



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL  
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN TERCERA**

*Juez: ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

**Bogotá D.C.**, dos (2) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**Medio de Control:** Controversia Contractual  
**Radicación:** 110013336038201700101-00  
**Demandante:** Departamento de Cundinamarca  
**Demandado:** Hernán Carrasquilla Coral  
**Asunto:** Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

**I.- DEMANDA**

**1.- Pretensiones**

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare la existencia del contrato de prestación de servicios N° 0004 de 2015, el cual tenía por objeto prestar los servicios profesionales para la representación judicial y extrajudicial del Departamento de Cundinamarca, en los procesos que, en materia comercial, laboral y contencioso administrativo, era parte o debía ser parte la entidad, así como brindar asesoría jurídica en asuntos relacionados con dichas materias.

1.2.- Se declare que el contratista Hernán Carrasquilla Coral incumplió sus obligaciones a cargo del Contrato N° 0004 del 2015 por no interponer a tiempo dos (2) acciones de repetición.

1.3.- Se declare que el anterior incumplimiento contractual conllevó a una pérdida de oportunidad para el Departamento de Cundinamarca, en cuanto a repetir en contra el ex funcionario Pedro María Ramírez Ramírez, y de esta

manera recuperar los dineros pagados por las condenas impuestas a la entidad en los procesos N° 2001 – 5806 y N° 2005 – 0008.

1.4.- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se disponga el pago a favor de la demandante y en contra del señor Hernán Carrasquilla Coral, de la suma de \$305.861.672 correspondientes a los perjuicios derivados del incumplimiento contractual que corresponden a los dineros que pretendía recuperar el Departamento de Cundinamarca, a través de los dos (2) medios de control de repetición que no ejerció el contratista en contra del respectivo funcionario.

1.5.- Se condene al demandado al pago de intereses moratorios sobre la anterior suma de dinero desde la ejecutoria de la sentencia y hasta que se realice el pago efectivo al Departamento de Cundinamarca.

1.6.- Se condene a la compañía Seguros del Estado S.A., a asumir el pago de la condena como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del asegurado del precitado contrato.

1.7.- Se condene en costas y agencias en derecho al demandado.

## **2.- Fundamentos de hecho**

El Departamento de Cundinamarca persigue la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual del señor Hernán Carrasquilla Coral respecto del contrato de prestación de servicios N° 0004 de 2015, por la omisión de instaurar dos (2) demandas del medio de control de repetición en contra del exfuncionario Pedro Ramírez Ramírez, lo que conllevó a la pérdida de la oportunidad de recuperar los dineros pagados por la entidad pública como consecuencia de las condenas impuestas en los procesos radicados bajo los Nos. 2001-5806 y 2005-0008, en cuantía de \$305.861.672.

## **II.- CONTESTACIÓN**

El 1° de junio de 2018<sup>1</sup> el apoderado judicial del señor Hernán Carrasquilla Coral dio contestación a la demanda, en la cual admitió como ciertos los hechos referentes a que él tenía la obligación de presentar demandas de repetición ante

---

<sup>1</sup> Folios 126 a 134 del Cuaderno 1

la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y que existió un incumplimiento parcial, porque le faltó radicar las demandas relacionadas con los procesos Nos. 2001 5806 y 2005 0008, por no contar con un certificado de tesorería idóneo que acreditara en debida forma el pago de las condenas a cargo del Departamento de Cundinamarca.

Igualmente, afirmó que en virtud de ello le fue aplicada la cláusula penal mediante Resolución N° 029 de 2015, motivo por el cual no hay lugar a reconocer otro rubro diferente por concepto de perjuicios, ya que la administración se pagó de los mismos.

A partir de lo anterior propuso las excepciones de mérito denominadas “no encontrarse probada la pérdida de oportunidad” e “indebida tasación del valor de la indemnización”, puesto que no existe certeza de que en el evento de ejercer los medios de control de repetición en contra del ex funcionario Pedro María Ramírez efectivamente se lograría recuperar los dineros pagados por el Departamento de Cundinamarca, con ocasión a las condenas impuestas a la entidad, dado que el solo hecho de presentar las demandas no le asegura a la administración que el fallo le sea favorable.

### III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

El 15 de marzo de 2017<sup>2</sup> la demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos de Bogotá D.C., quien efectuó reparto del asunto correspondiéndole el conocimiento a este Despacho Judicial.

Por auto del 14 de julio de 2017<sup>3</sup> se dispuso la admisión del medio de control de controversias contractuales. En el mismo proveído, se resolvió rechazar la demanda en lo que respecta a los contratos Nos. 004-2012, 005-2013 y 003 - 2014 por haber operado la caducidad de la acción.

El 6 de marzo de 2018<sup>4</sup> se practicaron las notificaciones vía correo electrónico al demandado Hernán Carrasquilla Coral, a la Procuraduría 80 Judicial Administrativa de Bogotá D.C., y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. De forma simultánea se surtieron las notificaciones por correo postal para los días 26, 27 de junio y 5 de julio de 2018<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Ver sello folio 108 del Cuaderno 1

<sup>3</sup> Folio 110 del Cuaderno 1

<sup>4</sup> Folios 119 a 123 del Cuaderno 1

<sup>5</sup> Folios 152 a 161 del Cuaderno 1

El 1° de junio de 2018<sup>6</sup> el demandado Hernán Carrasquilla Coral por conducto de su apoderado judicial contestó en tiempo la demanda. En la misma fecha, llamó en garantía a Seguros del Estado S.A., siendo admitido el 5 de octubre de 2018<sup>7</sup>. Enseguida, el día 8 del mismo mes y año, se surtió la notificación de ese proveído al tercero citado<sup>8</sup>, quien dentro del término se pronunció sobre el particular.

En audiencia del 25 de julio de 2019<sup>9</sup> se pospuso para la sentencia el estudio de la excepción de la falta de legitimación en la causa por activa del señor Hernán Carrasquilla Coral para formular el llamamiento en garantía. En la misma oportunidad se evacuaron los demás tópicos como la fijación de litigio, y el decreto de pruebas de las partes, entre otros.

Posteriormente, en audiencia de pruebas del 13 de febrero de 2020<sup>10</sup>, se practicaron los medios probatorios decretados, tales como el interrogatorio de parte absuelto por el señor Hernán Carrasquilla Coral, el testimonio de la señora Martha Cecilia Cañón Solano; además, se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

#### **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **1.- Parte Demandante**

La apoderada judicial de la parte demandante<sup>11</sup>, formuló sus alegatos de conclusión iterando los argumentos de la demanda.

##### **2.- Parte Demandada**

El mandatario judicial del demandado<sup>12</sup> formuló sus alegatos de conclusión con similares planteamientos a los expuestos en la contestación de la demanda, motivo por el cual el Despacho no encuentra necesario hacer resumen de los mismos.

---

<sup>6</sup> Folios 124 a 134 del Cuaderno 1

<sup>7</sup> Folios 17 a 18 del Cuaderno 2

<sup>8</sup> Folios 19 a 21 del Cuaderno 2

<sup>9</sup> Folios 166 a 170 del Cuaderno 1 incluido 1 DVD-R contentivo de la audiencia inicial del 7 de febrero de 2019

<sup>10</sup> Folios 177 a 180 del Cuaderno 1

<sup>11</sup> Folios 181 a 186 del Cuaderno 1

<sup>12</sup> Folios 187 a 192 del Cuaderno 1

## **CONSIDERACIONES**

### **1.- Competencia**

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 104 numeral 2, 155 numeral 5 y 156 numeral 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **2.- Problema Jurídico**

Al Despacho le corresponde determinar, tal como se dispuso en la audiencia inicial, si procede la declaratoria de existencia del contrato No. 004-2015 y el incumplimiento del mismo por parte del contratista Dr. Hernán Carrasquilla Coral, quien con su supuesto incumplimiento dio lugar a que la entidad perdiera la oportunidad de interponer los medios de control de repetición en dos procesos a su cargo y de ese modo recuperar los dineros que pagó la administración en cumplimiento de fallos judiciales.

De igual manera, se deberá determinar si es procedente la liquidación judicial del contrato de prestación de servicios profesionales N° 0004 de 2015.

En caso de acreditarse la existencia de un perjuicio mayor al reconocido con la aplicación de la cláusula penal como consecuencia del incumplimiento parcial de la obligación reprochada en contra del abogado Henry Carrasquilla Coral, se habrá de determinar si la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A., debe asumir el pago de la eventual condena con base en la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal N° 17-44-101121269.

### **3.- Generalidades del tratamiento de la cláusula penal e indemnización de perjuicios en las Controversias Contractuales**

Respecto a las controversias contractuales, el artículo 141 del CPACA señala:

“cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando ésta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo para liquidar de mutuo acuerdo...”.

En materia del medio de control de controversias contractuales se puede demandar el incumplimiento del contrato con el fin de perseguir la aplicación de la cláusula penal o la indemnización de perjuicios.

La cláusula penal es la estimación anticipada de los posibles perjuicios que se llegaran a ocasionar como resultado del incumplimiento de las obligaciones pactadas entre las partes, resulta entonces una sanción de carácter pecuniaria que recae sobre la parte que incumple las obligaciones contractuales.

No obstante, se le ha otorgado a la administración la posibilidad de adoptar el principio de proporcionalidad al momento de declarar el incumplimiento e imponer la multa, toda vez, que puede presentarse un incumplimiento parcial, y, por lo tanto, debe existir en este caso, una igualdad por parte del contratista respecto de las obligaciones que sí cumplió.

Es dable traer a colación el artículo 1592 del Código Civil, que define la cláusula penal en los siguientes términos:

“(...) 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. (...)”<sup>13</sup>

Entonces, se tiene que la cláusula penal es una figura que tiene como finalidad asegurar el cumplimiento en los contratos, por tanto, la parte que incumpla lo estipulado en el negocio jurídico, estará en la obligación de cumplir lo pactado como pena, como consecuencia de su incumplimiento. Esta cláusula se encuentra encaminada a la prevención y apreciación anticipada de los perjuicios que pueda llegar a ocasionar el contratante con su incumplimiento, facilitando su exigibilidad.

El Consejo de Estado, en sentencia de 19 de agosto de 2004, frente a la cláusula penal precisó lo siguiente:

“(...) La cláusula penal pecuniaria, que constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula, es definida por el artículo 1592 del Código Civil. (...)”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Consulta efectuada en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil\\_pr049.html#1592](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr049.html#1592)

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 19 de agosto de 2004, Expediente N° 25000-23-26-000-1990-6904-02 (12343)

Se debe resaltar, adicionalmente, que la Ley 1474 de 2011 otorgó a las entidades la potestad de cuantificar los perjuicios al momento de declarar el incumplimiento, el siniestro, multas y otras sanciones contractuales, así:

**“ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.** Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo<sup>15</sup>, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido.

En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

<Texto adicionado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 537 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:>

**Procedimientos sancionatorios.** Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las audiencias programadas de conformidad con el procedimiento establecido en el presente

<sup>15</sup> Parte subrayado declarado exequible, cargos examinados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-499-15 de 5 de agosto de 2015, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

artículo, se podrán realizar a través de medios electrónicos, los cuales deberán garantizar el acceso de los contratistas y de quienes hayan expedido la garantía.

La entidad estatal debe elegir y garantizar los medios electrónicos y de comunicación que utilizará, así como los mecanismos para el registro de la Información generada.

Sin perjuicio de lo anterior, el ordenador del gasto o funcionario competente podrá decretar la suspensión de términos, inclusive los iniciados con anterioridad a la vigencia de este Decreto. (...)”<sup>16</sup>

En consonancia con lo anterior, el artículo 1596 del Código Civil establece que si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.

Una vez precisado el alcance de la cláusula penal, también es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 1600 del Código Civil, que dice:

**“ARTICULO 1600. <PENAS E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>**. 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. (...)”

A su vez, el artículo 1601 del Código Civil contempló en cuál evento se puede considerar la cláusula penal como enorme. Veamos:

**“ARTICULO 1601. <CLAUSULA PENAL ENORME>**. Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

**En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.** (...)”<sup>17</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Aunado a lo anterior, recientemente el Consejo de Estado en sentencia de 28 de noviembre de 2019, hizo alusión al tratamiento jurídico dado a la cláusula penal e indemnización de los perjuicios con ocasión al análisis de la acción de simple

<sup>16</sup> Consultado en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil\\_pr049.html#1592](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr049.html#1592)

<sup>17</sup> Consultado en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011\\_pr001.html#86](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011_pr001.html#86)

nulidad ejercida contra apartes del artículo 14 del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008, expedido por el Presidente de la República, así:

“(…) Desde sus orígenes en el derecho romano, la *stipulatio poenae* fue concebida como una obligación de pagar una *pena* en caso de que otra obligación fuera incumplida, y tuvo una función originalmente represiva – punitiva-, en tanto se dirigía a sancionar cualquier incumplimiento del deudor, con independencia de la idea de si éste había causado o no un perjuicio al acreedor, pero que, con el tiempo, fue adoptando una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados para el acreedor, a partir del incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor.

Fue Pothier quien analizó de manera completa y sistemática esta institución, estableciendo cinco principios que reflejan la naturaleza de la cláusula penal, conclusiones que, junto con la antigua legislación española –las Siete Partidas de don Alfonso el Sabio y el Fuero Real-, sirvieron de fundamento a las normas que regularon la cláusula penal del Código Civil chileno redactado por el señor Bello, que coinciden con el colombiano y que, en palabras de la doctrina, “pareciera como si, en principio, el señor BELLO se hubiese inclinado por la tesis del carácter netamente compensatorio de perjuicios de este pacto accesorio, minimizando, por no decir excluyendo, toda idea de pena privada”<sup>18</sup>. Los cinco principios planteados por Pothier, fueron:

#### PRINCIPIO PRIMERO

339. Siendo la obligación penal, por su naturaleza, accesoria a una obligación primitiva y principal, la nulidad de ella entraña la nulidad de la obligación penal. La razón está en que es de la naturaleza de las cosas el no poder subsistir sin la cosa principal (...).

#### PRINCIPIO SEGUNDO

341. La nulidad de la obligación penal no entraña la de la obligación primitiva. La razón está en que en rigor, lo accesorio no puede subsistir sin lo principal; mas lo principal no depende del accesorio y puede subsistir sin él (...).

#### PRINCIPIO TERCERO

342. La obligación penal tiene por fin asegurar la obligación principal (...).

#### CUARTO PRINCIPIO

343. Esta pena es estipulada con la intención de indemnizar al acreedor de la inexecución de la obligación principal; es por consiguiente compensatoria de los daños y perjuicios que sufre por la inexecución de la obligación principal (...).

#### PRINCIPIO QUINTO

346. La pena estipulada en caso de inexecución de una obligación, puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva (...)<sup>19</sup>.

**Y como lo reconoce el profesor Navia Arroyo, que sostiene una posición contraria, “una mayoría abrumadora de la doctrina” extranjera<sup>20</sup> y nacional<sup>21</sup> está de acuerdo con estas ideas de Pothier, y coinciden en la consideración de que la cláusula penal es un avalúo anticipado y**

<sup>18</sup> Navia Arroyo Felipe, “La cláusula penal en la transacción”, en: “Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos, Libro Homenaje a Fernando Hinestroza”, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, pg. 487.

<sup>19</sup> Pothier, R. J., “Tratado de las Obligaciones”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1978, pg. 207 a 212.

<sup>20</sup> Alfredo Barros Errázuriz; Arturo Alessandri Rodríguez; Ramón Mesa Barros; Jacques Flour y Jean-Luc Aubert; Philippe Malaurie y Laurent Aynes; Henri, León y Jean Mazeaud; Francois Chabas; Boris Starck, Jean Carbonnier; Léon Julliot de la Morandière; Alex Weill y Francois Terre.

<sup>21</sup> Jorge Cubides Camacho, Guillermo Ospina Fernández y Fernando Hinestroza.

**convencional de los perjuicios por incumplimiento o mora contractual, es decir "(...) una de las maneras que contempla la ley para estimar los daños, que vendría a agregarse a la estimación judicial (arts. 1608 a 1616 C.C.) y a la estimación legal (art. 1617 C.C.) de los mismos"<sup>22</sup>.**

En el ordenamiento jurídico nacional, las normas de derecho privado que se refieren a la cláusula penal, se encuentran tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio. El primero, establece:

*Art. 1592- 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.*

Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio, dispone:

*Art. 867.- Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse (...).*

Sobre la naturaleza de la cláusula penal, ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

*Entendida pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, **por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato***<sup>23</sup>.

En reciente providencia, la Sala de Casación Civil recalcó la naturaleza polifuncional de la cláusula penal, en cuanto puede tener diversas finalidades<sup>24</sup>:

*(...) 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 accesorio», 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.*

<sup>22</sup> Navia Arroyo, Felipe, ob. cit., pg. 498 y 499.

<sup>23</sup> Sentencia del 23 de mayo de 1996, expediente 4607, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

(...)

Esta Corporación en sentencia SC, 7 oct. 1976, G.J. t. CLII, n.º 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 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’ (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 eventos sí 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)».

Como se advierte, la cláusula penal pecuniaria, si bien puede constituir, cuando así expresamente se pacta, la conminación al cumplimiento bajo amenaza de pena, mayormente corresponde a la previsión convencional de las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento:

Puede suceder que los contratantes se interesen en la previsión de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato que han celebrado, cuestión que es posible mediante la inserción de una cláusula penal en el contrato.

Generalmente, esa cláusula comporta una estimación anticipada de los perjuicios que ocasionaría el incumplimiento por parte de uno de los contratantes, pero también puede ir más allá de la mera estimación de los perjuicios e implicar una conminación al cumplimiento (...).

Al momento de celebrar el contrato mercantil, observamos un doble efecto en la cláusula penal: uno “valorativo”, pues las partes realizan una evaluación anticipada del perjuicio que ocasionará el incumplimiento; y un efecto “persuasivo”, pues con tal valoración se supone que inducirá a las partes al cumplimiento de sus obligaciones dentro del término concedido en el mismo contrato.

**Una vez se produce el incumplimiento contractual, podemos observar en la cláusula penal otros efectos importantes, pues en ese momento la cláusula desempeña por lo general una función “indemnizatoria”, pues se resarcirá con ella el perjuicio que ha ocasionado el incumplimiento; pero también, en ciertas ocasiones en las cuales así lo estipulan expresamente los contratantes, cumplirá una función punitiva,**

**pudiendo exigirse el pago de la pena, independiente de la indemnización de perjuicios a que haya lugar<sup>25</sup>.**

En materia de contratación estatal, se observa que en los estatutos que la regularon en el pasado, el legislador previó la inclusión en los contratos administrativos, de una cláusula penal pecuniaria, con una connotación indemnizatoria, más que punitiva, frente al incumplimiento contractual. Al respecto, el artículo 72 del Decreto-Ley 222 de 1983, disponía:

*Art. 72. De la cláusula penal pecuniaria.- En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.*

*La cuantía de la cláusula penal debe ser proporcional a la del contrato.*

*El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante.*

Y el artículo 73 del mismo estatuto, establecía que la entidad podía tomar el valor de la cláusula penal directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida, y si no fuere posible, se cobraría por jurisdicción coactiva.

El entendimiento jurisprudencial de esta disposición ha sido entonces, principalmente, el de que se trata del cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad se derivan del incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, por lo que una vez éste se presenta, la entidad puede, o bien declarar la caducidad del contrato, si el mismo se halla vigente, o declarar el incumplimiento del mismo, si ya había vencido su plazo, y en ambos casos, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria estipulada:

**Se entiende la exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria en el caso sub iudice, porque el art. 72 corrobora la afirmación precedente, al disponer que ‘se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento’ y porque, además, el valor de la cláusula penal que se haga efectiva ‘se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante’. (Decreto 222 de 1983).**

**Cuando se declara la caducidad por incumplimiento o se declara el solo incumplimiento en los eventos del antecitado art. 72, la ley presume que se causaron perjuicios por el valor de la cláusula. Y hasta ese valor el acto de caducidad prestará mérito ejecutivo; vale decir, en este campo sólo hasta ese valor irá el poder exorbitante de la administración contratante en materia de perjuicios por incumplimiento. Porque si la administración estima que los perjuicios son superiores al valor de la aludida cláusula, tendrá que exigirlos y demostrarlos ante el juez del contrato mediante una acción de responsabilidad contractual y no establecerlos en forma unilateral<sup>26</sup>.**

<sup>25</sup> Arrubla Paucar, Jaime Alberto, “Contratos mercantiles, Teoría general del negocio mercantil”, Legis Editores S.A., 13ª ed., 2012, pg. 145 y 150.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1989, expedientes 5253 y 5298, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. “La cláusula penal pecuniaria, que constituye un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula (...)”: sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 12342, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; “Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta –para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista (...)”: sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, C.P. Enrique Gil Botero. “Las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. Por regla general, las cláusulas penales tienen como finalidad la de ser una apreciación anticipada de los perjuicios, y sólo mediante pacto expreso e inequívoco cumple las

Se advierte entonces, que, frente a las situaciones de incumplimiento contractual en materia de contratos de la administración pública, en el anterior estatuto de contratación estatal, contenido en el Decreto-Ley 222 de 1983, se contemplaba la facultad exorbitante de la entidad contratante de declarar la caducidad del contrato cuando el mismo se hallaba en ejecución, “si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causan perjuicios a dicha entidad” (literal f) del artículo 62). Pero así mismo, se consagró la posibilidad de la entidad para, una vez vencido el contrato, declarar su incumplimiento, con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la cual también era de forzosa estipulación en el contrato administrativo (arts. 60 y 72)<sup>27</sup>.

Posteriormente, el nuevo estatuto de contratación estatal, contenido en la Ley 80 de 1993, en relación con las situaciones de incumplimiento del contratista, consagró la facultad excepcional de la entidad estatal, de declarar la caducidad del contrato –art. 18-, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, por medio de acto administrativo debidamente motivado, a través del cual lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Decisión que, así mismo, es constitutiva del siniestro de incumplimiento, según reza la referida norma.

La Ley 80 de 1993 no consagró la competencia de las entidades estatales para declarar el incumplimiento de los contratos una vez terminados, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, como tampoco estableció la obligatoriedad de pactar esta última en ellos, como no lo hizo tampoco con la antigua facultad de pactar e imponer multas unilateralmente, como medio para constreñir al contratista a la correcta ejecución del contrato.

Fue con la expedición de la Ley 1150 de 2007, como ya se advirtió en otro aparte de esta providencia, que el legislador incorporó nuevamente dichas potestades a favor de las entidades estatales, en su artículo 17, del siguiente tenor:

**Artículo 17.** *Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.*

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

*Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta*

---

*finalidades de apremio o punitiva*”: Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 39285, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>27</sup> Además de la cláusula de multas en caso de mora o incumplimiento parcial, que era de forzosa estipulación en los contratos –artículos 60 y 71 del Decreto-Ley 222 de 1983- y que le permitía a la entidad su imposición unilateral mediante resolución motivada.

*ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.*

A partir de esta disposición, al lado de la facultad excepcional de declarar la caducidad del contrato, surge también la posibilidad de la entidad contratante de declarar su incumplimiento para efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que hubiere sido pactada, lo que puede hacer directamente la entidad, mediante la compensación con las sumas debidas al contratista, el cobro de la garantía correspondiente, o ejecutivamente para obtener su pago.

De acuerdo con lo anterior, en los contratos estatales el legislador ha contemplado diferentes mecanismos que pueden ser utilizados por la entidad contratante frente a la mora o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, como la imposición de multas, la declaratoria de caducidad del contrato o la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

En relación con esta última, así mismo, se prevé la posibilidad de que las partes incluyan en el contrato el cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios que para la entidad representará el incumplimiento contractual del contratista, mediante el pacto de una cláusula penal pecuniaria, que, por lo tanto, podrá hacerse efectiva como consecuencia de la declaratoria de caducidad, si el contrato está vigente, o de la declaratoria de incumplimiento.

**En este último caso, es decir, cuando se ha pactado la cláusula penal, la entidad no está obligada a acreditar el monto de los perjuicios sufridos y podrá cobrar el monto total de la cláusula penal, pero si considera que los perjuicios fueron superiores al mismo, deberá demandar ante el juez del contrato para acreditarlo dentro del respectivo proceso.**

La jurisprudencia de la Sección, de tiempo atrás así lo entendió, tal y como lo sostuvo, al referirse a la cláusula penal pecuniaria consagrada en el artículo 72 del anterior estatuto de contratación administrativa<sup>28</sup> y esa ha sido la posición que se ha mantenido en los últimos años:

**Pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato.**

*En ambos casos –por defecto o por exceso–, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta –para imponerla y cobrarla– de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad –este último como criterio auxiliar de la actividad judicial–, así se lo exigen (...).*

**Esta providencia<sup>29</sup> analiza la posibilidad que tiene el juez de aplicar el monto de la cláusula penal, esto es, que como resultado del proceso judicial podrá graduarla, pero advierte sobre la necesidad de probar los**

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1989, expediente 5253 (acumulado 5298), C.P. Carlos Betancur Jaramillo, ya citada.

<sup>29</sup> Se refiera a: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 septiembre de 1999, exp. 10264, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

**mayores perjuicios producidos por el incumplimiento, que superan lo calculado en la cláusula penal<sup>30</sup>.**

En otra ocasión, sostuvo:

27. Sobre tales pretensiones, advierte la Sala que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 del CCA, cualquiera de las partes de un contrato puede pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas, de tal manera que bien podía la entidad contratante demandar para obtener una declaratoria judicial de incumplimiento contractual, con la consecuente pretensión indemnizatoria, posibilidad que conservan aún en aquellos eventos en los que les es atribuida la competencia para declararlo unilateralmente para los efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria que hubiere sido pactada, cuando consideren que el monto de los perjuicios es superior a su valor, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia:

Quando la administración declara la caducidad del contrato, en ejercicio del privilegio de la decisión previa tiene competencia para ordenar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista incumplido, y así lo ha sostenido la Corporación. **Ahora si los perjuicios causados fueron inferiores al valor establecido en la cláusula penal pecuniaria resultaría lógico que el afectado con la decisión de la administración pidiera en vía gubernativa y luego en ejercicio de la acción contractual ante el juez natural la modificación del acto para que este ajustara la liquidación de los perjuicios anticipados al porcentaje real de incumplimiento, pero, si la cláusula penal no alcanzara a cubrir el monto de los perjuicios ocasionados, la entidad estaría también en condiciones de solicitar al juez del contrato el reconocimiento de la totalidad de los perjuicios que excediera la penalidad pactada<sup>31, 32</sup>**

Se observa así, que la ley contempla facultades excepcionales en materia de contratación a favor de las entidades estatales, que pueden ser ejercidas cuando el contratista incumple sus obligaciones: imponer multas unilateralmente, declarar la caducidad del contrato, declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, todas estas acciones, que puede adelantar directamente la entidad, mediante la expedición de actos administrativos, es decir sin acudir al juez del contrato. (...)”<sup>33</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Puntualmente, para el caso en estudio en efecto es factible que la administración demande la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual cuando exceden de los reconocidos con la cláusula penal pactada

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, C.P. Enrique Gil Botero. Reiterada en Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 39285, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, en la cual se sostuvo que “(...) la tasación de perjuicios por declaratoria del siniestro de incumplimiento debe estar atada, precisamente, al incumplimiento detectado por la entidad, pues no sería proporcional hacer valer la totalidad de la estimación anticipada de perjuicios –para lo que interesa al sub lite– si el incumplimiento no recae sobre la totalidad del objeto contractual. (...) En ese orden, es claro que la reducción de la estimación anticipada de perjuicios está condicionada al efectivo cumplimiento por parte de la contratista de las obligaciones contractuales”.

<sup>31</sup> [21] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de noviembre de 2004, expediente 24225, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de noviembre de 2017, expediente 34800, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección, Sala Plena, Sentencia 28 de noviembre de 2019, Consejera Ponente MARÍA ADRIANA MARÍN, Acción de Nulidad N° Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00034-00(36600) A Actor: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Demandado: NACIÓN - PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

en el contrato, siempre y cuando resulten probados en el medio de control de controversias contractuales.

#### **4.- Asunto de fondo**

Al Despacho le concierne, entonces, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, determinar si se debe declarar lo pedido por el Departamento de Cundinamarca, consistente en: i) la existencia del contrato de prestación de servicios N° 0004 del 15 de enero de 2015, ii) el incumplimiento parcial de la obligación específica N° 11 relacionada con la elaboración y presentación de la demanda de repetición, en el evento de que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Departamento decidiera que era viable instaurarla, iii) la indemnización de los perjuicios materiales para la administración por la pérdida de la oportunidad de recuperar los dineros pagados por concepto de condenas impuestas al Departamento en los procesos Nos. 2001-5806 y 2005-0008, que ascienden a la suma de \$305.861.672, y iv) la liquidación judicial del precitado contrato.

En su defensa el demandado, en la contestación de la demanda, admitió como cierto el incumplimiento parcial del contrato, y que en virtud de ello mediante Resolución N° 029 del 10 de septiembre de 2015 el Departamento de Cundinamarca, así lo declaró, y asimismo dio aplicación a la cláusula penal en cuantía del 2.5% del 15% acordado en el contrato de prestación de servicios 0004 del 15 de enero de 2015. Por ende, alegó que en el presente asunto la entidad demandante no logró demostrar la pérdida de oportunidad, igualmente cuestionó la tasación de la indemnización de los perjuicios por cuanto ya fueron indemnizados con el precitado acto administrativo.

En cuanto a la definición de contrato de prestación de servicios, el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, indica que son los que celebran las entidades estatales con personas naturales para que desarrollen actividades de administración o funcionamiento de la misma, que no pueden ser ejecutados por personal de planta o que requieren de conocimientos especializados.

Revisadas las pruebas obrantes se tiene en el presente asunto que ninguna de las partes pone en duda la existencia del contrato de prestación de servicios N° 0004 del 15 de enero de 2015, ni el incumplimiento parcial de la obligación N° 11, pues el revisar el contenido de la Resolución N° 029 del 10 de septiembre de 2015 y al valorar la confesión efectuada por el demandado en el interrogatorio

de parte absuelto por el abogado Hernán Carrasquilla Coral en audiencia del 13 de febrero de 2020<sup>34</sup>, se constata una relación contractual entre el Departamento de Cundinamarca y el demandado para la prestación de los servicios profesionales para la representación judicial y extrajudicial de la entidad, y además admitió el incumplimiento parcial de tal obligación; por ende, para el Despacho están más que acreditadas en el plenario tales circunstancias, por lo que no puede ser objeto de declaración judicial, a pesar de que ello está previsto por el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo.

No puede perderse de vista que la parte demandada nunca ha puesto en duda la existencia del contrato ni el incumplimiento de la obligación del numeral 11 del acápite de las obligaciones específicas. El apoderado judicial del demandado, en su contestación, fue claro en aceptar los hechos relativos a la celebración del contrato y su contenido, y el mismo Henry Carrasquilla Coral en su declaración dada al Despacho manifestó que tenía a cargo varias obligaciones y que se le pasó radicar las dos (2) demandas de repetición.

Por lo tanto, este Despacho considera innecesario declarar la existencia del referido contrato al igual que su incumplimiento, dado que la existencia de ese negocio jurídico resulta inocultable y porque en la Resolución 029 de 10 de septiembre de 2015 ya se hizo ese pronunciamiento. Veamos:

**“ARTÍCULO PRIMERO:** Declarar el incumplimiento parcial del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales 004 de 2015, suscrito entre Hernán Carrasquilla Coral, C.C. 79.325.053 y el Departamento de Cundinamarca – Secretaría Jurídica, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria prevista en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y en la Cláusula Novena del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales 004 de 2015, suscrito con Hernán Carrasquilla Coral, C.C. 79.325.053, en cuantía de TRESCIENTOS DIEZ MIL OCHOCIENTOS NOVENTA PESOS MCTE (\$310.890), por concepto de incumplimiento parcial del contrato, correspondientes al 2.15%.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1600 del Código Civil y la Cláusula Novena del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales 004 de 2015, suscrito entre Hernán Carrasquilla Coral y el Departamento de Cundinamarca – Secretaría Jurídica, en relación con que la aplicación de la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios causados y no cubiertos en su totalidad por el monto establecido como tasación anticipada de los mismos.

**ARTÍCULO TERCERO:** En consecuencia, declarar la ocurrencia del siniestro por el incumplimiento parcial del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales 004 de 2015, suscrito entre Hernán Carrasquilla Coral,

---

<sup>34</sup> Minuto 11:30 de la audiencia de pruebas del 13 de febrero de 2020 contenida en el DVD-R obrante folios 177 a 180 del Cuaderno 1

identificado con la cédula de ciudadanía número 79.325.053 y el Departamento de Cundinamarca – Secretaría Jurídica, riesgo amparado mediante póliza No. 17-44-101121269 expedida el 20 de enero de 20115 por Seguros del Estado S.A. (...)”<sup>35</sup>

En esos términos, la administración hizo uso de la facultad excepcional de declarar el incumplimiento parcial del contrato junto con la aplicación de la cláusula penal proporcional a lo acordado por las partes, por consiguiente, el análisis recae sobre si hay lugar a declarar una indemnización mayor a la ya reconocida en aquella Resolución por la presunta pérdida de oportunidad de recuperar los dineros pagados por el Departamento de Cundinamarca a causa de la no interposición de las demandas de repetición respecto de las condenas impuestas en las sentencias proferidas en los procesos Nos. 2001-5806 y 2015-0008, las que en conjunto ascienden a la cantidad de \$305.861.672.

Ahora, del contenido de la Resolución 029 del 10 de septiembre de 2015 se extrae que, al contratista Henry Carrasquilla Coral, el proceso N° 2001-5806 de Rosalba Chacón le fue asignado el 25 de junio de 2013, para el análisis de repetición, posteriormente el 17 de diciembre de 2013, el Comité de Conciliación tomó la decisión de repetir contra el exfuncionario señalado para tal fin, puesto que los pagos fueron realizados el 5 de febrero de 2013 y 4 de febrero de 2013. Y que, la acción caducó el 5 de febrero de 2015, por cuanto el abogado no presentó la respectiva demanda; Por otra parte, respecto del proceso N° 2005 – 0008 adelantado por el señor José Ignacio Vergara Ibáñez, el proceso le fue asignado el 2 de septiembre de 2013, enseguida para el día 17 del mismo mes y año el Comité de Conciliación tomó la decisión de repetir por el pago que se hizo el 26 de febrero de 2013, no obstante la acción caducó el 26 de febrero de 2015, debido a que el profesional del derecho tampoco presentó la demanda de repetición<sup>36</sup>.

De la parte motiva del precitado acto administrativo, se puede evidenciar que el abogado Henry Carrasquilla Coral aceptó los cargos del incumplimiento parcial del contrato, para la vigencia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales 004 de 2015.

No obstante, este Despacho no puede analizar circunstancias fácticas ni probatorias relativas a la pérdida de oportunidad por el no ejercicio de las dos

---

<sup>35</sup> Ver folio 68 del Cuaderno 1, contentivo de la parte resolutive de la Resolución N° 029 del 10 de septiembre de 2015

<sup>36</sup> Ver folios 65 y 66 del Cuaderno 1

acciones de repetición para los años 2012, 2013 y 2014, porque ello implicaría estudiar el cumplimiento de las obligaciones de los Contratos N° 004-2012, N° 005 de 2013 y N° 003 de 2014, respecto de los cuales la demanda fue rechazada por operar el fenómeno de la caducidad conforme a lo resuelto en auto del 14 de julio de 2017<sup>37</sup>.

De manera que, ante la operancia de la caducidad de dichos contratos, el análisis de la pérdida de oportunidad por la no presentación de las dos demandas de repetición solamente se circunscribe al Contrato N° 0004 del 15 de enero de 2015, cuyo periodo de ejecución de once (11) meses transcurrió entre el 21 de enero y el 20 de diciembre del año 2015<sup>38</sup>, y las acciones caducaron los días 5 y 26 de febrero del mismo año, según lo evidenció la Resolución N° 029 de 2015.

Entonces, es claro que para la entrada en vigencia del contrato N° 0004 de 2015 las dos demandas de repetición estaban próximas a caducar, pese a que ya habían sido asignadas en años anteriores al contratista; sin embargo, la supervisora del contrato, esto es la Directora de Defensa Judicial y Extrajudicial, Dra. Martha Cecilia Cañón Solano<sup>39</sup>, no advirtió tal situación, inmediatamente a la fecha de su designación como supervisora, esto es para el día 21 de enero de 2015.

Luego, pese a que no es posible hacer un análisis riguroso de los requerimientos efectuados con anterioridad al contrato N° 0004 de 2015, lo cierto es que tampoco existe certeza sobre los perjuicios demandados, dado que no resulta suficiente el argumento de que con la presentación de las demandas de repetición se habría podido recuperar los dineros que pagó el Departamento de Cundinamarca por las condenas impuestas en los procesos N° 2001-05806 y N° 2005-0008, puesto que para ello se requeriría no solo que las acciones de repetición sean falladas a favor de la entidad sino también que el exfuncionario en efecto pague a la entidad la eventual condena de repetición o cuando menos tenga la solvencia necesaria para que la entidad territorial se pague con su patrimonio en forma coercitiva si dicha persona no lo hace en forma voluntaria.

---

<sup>37</sup> Folios 110 a 111 del Cuaderno 1

<sup>38</sup> Folios 75 a 76 del Cuaderno 1

<sup>39</sup> Según designación contenida en el Oficio N° 0003 del 21 enero de 2015, obrante a folio 1 del Cuaderno 3

Por lo mismo, y conforme a la jurisprudencia citada en precedencia, es inviable que la jurisdicción de lo contencioso administrativo declare la existencia de un perjuicio mayor al reconocido con la aplicación de cláusula penal en la Resolución N° 029 del 10 de septiembre de 2015, puesto que no es de recibo que ese mayor valor surja de la expectativa que tiene la entidad de recaudar la totalidad de la condena que le fue impuesta por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Con todo, es preciso señalar que el Departamento de Cundinamarca puede, en esta ocasión, demandar un reconocimiento mayor de perjuicios derivados del incumplimiento contractual del señor Hernán Carrasquilla Coral, por cuanto así lo pactaron en la cláusula novena del contrato de prestación de servicios N° 0004 de 2015, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA NOVENA. – CLÁUSULA PENAL: En caso de incumplimiento injustificado definitivo o parcial del objeto del contrato o definitivo de cualquiera de las obligaciones contraídas en el contrato o declaratoria de caducidad, el CONTRATISTA conviene pagar al Departamento una suma equivalente al quince por ciento (15%) del valor total del contrato, suma que el Departamento hará efectivamente mediante el cobro de los saldos que adeude a el CONTRATISTA, si los hubiere para lo cual se entiende expresamente autorizado con la suscripción del presente contrato; si esto no fuere posible, se cobrará por vía judicial. **La aplicación de la cláusula penal no excluye la indemnización de perjuicios causados y no cubiertos en su totalidad por el monto establecido como tasación anticipada de los mismos.** Igualmente, la aplicación de la cláusula penal no exime al CONTRATISTA del cumplimiento de la obligación principal. (...)”<sup>40</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Por ende, el Departamento de Cundinamarca, en la Resolución 029 de 2015, aplicó la cláusula penal por valor de \$310.890 bajo un criterio de proporcionalidad por el incumplimiento parcial de la obligación N° 11 que trataba sobre la presentación de las demandadas de repetición ante esta Jurisdicción, lo que como se viene diciendo, no impide que la administración solicite el reconocimiento de perjuicios mayores, estimados en la suma de \$305.861.672.

Si bien la entidad territorial trajo como soporte probatorio, las sentencias que impusieron las condenas al Departamento de Cundinamarca<sup>41</sup>, las Resoluciones N° 002 y N° 007 del 22 y 27 de enero de 2013<sup>42</sup> que ordenaron los pagos de las mismas, los certificados de tesorería del 19 y 28 de febrero de 2013<sup>43</sup>, así como

<sup>40</sup> Ver folio 40 del Cuaderno 1

<sup>41</sup> Folios 1 a 21 y folios 27 a 48 del Cuaderno 9

<sup>42</sup> Folios 23 a 25 y folios 50 a 54 del Cuaderno 9

<sup>43</sup> Folios 11 a 13 del Cuaderno 1 Folios 26 y 55 del Cuaderno 9

la viabilidad de los Comités de Conciliación<sup>44</sup>, ello no garantiza ni demuestra en manera alguna que a través del ejercicio de los medios de control de repetición en contra del exfuncionario Pedro María Ramírez Ramírez, se lograría recuperar la suma de dinero equivalente a \$305.861.612, motivo por el cual es improcedente hablar de pérdida de oportunidad derivada del incumplimiento parcial de la obligación asumida por el contratista aquí demandado.

El Despacho no desconoce la conducta reprochable del contratista Hernán Carrasquilla Coral, por su omisión de presentar las demandas de repetición, lo que condujo al incumplimiento parcial de una de las treinta y dos (32) obligaciones pactadas como generales y específicas; tampoco se puede dejar de lado el deber que le asistía al Departamento de Cundinamarca, a través de la supervisora de establecer controles con el fin de evitar la materialización de dicho riesgo, inclusive analizar la viabilidad de seguir contratando al abogado para este tipo de labor, puesto que dichas demandas le fueron asignadas desde comienzos del año 2013.

En consecuencia, el juzgado concluye que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, porque si bien está demostrada la existencia del Contrato No. 004 de 2015, así como su incumplimiento parcial por parte del contratista Hernán Carrasquilla Coral, los perjuicios pretendidos por el Departamento de Cundinamarca, estimados en el valor total de la condena pagada por la administración para ejecutar las condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es la cantidad de \$305.861.612, no deja de ser una especulación y se aparta de los criterios de certeza y actualidad que deben revestir al daño, pues es lo cierto que no se puede afirmar con certeza, ni mucho menos con alto grado de probabilidad que la entidad habría resultado victoriosa en las dos acciones de repetición, como tampoco que en caso de haber obtenido una condena a su favor, el ex funcionario habría pagado la condena que le fuera impuesta.

Ahora, en lo que atañe a la liquidación judicial solicitada por el Departamento de Cundinamarca, este Despacho considera que no es factible hacer tal declaración, por así disponerlo el inciso final del artículo 217 del Decreto N° 19 de 2012<sup>45</sup>, por cuanto no es obligatoria en los contratos de prestación de

---

<sup>44</sup> Ver constancia a folio 208 del Cuaderno 4 y vuelto folio 418 del Cuaderno 6

<sup>45</sup> Decreto N°19 de 2012, ARTÍCULO 217. DE LA OCURRENCIA Y CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES. El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 quedará así: "Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la

servicios profesionales, postulado que fue retomado por las partes en el clausulado, de la siguiente manera:

“(…) CLAÚSULA DÉCIMA SÉPTIMA. - LIQUIDACIÓN: El presente contrato de prestación de servicios profesionales no requiere de liquidación. (...)”<sup>46</sup>.

Por lo anterior, el contrato de prestación de servicios N° 0004 de 2015 no requiere de liquidación judicial, razón por la cual tampoco se accederá a esta pretensión.

## **5.- Costas**

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, prescribe que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y que cuando se establezca que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal habrá lugar a ello. En este caso, al ponderar la argumentación del libelo introductorio, resulta razonable no imponer condena costas en esta instancia, dado que la presente demanda no corresponde a un ejercicio temerario del derecho de acción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **F A L L A**

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda de controversias contractuales interpuesta por el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** contra el señor **HERNÁN CARRASQUILLA CORAL**.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

---

liquidación. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión."

<sup>46</sup> Ver folio 41 del Cuaderno 1

**TERCERO:** Por Secretaría liquidense los gastos procesales causados, devuélvase el monto remanente por gastos procesales a la parte actora si los hubiere. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las anotaciones del caso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE**

**Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.**

DMAP

DEMANDANTE	notificaciones@cundinamarca.gov.co; possorodriguezadriana@gmail.com; marcela.perilla@perillaleon.com.co; mpabon.asesorialegal@gmail.com; mpabon_asesorialegal@gmail.com;
DEMANDADOS	hernancarrasquilla@yahoo.com; javicort_1987@hotmail.com;
LLAMADO EN GARANTÍA	juridico@segurosdelestado.gov.co; alexandra.jimenez@segurosdelestado.com; defensoriaestado@gmail.com;
ANDJE	procesos@defensajuridica.gov.co;
MIN. PÚBLICO	mferreira@procuraduria.gov.co;

Firmado Por:

**HENRY ASDRUBAL CORREDOR VILLATE**  
**JUEZ CIRCUITO**

**JUZGADO 038 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA-CUNDINAMARCA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **077d98819753de18715adedc3ab110c640c00b1caadbdb8b334f52cc918ef7c**  
 Documento generado en 02/06/2021 05:46:05 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>