



**TRASLADO DE EXCEPCIONES**

Artículo 175 parágrafo 2o de la Ley 1437 de 2011

<b>Medio de control</b>	Controversias Contractuales
<b>Radicado</b>	13001-33-33-012-2018-00022-00
<b>Demandante</b>	Nación – Ministerio del Interior
<b>Demandado</b>	Municipio de El Guamo

De conformidad con lo estipulado en el parágrafo 2º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, se corre traslado a la parte contraria de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por el apoderado de la parte demandada, por el término de tres (3) días, en un lugar visible de la Secretaría del Juzgado Doce Administrativo de Cartagena, y en la página web de la Rama Judicial: [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co), hoy veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciocho (2018) siendo las 8:00 de la mañana.

EMPIEZA EL TRASLADO: veintisiete (27) de agosto de dos mil dieciocho (2018), a las 8:00 a.m.

  
DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ  
SECRETARIA

VENCE TRASLADO: veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018), a las 5:00 p.m.

  
DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ  
SECRETARIA

Cartagena de Indias, D.T. y C., 16 de julio de 2018

Dra.

**LEIDYS LILIANA ESPINOSA VALEST**

Juez Doce Administrativo del Circuito de Cartagena

Centro Histórico, Av. Daniel Lemaître, Edf. Antiguo Telecartagena, piso 3  
Cartagena de Indias (Bolívar)

E. S. D.



Medio de Control.: **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Demandante.: **NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR**

Demandado.: **MUNICIPIO EL GUAMO**

Rad.: **2018-022**

Asunto.: **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Señor Juez

**CARLOS ANTONIO GUERRA MARTELO**, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Cartagena de Indias, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 1.047.400.085 de Cartagena, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 233.295 del C. S. de la J., obrando en calidad de apoderado especial del demandado **MUNICIPIO EL GUAMO (BOLIVAR)**, de conformidad con el poder otorgado por la Doctora **LUZ MARÍA MERCADO VILLALBA**, quien ostenta la calidad de Alcaldesa Municipal del ente que represento, por medio del presente memorial muy respetuosamente doy contestación de la demanda antes reseñada, de acuerdo a los argumentos facticos y jurídicos que a continuación se exponen:

### 1. TEMPORALIDAD DEL ESCRITO

Por medio de auto de fecha 13 de marzo de 2018, este despacho admitió la demanda de referencia, notificando a mi poderdante de conformidad con lo dispuesto por el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, el día 2 de mayo de 2018, y concediendo un término de treinta (30) días según el artículo 172 del CPACA y veinticinco (25) días adicionales según el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, de tal suerte que el termino para radicar el presente escrito se extiende hasta el día 25 de julio de 2018, razón por la cual, este documento es presentado dentro de la oportunidad legal concedida.

### 2. RELACIONADO CON LAS PRETENSIONES Y CONDENAS ESTABLECIDAS EN LA DEMANDA

Me resisto a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en contra del Municipio **EL GUAMO (BOLIVAR)**, por carencia de fundamentos fácticos y jurídicos.

**3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS:**

**Al primer, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto hecho:** Debemos decir que es cierto, de acuerdo a lo consignado en el expediente.

**Al séptimo, octavo, noveno, decimo hecho:** Me sujeto a lo que resulte probado dentro del presente proceso.

**Al décimo primero hecho:** Son apreciaciones subjetivas del actor y el mismo no puede ser catalogado como un hecho constitutivo de la demanda.

**Al décimo segundo hecho:** Es una consecuencia lógica dentro de un trámite procesal, y el mismo no genera un hecho constitutivo de la demanda, no obstante, la controversia judicial propuesta por la parte demandante se surtirá con todas las garantías procesales en especial al derecho a la defensa y contradicción.

**4. EXCEPCIONES QUE SE PROPONEN**

**4.1. EXCEPCIONES PREVIAS.**

**4.1.1. FALTA DE COMPETENCIA**

Conforme a los argumentos esgrimidos por el demandante, se colige que el demandante, es decir la Nación-Ministerio del Interior, pretende por vía judicial la declaratoria de incumplimiento del Convenio Interadministrativo F-220 de 2013, y en consecuencia de ello se condene al Municipio de El Guamo (Bolívar), al pago de la cláusula penal pecuniaria pactada en el mencionado convenio interadministrativo, y su posterior liquidación.

Conforme a lo antes mencionado, tenemos que el convenio interadministrativo F-220 de 2013, a juicio de la defensa del demandado, se celebró, y ejecuto en la ciudad de Bogotá, tal como se afirma en el libelo de la demanda, de suerte tal, que el Juez competente para conocer el fondo de la presente controversia serían los Jueces Administrativos del Circuito de Bogotá. En razón que el fin perseguido por el demandante como antes se dijo es la liquidación del convenio interadministrativo F-220 de 2013, más no el o los contratos que se suscitaron durante la ejecución del convenio objeto de estudio.

Lo anterior, encuentra su sustento normativo en el numeral 4 del artículo 156 del CPACA, el cual reza:

*“Artículo 156. Competencia por razón del territorio. Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas:*

*(...)*

*4. En los contractuales y en los ejecutivos originados en contratos estatales se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. Si este comprendiere varios departamentos será tribunal competente a prevención el que elija el demandante.*

*(...)”*

Como antes se citó, todas y cada una de las actuaciones contractuales enmarcadas dentro del desarrollo del convenio Interadministrativo F-220 de 2013, se adelantaron en la sede principal del ente público hoy demandante, es decir la ciudad de Bogotá.

Por lo anterior, comedidamente solicito a su señoría, se despache favorablemente la presente excepción previa, y en consecuencia de ello se envié el expediente la H. Consejo de Estado, a efecto que dirima el conflicto de competencia negativo originado por los dos despachos judiciales en el cual el presente proceso ha cursado, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 37 de la Ley 270 de 1996 modificado por el artículo 12 de la Ley 1285 de 2009.

#### **4.1.2. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR CARENCIA ABSOLUTA DE PODER Y AUSENCIA DE POSTULACIÓN PARA COMPARERECE AL PROCESO.**

Señor Juez, leído el memorial de otorgamiento de poder de la demanda, se observa que en el mismo no se detalla específicamente cuál es la razón o motivo del poder que se otorga, ni tampoco, la finalidad buscada con la demanda de la referencia, incumpléndose de esta forma con el rigorismo exigido en el art. 74 del Código General del Proceso.

La norma recientemente mencionada, esto es el art. 74 del C.G.P., dispone textualmente que:

**Artículo 74. Poderes.** *Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.*

*El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.*

*Los poderes podrán extenderse en el exterior, ante cónsul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello; en ese último caso, su autenticación se hará en la forma establecida en el artículo 251.*

*Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorga hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquella y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por establecidas estas circunstancias. De la misma manera se procederá cuando quien confiera el poder sea apoderado de una persona.*

*Se podrá conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital. Los poderes podrán ser aceptados expresamente o por su ejercicio.*

Como puede observarse, en el art. 74 del C.G.P. se exige que en los poderes especiales, **los asuntos deben estar determinados y claramente identificados**, exigencia procesal con la que no se cumple en el caso

concreto, pues de la lectura del memorial por el cual se pretende otorgar el poder al apoderado del demandante para presentar la demanda, se tiene que en ninguno de los apartes se determina con claridad y precisión el objeto de la demanda ni su asunto.

De esta forma, se observa que en el poder tan solo se menciona que se otorga para interponer el MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES contra el MUNICIPIO DEL GUAMO (Bolívar) con ocasión del incumplimiento del convenio interadministrativo F220 del 5 de noviembre de 2.013, sin precisar las supuestas razones del incumplimiento ni mucho menos, el asunto del litigio.

Esa situación, la ausencia o carencia de poder, conlleva como consecuencia directa la inexistencia de derecho de postulación para comparecer al presente proceso de acuerdo a lo establecido en el art. 73 del C.G.P., según el cual "Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa".

Así las cosas, muy respetuosamente solicito que se despache favorablemente la presente excepción previa.

**4.1.3. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR AUSENCIA E INEXISTENCIA DEL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.**

Señor Juez, en la demanda de la referencia, se observa que el caso concreto el demandante, en el acápite denominado "FUNDAMENTO DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES", se limitó a transcribir las normas sobre las cuales sustentaba sus pretensiones sin explicar su concepto de la violación, lo que desemboca en una ineptitud sustancial de la demanda habiendo cuenta de su ausencia.

Sobre la exigencia de este requisito en las demandas de controversias contractuales, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su Sección Tercera<sup>1</sup>, expuso en la Sentencia del 5 de abril de 2.013, expediente radicado: 47001233100019980621101(23826) señaló que uno de los efectos de la distinción entre actos administrativos separables del contrato o precontractuales y actos administrativos propiamente contractuales radica en su mecanismo de control, siendo exigible en todo caso, (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y controversias contractuales), la presencia del concepto de la violación.

Los primeros pueden ser objeto las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso. Por su parte, la impugnación de los actos administrativos propiamente contractuales, que son aquellos que profiere la administración cuando ya existe un contrato debidamente perfeccionado y dentro del ámbito de su ejecución, terminación o liquidación, procede a través de la acción relativa a controversias contractuales, explicó.

<sup>1</sup> Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt.

En el fallo, el alto tribunal destacó que aunque se trate de decisiones tomadas en materia contractual, siguen siendo actos administrativos. Por lo tanto, aunque se incoe la acción relativa a controversias contractuales, la demanda mediante la cual se cuestiona su validez debe adoptar la forma y reunir los requisitos de toda demanda de impugnación de actos administrativos, concluyó.

Si bien, en la Ley 1437 de 2011 en su art. 162 numeral 4 se señala que cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo debe indicarse las normas violadas y explicar el concepto de su violación, lo cierto es que dicho requisito se extendió igualmente a las acciones de controversias contractuales, en las que además, se deberá indicar la forma en que el incumplimiento base de las pretensiones afectó el buen funcionamiento del servicio público, o evitó el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

En el caso concreto, se observa con demasiada claridad la ausencia de concepto de la violación, y con ello, la ineptitud de la demanda y la vocación de prosperidad de la excepción que en este momento se propone.

#### **4.1.4. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO.**

Señor Juez, en el caso concreto se debió demandar igualmente a **LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, quien libero Póliza No. 440-47-994000017094 del 17 de diciembre de 2013, en pro del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Convenio Interadministrativo F-220 de 2013, por parte del Municipio de El Guamo (Bolívar) y a favor de la Nación-Ministerio del Interior Fondo Nacional para la Seguridad. Documento que obra como prueba dentro del proceso de marras.

Sobre lo anterior, expreso el H. Consejo de Estado, mediante Sentencia de 6 de junio de 2012, expediente 15001-23-31-000-2007-00133-02(43049)M. P. Dra. OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ:

*"(...)En efecto, la jurisprudencia ha considerado que para poder condenar a un sujeto procesal, llámese parte o tercero al pago de perjuicios o cualquier clase de condena dentro de un proceso, resulta imprescindible que éste haya sido vinculado con todas las garantías al proceso, pues las facultades que adquiere le deben permitir ejercer su defensa. (...) para proferir sentencia en contra de las partes, terceros, llamados en garantía o cualquier otra clase de intervinientes procesales, se requiere no sólo que éstos hayan sido debidamente vinculados al proceso donde se les persigue, sino que dentro del mismo se les haya brindado todas las garantías procesales y probatorias desde la etapa en que se produce su vinculación al proceso, y por ende mal podría hacerse extensiva una condena a quienes no fueron vinculados legalmente al proceso. (...)*

*(...)En el evento de que el juez pudiese dictar sentencia sin necesidad de vincular a otro sujeto de derecho, que habría podido ser parte en el mismo proceso o en otro distinto con fundamento*

*en los mismos hechos, no se estaría en presencia de un litisconsorcio necesario y por tanto, no se impondría la citación forzosa que prevé el artículo 83. La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado. De acuerdo con lo anterior, el elemento diferenciador de este litisconsorcio con el facultativo es la unicidad de la relación sustancial materia del litigio; mientras que en el litisconsorcio facultativo los sujetos tienen relaciones jurídicas independientes, en el necesario existe una unidad inescindible respecto del derecho sustancial en debate. (...) el litisconsorcio necesario tiene su fundamento en la naturaleza de la relación sustancial objeto del litigio, definida expresamente por la ley o determinada mediante la interpretación de los hechos y derechos materia del proceso. En el primer evento basta estarse a lo dispuesto por la ley, pero cuando se trata de establecerlo con fundamento en la relación objeto del litigio, se impone un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y la imposibilidad de proferir un pronunciamiento de fondo, sin la comparecencia de un número plural de sujetos. (...)"*

Por lo anterior, y existiendo una póliza de garantía constituida en favor del hoy accionante, necesariamente resulta imperativo su llamado al presente proceso, y con ello, la ineptitud de la demanda y la vocación de prosperidad de la excepción que en este momento se propone.

## **4.2. EXCEPCIONES DE FONDO**

### **4.2.1. EL INCUMPLIMIENTO ALEGADO NO TIENE LA ENTIDAD PARA CONVALIDAR LA DECLARACION JUDICIAL DE INCUMPLIMIENTO POR CUANTO RESULTA VIOLATORIO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. - SE TRATA DE PRETENSIONES DESPROPORCIONADAS.**

Señora Juez, en el caso concreto, se observa que la demanda en el capítulo de los hechos soporta sus pretensiones en el supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales 19, 29, 34 y 38 de la Cláusula Segunda del Convenio Interadministrativo F22O de 2.013, celebrado entre el Ministerio del Interior / FONSECON y el Municipio de El Guamo (Bolívar).

Dichos numerales, disponen textualmente lo siguiente:

**se obliga a aportar el recurso faltante. 19. Prestar toda la colaboración requerida por el supervisor del convenio, designado por el MINISTERIO-FONSECON, en todas las etapas del convenio, para lo cual, entre otras actividades, suministrará oportunamente la información solicitada y acompañará el desarrollo de las visitas de seguimiento que se realicen. 20. Solicitar oportunamente las prórrogas, modificaciones y adiciones que**

Integración Ciudadana. 29. Entregar oportunamente todos los documentos e información requerida para la liquidación del convenio, así como suscribir la correspondiente acta de liquidación. 30. Designar un profesional para realizar la

convenio y de los contratos que se suscriban para el desarrollo del mismo. 34. Poner a disposición del Ministerio y de los entes de control toda la información jurídica, técnica y financiera del proyecto relacionado en el objeto del presente convenio. 35. Durante la

prohibiciones señaladas en el convenio. 38. Todas las demás inherentes o necesarias para la correcta ejecución del objeto contractual y debida ejecución de los recursos.

Como puede observarse de los mismos, tales obligaciones no tienen la entidad suficiente para respaldar la solicitud de declaración de incumplimiento del contrato, ni mucho menos, para que en consecuencia se condene a mi apadrinado al pago de la suma deprecada en el capítulo de pretensiones de la demanda, pues, **dicha solicitud es violatorio al principio de proporcionalidad** que aplica no solo en materia sancionatoria o con relación a los potestades contractuales exorbitantes o extraordinarias de la administración, sino también para efectos de determinar la responsabilidad contractual en cualquiera de sus orígenes, de entre los que se cuentan el incumplimiento del contrato.

Sobre el **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** en materia contractual, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo en Sentencia del 13 de noviembre del 2013, con ponencia de Enrique Gil Botero, que:

*El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria. Para efectos del análisis propuesto en el caso concreto, es preciso tener presente que el juez tiene la facultad y el deber de realizar el juicio de proporcionalidad frente a la respectiva actuación administrativa, esto es, ante el acto administrativo contractual a través del cual se impuso la cláusula penal pecuniaria. Los anteriores aspectos permiten hacer un análisis riguroso e integral del principio de proporcionalidad frente a las diferentes actuaciones administrativas, entre las cuales se encuentran las decisiones de orden contractual adoptadas a efectos de imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron*

a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general. Pero tratándose del derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional. En efecto, el artículo 36 CCA. invoca expresamente este principio, con un doble propósito: i) el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y ii) el secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez. Sin embargo, una lectura -pero sobre todo una interpretación- apegada al texto legal indicaría que este principio rige exclusivamente para las decisiones discrecionales, no así para las regladas o para cualquier otra de naturaleza administrativa. Una lectura con este alcance es equivocada, porque este principio, si bien está contenido expresamente en esa norma, no significa que sólo rija para ese tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, no de una norma positiva, de manera que cuando algunas de estas acuden a él, no lo hacen para positivizar su existencia, sino para recordarle al operador jurídico que deben acudir a él. Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, sólo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito, y en cada supuesto concreto. En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias. Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, solidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado. Uno de ellos es el de la determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual puede variar, en casos como el sub iudice, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato.

Se recuerda con lo anterior entonces que es tarea del Juez de lo Contencioso Administrativo interpretar la demanda y armonizarla con las reglas y principios generales del derecho, que como el **principio de proporcionalidad**, revela un factor importante en la adecuación de la demanda y sus pretensiones al contexto real del que emana, siendo entonces comprensible que dicho principio, limite incluso las pretensiones de la demanda.

Y es que en el caso concreto, las obligaciones señaladas por el actor como incumplidas por parte de la entidad territorial demanda, **no tiene la entidad para demostrar la afectación del servicio público, ni mucho menos, que por ese incumplimiento, no se hubiese logrado la debida satisfacción de los intereses generales que con la celebración de dicho convenio se pretendía satisfacer.**

En el caso de marras, lo que reprocha el accionante es la supuesta no entrega de una documentación por parte del Municipio de El Guamo para lograr la liquidación del contrato, empero, lo cierto es, que dichos documentos al tenor de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 1150 de 2.007, de lo que además, se logra leer incluso en la misma demanda, que el Ministerio del Interior contaba con las herramientas suficientes para lograr la liquidación del mencionado convenio.

De esta forma, teniendo en cuenta que en el caso concreto estamos en presencia de unas pretensiones como las que son "ESPECIFICAMENTE LA DE DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y LA DE LA CONDENA A LA ENTIDAD DEMANDADA AL PAGO DE \$103.700.000, PESOS" estas, resultan desproporcionadas con ocasión al fundamento con relación al cuál se solicitan, por lo que muy respetuosamente solicito que se deniegue las pretensiones de la demanda.

#### **4.2.2. GRADUACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA PACTADA EN EL CONVENIO F220 DE 2013 MOTIVO DE LA CONTROVERSIA.**

Consecuencialmente de la excepción planteada en el punto anterior, en el remoto caso que la señora Juez decida declarar el incumplimiento del contrato, lo cual, se insiste sería desproporcionado en razón a los motivos que la sustentan, y por lo tanto violatorio del principio de proporcionalidad como principio general del derecho, muy respetuosamente solicito que se gradúe judicialmente la cláusula penal pecuniaria, teniendo en cuenta que:

- a. En la demanda no se llama la atención acerca de hechos que hubiesen afectado la debida prestación del servicio o la satisfacción de las necesidades que se pretendía satisfacer con el convenio celebrado.
- b. La demanda, sustenta su petición sobre la supuesta ausencia de respuesta con relación a una documentación solicitada por el Ministerio del Interior para la liquidación del contrato, empero, lo cierto es que de acuerdo a lo establecido en el art. 11 de la Ley 1150 de 2.007, y atendiendo a lo que ha señalado la jurisprudencia y la doctrina como el contenido de los actos de liquidación contractual, lo cierto es que dichos documentos no eran necesarios para la liquidación del mismo.

Esta excepción la elevo con fundamento en lo señalado de manera reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando sostuvo en Sentencia del 13 de noviembre del 2.013, con ponencia de Enrique Gil Botero, que:

**CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Graduación judicial / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Monto excesivo / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Monto insuficiente / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Reducción / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Reparación integral del daño / REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Cláusula penal pecuniaria / GRADUACION JUDICIAL DE LA CLAUSULA PENAL - Obligación / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Disminución. Línea**

**jurisprudencial / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Imposición / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Pago. Excepciones**

La Sala resalta que, 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. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. Estas normas, que permiten graduar la cláusula penal pecuniaria, contemplan una doble naturaleza al ejercicio de dicha potestad judicial, pues, además de erigirse como un "derecho" en favor de las partes, se establece como una obligación a cargo del juez, para efectos de considerar si la sanción pecuniaria se ajusta al principio de proporcionalidad y al criterio de la equidad. Así mismo, la doctrina ha estudiado el tema de la disminución judicial de la cláusula penal, admitiendo su procedencia, fundamentada, primordialmente, en la equidad y en el principio de proporcionalidad. No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es un cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: "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." De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor. Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-1547 de 2000; sobre DISMINUCION DE LA CLAUSULA PENAL

PECUNIARIA: sentencia de octubre 20 de 1995; sentencia de septiembre 13 de 1999 Exp. 10.264; sentencia de 20 de octubre de 1995, Exp. 7757; Sentencia de marzo 9 de 2000, Exp. 10.540; Auto de octubre 28 de 2004. Exp. 22.261; Auto de noviembre 4 de 2004. Exp. 24.225. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

Igualmente sostuvo:

**INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL - Graduación de cláusula penal pecuniaria / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Graduación. Criterios / GRADUACION DE LA CLAUSULA PENAL - Régimen aplicable**

Se debe tener presente que el decreto-ley 222 de 1983 -al igual que hoy acontece con la Ley 1.150 de 2007-, facultaron a las entidades públicas para que -previo pacto- impusieran y ejecutaran la cláusula penal pecuniaria frente a sus contratistas -al verificar un incumplimiento contractual-. Pero es necesario considerar, igualmente, que la normatividad -arts. 1596 del CC y 867 Co de Co.-, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, han dispuesto y analizado la posibilidad de graduar -disminuyendo y aumentando- dicha cláusula. De allí que, si el contratista afectado con la imposición de la cláusula penal considera que el monto establecido por tal concepto es excesivo, injusto o desproporcionado, puede acudir al juez para que revise la decisión administrativa. Ahora bien, en consideración a lo analizado, señala la normatividad vigente en la época de los hechos, así como la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que con base en el principio de proporcionalidad y en el criterio auxiliar de la equidad, si el juez verifica que el contratista cumplió, efectivamente, parte del objeto estipulado en el contrato, y que este, además, fue aceptado por la entidad contratante, puede disminuir la sanción penal en proporción al porcentaje de obra ejecutada. Partiendo de lo anterior, es necesario que el juez, además de estos aspectos, analice lo concerniente al cumplimiento del contrato a partir del porcentaje de obra ejecutado, y recibido por esta. No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles, según se acaba de indicar, es ilógico que el contratista solicite la disminución de la cláusula penal impuesta, pues la naturaleza misma de las obligaciones lo impide, salvo aceptación de la entidad estatal de la parte ejecutada. En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual. Según se dijo, el contrato se rige por el decreto-ley 222 de 1983, norma que, por lo demás, no reguló en forma particular lo concerniente a la disminución de la cláusula penal pecuniaria, de manera que, tal como lo ha hecho la Sala en otras ocasiones, es posible acudir al derecho civil y al comercial, para efectos de aplicar sus normas. No obstante, resulta que estos dos ordenamientos regulan, aunque de manera muy parecida -pero no idéntica-, la cláusula penal pecuniaria, de manera que se debe definir, concretamente, a cuál de los dos se hará la remisión, para efectos de concretar el análisis del tema.

Con fundamento en todo lo anterior, muy respetuosamente solicito que declare probada la excepción propuesta.

### 4.2.3. LA GENERICA

La que el señor juez encuentre probada dentro del presente proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

### 5. PETICIÓN

Solicito respetuosamente al señor juez lo siguiente:

Declárese probado todas y cada una de las excepciones previas y de fondo formuladas en el presente memorial y en todo caso se sirva negar las pretensiones de la demanda, por ausencia total de responsabilidad de mi mandante.

### 6. PRUEBAS

Solicito se tengan como pruebas dentro del proceso de la referencia, los documentos aportados por el demandante y todos los que su despacho considere conveniente para el desarrollo del presente proceso.

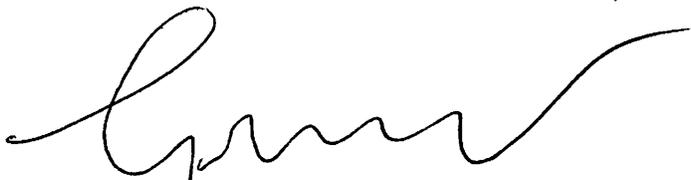
### 7. ANEXOS

1. Poder otorgado por la Alcaldesa Municipal Dra. Luz María Mercado Villalba.
2. Acta de posesión

### 8. NOTIFICACIONES

MUNICIPIO DEL GUAMO (BOLIVAR): notificaciones@elguamo-bolivar.gov.co, el suscrita carlos2200@hotmail.com, contacto No. 301-223 2344, en las instalaciones de su Honorable Despacho y/o en mi oficina de abogados ubicada en Centro Av. Venezuela, edificio Comercio la Matuna of. 306

De la señora Juez, con el debido respeto



**CARLOS ANTONIO GUERRA MARTELO**  
C. C. No. 1.047.400.085 de Cartagena  
T. P. No. 233.295 del C. S. de la J.

Señores:

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA  
E.S.D.**

REFERENCIA: Medio de control – CONTROVERSIA CONTRACTUALES-

DEMANDANTE: NACIÓN- MINISTERIO DEL INTERIOR  
DEMANDADO: MUNICIPIO DE EL GUAMO-BOLIVAR  
RADICADO: 13001-33-33-012-2018-00022-00

LUZ MARIA MERCADO VILLALBA, mujer, mayor de edad, con domicilio y residencia en el Municipio de El Guamo-Bolívar, identificada con cédula de ciudadanía número 33.157.532 de Cartagena, en mi calidad de **ALCALDESA DEL MUNICIPIO DE EL GUAMO-BOLIVAR** (Representante Legal), en ejercicio de las facultades que me confiere la Ley, por medio de este escrito otorgo poder especial, amplio y suficiente al doctor **CARLOS ANTONIO GUERRA MARTELO**, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.047.400.085 de Cartagena y Tarjeta Profesional. No. 233.295 del C. S. de la J., para que represente al **MUNICIPIO DE EL GUAMO-BOLIVAR**, en el proceso de la referencia.

El apoderado está facultado para interponer toda clase de recursos, notificarse de todas las providencias, asistir a la audiencia de conciliación, aportar, solicitar pruebas y en general ejercer todas las atribuciones incitas de este mandado en defensa de los derechos e intereses del Municipio de El Guamo- Bolívar.

Respetuosamente,

  
**LUZ MARIA MERCADO VILLALBA**  
C.C. No. 33.157.532 De Cartagena

Acepto,

  
**CARLOS ANTONIO GUERRA MARTELO**  
C.C. No. 1.047.400.085 de Cartagena  
T.P. No. 233.295 del C. S de la J.



Notaría Unica del Circulo  
San Juan Nepomuceno - Bolivar  
Presentación Personal  
El presente documento dirigido  
a Juzgado Doce Administrativo  
fue presentado personalmente por  
Luz Maria Mercado Villalba  
Identificado con la C.C. # 33157532  
expedida en Cartagena.



**NOTARIA UNICA DEL CIRCULO  
SAN JUAN NEPOMUCENO, BOLIVAR  
NO SE UTILIZO EL SISTEMA  
BIOMETRICO POR FALTA DE  
TECNICAS**





República de Colombia  
CÍRCULO NOTARIAL EL GUAMO - BOL  
NOTARÍA ÚNICA

NIT 33200102-1

ACTA DE POSESION DE LA DOCTORA LUZ MARIA MERCADO COMO ALCALDE  
DEL MUNICIPIO EL GUAMO-BOLIVAR

En el municipio El Guamo del Departamento de Bolívar, al primer (1) día del mes Enero del año Dos Mil Dieciséis (2016), habilitado el día de hoy para cumplir con el mandato consagrado en el inciso final de la norma 36 del Decreto N° 1421 de 1993. En desarrollo de lo anterior el suscrito notario se traslada a la Plaza Principal de este municipio con el fin de dar posesión a quien fuera elegida como ALCALDE de este municipio por votación popular realizada el día 25 de Octubre de 2015; lugar al cual compareció la doctora LUZ MARIA MERCADO VILLALBA quien se identificó con la cédula de ciudadanía numero 33.157.532 de Cartagena - Bolívar, y presentó la credencial de fecha 27 de octubre de 2015 expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil y los Miembros de la Comisión Escrutadora Municipal que la acredita como ALCALDE ELECTA por la circunscripción electoral de El Guamo-Bol para el periodo constitucional 2016 – 2019 por el partido Liberal Colombiano FORMATO E-27.

La compareciente aporta los siguientes documentos:

1. Cedula de Ciudadanía numero 33 157 532 de Cartagena - Bolivar
2. Credencial expedida por la Comisión Escrutadora Municipal, Registraduría Municipal del Estado Civil de El Guamo-Bol, expedida en 27 de Octubre de 2015, que acredita que LUZ MARIA MERCADO VILLALBA fue elegida ALCALDE del Municipio El Guamo-Bol, para el año 2016-2019, por el Partido Liberal Colombiano, FORMATO E-27, en Un (1) folio.
3. Formato de Hoja de Vida expedida por el Departamento Administrativo de Función Pública en Tres (3) folios.
4. Formatos de declaración de Bienes y Rentas y Actividad Económica Privada de Persona Natural, correspondiente a LUZ MARIA MERCADO VILLALBA y la de su cónyuge, MOÍSES GUTIERREZ JIMENEZ SOSSA, expedidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en Cuatro (4) Folios.
5. Certificado de Asistencia al Seminario de Inducción a la Administración Pública para Alcaldes y Gobernadores electos 2016-2019, realizado en la ciudad de Bogotá D. C., a los 1 y 4 días del mes de Diciembre de 2015, por la Escuela Superior de Administración Pública Un (1) Folio, conforme a lo normado en los artículos 82 y 84 de la Ley 617 de 2000.
6. Certificado Judicial con código de verificación número correspondiente a LUZ MARIA MERCADO VILLALBA, expedido por la Policía Nacional de Colombia el día 30 de diciembre de 2015, Un (1) Folio.
7. Certificado expedido por la Contraloría Delegada para Investigaciones Juicios Fiscales y Jurisdicción coactiva en el que consta que consultado el boletín de



República de Colombia

Papel notarial para uso exclusivo de copias de certificaciones y documentos del archivo notarial



CB122763753

Dirección: Avenida Bolívar



República de Colombia  
CÍRCULO NOTARIAL EL GUAMO.- BOL  
NOTARÍA ÚNICA

Nº 3306100-4

- responsables fiscales, no se encuentra reportada como responsable fiscal. Un (1) Folio.
8. Certificado Especial de Antecedentes Disciplinarios número 78320600 expedido por la Procuraduría General de la Nación, del 30 de diciembre de 2015, con el que se acredita que LUZ MARIA MERCADO VILLALBA no registra sanciones ni inhabilidades vigentes ni especiales aplicadas al cargo de alcalde, Un (1) Folio.
  9. Certificado de Afiliación a la EPS, Salud Total de la LUZ MARIA MERCADO VILLALBA, Un (1) Folio.
  10. Declaraciones Extraprocesales N° 178 y 179, de fecha 30 de diciembre de 2015 de la Notaría Unica El Guamo, donde manifiesta que su estado civil es casada y de conformidad con lo ordenado en el artículo 6 de la ley 311 de 12 de agosto de 1996 declara no tener conocimiento de procesos alimentarios en su contra e igualmente declara que cumplirá con sus obligaciones de familia cuando estas se generen e igualmente que No se encuentra incurso en causal de inhabilidad e incompatibilidad establecida en la ley y por tanto podrá ejercer el cargo de alcalde municipal de El Guamo.

A continuación y según lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, los artículo 94 de la Ley 136 de 1994 y demás normas concordantes, se procedió a juramentar a la Doctora LUZ MARIA MERCADO VILLALBA, así: JURA USTED ANTE DIOS Y ANTE EL PUEBLO DEL MUNICIPIO EL GUAMO CUMPLIR BIEN Y FIELMENTE LA CONSTITUCION, LAS LEYES COLOMBIANAS Y LOS DEBERES QUE EL CARGO LE IMPONE", a lo que la compareciente, manifestó: "SI JURO".

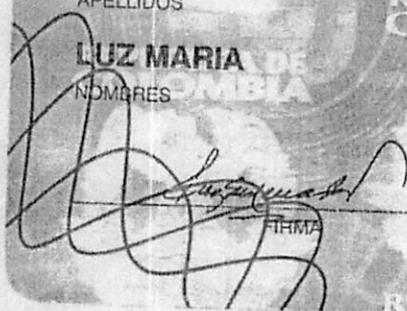
Reunidos los requisitos legales y formales exigidos, la señora LUZ MARIA MERCADO VILLALBA identificada con cedula de ciudadanía N° 33.157.532 expedida en Cartagena-Bol. queda en esta forma legalmente posesionada

Leída la presente acta, se firma en constancia por quienes en ella han intervenido

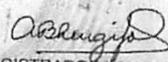
LUZ MARIA MERCADO VILLALBA  
Posesionado.-



Formulario notarial con campos para el número de la acta, la fecha, y el lugar de la celebración, con una línea para la firma del notario.

REPUBLICA DE COLOMBIA  
 IDENTIFICACION PERSONAL  
 CEDULA DE CIUDADANIA  
 NUMERO **33.157.532**  
 APELLIDOS **MERCADO VILLALBA**  
 NOMBRES **LUZ MARIA**  
 FIRMA   


  
 INDICE DERECHO

FECHA DE NACIMIENTO **24-JUL-1956**  
 EL GUAMO (BOLIVAR)  
 LUGAR DE NACIMIENTO  
 ESTATURA **1.63** G.S. RH **O+** SEXO **F**  
 22-FEB-1977 CARTAGENA  
 FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION   
 REGISTRADORA NACIONAL  
 ALMABEATRIZ RENGIFO LOPEZ



A-0500100-30141182-F-0033157532-20051031 0109505304C 02 191445612