



Radicado: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67430)
Demandante: Instituto Nacional de Vías – Invías

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Fredy Ibarra Martínez

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 15001-23-33-000-2019-00076-01 (67430)
Demandante: Instituto Nacional de Vías – Invías
Demandados: Integrantes del Consorcio Infraestructura Vial y otro
Referencia: Controversias contractuales

Tema: Alcance de la reducción de la cláusula penal. En el presente caso no era procedente la reducción alegada por el contratista demandado, sin embargo, no está acreditado el incumplimiento imputado por la entidad demandante.

Aclaración y salvamento de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Aunque comparto las consideraciones presentadas en el proyecto respecto del alcance de la cláusula penal pactada en el contrato y la improcedencia de su reducción proporcional, no estoy de acuerdo que se declare el incumplimiento del contratista respecto de la obligación de realizar el cierre ambiental del contrato.

1.- La reducción proporcional del monto de la cláusula penal de que trata el artículo 1596 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto en el artículo el artículo 867 del Código de Comercio, es procedente en relación con los incumplimientos alegados y no respecto de los perjuicios. Además, debe atenderse siempre a los términos de la cláusula pactada. En este sentido, comparto que en el proyecto se indique que, de conformidad con el pacto de las partes, la cláusula penal solo podía reducirse tratándose de incumplimientos parciales de la obra. Sin embargo, no procedía su reducción en relación con el incumplimiento de la obligación de realizar el cierre ambiental, pues esta no era divisible y por tanto no admitía cumplimientos parciales.

2.- No obstante, considero que, contrario a lo afirmado en la sentencia, no está probado el incumplimiento alegado por la entidad respecto del cierre ambiental. La cláusula respectiva del contrato dispuso que:

<<Cierre ambiental de conformidad con lo previsto en el manual de interventoría vigente. Para este efecto debe diligenciarse el formato MSE-FR-25 y **presentarse la certificación de la que trata el mismo formato, expedida por la autoridad ambiental competente, en la cual se indique que a la fecha de la mencionada certificación no**



se ha iniciado proceso administrativo alguno por incumplimiento de obligaciones ambientales.>>

3.- Respecto del incumplimiento alegado se indicó en la sentencia que:

<<De conformidad con lo anterior, el contratista estaba obligado a entregar para poder hacer el cierre ambiental del contrato, **entre otras muchas cosas, una certificación de cumplimiento de licencias, permisos y concesiones expedida por la respectiva autoridad ambiental.** En un principio, el contratista contaba con la correspondiente certificación pues, Corpoboyacá afirmó el 10 de junio de 2016 que el contratista no registraba ningún trámite en su contra por irregularidades ambientales; no obstante, el 26 de julio siguiente la misma autoridad ambiental corrigió su afirmación y precisó que el consorcio empleó una fuente hídrica sin el correspondiente permiso, circunstancia que a la postre derivó en un procedimiento sancionatorio.

En consecuencia, el contratista no entregó la totalidad de los documentos necesarios toda vez que la certificación que en un primer momento obtuvo perdió vigencia, lo cual le impedía poder hacer el cierre ambiental por la infracción que le fue atribuida.

Aunque el a quo analizó un punto que no fue propuesto como hecho constitutivo de incumplimiento en la demanda cuando precisó que el contratista “si bien realizó la solicitud correspondiente para obtener el permiso de concesión de agua, este nunca fue aprobado por la autoridad ambiental competente, y como consecuencia de esto no podía iniciar la ejecución del contrato” (Índice 34 SAMAI), lo cierto es que esa imprecisión no varía la razón principal que tuvo para declarar el incumplimiento, esto es, que el consorcio no hizo el cierre ambiental al que estaba obligado.>>

5.- Considero que el contratista sí cumplió la obligación pues para la fecha en que se emitió la certificación por parte de las autoridades ambientales - que era lo que literalmente se exigía contractualmente - no le habían iniciado ningún proceso. En el proyecto se indica que <<*Sin embargo, el 26 de julio de 2016, la autoridad ambiental advirtió que el consorcio utilizó una fuente hídrica sin la correspondiente concesión por lo cual se **iniciaría** un procedimiento administrativo*>>. El hecho de que después de expedida la certificación, las autoridades ambientales informaran que se iba a iniciar un procedimiento, no permite considerar que el Contratista incumplió, teniendo en cuenta el contenido de su obligación.

Fecha *ut supra*,

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado