

Arquitecto

**JOAQUÍN AUGUSTO TOBÓN BLANCO**

DIRECTOR INVISBU

Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del Municipio de Bucaramanga

Bucaramanga

E. S. M.

**Referencia:** Descargos

**Contratista:** Consorcio Urbanas IC 2022

**Tipo de proceso:** Incumplimiento contractual (Art. 86 de la Ley 1474 de 2011)

**Garante del contrato:** Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.

**Contrato de Obra No. 092 de 2021**

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía N° 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, reconocido dentro del proceso administrativo sancionatorio de la referencia como apoderado principal de la garante del contrato, **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal, presento escrito de **DESCARGOS**, solicitando desde ya, se **ORDENE** el archivo de la actuación, al no evidenciarse un presunto incumplimiento contractual en cabeza del contratista, y al no acreditarse la materialización del riesgo asegurado mediante la Póliza Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. 430-47-994000057434, conforme se pasa a ilustrar:

## **I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LOS DESCARGOS.**

Teniendo en cuenta que el día 04 de diciembre de 2023 el apoderado sustituto, el abogado Nicolás Loaiza Segura, presentó descargos de forma oral en la audiencia de descargos y que el despacho requirió al suscrito para presentarlos también de forma escrita, se concluye que se aportan oportunamente.

## **II. DE LAS IRREGULARIDADES ADVERTIDAS EN LA CITACIÓN CORREGIDA DIRIGIDA A LA ASEGURADORA.**

Para empezar, debe destacarse que la citación de calenda 20 de noviembre de 2023, suscrita por el arquitecto Joaquín Tobón Blanco director del INVISBU y dirigida a la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., no cumple los postulados mínimos previstos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011:

*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, cuantificado los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

*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, atendiendo 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; (Negrita adrede).*

Lo anterior, puesto que en la citación dirigida a la aseguradora, no se hizo mención expresa y detallada de los hechos que soportan el incumplimiento, así como tampoco se enunció ninguna norma y/o cláusula presuntamente violada por parte del contratista. Esta omisión en el deber de información, acarrea una vulneración al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción tanto del contratista como de la compañía aseguradora. Ello, en consideración a que en la mencionada citación, simplemente se copia y se pega, el contenido del informe de supervisión, pero no hay ningún fundamento fáctico propio de la entidad contratante, advirtiendo los motivos que sustentan el presunto incumplimiento.

Es tan vago el contenido de la citación, que ni siquiera se precisaron aspectos básicos y fundamentales tales como: **i)** en qué fecha se suscribió la cesión del Contrato de Obra No. 092 de 2021, **ii)** cuál fue el plazo de ejecución pactado en el convenio, y si éste tuvo modificaciones o no, **iii)** en qué estado se encuentra actualmente el convenio, es decir, si ya se liquidó, si no se ha liquidado, o si ya feneció el plazo para liquidarlo de mutuo acuerdo o de manera unilateral y **iv)** si existen saldos a favor del contratista o no, que puedan garantizar eventualmente el pago de la cláusula penal pecuniaria estimada por la entidad, bajo la figura de la **compensación de las obligaciones**.

Sumado a lo anterior y como ya se precisó, la citación dirigida a la aseguradora no menciona ninguna norma y/o cláusula presuntamente vulnerada por parte del contratista, lo cual, conlleva a que dicha citación no cumpla con los postulados mínimos exigidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, antes visto. Omitir la enunciación de dichas normas o cláusulas aparentemente vulneradas no es un aspecto mínimo en la actuación administrativa, sino trascendental, porque de ello depende estrictamente la debida defensa técnica tanto del contratista como de la compañía aseguradora. Mismas que en este escenario no se puede

cumplir cabalmente, por las deficiencias de la administración a la hora de proyectar la citación.

En consecuencia y en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa que le asiste tanto al contratista como a la compañía aseguradora, solicito comedidamente se archive el proceso al no cumplir con las exigencias previstas en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, esto es, haciendo mención expresa de los hechos que motivan el presunto incumplimiento, la forma en cómo se tasó la multa y la cláusula penal y las normas o cláusulas presuntamente violadas por el contratista. Lo anterior, con fundamento en el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011.<sup>1</sup>

### **III. DISMINUCIÓN DE LA CLAUSULA PENAL PECUNIARIA ESTIMADA POR LA ENTIDAD CONTRATANTE EN EL EVENTO DE DEMOSTRARSE UN INCUMPLIMIENTO PARCIAL Y NO TOTAL DEL CONVENIO DE ASOCIACIÓN No. 10623 DE 2021.**

Sin perjuicio de lo anterior y sin el ánimo de aceptar responsabilidad, en el evento que se demuestre en el curso de la actuación administrativa, que el contratista cumplió parcialmente sus obligaciones contractuales, solicito comedidamente se reduzca, sustancialmente, la cláusula penal pecuniaria estimada por la entidad contratante en la citación del 20 de noviembre de 2023, atendiendo los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad ampliamente esgrimidos por el H. Consejo de Estado en sus diversas jurisprudencias, ya que aplicar el 10% del valor del contrato solo resultaría procedente ante la comprobación de un incumplimiento total del Contrato de Obra Pública No. 092 de 2021, más no si se demuestra un incumplimiento parcial.

### **IV. COMPENSACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL EVENTO DE EXISTIR SALDOS A FAVOR DEL CONTRATISTA.**

De comprobarse en el curso de la actuación administrativa que el contratista sí incumplió sus obligaciones contractuales, a título parcial o total, y que como consecuencia resulta necesario el cobro de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, ruego se tenga en cuenta que, la afectación de la póliza única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 430-47-994000057434 está estrictamente supeditada a que no existan saldos a favor del contratista, tal como se vislumbra de la lectura de la condición 4 del condicionado general de la aludida póliza:

---

<sup>1</sup> Artículo 41. Corrección de irregularidades en la actuación administrativa.

#### 4. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

SI EL ASEGURADO O BENEFICIARIO, AL MOMENTO DE TENER CONOCIMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO O CON POSTERIORIDAD A ÉSTE Y ANTERIOR AL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN, FUERE DEUDOR DEL CONTRATISTA POR CUALQUIER CONCEPTO, SE APLICARÁ LA COMPENSACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN SE DISMINUIRÁ EN EL MONTO DE LAS ACREENCIAS, SEGÚN LA LEY, DE CONFORMIDAD CON LO SEÑALADO EN LOS ARTÍCULOS 1714 Y SUBSIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL.

IGUALMENTE SE DISMINUIRÁ DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL DE LOS BIENES QUE LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA HAYA OBTENIDO DEL CONTRATISTA, JUDICIAL O EXTRAJUDICIALMENTE, EN EJERCICIO DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO CUYO CUMPLIMIENTO SE GARANTIZA CON LA PRESENTE PÓLIZA.

Pues existiendo saldos a favor del contratista que cubran el monto de la cláusula penal pecuniaria que resulte comprobada, deberá aplicarse la figura de la compensación de las obligaciones entre el contratante y contratista, por ser deudores recíprocos, tal como lo enuncian los artículos 1714, 1715 y 1716 del Código Civil:

Artículo 1714. Compensación: Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.

Artículo 1715. Operancia de la compensación: La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

Que ambas deudas sean líquidas; y

Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.

Artículo 1716. Requisito de la compensación: Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos sean recíprocamente deudoras.

Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador.

Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él.

Ni requerido uno de varios deudores solidarios puedan compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor, salvo que éstos se le hayan cedido.

Ahora bien, sí el saldo a favor del contratista no llegare a cubrir el monto de la cláusula penal pecuniaria comprobada, de todas formas, deberá reducirse la indemnización en favor de la compañía aseguradora, ya que mi procurada solo estará obligada a responder en este hipotético evento, respecto del monto que no pudiera cubrir el contratista con los saldos que existan a su favor.

## **V. NO SE PROBÓ EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.**

Cómo se advirtió de forma oral en los descargos del 04 de diciembre de 2023, la entidad convocante no probó los supuestos incumplimientos del contratista a la hora de ejecutar el contrato. Los reproches al contratista en forma resumida fueron:

- Falta de personal de la obra para cubrir las cuadrillas
- No hay bitácora
- Falta de centro de acopio
- Falta de exámenes de ingreso, afiliación a seguridad social, ARL y Capacitación en alturas.
- Falta de documentación de disposición final de materiales y plan de manejo ambiental.

Si bien lo anterior fue enunciado por el supervisor del contrato, se debe manifestar que no existe prueba de ello, más allá del simple decir del supervisor. Es por ello que se viola el debido proceso toda vez que la entidad contratante debe contar con elementos materiales probatorios que den cuenta de los supuestos hallazgos que determinan un incumplimiento. No obstante, esto brilla por su ausencia.

La aseguradora como tercero interesado le compete tener conocimiento de lo que se le reprocha al contratista. Sin embargo, al momento de compartirle el link del expediente, el suscrito pudo evidencia que solo se cuenta con el informe de supervisión, faltando así los soportes del mismo.

En conclusión, no se evidencian pruebas conducentes, pertinentes y útiles que lleven a la convicción de la presunta vulneración de las obligaciones contractuales por el contratista.

## **VI. ARGUMENTOS DE DEFENSA PLANTEADOS POR EL CONTRATISTA.**

Coadyuvo expresamente los argumentos de defensa propuestos por el representante legal del Consorcio Urbanas IC 2022 en su escrito de descargos presentado, solo en cuanto los mismos no perjudiquen los intereses de mi representada, ni comprometan su responsabilidad.

**VII. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 430-47-994000057434.**

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mí representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado pactado en la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 430-47-994000057434. En el expediente administrativo ciertamente no está demostrado el incumplimiento total del Contrato de Obra No. 092 de 2021, que el **Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del Municipio de Bucaramanga** pretende declarar. En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone este argumento de defensa, toda vez que mi procurada no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro. Así entonces, es necesario señalar que, al tenor de las condiciones documentadas en la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 430-47-994000057434, el amparo que se pretende afectar con el presente procedimiento administrativo, se pactó así:

EL OBJETO DE LA PRESENTE POLIZA ES GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADAS DE LA CESION DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA NO. 092 DE 2021, DE FECHA 25 DE AGOSTO DE 2022 CELEBRADO ENTRE LAS PARTES, RELACIONADO CON EL MEJORAMIENTO DE VIVIENDAS URBANAS EN CUATRO BARRIOS DEL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que el incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. 092 de 2021 a cargo del afianzado, de acuerdo con la legislación colombiana. Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 430-47-994000057434 entrará a responder si y solo sí al afianzado, le es declarado el incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. 092 de 2021 y siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro. Así las cosas, esa declaratoria de incumplimiento constituirá el “siniestro”, esto es, la realización del riesgo asegurado (Art. 1072 del C.Co).

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en la citación de incumplimiento, así como los medios probatorios visibles en el expediente, se tiene que la entidad contratante no acreditó que efectivamente el riesgo asegurado se haya materializado por el concurso de los elementos propios de la responsabilidad y, por consiguiente, lo perseguido por la **Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del Municipio de Bucaramanga** (declaración de incumplimiento y cobro de la cláusula penal pecuniaria) no tiene vocación de prosperidad. En consecuencia, no se logra estructurar una aparente responsabilidad en cabeza del afianzado, esto es, no se realiza el riesgo asegurado como condición sine qua non para activar la responsabilidad que, eventual e hipotéticamente, le pudiera corresponder a la aseguradora.

Se concluye que, al no reunirse los supuestos para que se configure un incumplimiento en cabeza del afianzado, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado por la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 430-47-994000057434 que sirvió como sustento para convocar a mi procurada a la presente actuación administrativa. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora.

#### **VIII. LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 430-47-994000057434.**

En materia de contrato de seguros es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del contrato de seguro, en cuyo caso de acaecimiento eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la póliza. En tal sentido, el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante providencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro<sup>2</sup>

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, se exhorta a los jueces (lo cual también se hace extensivo para las autoridades administrativas) para tener en cuenta en sus decisiones las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual, es menester señalar que en la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 430-47-994000057434 se precisan una serie de exclusiones, las cuales solicito aplicar expresamente al caso concreto, en el evento de configurarse una o varias de ellas.

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse una o varias de las exclusiones que constan en las condiciones generales y particulares de la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 430-47-994000057434, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En

---

<sup>2</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020

consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

**IX. LIMITES MÁXIMOS DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR Y CONDICIONES PACTADAS EN EL CONTRATO DE SEGURO DOCUMENTADO EN LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 430-47-994000057434.**

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso concreto se estableció un límite de **\$266.040.988,20 Pesos M/cte** para el amparo de cumplimiento, los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de declarar el incumplimiento en contra del afianzado y ordenar hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el convenio de asociación.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 ibídem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Ahora bien, exclusivamente en gracia de discusión, sin ánimo de que implique el reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, se debe manifestar que en la póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 430-47-994000057434 se indicaron los límites para los diversos amparos contratados, de la siguiente manera:

DESCRIPCION AMPAROS CONTRATO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CUMPLIMIENTO	28/09/2022	16/02/2024	266,040,988.20
ANTICIPO	28/09/2022	16/02/2024	532,081,977.00
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	28/09/2022	16/08/2026	266,040,988.20
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA		VER NOTA ACLARATORIA	266,040,988.20
CORRECTO FUNCIONAMIENTO	16/08/2023	16/08/2025	266,040,988.20

En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

## **X. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.**

Sin que con el planteamiento de este argumento de defensa se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismos hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha en que se profiera la decisión administrativa que ponga fin a la actuación e imponga una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

### **PETICIONES**

**PRIMERA:** Sírvase **ARCHIVAR** el presente procedimiento de incumplimiento contractual, al no existir obligaciones incumplidas por parte del contratista

**SEGUNDA:** En el evento de no salir avante la petición anterior, sírvase tener en consideración todas y cada una de las condiciones generales y particulares de la Póliza de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 430-47-994000057434, al momento de proferir la decisión de fondo, en los términos antes expuestos.

### **PRUEBAS DOCUMENTALES A APORTAR**

Sírvase tener como pruebas documentales al interior del procedimiento administrativo, las siguientes:

- Copia de la Póliza de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 430-47-994000057434 expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., con su respectivo condicionado general.

## NOTIFICACIONES

Mi procurada recibirá notificaciones en su dirección electrónica habilitada para el efecto: [notificaciones@solidaria.com.co](mailto:notificaciones@solidaria.com.co). El suscrito, por su parte, las recibirá en el correo electrónico: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co) o en la dirección física: Avenida 6 A Bis No. 35N-100, Oficina 212 (Centro Empresarial Chipichape) de la ciudad de Cali.

Atentamente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. 19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C. S. de la J.