

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

RADICACIÓN No : 18410

FECHA : Bogotá D. C., veintidós (22) de febrero de

dos mil uno (2001)

CONSEJERO PONENTE : ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

ACTOR : INSELEC LTDA.

Decide la Sala el recurso de apelación, propuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 14 de julio de 1999, por cuya virtud, se decidió librar mandamiento de pago en favor de INSELEC LTDA., y en contra de EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E.

ANTECEDENTES.

1.- Actuando a través de apoderado judicial, la Sociedad INSELEC LTDA. demandó, en proceso ejecutivo, al Empresas Municipales de Cali EMCALI para hacer efectivo el pago de la Cláusula Penal Pecuniaria establecida en el contrato No. GE-198-96 por ellos suscrito, cuyo objeto era la ejecución de las obras de "ILUMINACIONES DE CANCHAS Y PARQUES EN LOS BARRIOS LAS ORQUIDEAS ..., CIUDAD CORCOBA... MOJICA..., VEREDA LA BUITRERA..., Y VIA AL MAR" (fl.2. C.1)

2.- El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante auto del 14 de julio de 1999, libró mandamiento de pago en contra de la entidad demandada. Contra esta providencia el ejecutado interpuso recurso de apelación, que fue concedido por el Tribunal y admitido por este Despacho mediante auto del 14 de julio de 2000.

PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El auto apelado dispuso librar mandamiento de pago en contra de EMCALI, con fundamento en que (fl. 102, C.2):

"Los documentos allegados como título de recaudo ejecutivo, reúnen las condiciones exigidas por el Art. [488](#) del C.P.C. y [75](#) de la Ley 80 de 1993, pues de ellos se desprende la existencia de obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles de pagar sumas líquidas de dinero."

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

La parte ejecutada ha recurrido tal decisión en orden a que se revoque el auto impugnado, fundamentando su oposición, principalmente, en los siguientes términos (fls. 194 al 204, C.2):

"Mediante el Mandamiento ejecutivo de fecha 14 de julio de 1999 el ... Tribunal ... libró mandamiento de pago a cargo de las Empresas Municipales de Cali... por conceptos de la

SANCION PECUNIARIA por incumplimiento del Contrato GE - 198 - 96 establecida en su Cláusula DECIMA QUINTA y los intereses (sic) moratorios del capital ..., con base en una protocolización de declaración del silencio administrativo positivo.

El caso del silencio administrativo positivo consagrado en la Ley [80/93](#), invocado por la parte actora, considero que su aplicación no procede con respecto al Contrato No. GE - 198 - 96 objeto de la demanda, por cuanto fué celebrado por las partes con el Régimen Legal Privado de acuerdo al mandato expreso contenido en la Ley [142](#) de 1.994 y la Resolución JD-0079 de Agosto 14 de 1.995, por tanto se configura el silencio administrativo negativo.

El caso del silencio administrativo positivo consagrado en la Ley [142](#) de 1.994 y la Resolución [108](#) de 1.997 de la CREG, tampoco procede su aplicabilidad, toda vez que este procede en la relación de empresa y suscriptor o usuario, que no es el presente caso, toda vez que de acuerdo a la citada reglamentación, se entiende como usuario, "la persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde éste se presta, o como receptor directo del servicio", y por suscriptor, "la persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos".

Necesariamente para condenar a la empresa a cancelar la cláusula penal aduciendo un incumplimiento, debe pedirse mediante una acción contractual la declaración de dicho incumplimiento y sólo la autoridad competente lo podrá declarar con las consecuentes condenas pecuniarias, con base al acervo probatorio surtido en el proceso ya sea de oficio y aportado por las partes en el ejercicio del derecho de defensa, la cual ya no puede ser ejercida por la parte actora en razón a que se encuentra caduca.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que el Contrato no podría ser el título ejecutivo, tampoco podrían serlo las Escrituras Públicas Nos. 0660 de Abril 17 de 1998 y 00947 de Junio 2 de 1998,... por medio de las cuales la misma parte demandante declara el silencio administrativo positivo, ignorando, que el silencio administrativo positivo contenido en el principio de economía que contempla el artículo [16](#) de la ley 80/93 no es aplicable en el presente caso puesto que el principio de economía que contiene en la Resolución 0079 de Agosto 14 de 1.995 es el que se aplica al contrato objeto de demanda no contempla dicho silencio administrativo positivo y que conforme a la Ley, en lugar de tener el silencio de la empresa como silencio administrativo positivo, debió asimilar que la empresa había negado sus pretensiones contenidas en su oficio de fecha febrero 10 de 1997, conforme al silencio administrativo negativo que consagra el artículo [40](#) del Código Contencioso Administrativo"

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Mediante el proceso de la referencia la sociedad INSELEC Ltda. pretende hacer efectiva la "Sanción Pecuniaria por incumplimiento al Contrato GE-198-96, establecida en la Cláusula DECIMA QUINTA del mismo" (fl.93, C.1), por valor de \$10.539.137, más los correspondientes intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora afirma la ocurrencia de los siguientes hechos (fls. 94 al 87, C.1):

"Los incumplimientos de EMCALI, en su condición de entidad CONTRATANTE fueron oportunamente denunciados por el CONTRATISTA durante la época de realización de las Obras, a través de múltiples cartas que se dirigieron a la Interventoría de Energía de EMCALI

..."

(...)

"En este contrato estatal GE-198-96, en su cláusula DECIMA QUINTA, las partes pactaron una CLAUSULA PENAL, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor estimado del contrato, para el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por una de las partes; valor a pagar a favor de la parte que cumplió o se allanó a cumplir el contrato.

En consecuencia de lo anterior, ... INSELEC LTDA., ...invoca con todo derecho el pago de dicha sanción penal en el Acta de Liquidación Final del Contrato ...

Puesto que el derecho adquirido por el CONTRATISTA correspondiente a la sanción pecuniaria por los diversos INCUMPLIMIENTOS de EMCALI deberían ser reconocidos en la liquidación final del contrato (...)

Sin embargo, ..., en la mencionada ACTA FINAL no se le reconoció al CONTRATISTA la sanción pecuniaria oportunamente invocada, con base en los evidentes INCUMPLIMIENTOS de Emcali.

El CONTRATISTA se vio por tanto obligado a firmar el ACTA FINAL a fin de que se le recibieran las Obras ejecutadas y se le cancelaran los SALDOS de su trabajo, quedando pendiente el pago de la sanción pecuniaria para poderse declarar a Paz y Salvo con la entidad CONTRATANTE."

(...)

"Ante la falta de reconocimiento por parte de EMCALI de la sanción pecuniaria oportunamente invocada, entonces el CONTRATISTA constituyó el beneficio del SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO mediante escritura pública..."

El ejecutante presenta como título de recaudo, además del Contrato GE-198-96, copias de las Escrituras Públicas Nos. 0660 de abril 17/98 y 0947 de junio 2/98 (complementaria de la anterior), mediante las cuales se protocoliza el silencio administrativo positivo, resultante de la falta de atención oportuna de la entidad pública, ante el requerimiento de pago de la cláusula penal por parte del contratista, ahora demandante.

La Cláusula Penal se pactó en los siguientes términos (fl.4, C.1, respaldo):

"DECIMA QUINTA: CLAUSULA PENAL.- Las partes contratantes convienen pactar como sanción pecuniaria el equivalente al veinte (20%) del valor estimado del contrato en caso de incumplimiento a las obligaciones contractuales, que deberá pagar la parte que incumpla a favor de aquella que haya cumplido o se allane a cumplir. Cuando la parte incumplida sea el CONTRATISTA la declaración de incumplimiento se hará mediante Resolución motivada que se sujetará a los trámites previstos para los actos administrativos por el Decreto 01 de 1.984."

Teniendo en cuenta que la cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento; luego, debiendo perseguirse el pago de la cláusula penal a través del proceso declarativo correspondiente, la acción ejecutiva resulta a todas luces improcedente.

De otra parte, con fundamento en la misma premisa, cabe anotar que el incumplimiento de las obligaciones contractuales, que en éste caso se imputa a la entidad pública, no puede deducirse en virtud del denominado silencio positivo contractual, como lo pretende el ejecutante.

A dicha conclusión llega la Sala teniendo en cuenta que ésta figura es propia del Estatuto General de Contratación (art. [25](#), num. 16 Ley 80/93), el cual no es aplicable a la entidad demandada, puesto que se trata de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, cuyo régimen de actos y contratos, salvo las excepciones expresamente señaladas, se encuentra regulado por la Ley 142 de 1994, en la que no se consagra la operancia del silencio administrativo positivo en favor de los contratistas, sino de los suscriptores o usuarios de conformidad con lo previsto en su artículo [158](#).

De allí que, siguiendo las normas generales sobre la materia, las reclamaciones presentadas por los contratistas en virtud de contratos celebrados bajo el régimen de la Ley 142 de 1994, se entenderán resueltas de forma negativa. (art. [40](#) C.C.A)

Ahora bien, aunque pudiera prescindirse de dicha consideración, la pretensión del ejecutante no podría ser atendida, puesto que, si bien es cierto mediante las Escrituras Públicas referidas se pretendió formalizar el silencio administrativo positivo, protocolizando los requerimientos efectuados a la entidad pública contratante durante la ejecución del contrato, ello de ninguna manera hace presumir el incumplimiento del contrato por parte de EMCALI, máxime teniendo en cuenta que en el Acta de Liquidación Final del contrato, no aparece reserva alguna en favor del contratista por dicho concepto. (fls.42 al 48, C.1).

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Sala concluye que, en éste caso, no es admisible la solicitud planteada por el ejecutante; en consecuencia, se impone la revocatoria del auto impugnado, mediante el cual el Tribunal libró mandamiento de pago en contra de EMCALI E.I.C.E., para en su lugar, denegarlo.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA,

R E S U E V E:

1.- REVOCASE la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 14 de julio de 1999, mediante la cual se decidió librar mandamiento de pago en contra de EMCALI E.I.C.E.

2.- En su lugar, NIÉGASE el mandamiento de pago solicitado por la sociedad INSELEC Ltda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ

Presidente de Sala

MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

JESUS M. CARRILLO BALLESTEROS

RICARDO HOYOS DUQUE

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

