que también se constituyen como una sanción, sería aplicar una doble sanción a la sociedad demandada. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Quiere decir lo anotado, que el monto estipulado y calificado por el Tribunal como “cláusula penal” resarciría los perjuicios moratorios, derivados del incumplimiento de la promesa, de suerte que el cobro de rubros distintos por el mismo concepto, no sería viable, amen que si las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada justipreciaron convencionalmente de

antemano esa especie de indemnización, se entiende que ella lleva inmersa cualquier otro concepto, luego reconocerlos implicaría habilitar un doble pago. Esto, debido a que, es inocultable que la voluntad de las partes fue acordar una suma específica como contraprestación punitiva por el incumplimiento, sin aditamento alguno, esto es, sin intereses [...]. Y no se diga que por el hecho de que desde la fecha en que se dio el incumplimiento hasta el momento en que debe ser satisfecha la "cláusula penal" hubiere pasado algún tiempo considerable se torna viable el reconocimiento de intereses moratorios sobre el monto pactado, habida cuenta que tanto la ley como la jurisprudencia permiten el apartamiento de lo literalmente establecido por tal concepto [...]. En efecto, tanto el artículo 1601 del Código Civil como el 867 del Código de Comercio contemplan límites a la cuantificación de la cláusula penal, habilitando [...] a las partes para acudir o no a su reclamación. Es así como el artículo 1600 del Código Civil es claro al señalar, que "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena".(Sentencia SC3971 de 2022).

Así las cosas, se condenará al pago de la sanción en la suma pactada, y que equivale a \$192.715.272.00, luego de compensados los valores adeudados al demandado y reconocidos por la actora, y al pago de intereses moratorios sobre esa cifra, solo en caso de que la parte demandada no acredite su pago dentro de los diez (10) días siguientes a esta misma providencia.

Finalmente, se condenará en costas a la sociedad DICONULTORIA S.A. en proporción a sus pretensiones de la demanda de reconvención y de conformidad con lo previsto en el acuerdo PSAA16-10554 CSJ en cuanto a los procesos declarativos en general de mayor cuantía.

En mérito de lo expuesto, este Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO probadas las excepciones de fondo deprecadas por la sociedad demandada DICONULTORIA S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la sociedad DICONULTORIA S.A., planteadas en su demanda de reconvención, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR que la sociedad DICONULTORIA S.A. es civilmente responsable por el incumplimiento del contrato de Consultoría PAF-ATF-C-039-2015, celebrado con FIDUCIARIA BOGOTA (Vocera) de FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER, al haber finalizado el plazo de ejecución pactado, y no hacer entrega de los productos Nos. 5 y 6, de conformidad con lo previamente expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad DICONULTORIA S.A., a pagar la cláusula penal pactada en el contrato, en la suma de CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS QUINCE MIL

DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/C (\$192.715.272), de conformidad con lo previamente expuesto.

La anterior suma deberá ser pagada dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión. Si la sociedad DICONSULTORIA S.A., no procediere a sufragar el anterior rubro, cancelará a favor de la demandante los intereses moratorios comerciales según certificación de la Superintendencia Financiera.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandante sociedad DICONSULTORIA S.A. Fijese como agencias en derecho la suma equivalente al 3% de sus pretensiones en la demanda de reconvencción, estimadas en \$479.149.600, es decir, en la suma de \$14.374.488, de conformidad con lo previsto en el acuerdo PSAA16-10554 CSJ.

OCTAVO: En su oportunidad procédase al archivo del expediente.
Esta decisión queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ESTEPHANY BOWERS HERNANDEZ
Juez

JUZGADO 04 CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

EN ESTADO Nro. **030** DE HOY **26 FEB. 2025**
NOTIFICO A LAS PARTES EL CONTENIDO DEL AUTO QUE
ANTECEDE.

LINDA XIOMARA BARON ROJAS
Secretaria